

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2008

●
primo piano

*La giustizia è importante per il diritto di guerra?
Abuso penale ed eccedenza di significato. I linciaggi come tortura pubblica
nell'America del Ventesimo Secolo
La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia (1921)*

●
il punto su

*Laicità e diritto penale
Colpa e tipicità*

●
opinioni a confronto

*La separazione delle carriere
Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo
Il concorso esterno in associazione mafiosa*

●
antologia

*riflessioni forensi
Prossimamente in libreria*

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Direttore

Fausto Giunta

Comitato scientifico

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

Redazione

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2008



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2009
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

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

ISBN 978-884672342-0

INDICE

Primo Piano

- GEORGE P. FLETCHER
La giustizia è importante per il diritto di guerra? 9
- DAVID GARLAND
Abuso penale ed eccedenza di significato. I linciaggi come tortura pubblica nell'America del Ventesimo Secolo 29
- MARIO PISANI
La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia (1921) 53

Il punto su... Laicità e diritto penale

- STEFANO CANESTRARI, FRANCESCA FAENZA
Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale 73
- GIOVANNI FLORA
La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione 97
- EMANUELE LA ROSA
Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza 107

Il punto su... Colpa e tipicità

- FAUSTO GIUNTA
La legalità della colpa 149
- DARIO MICHELETTI
La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo" 171

Opinioni a confronto

- La separazione delle carriere*
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 217
- Ne dibattono:*
ORESTE DOMINIONI
LUCA PALAMARA

<i>Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo</i>	
Nota introduttiva di Giovanni Canzio	241
<i>Ne dibattono:</i>	
ENRICO MARZADURI	
GIOVANNI SILVESTRI	

<i>Il concorso esterno in associazione mafiosa</i>	
Nota introduttiva di Stefano Canestrari	261
<i>Ne dibattono:</i>	
FRANCESCO MAURO IACOVIELLO	
GAETANO INSOLERA	

Antologia

ELISABETTA ANTONINI	
<i>Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale</i>	295
MARTA BERTOLINO	
<i>Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?</i>	325
LUCIA CORSO	
<i>Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune</i>	347
JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	
<i>Immunità politiche e privilegi nel processo penale spagnolo. Inammissibili violazioni del principio di uguaglianza davanti alla legge</i>	383
MARIO LA ROSA	
<i>I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale</i>	407
CATERINA PAONESSA	
<i>La disciplina delle direttive anticipate di trattamento: uno sguardo all'esperienza straniera</i>	455
HANS-HEINER KÜHNE	
<i>La strumentalizzazione della verità e della sua ricerca nel processo penale</i>	475
VITO VELLUZZI	
<i>Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto</i>	493

Riflessioni forensi

ETTORE RANDAZZO	
<i>Investigazioni difensive e prova scientifica. Un garante per la difesa</i>	511

Prossimamente in libreria

CRISTINA DE MAGLIE	
<i>Ha un futuro la pena di morte negli Stati Uniti? A proposito del volume di Franklin Zimring, <i>The Contradiction of American Capital Punishment</i></i>	523

Primo Piano

prof. GEORGE P. FLETCHER
Columbia University

LA GIUSTIZIA È IMPORTANTE PER IL DIRITTO DI GUERRA^{2(*)}

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Il problema del duplice effetto. – 2. Giustificare le Convenzioni di guerra. – 3. Il fondamento logico della guerra e il problema della giustizia.

Introduzione

L'elaborazione intellettuale sul diritto di guerra soffre di un cronico isolamento. I commentatori dello Statuto di Roma sono internazionalisti, che non prestano attenzione né all'opera degli studiosi della teoria del diritto penale né a quella dei filosofi¹. I filosofi – si consideri Jeff MacMahan quale rilevante esempio – ignorano i particolari giuridici che dominano i testi del diritto internazionale. I penalisti hanno potenzialmente un grande contributo da offrire alla discussione sul diritto internazionale ma non sembrano interessati a parteciparvi, e così via. Gli scrittori con platee limitate, vivendo in mondi chiusi, sono ignari di ciò che hanno da imparare da chi affronta il tema con un approccio differente.

Per una emblematica illustrazione delle differenze in parola, si consideri il modo in cui MacMahan colloca la sua nuova opera intitolata *The Morality and Law of War*² nella tradizione intellettuale: egli concepisce il suo lavoro come parte di una “teoria della guerra giusta” – un filone che risale presumibilmente ai Greci ma che ha trovato la sua massima espressione negli autori cristiani, da Agostino a Tommaso d'Aquino. Dopo che Michael Walzer ha rivitalizzato il dibattito in materia con il suo libro *Just and Unjust Wars* nel 1977³, una sorta di “piccola industria” è sorta intorno alla nozione di “teoria della

* Traduzione dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda, dottorando di ricerca in Giustizia penale, Giustizia internazionale e Diritti fondamentali nell'Università di Pavia.

¹ La prima opera giuridica a riguardo è stata quella di O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999).

² J. MACMAHAN, *The Morality and Law of War: The Hourani Lectures* (2007).

³ M. WALZER, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustration* (3rd ed., 2000).

guerra giusta”. Gli autori sono filosofi che sembrano non essere a conoscenza del fatto che i giudici del Tribunale internazionale per i crimini di guerra nella ex-Yugoslavia (ICTY) o coloro i quali si occupano della Corte penale internazionale sarebbero cauti nel riferirsi ad una “teoria della guerra giusta”. Anche se essi sapessero cosa fosse questa teoria storica, essa darebbe loro l’impressione di essere irrilevante per l’analisi giuridica dello *jus ad bellum* (il diritto di intraprendere le ostilità) e dello *jus in bello* (la disciplina giuridica concernente il modo di combattere le guerre) in base alle condizioni attuali.

La tesi di questo articolo è che la giustizia non sia un fattore che riguarda il diritto bellico. Altri principî morali vengono applicati – come la reciprocità e la responsabilità dei comandanti e dei soldati per condotte criminali. Ma la giustizia afferisce ad una sfera particolare, e quella sfera non si interseca con il diritto di guerra.

1. *Il problema del duplice effetto*

Talvolta i principî morali incidono sul diritto senza che gli addetti ai lavori siano consapevoli della loro fonte ed influenza. Un buon esempio di ciò è il principio del duplice effetto – teorizzato, per quanto ne so, da Tommaso d’Aquino per spiegare la struttura dell’omicidio per legittima difesa⁴. L’idea di fondo, che esaminerò in modo approfondito più avanti, è che colui che si difende non dovrebbe avere intenzione di uccidere l’aggressore ma soltanto l’intenzione di evitare l’imminente e illecita aggressione. Se l’aggressore viene ucciso come effetto collaterale della legittima difesa – e l’uccisione non è sproporzionata rispetto alla gravità dell’aggressione posta in essere dall’assalitore – l’uccisione allora è giustificata e priva di infamanti conseguenze giuridiche. La stessa idea è alla base del principio della *distinzione* nel diritto penale internazionale, vale a dire che è inammissibile bersagliare intenzionalmente i civili, ma i civili possono essere uccisi come “danno collaterale” di attacchi contro obiettivi militari. L’unica limitazione – raramente applicata nella pratica – è che la perdita di vite tra i civili non deve essere “eccessiva” o “sproporzionata” rispetto all’obiettivo militare⁵. In altre parole, i comandanti devono *distin-*

⁴ T. D’AQUINO, *Summa Theologica* (translated by Fathers of the English Dominican Province, revised by Daniel J. Sullivan, Encyclopedia Britannica, 1952); v. in part., Question 64, Article 7.

⁵ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, entrato definitivamente in vigore il 1° luglio 2002, 2187 U.N.T.S. 3, Art. 8(2)(b)(iv).

guere tra i combattenti ed i civili, e rivolgere gli attacchi solo contro obiettivi militari e belligeranti. Il danno ai civili non deve essere intenzionale.

Senza il principio del duplice effetto, sarebbe difficile esprimere con chiarezza o comprendere veramente questo punto. Il sotteso principio morale è che si è corrotti, in primo luogo, dal diretto ed intenzionale contatto con il male. Se si ha intenzione di uccidere direttamente un essere umano, si è colpevoli di assassinio. Se la morte si verifica come effetto collaterale, l'evento non viene posto a carico dell'agente nello stesso modo. Soltanto se questi effetti collaterali sono sproporzionati rispetto alla buona intenzione (per esempio: evitare l'aggressione, attaccare obiettivi militari), si è colpevoli di un misfatto.

La tabella seguente mostra il raffronto strutturale tra la legittima difesa ed il principio della distinzione in guerra:

	Guerra	Legittima difesa
Intenzione buona	Attaccare obiettivi militari	Respingere l'aggressione
Intenzione cattiva	Uccidere civili	Uccidere un essere umano

Questa serie di distinzioni è fondamentale sia per il diritto penale che per il diritto bellico, eppure non tutti sono consapevoli della loro influenza. L'intera struttura delle Convenzioni di Ginevra è basata sulle idee gemelle (1) che esistono soggetti protetti (i prigionieri di guerra, gli ammalati, i civili e altri *hors de combat* – vale a dire persone che hanno diritto al rispetto della loro vita e della loro integrità fisica e morale) e (2) che è illegale prendere intenzionalmente come bersaglio soggetti protetti, ma essi possono essere uccisi come proporzionato effetto collaterale di attività militari legittime. L'importante previsione dello Statuto di Roma considera reato⁶:

lanciare intenzionalmente attacchi nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita di vite umane tra la popolazione civile, lesioni a civili...che siano manifestamente eccessive rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti⁷;

Questa disposizione reca ovviamente l'impronta dalla dottrina tomista del

⁶ V. *Id.*

⁷ La parte omessa di questa disposizione prevede una forma di danno aggiuntiva, ossia "danni a proprietà civili ovvero danni diffusi, duraturi e gravi all'ambiente naturale che siano manifestamente eccessivi rispetto all'insieme dei concreti e diretti vantaggi militari previsti".

“duplice effetto”, ma non ho mai visto il principio generale essere menzionato o considerato in un’opera giuridica sul diritto bellico. Il principio della distinzione viene accolto come premessa fondamentale del sistema. La sua giustificazione morale non pare richiedere trattazione.

In modo interessante, i penalisti accettano generalmente il principio del duplice effetto in relazione alla disciplina della legittima difesa ma lo rifiutano in relazione alla disciplina dell’omicidio. Ad esempio, l’articolo 32(2) del Codice penale tedesco definisce la legittima difesa come una “difesa necessaria per respingere da sé o da altri un’aggressione attuale e anti-giuridica”. Colui che si difende deve avere una diretta intenzione di impedire l’aggressione; se così è, è ammissibile agire con la consapevolezza che l’azione, con alta probabilità, avrà come risultato la morte dell’aggressore. La morte dell’aggressore è, per così dire, un danno collaterale: non è l’obiettivo primario della condotta difensiva.

Al contrario, uccidere con la *oblique intention* – (ossia, quale conseguenza prevista al limite della certezza ma non direttamente perseguita in base alla propria reale intenzione) è grave quanto uccidere con un’attenzione specifica rivolta alla vittima.

Per esempio, se Oswald mira a Kennedy e spara e colpisce Connally, che è in piedi proprio accanto a Kennedy, Oswald è colpevole dell’omicidio intenzionale di Connally. Peraltro, ci sono alcune situazioni in cui è richiesto il c.d. *intent* specifico. Per commettere un furto, è necessario un *intent* specifico di privare il possessore della sua proprietà⁸. Il che significa che si deve concentrare l’attenzione sull’illecita sottrazione quale obiettivo primario dell’azione. L’approccio della *common law* al tentativo è simile. Si deve avere l’*intent* specifico di uccidere – ad esempio, se Oswald manca Connally, egli non sarebbe colpevole di tentato omicidio nei suoi confronti. Il diritto tedesco è un po’ più ampio nella sua analisi dell’elemento soggettivo richiesto per il tentativo. In base al principio del *dolus eventualis*⁹, i tribunali tedeschi condannerebbero probabilmente Oswald nell’ultimo scenario, se Oswald avesse “preso in considerazione” e “accettato l’eventualità” della morte di Connally prima di premere il grilletto.

L’unico gruppo di studiosi che dovremmo aspettarci essere esplicitamente e consapevolmente fedeli al principio del duplice effetto è quello dei filosofi, i

⁸ V. la mia opera sul tema, G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (2nd ed., 2000), pp. 36-37.

⁹ V. *id.*, pp. 445-449.

teorici della “guerra giusta”. Dopotutto, il principio origina dalla loro tradizione. Tommaso d’Aquino è la figura-chiave nella elaborazione sia della teoria della guerra giusta che della dottrina del duplice effetto. Rappresenta una grande sorpresa, quindi, che MacMahan respinga il principio in esame e ritenga che “la maggior parte degli eminenti filosofi” lo abbiano parimenti respinto¹⁰. Quello che è importante per lui – e presumibilmente per i suoi “eminenti colleghi” – è impedire “l’uccisione degli innocenti, che le loro morti siano volute oppure no”¹¹.

Formulare il problema in questo modo mette in luce il conflitto tra consequenzialisti e soggettivisti nell’approccio al diritto di guerra. Per i teorici della guerra giusta di ispirazione consequenzialista, tutto ciò che importa è quante “brave persone” muoiano come costo dell’aver ottenuto “il buono” dalla discesa in guerra.

Le brave persone sono quelle innocenti, normalmente quelle identificate come civili, prigionieri di guerra e *hors de combat*. Il “vantaggio” conseguito attraverso la guerra è presumibilmente la realizzazione di – o almeno – il perseguimento della causa che giustifica l’uso della violenza. Questa è semplicemente un’altra versione dell’analisi costi/benefici. Il costo è la morte di innocenti. I vantaggi derivano dalla possibilità di realizzare una causa giusta. Stabilire se l’azione militare sia giustificata o meno, dipende da questo calcolo costi/benefici.

I soggettivisti “inclinano la scala” verso l’uccisione di un maggior numero di civili tramite l’introduzione del fattore dell’intenzione dei comandanti. Se quella intenzione è buona, ovvero sia lo scopo primario è quello di uccidere i combattenti o perseguire un obiettivo militare, allora l’azione è giustificata – purché il costo per i civili non sia sproporzionato o eccessivo. Si prenda l’esempio del far esplodere un ponte situato vicino ad una scuola. Se l’obiettivo principale dell’azione è far esplodere il ponte per impedire alle truppe nemiche di avanzare, la morte degli alunni è accettabile, purché non ve ne siano “troppi”. Certamente, nessuno sa quale sia la misura del “troppo” ma il numero è chiaramente superiore rispetto all’ipotesi in cui dovessimo applicare una normale analisi costi/benefici. Nell’ultimo caso, la domanda sarebbe duplice: (1) qual è il valore militare del far esplodere il ponte, e (2) qual è il costo per i bambini innocenti? Se questa è la possibilità di scelta e valutiamo la vita

¹⁰ J. MCMAHAN, *The Morality and Law of War*, *supra* nota 2, p. 13.

¹¹ *Id.*

umana in tempo di guerra allo stesso modo in cui la valutiamo nelle ordinarie vertenze legali interne, è difficile immaginare come potremmo giustificare anche la morte di un singolo bambino.

Analizziamo ora più in profondità come si valutano i costi ed i benefici dell'esplosione del ponte. Senza ombra di dubbio, i fattori rilevanti sono quanto danno essa causerà all'esercito nemico e se il risultato al netto sarà quello di salvare vite di civili dalla "nostra" parte. Si noti che questa analisi non si riferisce alle vite dei combattenti su alcun lato del calcolo costi/benefici. Si tratta di una questione problematica. Si supponga che il comandante affermi: "guardate, mi dispiace che si debbano uccidere dei bambini ma ciò assicura l'incolumità di molte delle nostre truppe che altrimenti dovrebbero assaltare le linee nemiche ed esporre loro stesse a fuoco mortale". Questo suona come un fattore rilevante ma c'è qualcosa che non va qui.

Avrebbe senso considerare le "nostre" truppe da un lato dell'equazione e non i combattenti nemici sull'altro lato? Tuttavia l'obiettivo principale della guerra è quello di distruggere l'esercito nemico, perciò come può essere che un alto costo per le truppe nemiche deponga contro l'azione militare?

Ci sono dei passaggi nel ragionamento di MacMahan che lo condurrebbero – con mio grande sgomento – a sopravvalutare le truppe nemiche nella nostra analisi costi/benefici di un'azione militare. Dipenderebbe, in linea di principio – sosterebbe lui – dal fatto che essi rappresentino il lato giusto o ingiusto della guerra. Se il nostro comandante rappresenta il lato giusto, allora le nostre truppe contano maggiormente rispetto alle truppe avversarie. Se noi fossimo dalla parte ingiusta, allora le "giuste" truppe nemiche dovrebbero contare più delle nostre. Questo modo di guardare alla guerra – come se fosse una competizione sportiva e noi fossimo neutrali osservatori – rivela una cecità morale di fondo riguardo la natura dell'attività mortale chiamata guerra.

Per ragioni epistemiche più che di principio, MacMahan si allontana dal suo rigoroso impegno per la "teoria della guerra giusta" e si avvicina ai principî normalmente accolti nel diritto di guerra. Nell'impeto della battaglia, afferma, è troppo difficile sapere quale lato sia quello giusto. Perciò egli è favorevole, in situazione di conoscenza incompleta, a presumere l'equivalenza morale dei civili su entrambi i fronti. Ma queste considerazioni epistemiche difficilmente giustificano il trattamento dei combattenti di entrambi i fronti come moralmente equivalenti. Noi favoriamo i nostri uomini e le nostre donne in uniforme, non perché il loro fronte sia giusto o ingiusto, ma semplicemente perché essi sono i nostri soldati e stanno agendo in nome della nostra nazione. Questa non è una questione di giustizia. È una espressione di lealtà, la viola-

zione della quale può dar luogo ad una responsabilità sia morale che penale per tradimento contro la patria¹².

Le difficoltà insite nell'analisi costi/benefici nel campo del diritto bellico dovrebbero farci apprezzare la dottrina del duplice effetto che dispenserebbe, di primo acchito, dall'esigenza di valutare l'obiettivo militare. Fintanto che l'intenzione del comandante è quella di colpire truppe nemiche o un obiettivo militare, le sue azioni sarebbero presumibilmente legittime. Solo se il danno collaterale è eccessivo e il comandante lo sa, si potrebbe porre la questione di una sua personale responsabilità penale.

In base alla importante previsione dello Statuto di Roma¹³, la responsabilità penale presuppone la conoscenza della "perdita di vite umane tra la popolazione civile o lesioni a civili" e la conoscenza, in aggiunta, che il costo sia "eccessivo". In via mediata, l'importanza dell'obiettivo militare diviene rilevante perché la nozione di "danno eccessivo" dipende dal bilanciamento indiretto tra il valore dell'obiettivo e il danno in termini di vite umane tra i civili.

Penso sia corretto dire, ad ogni modo, che, in base a questo standard, se vi è un qualche plausibile vantaggio militare nel distruggere il ponte, la morte "incidentale" di almeno qualche bambino sarebbe accettabile. L'uccisione di bambini non sarebbe tuttavia accettabile in base ad un semplice schema di bilanciamento che non attribuisse alcun valore aggiunto alle vite delle nostre truppe.

In ultima analisi, senza la dottrina del duplice effetto, l'uso di forza letale nelle campagne militari dovrebbe essere escluso ogniqualvolta imponga un sostanziale pericolo per vite innocenti. Forse questo è il risultato corretto, ma non è un risultato che possiamo tollerare in un mondo in cui le guerre sono talvolta considerate legittime.

2. Giustificare le Convenzioni di guerra

Le Convenzioni di guerra consistono in un ampio numero di regole che acquistano significato soprattutto nell'ambito dei conflitti armati.

La distinzione "architetonica" è tra *jus ad bellum* e *jus in bello*. Il primo regola il diritto di scendere in guerra, mentre il secondo disciplina la condotta di guerra. Nessuno dei due ha influenza sull'altro. L'implicazione di questa rigida classificazione è che se lo Stato A attacca illegittimamente lo Stato B, i

¹² Sul tradimento contro la patria, v. il mio più recente articolo, G.P. FLETCHER, *Ambivalence About Treason*, in 82 N.C.L. REV. (2004), p. 1611.

¹³ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, v. *supra* nota 4.

soldati dello Stato B debbono conformarsi allo *jus in bello* esattamente come fanno i soldati dello Stato A. Vale a dire che la condizione del difendersi contro un ingiusto aggressore non cambia le regole del gioco. Se l'uso di veleno è proibito in base allo *jus in bello*, esso resta proibito per entrambi i fronti, senza badare a chi abbia aperto le ostilità. Infatti non potrebbe esserci alcun altro modo. Anche se il fronte giusto potesse distaccarsi dalle regole dello *jus in bello*, avremmo un problema nel determinare di quanto si possa distaccare. Potrebbero usare molto veleno o solo un poco? Solo quando fossero situazioni gravissime? O in tutti i casi? Dovrebbe essere ovvio che nessun sostenibile diritto di guerra potrebbe operare questo tipo di distinzioni. Forse le ragioni sono in parte epistemologiche – ossia, è troppo difficile decidere con sicurezza di chi sia la giusta causa e, se tale, quanto grandi debbano essere le deviazioni da una speculare applicazione della legge.

L'indipendenza strutturale dello *jus in bello* dallo *jus ad bellum* somiglia al postulato in base al quale la giustizia distributiva non dovrebbe influenzare la giustizia correttiva. I ricchi hanno, in particolari casi, diritto allo stesso trattamento dei poveri. Il punto è che la storia precedente non governa l'analisi della transazione attuale – nella teoria della giustizia o nella teoria della guerra.

L'effetto delle Convenzioni belliche è che soldati combattono soldati, e che i civili restano nelle retrovie. Le due tipologie di partecipanti sono eguali, ma in modi differenti. Combattenti amici e nemici sono uguali nel senso che né le vite degli uni né quelle degli altri sono protette in base al diritto di guerra. I civili su entrambi i fronti sono uguali nel senso che essi sono presumibilmente protetti, ma ciò nonostante esposti ad un considerevole pregiudizio in base al principio del duplice effetto. Perciò il diritto bellico consta di un rigido sistema di classificazioni che sono destinate a mantenere la guerra tra eserciti professionali. Certamente, non funziona in questo modo nella pratica perché le moderne campagne militari inevitabilmente pongono in pericolo le vite di un largo numero di civili.

Filosofi come MacMahan hanno portato avanti la questione se ciascuna di queste uccisioni durante un conflitto sia moralmente giustificata o se possa essere definita un atto di giustizia. L'abituale metodo di argomentazione è quello di cominciare con le tecniche giustificative nel diritto interno e poi tentare di estrapolare i medesimi principî in relazione ad un conflitto di gruppo espresso nello scontro di eserciti che si contrappongono. Ci sono tre possibili itinerari argomentativi. Seguiamo ora sistematicamente queste linee di indagine, con riguardo alle possibili cause di giustificazione disponibili nel diritto penale interno.

A. *Consenso*

Ci sono alcune guerre che hanno luogo tra adulti consenzienti. Esse sono rare ma hanno presumibilmente avuto luogo talvolta nel corso della storia. In questo caso, si potrebbe osservare che la guerra è come un duello in forma allargata. Partecipanti volontari entrano sul campo di battaglia, alcuni si uccidono gli uni con gli altri e alcuni sopravvivono. Essi combattono secondo le regole del gioco.

La società ha fatto un lavoro migliore nel dichiarare fuorilegge i duelli rispetto a ciò che ha fatto nel controllare l'impulso a scendere in guerra. Non sono sicuro del perché. Forse la ragione è che i duelli sono combattuti tra cittadini della medesima comunità politica; il loro governo ha un interesse nell'evitare uccisioni non necessarie. Le guerre sono invece combattute contro stranieri le cui vite non sembrano mai essere equivalenti a quelle dell'altro lato. Non vi è alcuna autorità neutrale con il prestigio ed il potere necessario per favorire una pacifica composizione internazionale, in luogo del ricorso alle armi, al fine di risolvere le controversie.

B. *Stato di necessità o male minore*

I moderni ordinamenti giuridici accettano generalmente il principio in forza del quale al fine di prevenire un pericolo imminente di un danno, è ammissibile violare divieti penali. La condizione necessaria è che il beneficio atteso derivante dalla violazione superi i suoi costi attesi. Questa viene definita scriminante dello stato di necessità o *male minore*¹⁴. C'è grande riluttanza a riconoscere questo principio nei casi di omicidio, ma, assumendo che esso si applichi alla causazione della morte, sarebbe ammissibile uccidere una persona per salvarne due. Perciò potrebbe essere possibile che il combattere guerre in definitiva salvi delle vite. Questo è un poco difficile da credere perché così come le controversie legali hanno sostituito i duelli, gli arbitrati internazionali potrebbero risolvere i conflitti internazionali senza alcuna perdita di vite.

Ma l'argomento del salvataggio di vite potrebbe funzionare nel caso di specifici attacchi nel corso di una guerra. Per esempio, l'argomento portato a fondamento dell'utilizzo della bomba atomica di Hiroshima è che essa pose fine alla guerra senza una invasione della terraferma, una campagna che sarebbe costata molte più vite. Ancora, il problema in tempo di guerra è quello

¹⁴ Lo stato di necessità è anche una scusante, v. G.P. FLETCHER, *supra* nota 7, p. 818.

di decidere il peso appropriato che deve essere assegnato a diversi gruppi di persone. Nel caso di Hiroshima, vi sono quattro gruppi rilevanti: (1) i soldati americani, (2) i civili americani, (3) i soldati giapponesi, e (4) i civili giapponesi. La rozza contabilità del risparmio di vite dovrebbe prestare attenzione a quale di questi gruppi sarebbe toccato dallo sganciamento della bomba in luogo dell'invasione della terraferma.

Supponiamo che i numeri siano i seguenti:

1. Civili americani

uccisi dalla bomba:	0
uccisi dall'invasione:	0
2. Soldati americani:

uccisi dalla bomba:	0
uccisi dall'invasione:	40.000
3. Civili giapponesi

uccisi dalla bomba:	74.000
uccisi dall'invasione:	5.000
4. Soldati giapponesi

uccisi dalla bomba:	1.000
uccisi dall'invasione:	30.000

In base a queste cifre il costo totale dello sganciamento della bomba sarebbe di 75.000 vite, e il costo totale dell'invasione sarebbe parimenti di 75.000 vite. Ma questo non sarebbe il calcolo corretto in base al diritto di guerra. Il danno ai civili dovrebbe essere minimizzato come questione di principio, il che fa dell'invasione l'opzione corretta. Ma se il consigliere del Presidente Roosevelt riferisse queste cifre, il Presidente noterebbe che il costo della bomba per gli americani sarebbe pari a zero, mentre il costo dell'invasione sarebbe di 40.000 vite americane. Ci sono pochi dubbi sul fatto che il Presidente non terrebbe in conto le vite di stranieri, tanto civili che militari, e attribuirebbe un valore più alto alle vite degli americani. Non sono sicuro che questo sarebbe moralmente sbagliato. Dopotutto, egli avrebbe agito da comandante in capo delle forze militari degli Stati Uniti; il suo dovere primario è quello di proteggere le vite americane.

L'utilizzo del principio del male minore richiede un punto di vista neutrale sui contrapposti interessi in gioco. In caso di conflitto armato, nessuna parte è neutrale. Sarebbe assurdo aspettarsi altrimenti.

Tuttavia è difficile evitare l'applicazione del male minore nella diritto che disciplina l'uso della forza. La maggior parte dei commentatori accetta la

legittimità dell'intervento umanitario. Qual è la giustificazione per lo sbarco di truppe americane in Somalia o per i bombardamenti della NATO sulla Bosnia? L'argomento deve essere che il beneficio superi il costo. L'intervento salva delle vite, preserva la stabilità e contribuisce al benessere delle nazioni coinvolte. Ciò è un po' problematico in base all'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, che riconosce la legittima difesa come l'unico motivo legittimo per l'utilizzo della forza militare¹⁵. Qualunque cosa possano dire i testi giuridici, gli internazionalisti istintivamente accettano il principio del male minore.

La questione rimane, ad ogni modo, se il principio del male minore possa giustificare l'uccisione in guerra. In conclusione, le seguenti considerazioni militano a sfavore di ciò:

1. Per una buona ragione, i sistemi giuridici interni esitano a giustificare l'omicidio appellandosi all'idea del male minore. Giustificare un'uccisione in questo modo corrisponde a utilizzare la vittima come un mezzo per raggiungere un fine, violando perciò il nostro dovere di rispettare tutte le persone come fini in se stessi.

2. Anche se l'omicidio fosse giustificabile, non ci sarebbe alcun modo neutrale nei casi di conflitti armati per decidere il relativo peso delle vite tra le nazioni in lotta.

3. Anche se vi fosse un punto di vista neutrale sulle nazioni in conflitto, interviene un basilare principio il quale impone che, in caso di conflitti armati, i soldati siano sacrificati prima dei civili. Come dimostra l'esempio del bombardamento di Hiroshima, non esiste alcun metodo agevole per combinare questi vari fattori in uno schema costi/benefici.

C. Legittima difesa

Alla luce delle difficoltà che sorgono nel far leva sul consenso e sul male minore, non sorprende che la legittima difesa sia il più comune principio di diritto interno ad essere invocato per giustificare conflitti armati internazionali. Come noto, la Carta delle Nazioni Unite ha riconosciuto il "*diritto naturale*" di tutti gli Stati membri all'"*autodifesa individuale o collettiva nel caso in cui abbia luogo un attacco armato*"¹⁶. MacMahan si appella altresì all'ana-

¹⁵ Jens Ohlin ed io offriamo quella che credo sia la prima seria argomentazione in merito alla compatibilità dell'intervento umanitario con la Carta delle Nazioni Unite. V. G.P. FLETCHER - J.D. OHLIN, *Defending Humanity: When Force is Just and Why* (2008).

¹⁶ Carta delle Nazioni Unite, art. 51.

logia tra casi di legittima difesa tra individui e legittima difesa quale fondamento per l'uccisione nei conflitti armati internazionali. Sebbene io abbia scritto a lungo di questa analogia¹⁷, desidero qui sostenere che l'analogia ha seri limiti e che, anche se essa tiene, le guerre di difesa non possono essere intese come esempi di giustizia o come casi di "guerra giusta".

Per essere chiari in merito all'analogia, dobbiamo riesaminare alcune basilari caratteristiche della legittima difesa, considerate alla luce sia della dottrina morale che di quella giuridica. Il primo punto è che noi consideriamo la legittima difesa come una causa di giustificazione e non come una scusante. Vi è una lunga storia su tale questione, che non vale la pena di ripetere qui¹⁸. L'effetto della causa di giustificazione è duplice. Per prima cosa, colui che si difende coperto dalla scriminante è totalmente assolto; non vi è alcun residuo di responsabilità civile, anche se la differenza nello standard probatorio potrebbe consentire la sussistenza di responsabilità civile dopo un proscioglimento in sede penale¹⁹. In secondo luogo, se chi si difende è coperto dalla scriminante, l'altra parte non può rispondere con il legittimo uso della forza.

Entrambi questi principî sono accettati nel diritto internazionale, sia quello che si applica agli Stati sia quello che si applica agli individui, ai sensi dello Statuto di Roma, dove l'articolo 31(1)(c) sembra riconoscere l'auto-difesa come causa di giustificazione per la commissione di crimini di guerra. Questo punto è soggetto ad alcuni dubbi, comunque, perché il linguaggio dello Statuto di Roma non riconosce la distinzione tra cause di giustificazione e scusanti, e l'articolo 31(1) stesso include una combinazione di ipotesi definite "*motivi di esclusione dalla responsabilità penale*". Tuttavia il linguaggio dell'articolo 31(1)(c) pone l'accento sugli elementi della condotta ragionevole piuttosto che sugli elementi di pressione o involontarietà, i quali suggerirebbero che la previsione integri almeno parzialmente una scusante²⁰.

Nell'analisi della causa di giustificazione della legittima difesa nello *jus ad bellum*, ci sono sempre due aspetti che devono essere considerati: i criteri che

¹⁷ V. G.P. FLETCHER - J.D. OHLIN, *supra* nota 15.

¹⁸ Per il mio primo e probabilmente più autorevole articolo su questo tema, v. G.P. FLETCHER, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory*, in 8 ISR. L. REV. (1973), p. 367.

¹⁹ Questo è ciò che è accaduto a Bernhard Goetz. v. G.P. FLETCHER, *Justice for All, Twice*, N.Y. TIMES, 24 aprile 1996, p. 21-A.

²⁰ Si metta a confronto con l'articolo 31(1)(d) dello Statuto di Roma, *supra* nota 4, che unisce elementi propri di una causa di giustificazione (analisi costi/benefici) con la pressione su colui che si difende per rispondere ad una "minaccia".

si riferiscono all'aggressione e i criteri che giustificano l'uso difensivo della forza. Consideriamo le questioni rilevanti, una per una:

1. *L'aggressione*

i. Deve essere palese. Come stabilisce la Carta delle Nazioni Unite, “nel caso in cui abbia luogo un attacco armato”, gli Stati membri possono esercitare il loro diritto naturale di auto-difesa. Non è sufficiente che chi si difende creda che sia in corso un attacco armato²¹; esso deve essere realmente in corso. Non è completamente chiaro perché sia così. Ritengo che la ragione che meglio spiega ciò sia che la giustificazione per l'uso della forza deve essere visibile all'intera comunità internazionale. Non è abbastanza per la nazione che si difende affermare, come gli Stati Uniti hanno fatto in Iraq, di “ritenere” che l'altra parte abbia armi di distruzione di massa e inoltre (cosa che gli Stati Uniti non hanno affermato) che fosse in procinto di utilizzarle.

L'asserzione di una convinzione è troppo facile da fabbricare. Ci deve essere una solida prova visibile a tutti.

ii. L'aggressione deve essere imminente: essa deve minacciare un danno immediato. La difesa deve seguire a brevissimo giro la minaccia. Un buon esempio è la risposta di Israele alla minaccia di invasione araba nel giugno del 1967. Al contrario, c'è qualcosa di strano riguardo al rapporto tra l'autorizzazione del Congresso ad usare la forza contro l'Iraq nel mese di ottobre del 2002 e l'agire del Presidente nel marzo del 2003. I motivi per autorizzare il Presidente all'uso delle armi erano in parte per “difendere gli interessi nazionali degli Stati Uniti contro la continua minaccia posta dell'Iraq”. La minaccia non poteva essere stata così seria se gli Stati Uniti hanno potuto attendere altri cinque mesi prima di agire.

iii. L'aggressione deve essere illegale: tutti gli ordinamenti giuridici nazionali ritengono che questo sia vero. Questo è il motivo per cui in ogni singolo conflitto interno solo una parte può essere giustificata. Casi simultanei di reciproca aggressione sono logicamente possibili, ma molto improbabili. Tipicamente, una parte pone in essere l'aggressione per prima. Il primo aggressore agisce illegalmente e colui che si difende contro il primo aggressore è giustificato.

Si ritiene che lo stesso sia vero riguardo ai conflitti internazionali, in cui an-

²¹ Se si legge il § 3.04 del Model Penal Code, si penserebbe che sia sufficiente che colui che si difende creda che l'attacco stia avvenendo.

cora si confrontano eserciti contrapposti l'uno contro l'altro su lunghi tratti di territorio. Anche se lasciamo da parte la questione della legittima difesa collettiva in base ai trattati di assistenza reciproca, un Paese potrebbe attaccare da sud e l'altro da nord. Essi sarebbero entrambi aggressori. In questo caso l'impiego del criterio dell'"aggressione illegale" sarebbe impossibile.

Nel bene o nel male, la Carta delle Nazioni Unite non menziona il requisito dell'attacco illegale. Qualsiasi attacco farà scattare il diritto naturale di auto-difesa dell'altro lato. Si tratta di un aspetto problematico della Carta delle Nazioni Unite ma forse si conforma correttamente al diritto di guerra. In base ai principî dello *jus ad bellum*, la questione circa chi abbia attaccato per primo ha una qualche rilevanza, ma una volta che la guerra ha avuto inizio ed entrano in gioco i principî dello *jus in bello*, non importa se l'attacco originario fosse legittimo o meno. L'analogia con la disciplina giuridica interna della legittima difesa si spezza a questo punto.

Quando si è in "stato di guerra", questo ostacola il tentativo di utilizzare il modello dell'auto-difesa quale guida per legittimare le azioni militari. Per esempio, gli Israeliani difendono il loro attacco contro il reattore iracheno di Osirak nel 1980 per il motivo che vi era uno stato di guerra in corso tra Israele e Iraq. Perciò, non vi fu provatamente alcuna aggressione israeliana contro l'Iraq, ma solo un'altra battaglia nella guerra in corso. Questo non mi sembra molto plausibile ma, all'altro estremo, si potrebbe argomentare che ogni battaglia dovrebbe essere valutata singolarmente. Nell'analizzare la battaglia di Gettysburg, per esempio, probabilmente non importa ciò che è accaduto nel porto di Charleston due anni prima. Questo non è neppure plausibile. Il punto è che le battaglie sono contenute nelle guerre e solo le guerre sollevano questioni di *jus ad bellum*.

2. La difesa

i. La difesa deve essere una risposta intenzionale o consapevole all'aggressione. Questo è controverso nella teoria del diritto penale. Paul Robinson ha costruito la sua carriera sostenendo la legittima difesa "oggettiva", fondata sulla tesi in base alla quale se a colui che si difende capita inavvertitamente di usare la forza contro un aggressore, non c'è alcun rilevante danno sociale²². In realtà, la maggior parte dei sistemi giuridici esige che la forza difensiva sia consapevolmente reattiva all'aggressione.

²² P.H. ROBINSON, *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, in 23 UCLA L. REV. (1975), p. 266.

Taluni aderiscono alla teoria di Robinson nei conflitti internazionali, come esemplificato dalla ricerca di armi di distruzione di massa dopo l'invasione dell'Iraq. Molte persone credevano che il trovare le armi, a prescindere dal fatto che si fosse a conoscenza di esse prima dell'attacco, potesse giustificare l'invasione a posteriori. Sarei propenso a ritenere che l'opinione preferibile, in linea con il requisito della pubblica prova dell'aggressione, sia quella per cui solo una reazione consapevole potrebbe considerarsi come guerra difensiva in base alla Carta delle Nazioni Unite.

ii. La difesa deve essere necessaria. Il paradigmatico caso della necessità è quello dell'utilizzo del *judo* per bloccare un calcio o un pugno. Per affermare che la mossa di judo è necessaria si debbono a dire il vero fare tre affermazioni correlate. Primo, intendiamo il mezzo di difesa come effettivamente in grado di impedire la realizzazione dell'aggressione. Secondo, sappiamo che sarà efficace. E terzo, appare essere il modo meno costoso o quanto meno uno dei modi meno costosi di prevenire l'attacco.

Tutti questi tre fattori diventano problematici nel diritto di guerra. Certamente, nei giorni in cui la fanteria inizia la guerra marciando attraverso il confine nemico, l'esercito straniero potrebbe fermarla con la forza fisica, che assomiglierebbe alla mossa di *judo*. Ma quel tipo di guerra non si è verificato per secoli. Oggi le guerre cominciano con il bombardamento di obiettivi nemici. Esse portano alla morte ancor prima che vi sia la possibilità di una risposta difensiva. In quale senso, allora, la risposta è necessaria?

La risposta non può prevenire il primo attacco. Il massimo che può fare è evitare un secondo attacco, ma il secondo attacco – si veda dopo Pearl Harbor – è molto lontano nel tempo. Difficilmente esso si qualifica come un attacco imminente come analizzato in precedenza. Anche se ciò non fosse un problema, la mentalità di guerra consente di attuare azioni che sono in realtà di rappresaglia, non necessariamente di natura difensiva. Il modo in cui si spiegherebbe ciò – credo – è che dopo il primo attacco si applica lo “stato di guerra” e i criteri della legittima difesa diventano irrilevanti.

Ma consentiteci di andare oltre la questione e considerare la seconda e la terza dimensione della necessità. La rilevanza del possibile successo è dibattuto in modo veemente nel diritto di guerra. La strategia di reciproca dissuasione nucleare non manterrebbe la pace a meno che entrambe le parti non abbiano, in effetti, la volontà di impegnarsi in inutili ritorsioni. Questo ha davvero poco senso come legittima difesa.

Infine, il requisito della necessità implica che i mezzi scelti siano l'alternati-

va meno costosa. Affinché questo elemento abbia un senso dopo che il primo attacco sia terminato, esso dovrebbe essere adattato agli scopi della guerra. Quando la guerra è dichiarata, lo scopo è quello di sconfiggere il nemico, e senza dubbio l'esercito vittorioso dovrebbe utilizzare il mezzo meno costoso per la realizzazione di tale obiettivo. Ma una volta che approfondiamo i dettagli delle alternative "meno costose", entriamo in collisione con tutti i problemi che abbiamo incontrato in precedenza nell'esaminare l'analisi costi/benefici del bombardamento di Hiroshima.

iii. La difesa deve essere proporzionata. Questo elemento viene facilmente frainteso sia nel diritto nazionale che nel diritto internazionale. Nel diritto interno, il requisito della proporzionalità implica che ci siano alcuni attacchi che si devono subire piuttosto che rispondere loro in un modo che sia troppo costoso per l'aggressore. Così, per esempio, se un ladro sta fuggendo con il mio computer portatile, contenente tutti i miei *files* (senza che io ne abbia una copia di *backup*), potrebbe essere necessario sparargli per tutelare i miei interessi. Ma sparare per uccidere sarebbe probabilmente sproporzionato rispetto all'aggressione. Se la proporzionalità debba essere sempre considerata come una limitazione della legittima difesa è assai controverso nel diritto interno, in particolare, nell'ordinamento giuridico tedesco²³.

Nel diritto internazionale, il problema si pone in vari modi. Se la questione è la sottomissione alla conquista straniera, non vi è senza dubbio alcun limite di proporzionalità. Questo è il problema che Walzer e altri chiamano "suprema emergenza". Ma questa è materia su cui ragionevoli persone dissentono. Che sia meglio "essere rossi o morti", la maggior parte degli Stati nell'ordine giuridico contemporaneo utilizzerebbe tutti i mezzi a propria disposizione per impedire la conquista e l'occupazione da parte di potenze straniere.

Ma supponiamo che non si stia parlando della vittoria o sconfitta definitiva. Il problema è piuttosto la risposta al primo attacco. Un buon esempio è la risposta di Israele al bombardamento da parte di Hezbollah nella seconda guerra libanese. Era comune durante l'estate del 2006 accusare Israele di essersi impegnato in una risposta sproporzionata attraverso il bombardamento di vari obiettivi militari nel nord del Libano. Il miglior interrogativo sarebbe stato se il bombardamento fosse necessario e, in caso affermativo, necessario per quale obiettivo militare.

²³ V. G.P. FLETCHER, *supra* nota 18.

Il fatto è che nel diritto internazionale i requisiti della necessità e della proporzionalità sono usati in modo intercambiabile. Questo è inevitabile perché il requisito della necessità, come è inteso nel diritto penale interno, non prende esattamente in considerazione i rischi e le pratiche della guerra moderna. La spiacevole conseguenza di questa confusione è che sembra esserci qualcosa di simile ad un requisito anti-escalation nelle guerre locali. Una certa quantità di spari ed uccisioni è ammissibile, ma solo nella misura in cui si conformi approssimativamente al livello fissato dall'altra parte. Questo concetto di proporzionalità ha la sua origine non nel modello della legittima difesa ma nella teoria della pena e nelle esigenze di retribuzione. Ai nemici non si dovrebbe rispondere con minacce sproporzionate rispetto a quanto essi "meritano" sulla base delle loro condotte di aggressione.

3. Il fondamento logico della guerra e il problema della giustizia

Il problema della retribuzione ci porta direttamente alla tesi del libro di MacMahan e al compito della "teoria della guerra giusta" in generale, ossia giustificare l'uccisione in guerra come una questione di giustizia. Ritengo che questo sia sbagliato, soprattutto perché l'argomento travisa la natura della legittima difesa quale causa di giustificazione per scendere in guerra.

La posizione classica nella "teoria della guerra giusta" è quella per cui le guerre possono essere combattute per riparare un torto. Riparare un torto è una ben nota forma di giustizia – la giustizia correttiva. Se lo scopo è quello di punire un trasgressore, allora si potrebbe dire che si tratta di un'applicazione della giustizia retributiva. Il desiderio di mettere la giustizia in collegamento con la guerra e il fare affidamento sul modello della legittima difesa, conduce alla seguente affermazione, tipica dei principî formulati nella "teoria della guerra giusta": una guerra giusta può essere combattuta solo per porre rimedio ad un male subito. Ad esempio, l'auto-difesa contro un attacco armato è sempre considerata essere una giusta causa.

Tuttavia, come ho già affermato nella precedente analisi dei sei elementi che si riferiscono alla legittima difesa, lo scopo della legittima difesa medesima nel diritto interno non è né quello di riparare ad un male, né quello di punire l'aggressore. Il suo scopo è esclusivamente quello di resistere all'aggressione. Questo è il motivo per cui il fattore tempo diventa così importante. Se la reazione difensiva è troppo precoce o troppo tardiva, essa non può soddisfare il requisito di una risposta necessaria ad un'aggressione imminente.

La prova che la legittima difesa non è una forma di giustizia retributiva è

costituita dal fatto che un riuscito atto di difesa non ha niente a che vedere con la meritata punizione dell'aggressore. Alcuni filosofi hanno sostenuto il contrario, soprattutto perché hanno insistito nella confusione tra legittima difesa e punizione. Robert Nozick una volta ha affermato, ad esempio, che se colui che si difende resiste con successo all'aggressore, l'atto di resistenza dovrebbe essere considerato alla stregua di un "acconto" sul meritato castigo²⁴. Ma questo rappresenta un profondo fraintendimento della legittima difesa. Colui che si difende non agisce in luogo di un tribunale che impone la pena. I criteri di proporzionalità sono differenti. Nella legittima difesa, la proporzionalità è un criterio limitativo per l'uso della forza necessaria. In caso di punizione, la sanzione dovrebbe corrispondere al reato ed in questo senso essere proporzionata. La retribuzione non si riferisce alla auto-difesa, come dimostrato dal generale riconoscimento della legittima difesa contro aggressori che agiscono in forza di una scusante, che non dovrebbero essere puniti affatto per i loro atti.

Il fondamentale e ricorrente errore della "teoria della guerra giusta" è quello di ritenere che le guerre possano correggere le ingiustizie o punire i malfattori. Questo è un assunto necessario per la struttura della teoria al fine di stabilire un collegamento tra i criteri della giustizia correttiva e di quella retributiva. A livello filosofico, il definitivo rifiuto di questa concezione della guerra è stato espresso nel 1797 da Immanuel Kant nella sua grande opera sulla teoria del diritto: "Nessuna guerra fra Stati indipendenti tra loro può essere una guerra punitiva (*bellum punitivum*). Infatti, la punizione è possibile soltanto nei rapporti di un superiore (*imperantis*) verso un inferiore (*subditum*), il quale rapporto non è quello degli Stati tra loro"²⁵.

Kant ha assolutamente ragione circa la natura della punizione, come i principali teorici della pena ora riconoscono²⁶. Il punto di partenza per riflettere sul diritto internazionale è l'uguaglianza di tutti gli Stati. Essi non sono creati uguali ma sono costituiti uguali dal sistema giuridico. Se questo è vero, allora nessuno Stato può imporre una sanzione o qualsiasi altro strumento di giustizia ad un altro Stato. La giustizia richiede un giudice neutrale, gerarchicamente sovraordinato alle parti che vengono giudicate.

²⁴ Ho risposto a questa affermazione in G.P. FLETCHER, *Self-Defense as a Justification for Punishment*, in 12 CARDOZO L. REV. (1991), p. 859.

²⁵ I. KANT, *The Metaphysics of Morals* [347] (trans. Mary Douglas, Cambridge, 1991), p. 153.

²⁶ V. ad es., H.L.A. HART, *Prolegomenon to the Principle of Punishment: Essays in the Philosophy of Law* (1968), pp. 4-5.

La “teoria della guerra giusta” deriva da un’epoca anteriore, ancora influenzata dall’idea che alcuni Stati sono dalla parte di Dio mentre altri non lo sono. Ci può essere giustizia nelle guerre combattute dagli ebrei nel Vecchio Testamento, e ci può essere giustizia nelle guerre combattute dalla Chiesa cattolica per diffondere la propria religione. Ma svelare il debito che la “teoria della guerra giusta” ha nei confronti di questa obsoleta visione dell’ordine internazionale è sufficiente per confutarla.

prof. DAVID GARLAND
New York University

ABUSO PENALE ED ECCEDEXENZA DI SIGNIFICATO
I linciaggi come tortura pubblica nell'America
del Ventesimo Secolo^(*)

SOMMARIO: 1. Tipologie di linciaggio. – 2. I linciaggi e la saggezza delle tradizioni. – 3. Perché il linciaggio? – 4. I significati sociali del linciaggio. – 5. Ripensando la sociologia della pena.

1. *Tipologie di linciaggio*

Il termine “linciaggio” si riferisce a un’ampia gamma di comportamenti che vanno da quelli clandestini, come nel caso delle impiccagioni attuate da un numero ristretto di persone, fino a comprendere le esecuzioni altamente ritualizzate, compiute di fronte a enormi folle¹. Rispetto a questa varietà di comportamenti, le tipologie di linciaggi individuate da W. Fitzhugh Brundage² sono di alto interesse. Quest’ultimo descrive gruppi quali i “White Capper”, i “Ku Klux Klan”, i “Night Riders” o i “Regulator”, definendoli quali *masse terroriste*. Queste *masse* punivano il comportamento di bianchi indisciplinati; terrorizzavano quei neri che minacciavano un’insurrezione; cacciavano i proprietari neri dalle loro terre per ridurre il numero di *competitor* in campo economico; si vendicavano degli informatori (di qualunque gruppo etnico essi fossero) che denunciavano alle autorità i contrabbandieri di alcolici. In genere costoro linciavano le proprie vittime approfittando delle tenebre e senza ricorrere a rituali elaborati.

Le folle private, invece, erano formate da piccoli gruppi di persone che si riunivano per esercitare forme di vendetta personale, anche segretamente – ma spesso con la collusione di alcuni funzionari pubblici, che lasciavano il presunto colpevole nelle mani della vittima e dei suoi amici. Le ingiustizie che

* Il presente scritto riproduce in forma sintetica alcune delle tesi già prospettate in D. GARLAND, *Penal Excess and Surplus Meaning. Public Torture Lynchings in Twentieth-Century America*, in *Law & Society Review*, vol. 39, 4, 2005, pp. 793-834. La traduzione dall’inglese è a cura di Adolfo Ceretti e Lorenzo Natali.

¹ W.F. BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, Urbana, 1993; C. WALDREP, *The Many Faces of Judge Lynch. Extralegal Violence and Punishment in America*, New York, 2002.

² BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit., cap. 1.

mobilitavano queste folle comprendevano ogni sorta di delitti – alcuni di essi, in realtà, decisamente non gravi, come nel caso di percepite insubordinazioni o di violazioni di scarsa rilevanza del codice razziale.

Il terzo tipo di folla descritta da Brundage riguarda i gruppi di uomini armati dotati di autorità legale che uccidevano le persone sospette e disarmate o ferite, anziché catturarle vive. Questi gruppi armati erano considerati più legittimati ad agire rispetto agli altri due, e difficilmente attiravano le critiche degli esponenti e degli appartenenti alle comunità locali.

Il quarto tipo è rappresentato dal linciaggio *di massa*, che richiama folle composte da più di cinquanta persone.

Ciò a cui io mi riferisco quando ricorro all'espressione "linciaggi come tortura pubblica" è un particolare tipo di linciaggio *di massa* che avveniva pubblicamente, facendo ricorso a forme rituali ed eccessive dosi di crudeltà. Queste esecuzioni spettacolari erano perpetrate di fronte a masse di centinaia – e talvolta migliaia – di persone ed erano "riservate" esclusivamente ai neri; generalmente maschi ma, non di rado, anche donne³. Gli uomini bianchi venivano raramente linciati di fronte a grandi folle. Non ho trovato difatti, nel periodo da me studiato, alcun caso documentato in cui un bianco sia stato torturato o bruciato vivo. Questi eventi su larga scala, che per loro stessa natura implicavano un ampio supporto da parte delle comunità, avvenivano sempre in risposta ad accuse di gravi crimini (soprattutto omicidi e violenze sessuali), ed erano sempre contraddistinti dalla presenza di una folla bianca e di una vittima di colore.

I "linciaggi come tortura pubblica" ebbero inizio con la tortura e l'uccisione di Henry Smith a Paris, in Texas, nel 1893 e di Sam Hose a Newnan, in Georgia, nel 1899 – entrambi eseguiti davanti a grandi folle e commentati con grande enfasi su articoli di giornale di portata nazionale, corredati da servizi fotografici ampiamente dettagliati⁴. Sebbene alcuni agglomerati di folle siano ricorsi ai roghi anche prima degli anni Novanta dell'Ottocento, le uccisioni di Smith e di Hose inaugurarono un nuovo tipo di eventi – o comunque una versione inedita e più barbaramente spettacolare di un genere già esistente – che si sarebbero ripetuti in centinaia di altre occasioni nei successivi quarant'anni. Questa nuova forma di linciaggio, che si poteva osservare nelle piccole città e

³ BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit., p. 80.

⁴ G.E. HALE, *Deadly Amusements. Spectacle Lynchings and Southern Whiteness, 1890-1940*, in B. CLAYTON - J. SALMOND (a cura di), *Varieties of Southern History*, Westport, CN, 1996, pp. 68-69.

nelle zone rurali del Sud degli Stati Uniti, è continuata infatti fino alla fine degli anni Trenta del Novecento. Il numero esatto di questi atti non è stato calcolato, ma tra i quasi 4000 linciaggi avvenuti tra il 1882 e il 1940, documentati dai resoconti giornalistici e dai racconti dei testimoni oculari, alcune centinaia rispondevano alle caratteristiche di “quelli come tortura pubblica”.

Questo lavoro ha quale obiettivo quello di esplorare questi significati, e di identificare le sensibilità e le relazioni sociali che li hanno resi possibili.

Questi eventi spettacolari assunsero rapidamente un carattere codificato – un modello passibile di imitazione grazie ai dettagliati servizi giornalistici e alla circolazione delle numerose fotografie che li riguardavano⁵. Ecco qual era la sequenza tipica degli eventi: un nero, sospettato, veniva identificato in seguito ad alcune voci che sostenevano che una persona bianca, rispettabile, era stata violentata o uccisa. Iniziavano a circolare racconti sinistri riguardo a quel crimine⁶. A questo punto, un gruppo armato composto dai parenti delle vittime e da alcune persone appartenenti a quella comunità partiva alla caccia del sospettato; se, invece, quest'ultimo era già in custodia presso le autorità locali, la folla lo sottraeva loro. Nel caso che la “caccia” richiedesse del tempo, o che il “comitato” che presiedeva alle operazioni di linciaggio stesse tenendo segretamente in custodia “la persona indegna”, i giornali locali (e più tardi le stazioni radio) annunciavano che un linciaggio era imminente, e informavano circa il luogo, la data e l'ora probabili dell'esecuzione. Essa avveniva in una piazza pubblica, o vicino alla ferrovia, o in un campo prossimo alla casa della vittima o, più spesso, sulla scena del presunto crimine. La visibilità dell'evento era favorita dalla costruzione di palchi improvvisati, o con l'innalzamento del corpo della vittima. Qualora considerazioni di opportunità suggerissero ai promotori del linciaggio di uccidere la loro vittima lontano dal luogo del delitto dopo l'esecuzione il corpo veniva trascinato fino alla casa della vittima, in una piazza della città, in un quartiere nero e messo in mostra in quel luogo. Se il linciaggio era annunciato per tempo, cronisti e telegrafisti sopraggiungevano con apparecchiature portatili, pronti per spedire i loro comunicati direttamente dalla scena.

I promotori del linciaggio dissertavano su quale fosse il metodo più appro-

⁵ S. JEAN - W.F. BRUNDAGE, *Legitimizing “Justice”. Lynching and the Boundaries of Informal Justice in the New South*, in D. FREEMAN (a cura di), *Informal Criminal Justice*, Aldershot, 2002.

⁶ J.D. HALL, *Revolt Against Chivalry. Jesse Daniel Ames and the Women's Campaign Against Lynching*, New York, 1993; G.E. HALE, *Making Whiteness. The Culture of Segregation in the South, 1890-1940*, New York, 1998.

priato per l'esecuzione, dirimendo talvolta la questione attraverso un voto collettivo o, in altri casi, chiedendo alla stessa vittima del linciaggio di prendere la decisione. Se quest'ultima si dimostrava disponibile e rilasciava una confessione poteva esserle concessa un'ultima richiesta – un pasto, o l'opportunità di dire addio ad amici e familiari. In caso contrario veniva torturata finché confessava il crimine o denunciava il nome di altri. Il rifiuto di confessare veniva interpretato come un segno di ostinata opposizione e non di innocenza sebbene, in almeno un caso documentato, il dubbio in relazione alla colpevolezza della futura vittima del linciaggio abbia indotto i promotori del linciaggio a impiccarla – anziché bruciarla viva come era invece stato originariamente pianificato.

Le vittime del linciaggio venivano dunque impiccate agli alberi, ad appositi pali, a ponti e, in un caso, all'arco cerimoniale della piazza di una città⁷. Ad alcune di esse fu dispensata la morte tramite strangolamento. Alcuni individui mischiati tra le folle sparavano colpi di pistola contro i corpi appesi o usavano dei coltelli per farli a pezzi⁸. Molte vittime venivano incatenate a un palo di metallo e bruciate vive. Nel corso del rituale alcune persone presenti – spesso aizzate dai parenti della presunta vittima – tormentavano e abusavano fisicamente di chi stava per morire. Le vittime del linciaggio venivano mutilate quando erano ancora vive. Le loro orecchie, le dita o i genitali venivano amputati, i loro corpi lacerati con il coltello e fatti a pezzi, le loro viscere estratte davanti ai loro stessi occhi⁹.

Dopo la morte – e quando il corpo era ormai inerte – vi era chi si impadroniva di pezzi del cappio, degli anelli della catena o di rami dell'albero al quale il colpevole era stato impiccato. Altri si impadronivano di alcuni brandelli dei suoi vestiti o delle ossa o, ancora, di quelle parti del corpo che non erano state bruciate dal rogo. Questi *souvenir*, così come le fotografie scattate sulla scena dell'esecuzione, riprodotte e diffuse su larga scala nei giorni successivi, erano molto richieste e venivano spesso rivendute per far soldi¹⁰. Al termine del linciaggio ciò che restava del corpo della vittima veniva esibito o trascinato in

⁷ J. ALLEN (a cura di), *Without Sanctuary. Lynching Photography in America*, Santa Fe, 2000.

⁸ BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit., pp. 41-42.

⁹ J.W. HARRIS, *Etiquette, Lynching, and Racial Boundaries in Southern History*, in *The American Historical Review*, 100/2, 1995, pp. 387-410; R. LACAYO, *Blood at the Root*, *Time magazine*, April 10th New York, 2000; D. DOWNEY - R. HYSER, *No Crooked Death. Coatesville, Pennsylvania and the Lynching of Zachariah Walker*, Urbana, 1991, p. III.

¹⁰ *New York Times*, 2nd February 1893 and 24th June 1903.

giro per la città e infine abbandonato nella piazza o in un quartiere afro-americano. Talvolta il cadavere dell'impiccato veniva esposto sul patibolo per giorni, affinché tutti avessero la possibilità di vederlo¹¹.

Nei giorni successivi al linciaggio, inoltre, alcuni redattori dei giornali locali individuavano, precisavano e motivavano le ragioni per le quali si era proceduto, anche se altri commentatori prendevano le distanze dall'accaduto¹². In risposta alle critiche provenienti dai giornali delle grandi città e dagli esponenti liberali del Nord del Paese, i portavoce locali offrivano spiegazioni logiche – l'orrore di fronte al crimine denunciato, il bisogno di proteggere le donne e i bambini, i ritardi della giustizia e l'incertezza della legge, la consolidata e onorata tradizione di auto-aiuto che esisteva tra le persone e la condivisione di un'idea di giustizia comunitaria –, esprimendo il loro consenso e la tacita approvazione di quell'istituzione punitiva. Costoro potevano giudicare uno specifico linciaggio come positivo o negativo – a seconda dello *status* della vittima, delle prove raccolte nei suoi confronti, del livello di disciplina che aveva caratterizzato l'evento e del tipo di persone che avevano guidato la folla –, ma difficilmente criticavano l'istituzione in sé. Questi servizi giornalistici finivano con l'essere degli scambi di opinione sulle specifiche norme che dovevano regolare tali eventi, e articolavano insieme una giurisprudenza rudimentale sul linciaggio e sulla "legittimità" della violenza razziale¹³.

Nonostante i racconti dei testimoni apparissero sui giornali, circolassero le fotografie e fossero frequenti le affermazioni secondo cui era stata "la classe migliore di persone" a guidare la folla, le autorità locali sostenevano che nessuno degli autori del linciaggio poteva essere identificato. I *Coroner* incaricati di investigare le cause della morte svolgevano indagini sommarie e concludevano che il deceduto era morto "per mano di persone ignote"¹⁴.

Anche se erano meno frequenti dei linciaggi messi in atto da altre folle, l'impatto di quelli eseguiti "come tortura pubblica" era maggiore. Si trattava di eventi pubblici molto carichi da un punto di vista simbolico e che accadevano nello stesso periodo in cui nascevano e si diffondevano gli apparecchi fotografici, i moderni mezzi di comunicazione e i mass-media di portata nazio-

¹¹ *New York Times*, 16th May 1916.

¹² JEAN-BRUNDAGE, *Legitimizing "Justice"*. *Lynching and the Boundaries of Informal Justice in the New South*, in FREEMAN (a cura di), *Informal Criminal Justice*, cit.

¹³ BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit.; WALDREP, *The Many Faces of Judge Lynch. Extralegal Violence and Punishment in America*, cit.

¹⁴ P. DRAY, *At the Hands of Persons Unknown. The Lynching of Black America*, New York, 2002.

nale¹⁵. Quando si verificava una di queste esecuzioni la notizia circolava ben oltre i confini locali, estendendosi spesso all'intero Paese. Inoltre, la circolazione delle fotografie e i dettagliati resoconti giornalistici facilitavano la diffusione del fenomeno, creando una sorta di copione scritta accessibile a tutti, pubblico, conosciuto tanto dagli autori del linciaggio che dalle loro *audience*. Tutto questo materiale era a disposizione di chiunque fosse abbastanza audace da tradurlo in fatti.

2. I linciaggi e la saggezza delle tradizioni

Proverò a dimostrare che i “linciaggi come tortura pubblica” furono, innanzitutto, delle sanzioni penali inflitte collettivamente, e che esse erano rappresentate e intese dalla maggior parte degli attori e dei commentatori del tempo come tali. Purtroppo, queste sanzioni collettive non sono state sostanzialmente mai studiate nelle storie riguardanti la pena, che non hanno mai incluso riflessioni sui linciaggi pubblici nonostante vi fossero tante ragioni perché ciò avvenisse – prima tra tutte la diffusione di una ricca letteratura storica su questo tema e sulla violenza razziale nel Sud del Paese. Nella letteratura riguardante la “storia della pena” la tortura pubblica e le esecuzioni di questo genere sono abitualmente intese quali fenomeni “pre-moderni”, associati alle monarchie assolute, alle sensibilità dell'epoca medioevale e alle aree geografiche contraddistinte dall'assenza di leggi. Resta il fatto che molti dei linciaggi descritti in *Without Sanctuary*¹⁶ furono perpetrati nei primi decenni del XX secolo in zone da tempo politicamente stabili di Paesi del mondo a capitalismo più avanzato, di fronte a folle ben vestite che raggiungevano i luoghi delle esecuzioni in treno e in automobile, che utilizzavano macchine fotografiche Kodak per immortalare, e bevevano Coca-cola mentre esse si svolgevano. Questa è certamente un'anomalia che dovrebbe colpire la nostra attenzione.

I classici riferimenti che troviamo nella letteratura accademica – prime tra tutte le teorie di Èmile Durkheim, Michel Foucault e Norbert Elias – descrivono i cambiamenti storici riguardo le punizioni pubbliche violente. Gli autori citati sono concordi sul fatto che esse abbiano iniziato a diminuire a partire dalla fine del XVIII secolo, e siano scomparse nei moderni Paesi occidentali

¹⁵ HALE, *Making Whiteness. The Culture of Segregation in the South, 1890-1940*, cit.

¹⁶ ALLEN (a cura di), *Without Sanctuary. Lynching Photography in America*, cit.

del XX secolo¹⁷. Queste narrazioni sono supportate da spiegazioni differenti che chiamano in causa – rispettivamente – l'emergere dell'individualismo, le trasformazioni delle relazioni di potere, la formazione dello Stato moderno o il processo di civilizzazione delle sensibilità delle *élite*, e le dinamiche che le hanno attraversate. Ma per quanto riguarda l'evoluzione delle sanzioni penali gli sguardi sono, come si diceva, più o meno convergenti: dopo i primi anni del XVII secolo la tortura, le mutilazioni e le esecuzioni di una certa gravità – sostengono tutti – diminuirono.

Negli Stati Uniti, in particolare, il sapere storico che si è formato sulla pena di morte enfatizza che le esecuzioni capitali iniziavano a essere sempre più “privatizzate” a partire dagli anni Trenta dell'Ottocento, allorché gli Stati decisero di metterle in atto all'interno delle prigioni e dietro le alte mura delle carceri, lontane dagli occhi del pubblico¹⁸. Dopo il 1888 molti Stati adottarono il metodo più “moderno” e “umano” della sedia elettrica – una tecnologia che doveva appoggiarsi agli apparati di uno Stato capace di approntarla in un luogo inaccessibile al pubblico e solitamente situato lontano dalla comunità nella quale si era verificato il crimine¹⁹.

Le centinaia di “linciaggi come tortura pubblica” che si realizzarono tra il 1893 e il 1937 suggeriscono una storia molto differente, ed è questa discrepanza che desidero esplorare.

Inizierò prendendo le distanze da alcune interpretazioni che reputo erronee. Un esame approfondito dei documenti d'archivio testimonia che le conoscenze che abbiamo edificato su questo fenomeno sociale non sono corrette. Provo a illustrarne le ragioni:

1. Queste esecuzioni non furono esplosioni selvagge di violenza spontanea. Esse rappresentarono, piuttosto, “eventi pubblici” dotati di una forma rituale condivisa – una serie di azioni costantemente ripetute e supportate da un loro peculiare discorso normativo.

2. Esse non erano arbitrarie o immotivate. In ogni caso documentato erano organizzate in risposta all'accusa di un grave crimine ed erano intese – sia dai loro promotori che dai loro detrattori – quali sanzioni penali “sommarie”.

3. Questi linciaggi avvenivano su un binario parallelo a quello dell'applicazione delle norme da parte del sistema legittimo di giustizia penale. Essi rap-

¹⁷ D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale* (1990), trad. it., Milano, 1999; R. EVANS, *Rites of Retribution*, Oxford, 1996.

¹⁸ L. MASUR, *Rites of Execution*, New York, 1989.

¹⁹ S. BANNER, *The American Death Penalty. A History*, Cambridge, MA, 2002.

presentavano un'alternativa preferita alla giustizia "ufficiale", non il suo necessario sostituto. Ritenere questi fenomeni delle "operazioni di vigilanza"²⁰ significa perdere di vista ciò che li caratterizza.

4. I "linciaggi come tortura pubblica" non erano eventi del tutto inusuali. Resoconti e ricerche attuali confermano che nel periodo compreso tra il 1893 e il 1937 si verificarono probabilmente tra le 400 e le 500 esecuzioni, quasi tutte nel Sud del Paese.

5. I linciaggi non erano messi in atto da folle composte da persone che avevano una cattiva reputazione o da "soggetti" che erano "criminali". Vi prendevano parte persone rispettabili; i funzionari pubblici agivano in collusione con i promotori del linciaggio; i *leader* delle comunità difendevano l'operato di costoro²¹.

6. Queste punizioni non continuavano una tradizione consolidata e risalente ma, al contrario, costituivano una nuova tipologia di eventi, emersa nei decenni successivi al 1890 e proseguita fino alla fine degli anni Trenta del Novecento, in particolare nelle zone rurali e nelle piccole città del "Profondo Sud"²².

Sosterrò la tesi che i "linciaggi come tortura pubblica" rappresentarono una forma di repressione razziale – e più indirettamente di controllo sociale e di genere – che adottava deliberatamente le forme e i rituali di una sanzione penale. Le affermazioni dei loro autori circa la volontà di applicare delle pene erano costantemente suffragate e supportate dai rappresentanti istituzionali dei luoghi dove questi eventi avvenivano e ciò dimostra che, almeno ad alcuni livelli della sfera pubblica, essi erano definiti e intesi come sanzioni ufficiali – non atti di vendetta privata. Indubbiamente, in tutte queste situazioni le autorità legali erano sempre contestate, e "il diritto vivente" era spesso in contrasto con "le leggi scritte". Reputo che, ben lungi dall'essere insignificanti per la storia e la sociologia della pena, le sanzioni penali emergenti in tali situazioni di ambiguità legale o di conflitto politico siano, invece, molto istruttive per la comprensione dei mutamenti della sfera penale: anziché trascurarle dovremmo essere sicuri che esse diventino parte della documentazione storica utiliz-

²⁰ F.E. ZIMRING, *Contradictions of American Capital Punishment*, New York, 2003.

²¹ BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit., p. 38.

²² J. WILLIAMSON, *Wounds Not Scars. Lynching, the National Conscience, and the American Historian*, in *The Journal of American History*, vol 83, 1997, p. 1235; N.H. MOSES, *Lynching and Vigilantism in the United States. An Annotated Bibliography*, Westport, CN, 1997, p. XII.

zata dai sociologi per fondare la loro conoscenza della storia della pena. Come mostrerò, i sociologi della pena hanno molto da imparare dalla storia del linciaggio; analogamente, anche gli storici del linciaggio hanno molto da imparare, dato che il carattere indubbiamente “penale” di questi eventi, i rituali punitivi adottati e i modelli di giustizia retributiva ai quali si ricollegano erano decisivi per decretare la legittimità e l’effettività di questa strategia di repressione razziale.

L'ondata di “linciaggi come tortura pubblica” che si registrò negli “Stati del Sud” all’inizio del XX secolo non può essere adeguatamente compresa riferendosi esclusivamente al razzismo diffuso in quelle regioni o alla “cultura sudista della violenza”, dal momento che entrambi i fenomeni precedevano e seguivano le dinamiche che stiamo analizzando. Come affermavano i loro più entusiasti sostenitori, i linciaggi non erano neppure motivati dalla necessità di controllare la violenza criminale dei maschi afro-americani che non si adattavano alle regole – sebbene vi siano dati che confermano l’aumento dei reati commessi dai neri nel corso degli anni Ottanta dell’Ottocento e con essi la paura, da parte dei bianchi, nei confronti della violenza dei neri²³. Infine, le nuove forme di linciaggio non rappresentavano neppure una forma di reazione nei confronti di una crisi economica o alle pressioni vissute nel mondo del lavoro dai bianchi poveri in competizione con lavoratori neri non soggetti a controlli²⁴ – sebbene le pressioni economiche possano, senza dubbio, aver alimentato quella rabbia e quel risentimento che trovò poi sbocco nell’aumento di violenza contro i neri.

I “linciaggi come tortura pubblica” fecero la loro comparsa in un momento storico di particolare tensione nelle politiche razziali e di classe degli Stati del Sud dell’America – un momento di transizione nel corso del quale i tradizionali meccanismi di dominio razziale e di controllo sociale o erano stati abbandonati o non erano più percepiti come effettivi, mentre le nuove strutture di controllo non si erano ancora imposte. Ciò che, retrospettivamente, può essere letto come un momento di transizione strutturale da un modello di controllo della popolazione nera (la schiavitù) a un altro (la segregazione di Jim Crow)²⁵,

²³ E.L. AYERS, *Vengeance and Justice. Crime and Punishment in the 19th century American South*, New York, 1984, p. 252.

²⁴ S.E. TOLNOY - E.M. BECK, *A Festival of Violence. An Analysis of Southern Lynchings*, Urbana, 1995.

²⁵ Il *Jim Crow System* era un corpo di leggi in vigore soprattutto nel Sud degli Stati Uniti che traeva origine da quelle (definite *Black Codes*) varate tra il 1865 e il 1867 e che era volto a

era percepito a quel tempo da molte comunità bianche come “vulnerabilità nei confronti del crimine” e come un’intollerabile minaccia al proprio *status* e alla propria autorità.

Questi cambiamenti generarono, dunque, ansie intollerabili legate al declino di *status* e di autorità, profonde paure per la propria sicurezza personale, intensificando l’ostilità razziale. Tutti questi sentimenti antagonistici si riversarono sulle formule retoriche coniate dalle politiche razziste, e confluirono in nuove narrazioni di carattere popolare che proiettavano tali ansie sulla figura del criminale nero pericoloso²⁶. I medesimi sentimenti trovarono espressione, dal punto di vista dei comportamenti, conferendo ai linciaggi la connotazione di un rituale con cui esercitare il terrore razziale in modo più crudele, più pubblico e, quindi, più politico. Seguendo un processo già noto, il gruppo dominante che si percepisce indebolito e minacciato risponde attaccando rabbiosamente i propri nemici, assumendo un atteggiamento punitivo ed esibendo una spettacolare dimostrazione di forza.

I commentatori locali mettevano in rilievo l’aumento dei crimini commessi dai neri e il profilarsi di varie minacce rappresentate dai maschi neri “senza padrone” che vagavano per le campagne, i quali mettevano a repentaglio la sicurezza delle donne bianche quando si trovavano da sole in fattorie isolate²⁷. Ma le maggiori tensioni nelle relazioni sociali derivavano non tanto dal problema del crimine quanto dalle questioni politiche, economiche e culturali che minacciavano l’equilibrio di potere tra i gruppi razziali ed economici del Sud.

Nel “dare un esempio” di chi era un pericoloso criminale di colore (o qualcuno così sfortunato da essere scambiato come tale) essi miravano a fare “giustizia” nei suoi confronti. Adottando questa specifica forma di punizione – un “abuso penale” (*penal excess*) – essi provavano anche a riequilibrare le relazioni di potere che operavano tra “le razze”, e a tenere insieme un sistema di controllo razziale barcollante.

Questo rituale retributivo che era consapevolmente ritenuto sproporzionato (“abuso penale”) dagli stessi attori politici era la misura strategica adottata per comunicare contenuti e sentimenti che, con il loro significato intenzionale, varcavano di molto i limiti della giustizia penale (“eccedenza di significato”).

legittimare la segregazione razziale e a privare i neri americani dei fondamentali diritti civili. A questa discriminazione legalizzata il Congresso aveva risposto estendendo a tutti i neri la cittadinanza americana (XIV Emendamento) e concedendo loro il diritto di voto (XV Emendamento) N:D:T:

²⁶ G. FREDERICKSON, *The Black Image in the White Mind*, Middletown, Conn, 1971.

²⁷ E.L. AYERS, *The Promise of the New South. Life After Reconstruction*, New York, 1992.

3. Perché il linciaggio?

Il “linciaggio come tortura pubblica” venne inteso, dai suoi fautori, come una punizione atroce in risposta a un crimine atroce – un atto di vendetta e di difesa sociale contro quei trasgressori che minacciavano la sicurezza e l’autorità della comunità bianca. Ma occorre notare che questa “punizione” era scelta in presenza di precise alternative. Località come Newnan (Georgia), Dallas (Texas), Waco (Texas), o Jackson County (Florida) non erano, verso la fine dell’Ottocento, zone di frontiera prive di un sistema legale effettivo. Erano città e contee dove le istituzioni – corpi di polizia, tribunali e prigioni – erano “costituite” e funzionanti. Le folle, solitamente, catturavano le loro vittime quando erano già sotto la custodia dei pubblici ufficiali. Se si fosse scelto di lasciare che le istituzioni penali procedessero in base alle leggi, probabilmente la persona accusata sarebbe stata, in poco tempo, processata, condannata e giustiziata. Ma le folle preferivano agire direttamente.

Cosa rendeva il linciaggio di massa preferibile al sistema penale e alle sue sanzioni? I promotori del linciaggio lamentavano la lentezza e l’intempestività della giustizia, la tendenza a ribaltare in appello la sentenza di condanna grazie a espedienti difensivi. Ma la documentazione relativa ai processi celebrati nelle contee dove si praticava il linciaggio dimostrano che tali caratteristiche non rappresentavano un problema insuperabile quando l’imputato era un nero accusato di aver violentato sessualmente, o ucciso, una vittima bianca. Questi processi erano condotti così celermente che talvolta passava meno di un giorno tra la formazione della giuria e l’esecuzione di chi era stato prontamente condannato²⁸. Le persone offese dal reato e chi era loro vicino avevano la pressoché totale certezza di ottenere una risposta giusta e celere dagli organi giudiziari. Per quali ragioni, allora, si preferiva gestire gli eventi lontano dai sistemi penali, facendo valere una “giustizia altra”?

Agli occhi delle masse, il processo penale non era solo lento e intempestivo: era percepito anche come troppo lontano e inadeguato a rispondere a questi crimini specifici, a questi “criminali” particolari sui quali essi volevano sfogare la propria foga vendicativa, senza mediazioni. Le forme di reazione preferite erano quelle passionali, personalizzate e comunitarie; le pratiche utilizzate erano deliberatamente crudeli e inusuali. Per quali motivi? Perché i delitti in questione erano percepiti come crimini di *lesa maestà* – cioè a dire delle sfide al corpo sociale e al codice razziale dal quale dipendeva l’ordine stesso della

²⁸ BANNER, *The American Death Penalty. A History*, cit., p. 229.

società. Aggressioni a lavoratori bianchi, a funzionari pubblici o a donne e a bambini costituivano gravi affronti alla gerarchia di dominio che organizzava le relazioni tra i gruppi razziali del Sud del Paese. Crimini come questi contenevano in sé un'offesa alla collettività, un disonore per la razza bianca e una minaccia serpeggiante alla sicurezza dell'intera comunità. La rabbia e il risentimento suscitati da questi atti erano più intensi e più condivisi di quelli suscitati dai reati e dai delinquenti comuni. Il loro significato collettivo diveniva sempre più manifesto proprio quando le relazioni tra i gruppi razziali si mostravano volatili e incerte.

In questo contesto, il linciaggio di un "criminale" nero poteva essere una punizione molto popolare. I perpetratori misconoscevano i vincoli imposti dalla legge statale e dalle procedure legali e incoraggiavano la folla a rispondere all'offesa affermando il suo dominio diretto e a trarre piacere nell'esprimersi senza la mediazione delle istituzioni. Gli autori del linciaggio volevano sentirsi sovrani, come "il popolo" che agisce direttamente e per conto proprio, vendicando i propri familiari vittimizzati, affermando l'"onore bianco" e dimostrando la propria forza collettiva. Il crimine atroce commesso dall'uomo di colore – e insieme a esso il rimando allusivo a una classe inferiore e insubordinata di soggetti – rappresentava una sfida a questi valori, e reclamava un'opposizione vigorosa.

Lasciare la gestione del caso alle autorità penali significava depersonalizzare la relazione tra bianchi e neri e considerare il comportamento riprovevole di questi ultimi come una questione di carattere strettamente legale. Vendicare direttamente il crimine voleva comunicare, al contrario, che l'unica relazione significativa era quella diretta tra neri e bianchi, tra subordinati e superiori, tra schiavi e padroni – e non quella tra la legge e i cittadini. Per gli autori del linciaggio e per la loro comunità di riferimento era in gioco una questione di carattere personale.

Il fatto che le folle che intervenivano fossero composte da un numero elevato di persone contribuiva a confermare queste rivendicazioni, conferendo ai linciaggi un'aurea comunitaria difficile da negare. Il formarsi di una massa intorno a eventi di questo genere funziona come un gesto "ufficializzante"²⁹, specialmente in contesti dove il governo statale è debole o è contestato. La folla trasformava un atto di giustizia "privata" in un atto pubblico, *politicizzando* e mutandone il significato: da atto illegale di violenza a "legge". Le sanzioni punitive avrebbero potuto essere eseguite con tutta tranquillità quan-

²⁹ P. BOURDIEU, *Ragioni pratiche* (1990), trad. it., Bologna, 1995.

do calavano le tenebre e seguendo i canoni di un linciaggio privato o di esecuzioni come quelle praticate dagli appartenenti al Ku Klux Klan. L'imputato avrebbe potuto essere eliminato rapidamente con un colpo di pistola alla testa. Ma tali procedure avrebbero spogliato l'atto di gran parte del suo impatto politico. La natura di questa forma di linciaggio sta nel suo carattere brutale, comunitario – una manifestazione di puro dominio che utilizzava il sangue e le folle per rivendicare i suoi diritti.

L'abuso penale rappresentato dallo spettacolo del linciaggio comunicava qualcosa che un processo penale non era in grado di esprimere. Scolpiva nella carne delle vittime sentenze non ambigue e utilizzava i corpi fatti a pezzi per decretare verità irrinunciabili. Inoltre, dimostrava che violenza e potere – illimitati – erano gli elementi costitutivi della giustizia comunitaria, e che la moderazione era del tutto fuori luogo quando era in pericolo la supremazia della razza. Contemporaneamente, il linciaggio ri-affermava lo *status* del nero minaccioso: un nessuno che non aveva diritti, protettori, dignità o valore personale. Garantire a un violentatore o a un omicida nero l'accesso a un "giusto processo" avrebbe significato considerarlo come un cittadino, un concittadino americano, un essere umano, un proprio simile. Ciò a cui si mirava, per sottolineare la totale indegnità di qualsiasi nero che danneggiasse un bianco, era proprio la negazione di questa comunanza e di ogni forma di fratellanza.

Se la tortura e l'abuso penale erano gesti di annientamento dell'altro essi, certamente, assumevano anche una funzione deterrente: ogni nero che avesse attaccato donne o bambini bianchi poteva aspettarsi qualunque reazione, anche la peggiore³⁰. Negli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento, e anche nei decenni successivi, le violenze perpetrate dai bianchi erano un fatto quotidiano che si estendeva anche alle modalità di trattamento dei neri all'interno dei sistemi della giustizia che, nel Sud del Paese, alternava la pena di morte con la brutale pratica dell'incatenamento³¹.

Sulla base di queste premesse l'abuso penale costituito da linciaggi così spettacolari rendeva più vivido il significato dell'evento, gli conferiva un carattere più passionale e lo configurava come più "proporzionato". Alla percezione di un delitto estremamente grave faceva da contrappunto una pena capace di mostrarne la straordinaria gravità (Almeno questo aspetto dovrebbe

³⁰ L.F. LITWACK, *Trouble in Mind. Black Southerners in the Age of Jim Crow*, New York, 1998.

³¹ D.M. OSHINSKY, *Worse than Slavery". Parchman Farm and the Ordeal of Jim Crow Justice*, New York, 1996.

risultarci familiare: cento anni dopo i fatti che stiamo descrivendo i “gravi omicidi” suscitano ancora, per ragioni molto simili, una domanda diffusa di pena di morte in 38 Stati americani). Tutto ciò sfociava in un atto di terrore esemplare, volto a “contenere” l’aggressività dei neri e ri-stabilire, da parte loro, i “giusti” livelli di subordinazione e deferenza.

Il fatto che questo rituale fosse proibito dalla legge penale, fosse organizzato solo nel Sud degli Stati Uniti e che scandalizzasse il resto della nazione finiva col restituirgli un potere così decisivo che le esecuzioni ufficiali della pena di morte non avrebbero mai potuto eguagliare. I linciaggi di massa erano eventi con cui i promotori del linciaggio e i loro sostenitori si conferivano pubblicamente una peculiare identità comunitaria – definendosi *sovrani* in opposizione all’autorità statale (e più tardi federale). Con ciò sancivano la loro *superiorità* rispetto all’emancipazione dei neri e alle aspirazioni degli afro-americani a ottenere uno *status* sociale e protezione legale. Essi si definivano *del sud* appellandosi agli antichi codici d’onore³² che prescrivevano auto-aiuto e interventi diretti ogniqualvolta gli interessi personali fossero minacciati. Si dichiaravano, inoltre, intransigenti e incontrollati se si trattava di dover difendere i loro valori, esprimendo disprezzo per chi proponeva una visione più “conciliativa” e moderata tra i vari gruppi etnici.

Questi linciaggi finivano poi con l’essere degli spettacoli, dei divertimenti, delle distrazioni che aiutavano a spezzare la *routine* quotidiana, specialmente nei contesti rurali e nelle piccole cittadine. Le migliaia di cartoline illustrate che ritraggono questi avvenimenti lo provano ampiamente.

In sintesi, il significato dei “linciaggi come tortura pubblica” era profondo: essi non erano diretti a degli *outsider*, ma erano rivolti *alla folla dalla stessa folla* – secondo le istruzioni stabilite dai loro promotori.

Queste dinamiche sociali confermano quanto è stato descritto da Kai Erikson³³ e da Stuart Hall³⁴ nei loro studi. Nella loro funzione manifesta, e nelle razionalizzazioni operate dai loro promotori, i linciaggi pubblici erano delle punizioni sommarie, una risposta a precise denunce che avevano la pretesa di “fare giustizia” e di ristabilire “legge e ordine”. Ma ciò che realmente contava

³² R.M. BROWN, *Strain of Violence. Historical Studies of American Violence and Vigilantism*, New York, 1975; B. WYATT-BROWN, *Southern Honor. Ethics and Behavior in the Old South*, New York, 1982.

³³ K. ERIKSON, *Streghe, eretici e criminali. Devianza e controllo sociale nel XVII secolo* (1966), trad. it., Roma, 2005.

³⁴ S. HALL - C. CRITCHER - T. JEFFERSON - J. CLARKE - B. ROBERT, *Policing the Crisis. Mugging, the State and Law and Order*, London, 1978.

affinchè i partecipanti e gli spettatori potessero comprendere già a livello intuitivo (funzione sociale latente) il loro significato era la loro “violenza” di tipici rituali legati alla tradizione – messi in atto da un’ autorità locale autonoma che incrementava una forma di giustizia “razzista” finalizzata a riaffermare potere e valori di un ordine sociale reazionario.

4. I significati sociali del linciaggio

Se i “linciaggi come tortura pubblica” erano un teatro politico, quali drammi venivano messi in scena? Quali significati suggerivano e a chi erano rivolti? Di quali linguaggi e di quali simboli si avvalevano e come erano interpretati gli atti che li componevano? Le monografie di carattere storico esistenti forniscono una fonte inesauribile di materiale empirico con il quale interpretare i loro significati politici e culturali e offrono alcune descrizioni convincenti.

Analizzeremo questi passaggi nelle prossime pagine, tenendo presente che nessun linciaggio comunicava allo stesso tempo tutti i significati o svolgeva tutte le funzioni che indicheremo di seguito: ciascun evento avveniva e significava qualcosa in un tempo e in uno spazio specifico. La nostra descrizione restituisce il senso degli usi sociali di questa istituzione punitiva e i significati veicolati dai suoi rituali il che, a sua volta, contribuisce a spiegare in che modo tale istituzione potesse trovare un appoggio così esteso.

Controllo del crimine: il linciaggio elimina un presunto criminale pericoloso e lo fa con celerità e certezza. La sua crudeltà, terribile, è un potente atto di deterrenza che comunica un messaggio forte ai potenziali rei. In un’ area geografica difficile da governare, con il “problema” di una popolazione che non è più rigidamente controllata, esso recupera la vecchia tattica della punizione esemplare eseguita davanti a un pubblico.

Vendetta e atteggiamenti rivendicativi: la punizione di un presunto colpevole è un atto espressivo di ritorsione, che difende la vittima e risponde direttamente al crimine da essa denunciato. La violenza vendica il crimine, e difende la dignità sociale della vittima, della sua famiglia e della sua razza. Oltre ad avere una funzione retributiva per il crimine commesso la punizione ri-afferma l’ onore violato da un’ offesa intollerabile. Il fatto che una folla enorme si riunisse per vendicare il gesto violento rappresenta un attestato di stima nei confronti della vittima e, al tempo stesso, una dimostrazione della forza di quella comunità.

Disonorare e degradare: l’ abuso penale costituito dal linciaggio – le sue torture, il dolore e le evirazioni inflitte – unitamente al suo carattere pubblico,

hanno quale obiettivo la degradazione del colpevole, la privazione della sua dignità e la sua collocazione su un piano inferiore³⁵. I simboli tradizionali contenuti nel rituale di umiliazione e di punizione dell'infame, di colui che appartiene a un basso *status* sociale sono utilizzati per rispondere al crimine di *lesa maestà* – così come lo sono gli insulti e le mortificazioni che provengono spontaneamente dalla folla.

Giustizia espressiva: la prossimità del luogo del linciaggio a quello del crimine denunciato permette la liberazione catartica di potenti emozioni. Il rituale pubblico crea l'occasione per "agire" il risentimento vissuto dalla comunità e offre un'opportunità alle vittime di esprimere la loro collera (socialmente approvata). Gli articoli apparsi nei quotidiani dell'epoca sottolineano come le persone siano "eccitate", "irritate", "veementi", "furiose", "decise a vendicarsi".

Insegnamenti culturali: il linciaggio ha uno scopo didattico, sia per chi appartiene alla comunità che per gli *outsider*. A quelle vittime e a quei familiari che mostrano incertezza nell' eseguire ciò che viene loro richiesto, i promotori del linciaggio forniscono istruzioni. La folla, a sua volta, incoraggia e incita. Per tutti gli altri che sono presenti all'esecuzione esso è un'"iniziazione" alla violenza – un'esperienza volta a organizzare le soggettività, che insegna ai "bianchi del Sud" cosa significa e come ci si sente a essere un "bianco del Sud". Per i neri che si trovano nelle vicinanze esso è un promemoria brutale di quale sia il loro posto in quella società. Per il resto del Paese, è una dimostrazione di "come ci si sente laggiù"³⁶.

Purificazione: gli afro-americani erano considerati, in base a ciò che Cash definisce "la mentalità del Sud", come immondi e inferiori, e il contatto intimo tra neri e bianchi – per esempio utilizzare lo stesso bagno, bere dalla stessa fontana pubblica, provare gli stessi cappelli o gli stessi cappotti in un negozio – era visto come una fonte di contaminazione³⁷. La violazione della purezza della donna bianca raggiungeva l'apice in presenza di un'aggressione sessuale da parte di un nero – un'infamia che contaminava tanto la comunità quanto la donna, violava il divieto di incrociare le razze, minacciando di "im-

³⁵ E. SCARRY, *The Body in Pain*, New York, 1985.

³⁶ L.F. LITWACK, *Hellbonds*, in ALLEN (a cura di), *Without Sanctuary. Lynching Photography in America*, p. 27.

³⁷ HARRIS, *Etiquette, Lynching, and Racial Boundaries in Southern History*, in *The American Historical Review*, cit.; LITWACK, *Trouble in Mind. Black Southerners in the Age of Jim Crow*, cit.

bastardirle” e di degradare l’intero sistema di differenziazione razziale³⁸. Da qui la necessità di un rituale di purificazione: bruciare il corpo del reo era un atto finalizzato a rimuovere le tracce delle violazioni dei tabù e a ristabilire l’autorità dei divieti³⁹.

Terrore e controllo razziale: questi linciaggi spettacolari costituivano il punto estremo di un *continuum* di controlli esercitati nei confronti dei neri ricorrendo alla violenza⁴⁰. La loro ferocia serviva a immettere in tutta la rete del controllo – praticato attraverso i linciaggi privati, l’inflizione di aggressioni meno gravi e la minaccia quotidiana di violenza che consolidava lo stigma di appartenenza razziale e la richiesta di rispetto nei confronti del gruppo dominante – una dose ulteriore di potere. Era proprio la violenza immane – l’*abuso penale* – a incrementare l’effettività quotidiana dei differenti controlli razziali. Il crudele sadismo dei rituali di tortura pubblica può anche essere stato espressivo, ma era al tempo stesso decisamente strategico: i due livelli si rafforzavano reciprocamente.

Sovranità e potere politico: mettere in scena un linciaggio pubblico in aperta sfida alle leggi dello Stato era una vero e proprio proclama politico, convalidato e reso più espressivo dall’appoggio della folla. “Prendendo la legge nelle proprie mani” (“taking the law into their own hands”), le folle trasformavano in un’esibizione di forza un loro vissuto di debolezza, rivendicando il potere sovrano di gestire i propri affari, di annientare i propri nemici e garantire, così, la propria sicurezza. I linciaggi affermavano la contintuità dell’autonomia delle comunità locali e marcavano dei limiti precisi al potere statale e federale. Nel Sud, il potere diretto di punire rivestiva un significato speciale, ereditato dal diritto dell’uomo bianco di controllare i propri schiavi e di esercitare su di loro un potere di polizia. Non sorprende dunque che l’esercizio di questa sovranità assumesse forme selvagge. Sappiamo da Foucault⁴¹ e Merback⁴², che la crudeltà nell’esecuzione delle pene è il marchio del potere sovrano nei

³⁸ O.C. COX, *Lynching and the Status Quo*, in *Journal of Negro Education*, 14, 4, 1945, pp. 576-88; G. FREDERICKSON, *Racism. A Short History*, Princeton, NJ, 2002.

³⁹ O. PATERSON, *Rituals of Blood. Consequences of Slavery in Two American Centuries*, New York, 1998; M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo. Un’analisi dei concetti di contaminazione e tabù* (1966), trad. it., Bologna, 1975.

⁴⁰ TOLNOY-BECK, *A Festival of Violence. An Analysis of Southern Lynchings*, cit., p. 57.

⁴¹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it., Torino, 1976.

⁴² M.B. MERBACK, *The Thief, the Cross and the Wheel. Pain and the Spectacle of Punishment in Medieval and renaissance Europe*, Chicago, 1998.

regimi assoluti, e da Evans⁴³ che il terrore che accompagna certe punizioni è lo strumento a cui ricorrono questi ultimi quando si sentono minacciati.

Controllo del significato: punire in modo dispotico significa anche assenza di dubbi. A differenza del processo penale, il linciaggio consentiva di proclamare pubblicamente una sola narrazione, una sola verità. Mentre i tribunali – compresi quelli del Sud che giudicavano imputati neri – potevano sempre considerare elementi di prova in grado di sradicare gli stereotipi, contraddire i fatti e umanizzare gli imputati, i linciaggi pubblici permettevano una libera proiezione su di essi degli stereotipi razziali più consolidati, e di severi giudizi morali. La folla incarna un'unica, incontrastata e indiscussa struttura di significato degli eventi. In tal senso, le folle divengono un dispositivo per far tacere ogni dubbio (anche quelli su se stessi) e per la soppressione del dissenso.

Cancellazione dei diritti civili: le pratiche dei linciaggi pubblici dimostravano l'impossibilità, per i neri, di ottenere protezione legale e accedere a un "giusto processo", così come sancito dalla Costituzione. Era sotto gli occhi di tutti, sia bianchi che neri, che nonostante l'"Emancipazione" e la "Ricostruzione", nonostante il XIII e il XIV emendamento, i corpi dei neri rimanevano di proprietà dei bianchi, e che costoro potevano ancora sfruttarli per ottenere profitti e benefici. Il messaggio veicolato da tali rituali era che un nero non esisteva come soggetto giuridico. I commentatori più critici definivano i linciaggi come "illeghi", ma questa definizione non coglie l'autentica relazione che essi avevano con il sistema legale. Questi eventi, in un certo senso, si "opponavano" ad alcune leggi: il loro carattere "illegale" non consisteva tanto nella *violazione* di una legge, ma nel *negarne* la validità. Non a caso, alcuni autori hanno rilevato che i "linciaggi come tortura pubblica" andavano affermandosi nella stessa epoca e negli stessi luoghi in cui andavano affermandosi i movimenti volti a privare i neri del Sud dei loro diritti elettorali⁴⁴. Ma, a mio giudizio, è più appropriato ritenere che questi linciaggi erano essi stessi una forma effettiva di privazione dei diritti.

Il capro espiatorio: la violenza contenuta nei linciaggi era potenziata dai risentimenti e dalle tensioni che intercorrevano tra neri e bianchi ma esprimeva anche altre forme di inquietudine e si alimentava di altre divisioni: quelle economiche tra i proprietari delle piantagioni e i mezzadri; quelle di *status* tra i bianchi meno abbienti e quelli più facoltosi; quelle politiche tra i conservatori e i radicali; quelle di genere tra i maschi e le femmine – conflitti che rimaneva-

⁴³ EVANS, *Rites of Retribution*, cit.

⁴⁴ COX, *Lynching and the Status Quo*, in *Journal of Negro Education*, cit.

no sullo sfondo e a volte trovavano voce nelle azioni e nei discorsi che accompagnavano tali esecuzioni⁴⁵. L'offesa prodotta dal crimine denunciato rendeva possibile la messa in scena di un'azione collettiva che condensava tutti questi conflitti e canalizzava le ostilità che essi suscitavano.

Solidarietà: i linciaggi, assieme alla successiva circolazione di immagini che li ritraevano, di storie e *souvenir* servivano a creare forme di solidarietà. La partecipazione – anche quella indiretta, dopo l'evento – produceva effetti aggreganti, complicità e appartenenza al gruppo. Cartoline illustrate venivano inviate ad amici e conoscenti per coinvolgerli nella trasgressione collettiva di quella comunità, e renderli consapevoli di atti che pur essendo “illegali” erano approvati a livello locale. Le cartoline comunicavano pure il coinvolgimento reciproco dei partecipanti e la loro tacita approvazione. Alla forza dell'evento, inteso come un meccanismo unificante dei legami di una comunità in guerra e sprezzante, si aggiungeva il fatto che la legge proibiva il linciaggio, che esso violava le norme di condotta vigenti in qualsiasi altro luogo degli Stati Uniti e che esso era selvaggio, sanguinario e brutale.

Il linciaggio come gioco di potere: attraverso i linciaggi gli individui più reazionari e virulenti che circolavano all'interno di una comunità potevano esprimersi, esibire il proprio potere e suggellare la propria distanza dagli individui più moderati e concilianti. Attirando grandi folle, i loro promotori rivendicavano il ruolo di *leader* locali, che potevano contare sull'appoggio popolare. Le *élite* erano propense a sostenere queste crudeltà laddove pareva che esse potessero ottenere successo, e difendevano gli autori del linciaggio anziché contestarne la legittimità e l'autorità. I linciaggi pubblici producevano vari assestamenti politici e spostavano gli equilibri di potere nelle relazioni tra neri e bianchi, facendo virare le passioni di costoro verso atteggiamenti più populistici e razzisti⁴⁶. Le ridefinizioni delle gerarchie di *status* e il riequilibrio di certi adattamenti politici sono riportati negli editoriali apparsi sui quotidiani, nei dibattiti e nelle dichiarazioni che nascevano nelle comunità dopo questi atti⁴⁷.

Gerarchie di genere e di razza: questi rituali contribuivano anche a rimettere in gioco le complesse relazioni sociali e sessuali che intercorrevano tra uomini

⁴⁵ TOLNOY-BECK, *A Festival of Violence. An Analysis of Southern Lynchings*, cit., p. 19; J. WILLIAMSON, *The Crucible of Race*, New York, 1984.

⁴⁶ COX, *Lynching and the Status Quo*, in *Journal of Negro Education*, cit. p. 581.

⁴⁷ J.M. SORELLE, *The “Waco Horror”. The Lynching of Jesse Washington*, in *Southern Historical Quarterly*, 86, 1983, pp. 517-536.

e donne del Sud degli Stati Uniti. Come sostiene Jacqueline Hall⁴⁸, “il razzismo che conduceva i bianchi a commettere i linciaggi non può essere compreso indipendentemente dal sessismo che ispirava il controllo nei confronti delle donne bianche e lo sfruttamento di quelle nere”. I linciaggi dicevano, in modo esplicito ed esplosivo, molte cose riguardo ai tabù esistenti tra aggressori maschi neri e donne bianche vittime. Indirettamente, essi parlavano anche della relazione esistente tra gli autori del linciaggio – maschi bianchi – e le donne bianche, nel cui nome e per la cui protezione essi erano realizzati. Il loro tipico fondamento logico – la protezione delle donne bianche dagli attacchi sessuali di predatori maschi neri – comportava delle altrettanto logiche conseguenze per le donne bianche: la conferma del loro *status* di dipendenza, il rinforzo dell’aspettativa che esse fossero sessualmente “pure”, e la certezza che le relazioni sessuali tra razze avrebbero prodotto conseguenze terribili.

L'icona della “donna bianca pura” svolgeva una funzione strategica all’interno dei rapporti tra razze negli Stati del Sud; ciò aiuta a spiegare la resistenza del “complesso della violenza carnale” (un atteggiamento mentale di tipo emotivo che ruotava attorno alla minaccia di aggressione da parte di un nero) e la ferocia della punizione che recava con sé. Nel dramma messo in scena dal linciaggio le questioni riguardanti il sesso, la razza, la violenza, il potere costituivano sia la scena che l’azione, sia lo sfondo che il primo piano⁴⁹.

Violenza sessuale: che la sessualità fosse una componente decisiva delle dinamiche psicologiche che animavano i linciaggi è testimoniato dalle ricorrenti (ma false) convinzioni che essi fossero punizioni peculiari per atti di violenza sessuale, dall’infiorare le accuse di omicidio con delle dicerie circa presunte aggressioni sessuali, dalla frequenza con cui le vittime del linciaggio venivano evirate, dall’esposizione pubblica dei loro corpi nudi dopo l’impiccagione, dal sadismo traboccante di molti comportamenti tenuti dalle folle⁵⁰. A produrre un *mix* esplosivo di emozioni sature di sessualità contribuivano i miti riguardanti la potenza sessuale dei neri, l’idealizzazione della purezza femminile assai diffusa nel Sud, e il malcontento carico d’ansia dei maschi bianchi, frustrati e infedeli a causa delle loro irrealistiche rappresentazioni della sessualità femminile⁵¹.

⁴⁸ HALL, *Revolt Against Chivalry. Jesse Daniel Ames and the Women’s Campaign Against Lynching*, cit., p. XX.

⁴⁹ COX, *Lynching and the Status Quo*, in *Journal of Negro Education*, cit.

⁵⁰ HALL, *Revolt Against Chivalry. Jesse Daniel Ames and the Women’s Campaign Against Lynching*, cit., p. XX.

⁵¹ WILLIAMSON, *The Crucible of Race*, cit.; FREDERICKSON, *The Black Image in the White Mind*, cit.

Il linciaggio come carnevale: i promotori del linciaggio imponevano solitamente una certa disciplina rispetto ai comportamenti della folla, anche solo facendo osservare delle regole basilari, come per esempio lasciare che fossero i parenti della vittima a sferrare il primo colpo al reo, o assicurarsi che gli attacchi non si estendessero ad altri soggetti presenti. Ma al di là di queste regole minime, i linciaggi si trasformavano spesso in eventi sfrenati e carnascialeschi. Le persone accorrevano non solo per verificare che fossero state eseguite le sentenze emanate dalla giustizia popolare, ma anche per divertirsi. “Le api del linciaggio”, “i barbecue dei neri”, “i carnevali del linciaggio”: tutte queste espressioni erano assai familiari, al Sud, per indicare i linciaggi. Assistere a una di queste esecuzioni era un vero e proprio intrattenimento, e le folle ne traevano eccitamento e piacere. Henry Louis Mencken non scherzava del tutto quando affermava che i linciaggi avvenivano poiché le sale da concerto non erano abbastanza diffuse.

I linciaggi come dispositivi della memoria: essi, infatti, utilizzavano la sofferenza per imprimere dei ricordi⁵². La loro funzione didattica iniziava quando i loro autori imprimevano i marchi del potere dei bianchi e della vendetta popolare sui corpi delle vittime. La lezione proseguiva apponendo delle scritte sulle insegne che venivano esposte sulla scena dell'esecuzione (come “Giustizia”, “Le nostre mogli, madri, figlie e sorelle vanno rispettate” o, semplicemente, “Supremazia bianca”)⁵³. Gli insegnamenti travalicavano i confini delle comunità quando i giornali riportavano le cronache di questi eventi, quando circolavano le fotografie e le cartoline, e quando venivano scambiate le varie opinioni nelle rubriche editoriali e nelle lettere ai giornali. Col passare del tempo, le storie circolavano da un luogo a un altro, da una generazione a quella successiva. Il ricordo di quei giorni “memorabili” strutturava la coscienza e le condotte delle persone che erano state coinvolte⁵⁴. Ancora oggi, esso struttura la coscienza di molti afro-americani.

⁵² F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico* (1887), trad. it., Milano, 1992.

⁵³ BRUNDAGE, *Lynching in the New South. Georgia and Virginia, 1880-1930*, cit., p. 42; TOLNOY-BECK, *A Festival of Violence. An Analysis of Southern Lynchings*, cit., p. 64.

⁵⁴ HALL, *Revolt Against Chivalry. Jesse Daniel Ames and the Women's Campaign Against Lynching*, cit., p. 136; LITWACK, *Trouble in Mind. Black Southerners in the Age of Jim Crow*, cit.

5. *Ripensando la sociologia della pena*

Riscoprire nella storia dei linciaggi la loro funzione punitiva dovrebbe aiutare a rivisitare la nostra comprensione dell'evoluzione della pena e a modificare le sue classiche descrizioni che, troppo a lungo, hanno faticato a riconoscerli come qualcosa di diverso da un'"anomalia" e impedito di farci comprendere cosa hanno veramente lasciato in eredità. Anziché ignorarli dovremmo soppesare la loro rilevanza teorica. Occorre riconoscere non solo che la pena *ha* una storia, ma che ha anche una relazione – seppure talvolta incerta e discordante – *con* quella storia. I "linciaggi come tortura pubblica" rappresentano un vivido esempio delle evoluzioni avvenute nel campo penale che si sono orientate in modo contrario rispetto al senso del suo sviluppo. Stiamo parlando di pene che assunsero *quella* forma specifica proprio perché i loro esecutori desideravano rimuovere le norme che regolavano le sanzioni penali poste da una società civilizzata, facendo di se stessi un'eccezione alle regole che intendevano la pena moderna come umana e discreta. Propongo che il significato dei linciaggi vada inquadrato, nella storia della pena, non nei termini di un'anomalia, di una regressione, o di un esempio di uno sviluppo discontinuo. Dovremmo piuttosto rileggerli come la tappa di un percorso consapevolmente *reazionario*, come un'istituzione penale (per quanto minore, localizzata e limitata nel tempo) connotata da un consapevole antagonismo alle evoluzioni nel campo penale.

Tale condotta di carattere penale, consciamente percepita come incivile, poteva realizzarsi poiché, in quelle aree geografiche, lo Stato americano era debole, le sue istituzioni legali erano arretrate e le sensibilità delle *elite* erano accecate dagli interessi di classe e dalle ideologie razziste. Anche questi fattori dicono qualcosa sull'evoluzione penale e sulla società moderna: sarebbe necessario allentare l'eccessiva rigidità con cui costruiamo le periodizzazioni storiche e accedere a una visione più ampia di ciò che chiamiamo "modernità". Non possiamo dimenticare che le riforme penali introdotte nelle aree urbanizzate dei Paesi che stavano compiendo un processo di modernizzazione impiegavano spesso molti anni, o addirittura decenni, per raggiungere le regioni più periferiche e meno sviluppate dove l'autorità statale non arrivava, o dove le tradizioni locali erano ancora salde. Come ogni analisi storica di lunga durata, la storia della modernizzazione penale deve essere letta come una traiettoria che si sviluppa, come il nucleo centrale di un cambiamento che procede coesistendo con luoghi culturalmente meno avanzati e con la persistenza di istituzioni non ancora riformate. I "linciaggi come tortura pubblica" risultano più

comprensibili nella nostra storia se essa è letta in modo meno lineare ed è più capace di tener conto di tutte queste variazioni.

Dovremmo, infine, rileggere criticamente quelle spiegazioni che danno per scontato che la chiave dinamica del processo di “civilizzazione” delle pene statuali sia da individuare nelle trasformazioni di lungo periodo delle sensibilità delle *élite*⁵⁵. Tali spiegazioni sopravvalutano l'importanza delle sensibilità civilizzate nel processo di trasformazione penale, così come la diffusione dei sentimenti e delle sensibilità più evolute nelle società moderne. Di conseguenza, si tende a sottostimare quanto le persone “normali” – socialmente adattate ed evolute – possano risultare indifferenti, o persino provare indirettamente piacere rispetto alle sofferenze di coloro con cui non si identificano – specialmente quando le ideologie razziste giocano un preciso ruolo nelle loro socializzazioni e nelle loro esperienze quotidiane. Troppo spesso non riusciamo a cogliere fino a che punto la civilizzazione delle sensibilità nei confronti delle pene dipenda da una serie di precondizioni sociali, quali per esempio la presenza di uno Stato costituito, un senso di totale disinteresse da parte dei gruppi sociali rispetto alla cosa pubblica, e un certo livello di identificazione o di solidarietà tra chi applica e chi subisce la pena.

Quando il potere centrale è debole, quando le *élite* sperimentano un senso di insicurezza o sono portatrici di interessi materiali ostili a un trattamento civilizzato degli altri gruppi, o quando gli *outgroup* non sono considerati totalmente umani la forza di tali sensibilità rimane piuttosto limitata. Le norme che regolano società in cui le sensibilità sono civilizzate, una volta che si siano consolidate in pratiche operative e in ideologie istituzionali, possono contenere le passioni punitive e fissare dei limiti al ricorso individuale della violenza⁵⁶. Le sensibilità civilizzate costituiscono, sotto questo profilo, delle forze sociali concrete. Ma il loro sviluppo non è assolutamente un prodotto della “modernità”, e i loro risultati non sono neppure incondizionati. L'operare delle “buone maniere” è situazionale e contingente, e prima che possa sortire un certo effetto deve essere fatto convergere con gli interessi delle *élite* della società e con le pratiche istituzionali. I “linciaggi come tortura pubblica” avvenuti nel Sud fanno intravedere che nelle situazioni in cui i gruppi dominanti si percepiscono minacciati e insicuri o credono che i propri interessi siano strettamen-

⁵⁵ Cfr. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, cit.

⁵⁶ P. SPIERENBURG, *The Spectacle of Suffering*, Cambridge, 1984; GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, cit.; EVANS, *Rites of Retribution*, cit.; V.A.C. GATRELL, *The Hanging Tree*, Oxford, 1994.

te intrecciati a quelli delle classi bianche meno abbienti – che si sentono davvero minacciate – tali sensibilità sono estremamente fragili. Paura e insicurezza sono solventi letali dentro ai quali anche raffinate sensibilità possono facilmente dissolversi. Le cartoline illustrate dei linciaggi ne sono prove viventi.

prof. MARIO PISANI
Università di Milano

LA GRANDE GUERRA, I CRIMINI DI GUERRA E I PROCESSI DI LIPSIA (1921)

SOMMARIO: 1. La Commissione d'inchiesta sulle "violazioni al diritto delle genti e alle norme circa la condotta della guerra e al trattamento dei prigionieri di guerra" (decr. lgt. 15 novembre 1918, n. 1711). – 2. Le relazioni della Commissione. – 3. La Commissione francese (decr. 23 settembre 1914) per l'accertamento degli "atti commessi dal nemico in violazione del diritto delle genti". – 4. Altre commissioni di inchiesta. – 5. Gli artt. 227-229 del Trattato di Versailles e la proposta di attivazione dei giudizi davanti alla Corte Suprema di Lipsia. – 6. I processi di Lipsia. – 7. Le deliberazioni della "Commissione di alti magistrati interalleati". – 8. Spunti conclusivi.

1. La Commissione d'inchiesta sulle "violazioni al diritto delle genti e alle norme circa la condotta della guerra e al trattamento dei prigionieri di guerra" (decr. lgt. 15 novembre 1918, n. 1711)

Il dato di partenza di questa nostra esposizione, volta ad illustrare, con la necessaria brevità, alcune vicende, più o meno note, connesse e conseguenti alla prima guerra mondiale, è costituito dal decreto luogotenenziale 15 novembre 1918, n. 1711, a firma di Tomaso di Savoia, duca di Genova, luogotenente generale di Vittorio Emanuele III.

Con tale decreto, e su proposta del Presidente del Consiglio e Ministro dell'interno V.E. Orlando, veniva istituita una Commissione (art. 1) "incaricata di constatare le violazioni al diritto delle genti e alle norme circa la condotta della guerra e al trattamento dei prigionieri di guerra (...) commessi dal nemico; di accertare la consistenza e la entità dei danni alle persone e alle cose" derivati da tali violazioni, e, inoltre, "di stabilire" – si aggiungeva: in quanto possibile – le inerenti "responsabilità individuali".

A comporre la Commissione, posta sotto la presidenza del grande Lodovico Mortara, Primo presidente della Corte di Cassazione di Roma, e senatore del Regno¹, erano stati chiamati – per un totale di quindici – altri esponenti

¹ "Con quella maggior rapidità che mi era consentita, – ebbe a dichiarare ORLANDO in un discorso al Senato del 15 dicembre 1918 (*Discorsi parlamentari*, Bologna, 2002, p. 629) – (...)

del Senato, e, inoltre, della Camera, della magistratura, del Genio militare, del Consiglio Superiore dei lavori pubblici. A chiusura dell'elenco erano indicati il presidente della Commissione per i prigionieri di guerra (Ferdinando Monroy, principe di Belmonte) e il giornalista Ugo Ojetti nell'indicata qualità di maggiore dell'Arma del Genio.

L'art. 3 del decreto luogotenenziale specificava la serie dei poteri della Commissione, sullo schema di quelli generalmente previsti per le commissioni parlamentari d'inchiesta: "citare e sentire testimoni anche con giuramento, eseguire ispezioni, istruire perizie, richiedere e sequestrare documenti e fare tutte quelle altre indagini che possano condurre all'accertamento della verità, con i poteri attribuiti al magistrato dal Codice di procedura penale e con le pene corrispondenti del Codice penale, da applicarsi dalle competenti autorità giudiziarie"².

Con un successivo decreto luogotenenziale, in data 25 novembre (n. 1925), al presidente della Commissione veniva concessa la "facoltà di aggregare alla Commissione stessa quelle persone della cui opera crederà di avvalersi, in considerazione della loro speciale competenza".

In forza di tale previsione furono nominati altri quattro commissari – il primo di essi era un altro insigne giurista: Federico Cammeo, professore di diritto amministrativo nell'Università di Bologna – e veniva completata la costituzione dell'ufficio di segreteria, posta sotto la direzione del prof. Alberto Asquini, nell'indicata qualità di "Capitano di Fanteria in serv. di S.M."

I componenti dell'ufficio di segreteria erano piuttosto numerosi. Tra di essi lo studioso di economia potrà compiacersi di trovare il nome dell'allora giovanissimo Piero Sraffa, "tenente del Genio", anni dopo chiamato ad incombenze e notorietà di grande rilievo sul piano internazionale³.

ho nominato una Commissione presieduta dal supremo magistrato d'Italia che con mirabile alacrità conduce i suoi lavori".

² Era inoltre previsto (comma 2°) che i funzionari chiamati a deporre davanti alla Commissione erano da considerarsi "prosciolti dal vincolo del segreto d'ufficio".

³ Per qualche cenno al periodo del servizio militare di Sraffa v. PASINETTI, *In memoria di Piero Sraffa: economista italiano a Cambridge*, in *Econ. polit.*, 1986, p. 315.

2. Le relazioni della Commissione

La Commissione affrontava i compiti che le erano stati affidati con grande dispiego di energie e notevolissimo impegno analitico, tanto che, nel 1921, venivano pubblicate le relazioni dei lavori, raccolte in ben sette volumi, per un totale di circa 4000 pagine, compresa una cospicua serie di documenti fotografici⁴.

Il primo dei volumi era dedicato, in particolare, a due temi: “La partecipazione della Germania”; “I danni ai monumenti”.

Il volume II, intitolato “Mezzi illeciti di guerra”, era ripartito in tre libri, rispettivamente dedicati alla guerra terrestre, alla guerra marittima (guerra sottomarina e bombardamenti navali) ed alla guerra aerea.

Il III volume, con particolare ampiezza, concerneva il trattamento dei prigionieri di guerra (all’atto della cattura; nei campi di concentramento; sotto il profilo delle cure mediche; nell’impiego in lavori vari; il tutto con la complementare ed importante documentazione di “responsabilità individuali”, anche in ordine a “sevizie e violenze”) e, inoltre, il trattamento degli internati civili (compresi gli italiani di sudditanza austriaca).

Il volume IV era volto a documentare, con particolare ampiezza e nei suoi molteplici effetti, la “occupazione delle provincie invase”, e quindi ad illustrare partitamente i seguenti profili: legislazione ed abusi di sovranità; amministrazione; violenze e sevizie contro le popolazioni civili; requisizioni; asportazioni e distruzioni di beni mobili; costituzione e funzionamento della Cassa veneta dei prestiti; danni alle industrie e al commercio, agli edifici, alla proprietà fondiaria, al patrimonio forestale, anche questa volta con la complementare ed importante documentazione di “responsabilità individuali”.

Nei volumi V e VI si accorpava una ricchissima serie di documenti, in particolare concernenti “Legislazione e amministrazione del nemico nelle provincie invase”; l’ultimo volume, il VII, era incentrato sul tema della “sottoscrizione forzosa di prestiti di guerra nelle provincie redente”⁵.

⁴ I volumi erano stati pubblicati dalla casa editrice d’arte Bestetti & Tumminelli, Milano-Roma, 1921. Essi sono consultabili presso la biblioteca del Senato.

⁵ Il figlio di Lodovico, Giorgio MORTARA (*Appunti biografici su Lodovico Mortara*, in *Quad. fiorentini*, 1990, n. 19, p. 112) sembra voler causalmente ricondurre la successiva nomina del padre a ministro della giustizia (durante il governo Nitti, 23 giugno 1919), alle benemeritenze da lui acquisite con la presidenza della Commissione di cui nel testo. Vi fa eco, adesivamente, CIPRIANI (*Attualità di Lodovico Mortara*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, p. 429; *Lodovico Mortara nel centenario del giuramento in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*,

3. *La Commissione francese (decr. 23 settembre 1914) per l'accertamento degli "atti commessi dal nemico in violazione del diritto delle genti"*

È opportuno, a questo punto, precisare – in vista degli ulteriori sviluppi dell'indagine – che l'iniziativa italiana della nomina di un'apposita commissione per l'accertamento delle violazioni realizzate nel corso della prima guerra mondiale ebbe, significativamente, non pochi precedenti all'estero. Primo tra questi, in ordine di tempo, era quello attivato dal decreto emesso a Bordeaux il 23 settembre 1914 (*J.O.* 26 settembre) a nome del presidente della Repubblica Francese (B. Poincaré), e a firma del presidente del consiglio dei ministri René Viviani.

Veniva, infatti, e assai tempestivamente, istituita una commissione "incaricata di accertare nei vari territori (*sur place*) gli atti commessi dal nemico in violazione del diritto delle genti (*droit des gentes*)", più precisamente sui territori occupati temporaneamente, nel 1914, e poi riconquistati dalle armate francesi.

La Commissione era composta soltanto da quattro membri: il primo presidente della Corte dei conti (Payelle), un ministro plenipotenziario (Mollard), un consigliere di Stato (Maringer) e un consigliere di Cassazione (Paillot).

Nell'introduzione al primo volume dei "Rapports et procès verbaux d'enquête" della Commissione⁶ si faceva presente che veniva presentata soltanto una parte assai ristretta degli accertamenti che si sarebbero potuti fare, e si precisava – traduciamo dal testo francese – che si era pertanto ritenuto di mettere a fuoco (p. 7) "soltanto i fatti che, accertati in modo indubitabile, costituivano certamente degli abusi criminali nettamente caratterizzati, trascurando invece quelli le cui prove si manifestavano come insufficienti ai nostri occhi, o che, per dannosi e crudeli che fossero, potevano essere conseguenza di atti di guerra propriamente detti, piuttosto che degli eccessi volontari imputabili al nemico".

E i quattro commissari, inoltre, precisavano: "In queste condizioni, noi

2004, p. 292), che, impropriamente, indica la Commissione predetta come una "chiara progenitrice" del tribunale di Norimberga. Piuttosto diversa era stata l'interpretazione "autentica" offerta dal diretto interessato, che così ebbe a scriverne (*Pagine autobiografiche* [1933], in SATTI, *Quad. del dir. e del proc. civile*, I, 1969, p. 62): "... L'esercizio della presidenza della Cassazione mi aveva procurato un grande prestigio ... Così che parve cosa naturale che nel primo ministero postbellico mi venisse offerto il posto di guardasigilli. Si può dire che fosse cosa attesa, per un avvenire più o meno prossimo, ma sicuro".

⁶ Paris, Imprimerie Nationale, 1915, pp. 252.

abbiamo il fermo convincimento che nessuno degli eventi da noi acclarati potrebbe essere in buona fede contestato”. Ed ancora: “La prova di ciascuno di essi, d'altronde, non risulta soltanto dalle nostre rilevazioni personali, e piuttosto si fonda, in linea principale, su documenti fotografici e su numerose testimonianze rese in forma giudiziaria, con la garanzia del giuramento”.

E poco oltre (p. 8), conclusivamente: “... In effetti si può dire che mai una guerra tra nazioni civili abbia avuto il carattere selvaggio e feroce di quella in questo tempo portata sul nostro territorio da parte di un avversario implacabile. Il saccheggio, lo stupro, l'incendio e l'assassinio sono pratica corrente presso i nostri nemici; e i fatti che ogni giorno sono venuti alla luce, mentre costituiscono dei veri crimini di diritto comune, puniti dai codici di tutti i paesi con le pene più severe ed infamanti, attestano una stupefacente regressione, a decorrere dal 1870, della mentalità tedesca ... Ci siamo potuti render conto che l'armata tedesca professa costantemente il disprezzo più completo della vita umana, che i suoi soldati ed anche i suoi capi non si fanno scrupolo di mandare a morte i feriti, che senza pietà uccidono i cittadini inermi dei territori che occupano, e che non risparmiano, nella loro furia omicida, né le donne, né i vecchi, né i bambini”.

Segue una relazione dettagliata, territorio per territorio, con l'accompagnamento dei verbali d'indagine e di una serie di documenti fotografici, riguardanti distruzioni ed uccisioni.

Nel II volume dei “Rapports”, pur esso pubblicato nel 1915, si dava ampiamente conto (pp. 77) di un supplemento di indagini condotte dai commissari in alcuni dipartimenti (dell'Isère, della Savoia e dell'Alta Savoia) per raccogliere informazioni in merito agli inumani trattamenti subiti dai prigionieri civili sequestrati in massa – si trattava di un contingente di circa 10.000 persone, non escluse tra queste donne, anche incinte, bambini e persone anziane – poi trasferiti in terra nemica, e quindi da poco rimpatriati.

Nel volume III-IV dei “Rapports”, relativo all'arco temporale 1914-1916 e ad altre tematiche (pp. 271), una prima parte (datata 1° maggio 1915) concerne, con maggiore completezza – così i commissari ne riferiscono al Presidente del Consiglio – “gli atti di slealtà o di barbarie di cui i combattenti, come il personale medico addetto al nostro esercito, sono stati vittime da parte del nemico”, ed è ripartito nei seguenti capitoli: “Prigionieri civili o militari posti a scudo davanti alle truppe nemiche”; “Impiego di munizioni e di armi vietate dalle convenzioni internazionali”; “Massacri di prigionieri e di feriti”; “Attentati contro il personale sanitario e bombardamento di ambulanze”; una secon-

da parte (datata 6 maggio 1915), concerne il primo impiego, da parte delle truppe tedesche, dei gas asfissianti come mezzo di combattimento. Segue la raccolta dei verbali di audizione, corredata da documenti fotografici.

4. *Altre commissioni di inchiesta*

Abbiamo già indicato la particolare significatività del fatto che inchieste sulla condotta della guerra da parte del nemico siano state svolte, assai prima della conclusione della guerra, in diversi tra i Paesi alleati. Almeno un cenno particolare merita, a tale riguardo, pure l'inchiesta inglese condotta, nel 1915, da sir James Bryce.

Anche più significativa, ed importante, risulta però quella svolta in Belgio, atteso in particolare il fatto che questo Paese era stato coinvolto nella guerra mediante l'invasione tedesca del 1914, nonostante che la Germania si fosse impegnata a rispettarne la neutralità⁷.

Nel 1921 fu pubblicato a Bruxelles, dopo gli altri, il vol. III, tomo II (pp. 249) della Commissione d'inchiesta disposta dal governo belga. Questa pubblicazione riguardava esclusivamente i danni causati dalle distruzioni all'industria belga, ma ben più numerose e più gravi furono le violazioni perpetrate.

A giustificazione e quasi a guida di queste, era stato addirittura approntato e pubblicamente distribuito, per tempo, un piccolo manuale, tristemente divenuto celebre, ad uso del soldato tedesco: il *Kriegsbrauch im Landkrieg*, il cui spirito informatore già emerge, perfino in tono beffardo, dalle prime righe, volte ad illustrare "La guerra e i suoi scopi".

"La guerra – si scriveva – ha per iscopo la distruzione, più rapida e completa che sia possibile, della forza armata del nemico, al fine d'imporgli un trattato di pace massimamente vantaggioso per il vincitore.

Essa dà adito a tutte le forme della violenza e permette ai peggiori eccessi di infierire liberamente e quasi senza opposizione: è questo un male che non si potrà mai eliminare del tutto, per quanta diffusione ci si sforzi di dare al dominio del diritto; le brutalità trovano adunque, fino ad un certo punto, delle scuse o delle spiegazioni nella forza stesse delle cose. Ma ben si comprenderà che, essendo i belligeranti in ugual misura civilizzati, è l'invasore che, per la logica medesima della sua situazione, commetterà più vessazioni che non l'invaso, il quale non può entrare in contatto con la popolazione civile della na-

⁷ BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, 2^a ed., Padova, 1954, p. 25.

zione nemica. È questa una verità la cui evidenza può essere proclamata senza il benché minimo spirito d'acrimonia"⁸.

5. *Gli artt. 227-229 del Trattato di Versailles e la proposta di attivazione dei giudizi davanti alla Corte Suprema di Lipsia*

Le ostilità della prima guerra mondiale ebbero termine in data 11 novembre 1918.

Faceva seguito – si tratta di vicende certamente assai più note – la convocazione a Parigi, da parte delle Potenze Alleate ed Associate, della conferenza preliminare di pace, che provvide a negoziare la resa della Germania ed il relativo trattato di pace.

Un rilievo del tutto particolare nella Conferenza veniva assunto dalla “Commissione per la responsabilità degli autori della guerra e per l'imposizione delle pene”: Commissione costituita il 25 gennaio 1919 e composta da due membri di ciascuna delle cinque più importanti Potenze alleate (Francia, Giappone, Impero Britannico, Italia e Stati Uniti), e successivamente integrata da rappresentanti di altri “Stati aggiunti”.

La Commissione svolse, nel corso di due mesi, una serie di riunioni e di indagini, per lo più entro le prospettive delineate, come risultati di compromesso, negli artt. 227, 228 e 229 del Trattato di pace *in itinere*.

⁸ Il testo qui riferito è l'esordio del *Kriegsbrauch im Landkrieg*, stampato a Bruxelles in tre piccole dispense nel novembre 1914, col consenso dell'autorità militare tedesca, e consegnato dal giornalista Luigi Barzini a chi ne curerà la traduzione (con una prefazione ed un'appendice): v. Icilio BIANCHI, *Le leggi della guerra secondo il grande Stato Maggiore germanico*, Milano, Ravà & C. Ed., 1916, pp. 52.

A quel manuale lo stesso Barzini aveva dedicato una serie di articoli nel *Corriere della Sera*, scrivendo, tra l'altro: “Col *Kriegsbrauch im Landkrieg* si è voluto dare al soldato l'impulso cieco, terribile, impetuoso, ma diretto ed efficace del proiettile. Bisognava che non fosse più un uomo ma un ordigno spietato; che nessun sentimento ne deviasse o rallentasse l'azione, che alla sua coscienza individuale subentrasse la coscienza collettiva di un furore necessario, doveroso, meritorio. La tradizione è soppressa; il diritto delle genti è soppresso; si è combattuta la sensibilità, la compassione, l'umanità come un male, una debolezza, un errore. Si è semplificato il lato morale della guerra istituendo un nuovo e facile concetto sommario del lecito e dell'illecito: è legittimo tutto ciò che può giovare al successo, è illegittimo tutto ciò che può imbarazzarlo. Non rimane vivo che questo punto di vista, e il sangue e il pianto d'un popolo inerme non sono più elementi apprezzabili che per gli effetti che possono avere al raggiungimento dello scopo.

Questa enormità è stata preparata senza odio, in piena pace, studiosamente, scientificamente, non per spirito di violenza ma per calcolo, svalutando tutto quello che non convergeva verso la vittoria, isolando la materia militare da ogni considerazione estranea all'efficacia dell'azione”.

Mentre l'art. 227 prevedeva la creazione di un tribunale penale internazionale *ad hoc* per sottoporre a processo il Kaiser Guglielmo II, accusato di "offesa suprema contro la moralità internazionale e l'inviolabilità dei trattati" per aver dato inizio alla guerra (ma, com'è ben noto, tale clausola⁹ rimase inattuata per l'atteggiamento negativo opposto dall'Olanda, dove il Kaiser, dimissionario, aveva trovato rifugio), su più ampio raggio era impostata la disciplina dei due articoli seguenti. Essi concernevano, rispettivamente, le "persone accusate di avere commesso atti in violazione delle leggi ed usi di guerra", e, d'altro canto, le "persone colpevoli di reati contro i cittadini di una delle Potenze Alleate ed Associate".

In particolare quanto alle prime, l'art. 228 sanciva il riconoscimento, da parte del Governo germanico, del diritto delle Potenze Alleate ed Associate di condurre tali persone "davanti a corti militari", per l'eventuale condanna "alle pene previste dalla legge". Il tutto con due precisazioni; la prima: "Questa disposizione si applicherà nonostante eventuali procedimenti e indagini sottoposti alla giurisdizione di tribunali tedeschi o nel territorio dei suoi alleati"; la seconda: "Il Governo germanico consegnerà alle Potenze Alleate o Associate, o a chi tra esse ne farà richiesta, tutte le persone accusate di avere commesso un atto in violazione delle leggi ed usi di guerra, purché indicate per nome o per ruolo, ufficio o impiego che esse avevano sotto l'autorità tedesca".

Quanto poi alle persone "colpevoli di reati contro i cittadini di una delle Potenze Alleate ed Associate", l'art. 229 del Trattato prevedeva che esse venissero processate dal tribunale militare dello Stato interessato, ovvero, nel caso di reati contro cittadini di più di una di tali Potenze, da tribunali composti da esponenti delle diverse Potenze: il tutto facendosi salvo il diritto alla nomina di un difensore.

La sottoscrizione del trattato di pace, alla fine operata il 28 giugno 1919, aveva fatto registrare diverse difficoltà (poi superate con l'adozione di misure drastiche), particolarmente incentrate sulla possibilità o meno di applicazione dell'indicato art. 228. Con una nota 29 maggio 1919, la delegazione tedesca alla Conferenza comunicava di non poter assumere l'obbligazione derivante da tale articolo, in quanto il § 9 del suo Codice penale vietava la consegna di

⁹ Essa verrà anni dopo duramente criticata – v. anche MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Padova, 1950, p. 150 ss. – nello scritto di V.E. ORLANDO, intitolato *Il processo del Kaiser* (1937), pubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, p. 97. Cfr., più all'indietro, NAPPI, *Il processo all'ex Kaiser ed ai grandi delinquenti della guerra*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1919, p. 81, con *Postilla* critica di FLORIAN.

cittadini tedeschi a governi stranieri¹⁰.

Rivolgendosi al presidente della Conferenza Clemenceau, il capo della delegazione tedesca, Brokdorff Rantzau, opponeva, con toni vibrati¹¹, che il rifiuto alla pretesa della consegna “era per la Germania un comandamento d’onore. Uno dei principali compiti della conclusione della pace – aggiungeva tra l’altro – doveva essere di placare le passioni scatenate – si noti – dal reciproco rimprovero di violazioni delle leggi della guerra, col dare soddisfazione al sentimento di giustizia offeso là dove un effettivo torto fosse stato commesso”: scopo che, invece, “non poteva essere raggiunto se, al chiedere la espiazione a scopo politico del torto, si univa il bollare d’infamia e coprire di disprezzo l’avversario, e si affidava il compito di giudice al vincitore, ponendo così la forza al posto del diritto”.

Le clausole del Trattato che qui interessano rimasero però ferme, e la già indicata “Commissione per la responsabilità degli autori della guerra ecc.” aprontò, a carico dell’esercito e della marina tedesca, un elenco di trenta capi di imputazione.

Nell’ottobre 1919, sette dei governi alleati (Francia, Inghilterra, Italia, Belgio, Polonia, Romania e Stato serbo-croato-sloveno), verosimilmente anche sulla scorta delle risultanze delle commissioni d’inchiesta che – come s’è ricordato – alcuni di essi avevano a suo tempo costituito, predisposero una lista cumulativa di persone designate per il giudizio. Quanto al loro numero, le diverse fonti offrono indicazioni abbastanza discordanti, ma ad ogni modo per una cifra complessiva compresa tra 850 e 901 nominativi¹². Tra di essi figuravano il

¹⁰ Si tratta di un rigido canone tradizionale, più tardi consacrato anche a livello di Costituzione, che la Germania ha sempre cercato di opporre, fino ai giorni nostri, a richieste straniere di estradizione o di consegna di cittadini tedeschi.

¹¹ Stiamo riportando (parzialmente) il testo che qualche anno dopo ne offrirà il magistrato italiano ANTONIO RAIMONDI, dapprima in un articolo – *I delinquenti di guerra, il trattato di Versailles e i processi di Lipsia* – pubblicato in due fascicoli della *Riv. d’Italia* del 1922, e da ultimo in appendice al suo volume autobiografico intitolato *Mezzo secolo di magistratura*, Bergamo, 1951, p. 459.

(Per ragioni di comodità a questo volume, e non a precedenti testi a firma dello stesso A., faremo riferimento nelle pagine seguenti).

¹² Nel far notare che gli Stati Uniti non avevano invece presentato alcuna lista, l’A. ricorda nella nota precedente rilevava (p. 455): “Il governo americano aveva dichiarato ai primi d’ottobre 1919, che, pur non disapprovando il principio della punizione dei colpevoli di guerra, non riteneva, alla vigilia della ratifica del Trattato di pace e della ripresa delle relazioni internazionali, di doversi associare all’azione delle Potenze alleate” Per un più ampio inquadramento v. BASSIOUNI, *Indagini e procedimenti penali internazionali: da Versailles a Roma*, in *Legislaz. pen.*, 2002, p. 817 ss.

capo di stato maggiore, generale Ludendorff; il futuro capo di stato maggiore, generale von Hindenburg; l'ex-cancelliere Bethmann-Hollweg; gli ammiragli Tirpitz e Kapelle.

La lista dei candidati al giudizio venne presentata alla Germania dopo l'entrata in vigore del Trattato di pace, avvenuta soltanto il 20 gennaio 1920, e quindi con un certo ritardo, che era stato causato anche dalla grave malattia del presidente degli Stati Uniti Wilson.

Fu allora anche più facile opporre, da parte del governo tedesco, "che gli era impossibile arrestare e consegnare parecchi di coloro i cui nomi figuravano nella lista e che per il pubblico tedesco erano e saranno sempre eroi nazionali"¹³, e non si mancò di insistere, con toni persuasivi, sul fatto che il tentativo del loro arresto avrebbe anche messo in crisi il Governo tedesco, vale a dire la nuovissima, ma anche già vacillante (*none too stable*), Repubblica di Weimar¹⁴.

In tale contesto le Potenze Alleate, che oltretutto a Versailles non avevano configurato la competenza di un tribunale sovranazionale o internazionale, ritennero opportuno accettare una proposta tedesca non priva di qualche peculiarità¹⁵: quella "di far giudicare un certo numero di casi dalla Corte Suprema di Lipsia, alla quale una legge speciale del 15 dicembre 1919 aveva attribuito la competenza ad istruire e giudicare in prima ed ultima istanza i delitti commessi da tedeschi in Germania ed all'estero durante la guerra nei confronti di nemici o di proprietà nemiche".

Tale proposta, in particolare dietro sollecitazione di Lloyd George, fu appunto accettata, ma in via di esperimento, e il 7 maggio 1920 fu presentata una lista composta semplicemente di 45 nomi (rispetto agli originari 850 ed oltre): 7 erano i nomi degli accusati forniti dall'Inghilterra, 16 dal Belgio, 10 dalla Francia, 5 dall'Italia, 3 dalla Polonia e altrettanti dalla Romania, 1 dallo Stato serbo-croato.

Nella presentazione della lista, a firma di Millerand, si faceva rilevare che

¹³ Così ne riferisce RAIMONDI, *op. cit.*, p. 456.

¹⁴ A darne conto in questi termini era stato sir Ernest Pollock (capo della missione inglese ai futuri processi di Lipsia *di cui infra*), nell'introduzione al documentatissimo volume curato dal *barrister* che seguirà quella missione in qualità di interprete: C. MULLINS, *The Leipzig Trials: An Account of the War Criminals' Trials and a Study of German Mentality*, London, ed. Witherby, 1921, p. 9.

¹⁵ Si è fatto anche rilevare – LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^a ed., Parigi, 1979, p. 134 – che, nel frattempo, il Trattato di Versailles aveva perso di autorità, da quando, il 20 novembre 1919, il Senato americano ne aveva rifiutato la ratifica.

gli alleati consentivano a questo esperimento “senza intervenire nelle procedure (...) in modo da lasciare al governo tedesco la piena ed intera responsabilità”, ma con l’espressa riserva di valutare *ex post*, a giudizi intervenuti¹⁶, se “l’offerta formulata dal governo tedesco non avesse avuto altro effetto che quello di tentare di sottrarre gli accusati alla giusta e necessaria punizione per i crimini accertati a loro carico”.

Tale “esperimento” – per effetto dei procedimenti che si svolsero a Lipsia nel breve periodo intercorrente dal 23 maggio al 16 luglio 1921 – riguardò soltanto alcuni dei casi denunciati dai governi che erano stati più sollecitati nel promuovere l’attività della Corte, con i necessari supporti di carattere istruttorio.

6. I processi di Lipsia

Il governo inglese ebbe a denunciare sei casi, “scelti come rappresentativi delle accuse fatte all’Inghilterra all’esercito e alla marina tedesca: tre riguardanti le attività nei campi dei prigionieri, e tre la mala condotta dei comandanti dei sottomarini”¹⁷.

La Corte di Lipsia, peraltro, non tardò a prendere le distanze da diversi processi: dichiarando di non essere in grado di procedere nei confronti di Heinrich Trinke, accusato di maltrattamenti ai prigionieri, perché residente in Polonia; nei confronti di Wilpen Werner, accusato di aver silurato la nave inglese *Torrington* – che stava accorrendo in soccorso della scialuppa di un’altra nave silurata –, in quanto irreperibile; nei confronti di Helmut Patzig, accusato (e si trattava del caso più grave) d’aver silurato senza preavviso, nell’oceano Atlantico, la nave ospedaliera *Llandoverly Castle*, adibita al trasporto dei feriti in direzione verso il Canada, e di aver fatto fuoco sulle scialuppe contenenti i

¹⁶ Del resto si era specificamente precisato (v. *retro*, nel testo) che l’art. 228 del Trattato avrebbe dovuto trovare applicazione “nonostante eventuali procedimenti e indagini sottoposti alla giurisdizione di tribunali tedeschi”.

¹⁷ La fonte che più direttamente verremo utilizzando nelle pagine seguenti è sempre rappresentata dal resoconto piuttosto analitico pubblicato da RAIMONDI, *op. cit.*, p. 457 ss. Per parte sua questo A., a suo tempo operante nelle circostanze che di seguito qui verranno illustrate nel testo, si riporta alla relazione al proprio Parlamento stesa dalla missione inglese incaricata di seguire i procedimenti di Lipsia, oltre che – anche per i casi oggetto di denuncia da parte del Belgio e della Francia – al già *cit.* volume del MULLINS (p. 135 ss.). Sui “processi di Lipsia” v. l’ulteriore bibliografia ricordata da WOETZEL, *The Nuremberg Trials in International Law*, London-New York, 1962, p. 34, nota (42).

superstiti (il totale dei morti assommava a 234 unità): e ciò in quanto si disse che l'accusato si era rifugiato a Danzica (circostanza poi smentita), che, proprio in forza del trattato di Versailles, era divenuta città libera. Il caso, ad ogni modo, verrà ripreso più tardi¹⁸.

Il primo dei processi portati a giudizio riguardava il caso di Karl Heynen, accusato di maltrattamenti di 340 prigionieri in una miniera. La Corte fece cadere l'accusa dell'impiego di mezzi brutali per vincere la resistenza dei prigionieri, e condannò invece l'accusato, soltanto per alcuni atti di brutalità, alla pena complessiva di mesi 10, con scomputo del pre-sofferto.

Il secondo processo riguardava Emil Müller, accusato di aver tenuto un campo di prigionia in condizioni deplorable, tanto da causare anche una fortissima mortalità, e – seconda accusa – di singoli atti di brutalità. La Corte emise una sentenza di assoluzione quanto alla prima accusa – lodò anzi lo zelo dell'accusato – e lo condannò invece, per nove fatti di deliberata crudeltà personale, alla pena di mesi 6, scomputato il pre-sofferto.

Il terzo processo riguardava Roberto Neumann, accusato (insieme a Trinke) di numerosi casi di maltrattamento nei confronti di prigionieri addetti ad una fabbrica di prodotti chimici. Per i dodici casi di maltrattamento ritenuti in sentenza, la Corte giudicò adeguata la pena di mesi 6, scomputato il pre-sofferto, “ritenendo che, nel maltrattare i prigionieri, egli avesse agito non per alcun biasimevole motivo, ma con il proposito di compiere il suo dovere”.

A proposito, invece, di “mala condotta dei comandanti di sottomarini”, il primo dei casi esaminati riguardava Karl Neumann, comandante l'U.C. 67, cui si muoveva l'accusa di aver silurato senza preavviso, cagionando la morte di sei persone, la nave ospedale inglese *Dover Castle*, che riportava in patria un carico di feriti e di ammalati. Il fatto veniva ammesso dall'accusato, ma la Corte di Lipsia, con sentenza 4 giugno 1921, accolse la sua discolpa dell'aver eseguito l'ordine, che egli doveva ritenere legittimo, dei suoi superiori¹⁹.

L'ultima delle vicende, in materia di sottomarini, presa in esame della Corte di Lipsia, fu rappresentata dalla ripresa, a seguito di indagini attivate dalla stessa autorità tedesca, del già citato e gravissimo caso della nave ospedaliera *Llandovery Castle*. Le indagini ebbero per oggetto degli addebiti collaterali, a titolo di concorso, formulati nei confronti di due ufficiali di guardia (Dithmar

¹⁸ I particolari del caso sono riassunti da RAIMONDI, *op. cit.*, p. 461 ss.

¹⁹ Così MULLINS, *op. cit.*, p. 197, sottolineava un tratto caratteristico della “German mentality”: “Any German, be he a judge or layman, takes a far more serious view of disobedience to orders than an Englishman does”.

e Boldt) del sottomarino U.B. 86, posto sotto il comando del latitante Patzig. Accertato che si era fatto fuoco sulle scialuppe di salvataggio, con la conseguente uccisione di naufraghi inermi, la Corte parlò di “omicidio” e di “manifesta offesa alla legge delle Nazioni, che è di universale conoscenza”. Ma avendo i due ufficiali subordinati – si disse – “acquistato l’abito all’obbedienza”, ottenevano l’applicazione di circostanze attenuanti. Per motivare la sentenza che “doveva essere severa” si ritenne di dover specificare che doveva anche “entrare in considerazione il riflesso che il fatto gettava un’ombra fosca sulla marina tedesca e specialmente sull’arma dei sottomarini che nei combattimenti tanto aveva fatto per la Patria”. E in definitiva – si trattò dell’ultima pronuncia della Corte di Lipsia in ordine ai vari casi oggetto di denuncia – vennero irrogati 4 anni di reclusione per ciascuno dei due accusati.

Tra i casi denunciati dal Belgio, il primo a venir preso in esame fu quello di Max Ramdhor, accusato di numerosi atti di crudeltà verso bambini, da lui arrestati, in qualità di componente della polizia militare segreta, nel corso di indagini per attentati alle ferrovie. L’accusato veniva prosciolto da ogni addebito, nonostante che il procuratore generale avesse chiesto la condanna a due anni di reclusione.

Riferisce il magistrato italiano Antonio Raimondi, dal cui resoconto continuiamo ad attingere²⁰, che tra i casi oggetto di denuncia da parte della Francia, il primo a venir esaminato fu “quello contro il generale Karl Stenger e il maggiore Benno Crusius, accusati, il primo di avere, nella sua qualità di comandante della 58ª brigata di fanteria, nell’agosto 1914, dato ordine che tutti i prigionieri, feriti o no, venissero uccisi; il secondo, di aver trasmesso quell’ordine per la sua esecuzione ed in varie occasioni ucciso egli stesso parecchi (almeno sette) francesi prigionieri o feriti ed indotto i subordinati ad imitarlo”.

La Corte assolse il generale Stenger da ogni addebito, facendo capo alle smentite provenienti da “tutti i testimoni” a lui “vicini”, oltre che alla non compatibilità delle accuse con il carattere di lui, ed invece, ma in ordine ad alcuni soltanto degli episodi addebitatigli, dichiarò il maggiore Crusius colpevole di omicidio colposo, “per negligenza”. Tenuto conto delle “limitate facoltà volitive” di lui, ma anche, e ancora una volta, dell’esigenza di difendere il buon nome dell’esercito tedesco, lo condannò a 2 anni di reclusione, con scomputo del pre-sofferto.

Non meno grave fu il terzo caso “francese” giunto alle attenzioni della Cor-

²⁰ *Mezzo secolo di magistratura*, cit., p. 466 ss.

te (il secondo si concluse con un'assoluzione), che vedeva "il tenente generale Hasse von Schach e il maggiore generale Benno Kruska, accusati di avere, nella prima metà del 1915, quali preposti al campo di prigionieri di Kassel, con intenzionale trascuranza dei doveri del loro ufficio, favorito il diffondersi di un'epidemia di tifo e cagionato così la morte di non meno di 3.000 prigionieri di guerra".

Entrambi gli accusati furono però completamente assolti, in accoglimento delle conclusioni del Procuratore generale, "per non avere il giudizio svoltosi innanzi alla Corte provato neppure l'ombra delle mostruose accuse ad essi fatte".

Ma il processo s'era svolto senza la presenza dei testimoni francesi. E ciò perché, per effetto della indignazione che aveva fatto seguito alla conclusione dei processi precedenti, il governo francese aveva richiamato la missione da Lipsia, e ritirato tutti gli incartamenti relativi alle altre persone denunciate.

Va anche tenuto presente che gli altri governi alleati, Italia compresa, per ragioni varie non avevano ancora presentato gli incartamenti d'accusa di rispettiva pertinenza.

7. *Le deliberazioni della "Commissione di alti magistrati interalleati"*

Fu così che, in quello stato di cose, il Consiglio Supremo alleato si riunì il 13 agosto 1921 e deliberò di costituire una Commissione di alti magistrati, due per ciascuna delle grandi Potenze alleate, con un duplice compito: "dare la propria opinione sulle procedure avviate e sulle sentenze rese dalla Corte di Lipsia"; "formulare delle proposizioni sulla linea di condotta da seguire per il futuro in merito all'applicazione degli articoli del Trattato di Versailles concernenti la punizione dei *coupables de guerre*".

La delegazione francese vedrà come primo delegato lo stesso ministro della giustizia Bonnefoy, che sarà nominato presidente, e come secondo delegato l'avvocato generale della Cassazione Matter, che era stato capo della missione francese a Lipsia. Erano pure presenti, in veste di delegati, altre personalità che analoga funzione avevano esercitato in quella sede per i loro rispettivi Paesi: sir Pollock per l'Inghilterra, e l'avvocato generale della Corte d'appello di Gand, von Elevick.

Quanto all'Italia, che a Lipsia non aveva svolto ruolo alcuno, a far parte della Commissione erano stati inviati (all'ultimo momento), il procuratore generale presso la Corte d'appello di Milano, Antonio Raimondi, e, in sostituzione di una precedente nomina, un consigliere di Cassazione (Menzinger, già

giudice consolare a Costantinopoli).

I delegati britannici proposero due questioni preliminari:

- la prima: “Se nello stato attuale la Commissione avesse elementi sufficienti per una deliberazione definitiva, dato che sopra 45 colpevoli di guerra, solo 8 erano stati oggetto di giudizio da parte della Corte di Lipsia (...) mentre nessuno era stato peranco giudicato dei delinquenti designati dall’Italia, dalla Romania e dalla Polonia”;
- la seconda, subordinata al caso di risposta affermativa alla prima questione (e fors’anche piuttosto strana): “se l’opinione della Commissione dovesse essere espressa puramente e semplicemente o essere motivata”.

Dopo l’illustrazione, in senso ampiamente critico, delle posizioni da parte dei vari delegati, la risposta all’unanimità data alle due questioni prospettate, ed una serie di discussioni relative anche ai vari passaggi ulteriori²¹, la Commissione chiuse i suoi lavori il 14 gennaio 1922 adottando, su testo redatto dalla delegazione inglese, le seguenti quattro deliberazioni:

I) Per quanto riguarda la condotta dei procedimenti innanzi alla Corte di Lipsia, l’opinione unanime della Commissione è che salvo forse pochi casi, essa è stata in sommo grado insoddisfacente (*highly unsatisfactory*), in quanto non si sono fatti sufficienti sforzi per raggiungere la verità.

II) Per quanto riguarda i giudizi resi dalla Corte di Lipsia, l’opinione unanime della Commissione è che, in quasi tutti i casi, essi furono in sommo grado insoddisfacenti, in quanto vennero assolte persone che dovevano essere condannate e anche quelle che furono condannate, lo furono ad una pena inadeguata.

III) È opinione unanime della Commissione che non si potrebbe riuscire ad un risultato utile sottomettendo altri casi alla Corte di Lipsia.

IV) In conseguenza la Commissione è unanimamente d’avviso che d’ora innanzi debba darsi pieno effetto alle disposizioni dell’articolo 228 del Trattato di Versailles, in conformità all’ultimo comma della nota dei governi alleati del 7 maggio 1920, e che il governo tedesco debba essere richiesto di consegnare gli accusati alle Potenze Alleate per essere sottoposti a giudizio”. Il che, però, non avvenne, e soltanto pochi procedimenti *in absentia* si svolsero in Belgio e in Francia.

Specialmente per effetto della loro unanimità – e secondo quanto attesta il

²¹ Non resta che fare ancora rinvio, per i vari dettagli relativi anche al seguito della presente esposizione, alla relazione che ne ha curato il RAIMONDI, *op. cit.*, p. 472 ss. A p. 481 sono indicati i tre casi denunciati nella lista italiana, nessuno dei quali è poi pervenuto a giudizio.

delegato italiano Raimondi²² – quelle deliberazioni della Commissione dei giuristi “sollevarono le ire della stampa nazionalista tedesca, che già aveva stigmatizzato come un oltraggio alla dignità della nazione germanica il portare a giudizio innanzi ad un tribunale tedesco, su denuncia di governi nemici, soldati e ufficiali tedeschi per azioni commesse combattendo per la Germania, ed aveva altresì deplorato le sentenze di condanna emesse dalla Corte di Lipsia siccome ingiuste e troppo severe, accusando i giudici di servilismo verso il nemico”.

D'altronde, a conferma di quanto scritto trent'anni prima²³, lo stesso autore non aveva mancato di convenire con un finale giudizio espresso per parte inglese, nel senso di riconoscere che, in parecchie occasioni la Corte aveva dato prova di indipendenza e di coraggio. Il che, però – egli precisava – non impediva di rilevare le manchevolezze di quei giudizi, le quali non consentivano che essi venissero accettati come equipollenti rispetto a quelli che, almeno teoricamente, si sarebbero ottenuti facendo applicazione delle disposizioni del trattato di pace.

8. *Spunti conclusivi*

Avviandoci verso la fine di questo nostro *excursus*, sembra opportuno profilare qualche spunto conclusivo.

I casi in definitiva giudicati a Lipsia furono soltanto 12, rispetto ai 45 che erano stati programmati, oltretutto soltanto in via sperimentale. Di questi, solo 6 si conclusero con la condanna: ben 5 condanne rispetto ai 6 casi proposti dall'Inghilterra²⁴; una sola condanna rispetto ai 5 casi proposti dalla Francia; l'unico caso proposto dal Belgio si concluse con un'assoluzione.

Chi si limitasse a giudicare le vicende di Lipsia sulla base di queste risultanze numeriche, e tenendo anche conto della ragguardevole tenuità delle pene applicate con le condanne²⁵, potrebbe senz'altro parlare di esperienza del tut-

²² *loc. cit.*, p. 479.

²³ Ci si riferisce al testo pubblicato da RAIMONDI – v. nota (11) – nel fasc. 15 settembre 1922 della *Riv. d'Italia*, p. 10.

²⁴ MULLINS, *op. cit.*, p. 191, ipotizza la spiegazione del maggior successo, sul piano probatorio, della missione inglese, per una ritenuta maggior idoneità persuasiva dei testi d'oltre Manica, rispetto a quelli proposti da Francia e Belgio.

²⁵ Risulta anche, inoltre, che non tutte le pene siano poi state eseguite: BIERZANEK, *War Crimes: History and Definition*, in 3 *Int. Crim. Law*, III, 1987, p. 36. A proposito degli ufficiali Dithmar e Boldt (v. *retro*, nel testo *sub* 6) TELFORD, *Anatomia dei processi di Norimberga*, trad.

to negativa. E ciò sarebbe tanto più giustificato se si dovessero apprezzare i risultati finali a fronte di quelli che, all'origine, erano stati gli obiettivi fissati nel Trattato di Versailles, oltre che – sempre in termini numerici – rispetto alle diverse centinaia di nominativi contenuti nelle liste originarie dagli accusati. E non andrebbero neanche dimenticati i propositi che a un certo punto avevano animato almeno qualcuna delle Potenze alleate: in sintesi, intraprendere una sorta di “guerra alla guerra”²⁶.

Ma la valutazione globale può volgere in senso almeno parzialmente positivo, non foss'altro sul piano delle enunciazioni di principio, se è vero che la Corte di Lipsia aveva anche pronunciato alcune importanti e significative condanne della brutalità, così come professata da generali ed ammiragli tedeschi in armi. E se è pur vero – qualcuno aveva aggiunto²⁷ – che il numero delle condanne rappresentava solo una piccola parte rispetto alle accuse originarie, non è men vero che “i grandi principi sono spesso consacrati da eventi di tono minore. I processi di Leipzig indubbiamente consacrarono il principio che le atrocità dei singoli individui compiute durante la guerra possono essere punite, quando la guerra è terminata”.

Ad una valutazione in tal senso, e limitatamente, positiva esprimeva il suo assenso il nostro Raimondi, il quale poneva anche in risalto che un tale principio veniva allora consacrato *ex novo*, posto che, invece, a suo tempo esso non era stato accolto dalla 2ª Conferenza dell'Aja (18 ottobre 1907), ove “venne soltanto fissato l'obbligo della potenza belligerante, a cui appartengono i colpevoli, di riparare il danno da essi cagionato”²⁸.

it., Milano, 1993, p. 27, riferisce che, condannati a quattro anni di prigione, “evasero dopo pochi mesi, sembra con la complicità dei loro carcerieri”.

²⁶ BASSIOUNI, *World War I: “The War to End all Warr” and the Birth of Handicapped International Criminal Justice System*, in *Denver J. Int.' L. & Pol'y*, 2003, p. 249, ha parlato, infatti, di esperienza “disastrous”.

²⁷ MULLINS, *op. cit.*, p. 208 e p. 224. L'A. spingeva oltre il suo pensiero, scrivendo: “When the time comes to build up a wider and more complete code of International Law than exists at present, and to interpret these rules of humanity into definitive laws, it will probably be found the War Criminals' Trials have given material assistance”.

²⁸ RAIMONDI, *op. cit.*, p. 483.

Anche A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale – II. Diritto processuale*, 2006, p. 13, pur dopo aver scritto – sulla base dei risultati numerici di cui nel testo – che il tentativo di “affermare principi e istituti di giustizia penale internazionale dunque fallì”, non può peraltro disconoscere che, tuttavia, “alcune sentenze della Corte di Lipsia, per la loro pregevole qualità giuridica, costituiscono e continuano a rappresentare punti importanti nella ricostruzione delle regole internazionali in materia di crimini di guerra”. Per parte sua J. BARBOZA, *Interna-*

Al di là di tutto ciò, resta ad ogni modo ben difficile convenire, sia pure con la saggezza del poi, nel pur temperato giudizio espresso, nel 1946, da un nostro giovane giurista che, l'anno prima, era stato inviato ad assistere ai processi di Dachau e di Norimberga, quale osservatore delle forze armate italiane: "Se a conclusione della prima guerra mondiale – egli scriveva – si fosse proceduto penalmente, mediante veri e propri tribunali internazionali, contro i maggiori responsabili della criminalità bellica manifestatisi durante il suo svolgimento, le violazioni del diritto internazionale bellico e del diritto internazionale in guerra non sarebbero forse²⁹ state così numerose prima e durante il secondo conflitto mondiale"³⁰.

Quel che è certo è che la guerra del 1914-1918 realizzò per davvero, e nonostante le reiterate deprecazioni ed esortazioni di Benedetto XV, una "orrenda carneficina", un "suicidio dell'Europa civile", e, in definitiva, una "inutile strage", e che altri inutili stragi, anche nelle dimensioni di genocidi, hanno poi imbarbarito il corso dei decenni successivi, fino ai giorni nostri. L'impeto delle violenze e delle perversioni molteplici che ha animato quelle stragi, e quei genocidi, non ci consente di pensare che, a fermarli e a prevenirli, sarebbero state idonee e sufficienti le sentenze di un qualsiasi tribunale, nazionale, internazionale o sovranazionale.

Le sentenze giuste dei tribunali più autorevoli potevano e possono però valere almeno come moniti solenni della coscienza morale dell'umanità.

tional Criminal Law, in *Rec. des Cours*, 1999, vol. 278, 2000, p. 34, mentre giudica "insoddisfacenti" i risultati di Lipsia, propende piuttosto, e più plausibilmente, per attribuire valore di precedenti alle enunciazioni e raccomandazioni contenute nel *Report* della Commissione di Parigi (v. in *AJIL*, 1920, vol. 14, p. 116), che tanta influenza avevano esercitato nella stesura degli artt. 227 e seguenti del Trattato di Versailles (WOETZEL, *op. cit.*, p. 30).

²⁹ Il corsivo è nostro.

³⁰ Così si esprimeva G. CODACCI PISANELLI, all'inizio di uno scritto, dal titolo: *I processi per delitti internazionali*, pubblicato, in due riprese, su *Politica estera* del 1946, e ripubblicato nel volume *Il processo di Norimberga – Scritti inediti e rari*, a cura di A. Tarantino, R. Rocco e R. Scorrano, Milano, 1999, p. 69.

Ma intervenendo all'Assemblea Costituente il 24 luglio 1947, in occasione della discussione sulla ratifica del trattato di pace, Benedetto CROCE (*Contro l'approvazione del dettato della pace*, in *Belfagor*, 1947, p. 513) ricorderà che, in guerra, "la ragion giuridica si tira indietro lasciando libero il campo ai combattenti, dall'una e dall'altra parte intesi unicamente alla vittoria".

Il punto su...
Laicità e diritto penale

prof. STEFANO CANESTRARI - dott. FRANCESCA FAENZA^(*)
Università di Bologna

IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA NELLA REGOLAMENTAZIONE BIOGIURIDICA: LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Principio di ragionevolezza e discrezionalità politico-criminale in ambito bioetico: limiti e peculiarità. – 2. Quale standard di riferimento per la valutazione della ragionevolezza penalistica in bioetica? – 3. Ragionevolezza come proporzionalità del *quantum* di pena: il trattamento sanzionatorio delle condotte eutanasiche nel sistema penale italiano. – 4. La ragionevolezza della norma penale fra divieto di discriminazione *ratione subiecti* e giudizio di adeguatezza tra mezzi e scopi di tutela: il caso del suicidio medicalmente assistito. – 5. Ragionevolezza e modelli alternativi di disciplina del fenomeno eutanastico: la giustificazione procedurale (*Prozedurale Rechtfertigungen*). – 6. Azione *vs.* omissione nella ricostruzione delle condotte eutanasiche: una *reasonable distinction*? – 7. La ragionevolezza come criterio del giudizio di costituzionalità dell'incriminazione del *physician-assisted suicide*. L'esperienza della Suprema corte statunitense. – 8. Profili di incostituzionalità della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce del principio di ragionevolezza. - 8.1. Un primo profilo di irragionevolezza: la formulazione della norma-precetto. - 8.2. Un secondo profilo di irragionevolezza: i limiti quantitativi alla creazione di embrioni e il divieto di crioconservazione. Un irragionevole bilanciamento degli interessi in conflitto? - 8.3. I limiti legali alle tecniche di procreazione assistita e l'irragionevole sacrificio del diritto alla salute della donna. - 8.4. La legge sulla procreazione medicalmente assistita e lo standard della ragionevolezza sistematica. – 9. Conclusioni.

1. *Principio di ragionevolezza e discrezionalità politico-criminale in ambito bioetico: limiti e peculiarità*

La scelta del principio di ragionevolezza come parametro guida per un' esplorazione nei territori del biodiritto impone al penalista un supplemento di giustificazione. Rispetto alla materia penale, infatti, il controllo di ragionevolezza appare tradizionalmente circondato di particolari cautele e da un severo *self-restraint* della Corte costituzionale. Tale atteggiamento prudenziale si fonda essenzialmente sul principio costituzionale di riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.): l'attribuzione del monopolio della potestà punitiva al legislatore rende ancor più perentorio per la materia penale il limite della insindacabilità

* Dottoranda di ricerca.

della sfera di discrezionalità politica (art. 28, l. n. 87/1953)¹. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale evidenzia tuttavia una crescente incidenza del controllo di ragionevolezza in materia penale: l'affermazione della ragionevolezza quale (contro)limite al potere discrezionale del legislatore ha contribuito ad ampliare i margini di sindacabilità delle scelte politico-criminali fino a toccare, nei più recenti sviluppi, l'apprezzamento del merito².

In questo quadro, la prospettiva della bioetica offre motivi di interesse proprio in ragione dell'alto tasso di discrezionalità che caratterizza le scelte di politica criminale in tale settore: l'accentuata implicazione di giudizi di valore all'interno del tessuto normativo biogiuridico consente di osservare le interazioni fra controllo di ragionevolezza e limite della *political question* come attraverso una lente d'ingrandimento.

Sotto un altro versante, la particolare ambientazione biogiuridica – ed in specie penalistica – della presente analisi merita di essere sottolineata in quanto la ragionevolezza tende a caratterizzarsi quale “notion à contenu variable”³, o “context-sensitive”⁴. Essa pertanto si specifica in modi differenti a seconda del contesto di riferimento, esibendo, nell'ambito del diritto penale, un'attitudine combinatoria con i principi che presiedono alla materia: legalità, colpevolezza, rieducazione, *extrema ratio*, proporzione, etc. In questo senso si può parlare di una “ragionevolezza penalistica”, la cui fisionomia si modella in rapporto allo spettro dei principi costituzionali ed appare strettamente legata alla dialettica fra norma penale e Costituzione⁵. Nel prosieguo si illustreranno alcuni esempi delle molteplici declinazioni della ragionevolezza nella prospettiva penalistica, tratti dall'ormai ricco bacino normativo e giurisprudenziale in

¹ G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 326 ss.; ID., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, vol. III, Roma, Aracne, 2007, pp. 13 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 218 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998/1, pp. 371 ss.

² Corte Cost., n. 409/1989.

³ C. PERELMAN, R. VENDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1984.

⁴ N. MACCORMICK, *Reasonableness and objectivity*, in *Notre Dame Law Review*, 1999, vol. 74:5, p. 1577.

⁵ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/2-3, p. 751.

materia di bioetica. In particolare, verrà privilegiato come terreno d'analisi l'ambito delle problematiche biogiuridiche connesse all'inizio ed alla fine della vita umana.

2. *Quale standard di riferimento per la valutazione della ragionevolezza penalistica in bioetica?*

Il canone della ragionevolezza in materia penale viene in rilievo in momenti ed ambiti diversi: dall'orientamento delle scelte politico-criminali del legislatore al sindacato di costituzionalità della norma penale da parte della Corte costituzionale, dall'apprezzamento del bene o interesse assunto ad oggetto di tutela alla commisurazione edittale della pena, fino alla modalità stessa di strutturazione della fattispecie. In ciascuno di tali ambiti si avverte la necessità di rinvenire parametri che consentano di oggettivizzare il giudizio di ragionevolezza. Fra i principali parametri a tal fine individuati (anche in ambito extrapenale) si possono menzionare: il *reasonable person standard*, utilizzato ora in riferimento al medico (*professional standard*), ora al paziente (*reasonable patient*, o *verständiger Patient, standard*); il criterio empirico-statistico riconducibile al paradigma dell'*id quod plerumque accidit*⁶; il riferimento al *best standard* codificato dalle *leges artis* proprie dell'ambito professionale rilevante nel caso concreto.

Il primo criterio viene principalmente applicato in area anglosassone nell'ambito dei giudizi civili di responsabilità medica; esso può avere qualche riflesso anche in campo penalistico se inteso come "standard of reasonable member of the medical profession"⁷, potendo concorrere a tratteggiare la figura dell'agente modello (il medico in possesso delle migliori conoscenze scientifiche e tecniche del momento). Quanto agli altri due criteri menzionati, gli inevitabili margini di incertezza che li caratterizzano risultano non di rado accentuati dalla novità delle questioni poste dalla bioetica.

Si considerino, ad esempio, i delitti di clonazione, ibridazione o chimeraggio⁸: il ricorso al criterio dell'*id quod plerumque accidit* come misura della ra-

⁶ Corte Cost., n. 333/1991 (cfr. anche Corte Cost., n. 1/1971, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 71/1978).

⁷ J.L. DOLGIN, L.L. SHEPHER, *Bioethics and the Law*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 59.

⁸ Fattispecie introdotte dalla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 13, comma 3, lettere c); d).

gionevolezza dell'incriminazione si rivela, in questi casi, di scarso aiuto considerata l'assenza di precedenti da cui trarre massime di esperienza. Più solido appare, in ambito bioetico, lo standard dettato dalle *leges artis* della scienza medica. Ciò sembra trovare conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali, [...] o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica"⁹. Secondo la Corte costituzionale, la discrezionalità legislativa trova dunque un limite nel principio di ragionevolezza intesa come conformità alla miglior scienza ed esperienza del momento. Come si vedrà, questa nozione di ragionevolezza – plasmata sullo standard delle più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche – assume particolare rilievo nella questione di costituzionalità attualmente pendente sulle norme in materia di fecondazione assistita che incriminano la produzione di embrioni soprannumerari e la loro crioconservazione (art. 14, commi 2 e 3, l. 40/2004).

Si può comunque osservare che la mera conformità ai criteri della miglior scienza ed esperienza o della *best practice* non è in sé sufficiente a garantire la ragionevolezza della norma incriminatrice. È necessario infatti integrare tali parametri con gli ulteriori requisiti che concorrono a sostanziare il giudizio di ragionevolezza in ambito penale, quali, fra gli altri, la ragionevolezza come proporzionalità della pena e come adeguatezza fra mezzi e scopi di tutela; come apprezzabilità costituzionale degli interessi penalmente tutelati e come coerenza sistematica.

3. *Ragionevolezza come proporzionalità del quantum di pena: il trattamento sanzionatorio delle condotte eutanasiche nel sistema penale italiano*

Una delle principali applicazioni del canone della ragionevolezza in ambito penale riguarda la proporzionalità della misura della pena. Il tradizionale giudizio di ragionevolezza-proporzione si basa sul confronto fra i regimi sanzionatori di fattispecie differenti. L'irragionevolezza si configura, in questa pro-

⁹ Corte Cost., n. 282/2002; cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 9.

spettiva, come un'ingiustificata parificazione sanzionatoria di fatti che esprimono un disvalore non equivalente o, viceversa, come un'ingiustificata differenziazione di trattamento fra figure omogenee. Peraltro, il *proportionality test* così inteso – ricalcato sul modello triadico della ragionevolezza-eguaglianza – tende ormai ad essere superato a favore di valutazioni svincolate dal riferimento a *tertia comparationis*¹⁰.

Ma a prescindere dallo schema – triadico o binario – di riferimento, si deve sottolineare come il controllo sulla ragionevolezza della misura della pena risulti particolarmente delicato: il momento della “traduzione quantitativa” di scelte qualitative “è quello che più di ogni altro appartiene alla discrezionalità legislativa”¹¹. Come ha affermato la Corte costituzionale, “rientra nel potere discrezionale del legislatore la determinazione della entità della pena edittale [...]; né il relativo apprezzamento di politica legislativa può formare oggetto di censura da parte di questa Corte”, salvo appunto il limite della ragionevolezza¹².

Nell'ambito dell'intervento penale in materia bioetica, la ragionevolezza-proporzione può essere assunta come parametro per valutare il trattamento sanzionatorio previsto nel sistema italiano per i casi di uccisione *pietatis causa* (o *mercy killing*). L'assenza nell'ordinamento italiano di una disciplina specifica dell'eutanasia, e la conseguente applicazione delle figure generali dei delitti contro la vita, dà luogo ad esiti sanzionatori di rigore così intenso da apparire appunto censurabili sotto il profilo della ragionevolezza-proporzione. Prendiamo in esame i casi di eutanasia consensuale. Come noto, essi appaiono *ictu oculi* riconducibili alla fattispecie dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.): il consenso della vittima, pur non operando come causa di esclusione

¹⁰ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1997, p. 349; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., p. 321 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 746.

¹¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 374; A. PAGLIARO (*Sproporzione “irragionevole” dei livelli sanzionatori o sproporzione “irrazionale”?*), in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 774 ss.) ritiene censurabile solo la disparità di trattamento irrazionale (cioè priva di “coerenza logica”) e non anche quella irragionevole (cioè carente rispetto ad una valutazione di “adeguatezza ad un valore”), perché “la misura della sanzione viene a dipendere esclusivamente da scelte politiche non sindacabili perché proprie del Parlamento”.

¹² Corte Cost., n. 109/1968: la Corte afferma che “la congruenza fra reato e pena” è sottratta al suo sindacato, a meno che “la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione”.

dell'antigiuridicità, attenua la gravità oggettiva e soggettiva del fatto e si traduce in una diminuzione dell'entità della pena (da sei a quindici anni di reclusione contro la reclusione non inferiore a ventuno anni prevista come pena base dell'omicidio doloso comune)¹³. Tuttavia, l'applicazione della disciplina dell'omicidio del consenziente ai casi di eutanasia consensuale appare, di fatto, tutt'altro che scontata.

Sulla base del terzo comma dell'art. 579 c.p., infatti, si applica l'omicidio volontario comune quando il fatto è commesso contro una persona inferma di mente, o in condizioni di deficienza psichica a causa di un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti. Ora, tale stato di deficienza psichica può essere frequentemente riscontrabile proprio nei pazienti prostrati fisicamente e psicologicamente dalla malattia e/o dall'effetto di pesanti trattamenti medici e analgesici¹⁴. Pertanto, i casi di *mercy killing* tenderanno a ricadere più facilmente nell'orbita dell'omicidio comune doloso (575 c.p.) che in quella dell'omicidio del consenziente (579 c.p.), con un sensibile aggravamento del regime sanzionatorio. Nè l'asprezza di tale disciplina sembra poter trovare un alleviamento significativo nelle circostanze attenuanti previste agli artt. 62, n.1, c.p. ("l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale") e 62 *bis* c.p. (circostanze attenuanti generiche)¹⁵. Da un lato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione esclude l'applicabilità dei motivi di particolare valore morale e sociale alle pratiche eutanasiche, mancando queste ultime di quell'"incondizionata approvazione della società" che la norma presuppone¹⁶. Dall'altro, l'effetto favorevole delle attenuanti può essere vanificato dalla

¹³ M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 220; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in S. CANESTRARI (a cura di), *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, Utet, 2006, pp. 129 ss.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 463; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 82; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 714; V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1994, p. 194 ss.; G. MARINI, voce *Omicidio*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VIII, Torino, 1994, pp. 525 ss.; F. TABANELLI, *Eutanasia passiva ed attiva: opportunità di una ricostruzione delle disposizioni del codice penale in materia*, in *Crit. pen.*, 1989, p. 51.

¹⁵ L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, pp. 482 ss.; C. PASQUARIELLO, *I confini penalistici della bioetica*, Napoli, 1999, p. 35; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 123.

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1989 n. 2501, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 1335: secondo la Corte di Cassazione, i motivi della circostanza in oggetto "devono corrispondere a finalità, principi, criteri i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la con-

prevalenza, in sede di bilanciamento fra circostanze, delle aggravanti che spesso si configurano nei casi di eutanasia (dalla premeditazione all'utilizzo di sostanze venefiche come mezzo per provocare la morte, al legame di parentela fra soggetto attivo e passivo). Se si considera che tali ipotesi di omicidio aggravato risultano potenzialmente punibili con la pena dell'ergastolo, si profila un esito sanzionatorio di un'asprezza tale da sollevare perplessità rispetto al canone della ragionevolezza-proporzione. La risposta sanzionatoria ci pare infatti sovradimensionata rispetto al grado di disvalore complessivo del fatto: nessuna considerazione è rivolta ai motivi di pietà ed alla condizione di estrema sofferenza del paziente che caratterizzano l'uccisione pietosa rispetto all'omicidio comune¹⁷. In altri termini, i profili di irragionevolezza di tale disciplina si colgono nella difficoltà di rinvenire una *ratio parificandi* che giustifichi l'equiparazione sanzionatoria fra situazioni connotate da elementi oggettivi e soggettivi differenti.

Da questo punto di vista appare più ragionevole – rispetto al canone della ragionevolezza-proporzione – la disciplina introdotta nel *Código Penal* spagnolo del 1995, che prevede un regime sanzionatorio più mite per i casi di eutanasia attiva consensuale diretta. La legge spagnola contempla una fattispecie autonoma che sanziona con pena diminuita “la causazione e la cooperazione attiva con atti necessari e diretti alla morte di un'altra persona, su richiesta espressa, seria e inequivoca di questa, nel caso in cui la vittima soffra di una infermità grave che condurrà necessariamente alla sua morte, o che produca gravi patimenti permanenti e difficili da sopportare” (art. 143, comma 4)¹⁸. La

dotta criminosa ed in quel determinato momento storico, appunto per il loro valore morale e sociale particolarmente elevato, in modo da sminuire l'antisocialità della azione criminale e da riscuotere il generale consenso della collettività”.

¹⁷ L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Carocci, Roma, 2003, p. 198; S. CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, Clueb, 2001, pp. 143 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 120 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 258 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 719; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 93.

¹⁸ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, pp. 64 ss.; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo c.p. (art. 143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 101 ss.; M.A. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del código penal de 1995*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 341 ss.

pena irrogabile appare in tal modo maggiormente proporzionata rispetto agli elementi di specificità che caratterizzano l'omicidio eutanasi rispetto all'omicidio doloso comune.

Qualche ulteriore osservazione merita, infine, il rapporto fra il principio di ragionevolezza ed il già richiamato criterio del "particolare valore sociale", alla base dell'attenuante di cui all'art. 62, n.1, c.p.. Tale criterio – che, come si è visto, gode di scarso peso rispetto alle condotte di omicidio *pietatis causa* – viene viceversa assunto, nella teorizzazione dell'*offense principle* di J. Feinberg, come parametro per valutare "the reasonableness of conduct that happens to cause offense to others". Il "social value" rappresenta una delle massime di mediazione che governano la "application of the offense principle to legislative or judicial deliberation"¹⁹. Esso cioè opera come specifico standard di ragionevolezza in grado di influenzare il bilanciamento legale fra "seriousness" e "reasonableness" delle condotte offensive. Certo, le differenze che sul piano teorico separano la nozione di *offence* da quella di *harm* non consentono un immediato trasferimento di criteri dall'una sfera all'altra. Tuttavia, l'utilizzo del *social value* come criterio del giudizio di ragionevolezza della condotta sembra poter offrire un contributo significativo anche in riferimento ai casi di eutanasi pietosa, al di là dei ristretti margini operativi offerti dalla valvola dell'art. 62, n.1., del codice penale italiano.

4. *La ragionevolezza della norma penale fra divieto di discriminazione ratione subjecti e giudizio di adeguatezza tra mezzi e scopi di tutela: il caso del suicidio medicalmente assistito*

Nella sentenza *Pretty v. The United Kingdom* della Corte europea dei diritti dell'uomo la ragionevolezza viene assunta come fulcro del giudizio sulla legge penale inglese in tema di suicidio assistito²⁰. In particolare, il paradigma della ragionevolezza viene utilizzato dalla Corte di Strasburgo in una duplice valenza: secondo lo schema della ragionevolezza-eguaglianza da un lato, e secondo il modello dell'adeguatezza fra mezzi e scopi di tutela dall'altro.

A seguito dell'entrata in vigore del *Suicide Act* del 1961, nell'ordinamento

¹⁹ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Offence to Others*, New York-Oxford, Oxford university, 1985, p. 44.

²⁰ Case of *Pretty v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application no. 2346/2002.

penale inglese le condotte di suicidio in forma tentata risultano penalmente irrilevanti, mentre sono punite le condotte di assistenza al suicidio: la *section 2(1)* della legge in esame punisce la condotta di colui che “aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or attempt by another to commit suicide”. A giudizio della ricorrente, tale norma genera effetti discriminatori poiché istituisce una disparità di trattamento fra i soggetti fisicamente abili, che possono autonomamente fruire della libertà di autosoppressione, e coloro che a causa della propria incapacità fisica non sono in grado di togliersi la vita senza l'aiuto di un terzo. La legge penale inglese in tema di suicidio assistito violerebbe, perciò, il divieto di disparità di trattamento sancito dall'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1950).

I giudici di Strasburgo respingono tale argomentazione affermando che la mancata distinzione fra coloro che sono fisicamente in grado di togliersi la vita e coloro che non lo sono si fonda su una “reasonable justification”. L'esito del *test* di ragionevolezza è dunque favorevole alla legge inglese: a giudizio della Corte, la sussistenza di “cogent reasons” – quali l'esigenza di salvaguardare la vita umana ed evitare possibili abusi – esclude che la previsione del *Suicide Act* integri una violazione dell'articolo 14 della Convenzione. La pronuncia della Corte di Strasburgo conferma il generale principio per cui il divieto di disparità di trattamento *ratione subiecti* può subire eccezioni solo in presenza di una giustificazione ragionevole: “for the purposes of Article 14 a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification” (§ 87).

Tale enunciazione appare chiaramente riconducibile al consueto modello della ragionevolezza-eguaglianza. Ma il canone della ragionevolezza viene ulteriormente specificato dalla Corte in riferimento alla materia penale nel senso di una “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”. In questa prospettiva, dunque, il giudizio di ragionevolezza non ha ad oggetto gli obiettivi di tutela discrezionalmente fissati dal legislatore penale, ma l'adeguatezza fra mezzi e fini di tutela, vale a dire “l'idoneità della fattispecie e della previsione sanzionatoria a perseguire quell'obiettivo che si assume legittimo”²¹. L'idoneità dei mezzi rispetto ai fini di tutela viene misurata secondo parametri elaborati – ed ormai consolidati – in seno alla giurisprudenza in materia penale dei vari Tribunali costituzionali. In base all'esperienza giurisprudenziale del *Bundesverfassung-*

²¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 381-382.

sgericht, ad esempio, il requisito dell'adeguatezza fra mezzi e scopi si scompone nei sotto-criteri della adeguatezza (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*) e opportunità (*Angemessenheit*)²². Come si può notare, in questi casi il controllo di ragionevolezza assume le forme di un giudizio in termini di *Zweckrationalität* più che di "discrezionalità finalistica", ma rimane nondimeno connotato da caratteri di "intrinseca politicità"²³.

5. Ragionevolezza e modelli alternativi di disciplina del fenomeno eutanasi: la giustificazione procedurale (Prozedurale Rechtfertigungen)

Il modello della giustificazione procedurale ha trovato impiego in diversi ambiti d'intervento del diritto penale riconducibili alla sfera della bioetica, fra cui l'interruzione volontaria di gravidanza, l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito in particolare²⁴. Attraverso l'approccio procedurale, il legislatore non opera una valutazione diretta degli interessi in gioco, stabilendo a monte ed una volta per tutte quale debba prevalere, ma si limita a dettare presupposti, modalità e procedure che segnano il perimetro per l'esercizio dell'autodeterminazione individuale. Si assiste così ad una commistione fra norme sostanziali e norme procedurali: il rispetto della procedura è costitutivo della liceità dell'azione, operando come causa di esclusione dell'antigiuridicità o come causa di non punibilità; viceversa, la mancata osservanza della procedura comporta il sorgere della responsabilità penale²⁵. Relativamente alla soppressione della vita *manu aliena*, un esempio ben noto di regolamentazione procedurale è offerto dalla legge olandese (2002), che ha introdotto una causa di non punibilità per il medico che realizzi una condotta di eutanasia o suicidio assistito nel rispetto della procedura di legge²⁶.

²² J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 345; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 283.

²³ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 381-382.

²⁴ M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/4, pp. 1269 ss.

²⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 27 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., pp. 245 ss.

²⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e*

Il modello della giustificazione procedurale rappresenta un'alternativa rispetto allo schema regolativo basato sul bilanciamento legale degli interessi confliggenti: l'individuazione dell'interesse prevalente è delegato ai singoli, nel rispetto della cornice dettata dalla procedura. Tale approccio aspira a superare le difficoltà legate alla molteplicità di posizioni etiche e visioni del mondo contrapposte all'interno degli ordinamenti occidentali contemporanei; nelle questioni bioetiche in particolare, la difficoltà di costruire soluzioni giuridiche fondate su larghe basi di consenso (su un "comune sentire" da parte dei consociati) solleva molti dubbi circa la possibilità di valutare la ragionevolezza sulla scorta di "criteri del consenso intersoggettivo"²⁷. Di qui la prospettiva offerta da modelli regolativi che trasferiscono ai singoli la determinazione del bene o interesse cui assegnare la prevalenza nel caso concreto, fatta salva la necessità di rispettare una serie di cautele, controlli e requisiti sanciti *ex lege*²⁸.

In riferimento al modello procedurale, la ragionevolezza viene in rilievo come parametro guida per la messa a punto della procedura legale in grado di escludere la punibilità delle condotte altrimenti vietate. Sofferamoci sui casi di fine vita. Le imprescindibili esigenze di garanzia che si impongono in quest'ambito richiedono che la procedura sia strutturata in modo tale da contenere l'opzione eutanassica entro contorni di eccezionalità ed *extrema ratio*: "l'autodisposizione di sé tramite altri deve comunque essere ragionevole", ed i presupposti necessari della ragionevolezza possono essere individuati nello stadio di irreversibile avanzamento del processo letale (*point of no return*) e la prossimità alla morte (*bound to a near death*)²⁹. A tali criteri sembra ispirarsi la legge olandese laddove richiede, fra i presupposti della non punibilità del medico, quello per cui sia il medico sia il paziente abbiano raggiunto "la convinzione che non sussistano altre soluzioni ragionevoli per la situazione". Il

sussidiarietà, cit., pp. 27 ss.; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für G. Mahrenholz*, Baden-Baden, Nomos, 1994, pp. 731ss.; A. ESER, *Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren*, in *Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 43 ss.; J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and law in Europe*, Oxford-Portland, Or., Hart, 2008, pp. 29 ss.

²⁷ A. CERRI, voce *Ragionevolezza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2006.

²⁸ Con riferimento alla disciplina tedesca dell'interruzione volontaria di gravidanza, cfr. gli approfonditi rilievi critici di M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, cit., p. 1277.

²⁹ L. CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, cit., pp. 205-206; R. MERKEL, *Teilnahme am Suizid – Tötung auf Verlangen – Euthanasie. Fragen an die Strafrechtsdogmatik*, in R. HANGSELMANN, R. MERKEL (a cura di), *Zur Debatte über Euthanasie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 77.

requisito della mancanza di alternative ragionevoli richiama i canoni di necessità, adeguatezza, proporzione che, come si è già visto, costituiscono altrettanti sottocriteri del giudizio di ragionevolezza. In quest'ottica, il requisito della ragionevolezza si sposa con le esigenze di tutela che necessariamente devono presiedere ai casi-limite in cui un atto di autodeterminazione comporta la messa in gioco del bene fondamentale della vita.

La peculiarità del modello olandese risiede nell'accento posto sulla relazione medico-paziente come sede elettiva per la ragionevole ponderazione degli interessi in conflitto. È nel contesto della relazione medico-paziente che la richiesta di assistenza al suicidio deve essere portata a maturazione, attraverso una scrupolosa verifica dei presupposti e delle garanzie richieste dalla legge. Nel sistema olandese, dunque, il bilanciamento in concreto fra diritto alla vita e libertà di autodeterminazione in ambito sanitario viene affidato alla ponderata valutazione del paziente in sinergia con il medico. A tale riguardo occorre effettuare una puntualizzazione: nell'approccio procedurale al suicidio medicalmente assistito, il carattere della ragionevolezza si riferisce alla procedura dettata dal legislatore e non già alla decisione del paziente competente. Tale decisione rimane sottratta ad un giudizio in termini di ragionevolezza: "once these largely procedural tests have been satisfied, the content of the patient's decision is not open to any scrutiny at all"³⁰. Risultano perciò respinte le tesi che, postulando l'intrinseca irragionevolezza di ogni richiesta di morte, assumono l'opzione letale come indice sintomatico dell'irragionevolezza della richiesta stessa.

6. *Azione vs. omissione nella ricostruzione delle condotte eutanasiche: una reasonable distinction?*

La ragionevolezza può venire in rilievo quale parametro per valutare il valore euristico e classificatorio della distinzione concettuale fra condotte attive e condotte omissive nel contesto eutanastico. La distinzione fra eutanasia attiva e passiva (o fra *mercy killing* e *letting die*) diviene cruciale ai fini della responsabilità penale se ad essa si affida la funzione di discriminare fra liceità ed illiceità penale della condotta³¹. L'eccesso di semplificazione alla base di tale

³⁰ E. JACKSON, *Whose Death is it Anyway?: Euthanasia and the Medical Profession*, in *Current Legal Problems*, 2004, vol. 57, p. 439.

³¹ A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 283 ss.; S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., pp. 129 ss.; D. TASSINARI, *Pro-*

ricostruzione emerge con evidenza qualora l'attuazione del rifiuto delle cure salvavita richieda la sospensione di un sostegno artificiale già attivato, ed il paziente si rivolga pertanto al medico affinché provveda all'interruzione. In tali casi la condotta del medico, pur esprimendo un "significato" sostanzialmente omissivo, dal punto di vista naturalistico mantiene indubbiamente una valenza attiva. Pertanto, sulla base della stretta dicotomia fra eutanasia attiva (illecita) ed eutanasia passiva (lecita), per il medico si profila una responsabilità a titolo – quantomeno – di omicidio del consenziente.

A far apparire poco persuasiva – poco ragionevole – tale ricostruzione è la scelta di far dipendere il sorgere della responsabilità penale da un criterio (azione *versus* omissione) eccessivamente appiattito sul piano causale-naturalistico. Com'è noto, allo scopo di correggere i difetti derivanti dalla rigida dicotomia fra azione e omissione, la dottrina ha elaborato teorie alternative come quella dell'omissione mediante azione (*Unterlassung durch Tun*)³², o dell'"identità funzionale" sul piano normativo fra suicidio ed eutanasia consensuale³³. Ma tali ricostruzioni non sembrano in grado di fornire una copertura pienamente convincente ai casi di interruzione di trattamenti salvavita che richiedano un *facere* del medico. Rispetto a tali casi, lo schema più consono sul piano teorico – ed anche più conforme al criterio della ragionevolezza – appare quello basato sul riferimento agli elementi normativi che strutturano il reato omissivo improprio (posizione di garanzia; obbligo giuridico di intervento).

Quando ricorrano i dovuti presupposti, il rifiuto delle cure da parte di un paziente informato e competente fa venir meno l'obbligo giuridico di curare da parte del sanitario. La liceità penale della condotta del medico deriva, in tali casi, dalla conformità al contenuto (ed ai limiti) dei suoi doveri professionali, secondo un modello interpretativo che, *mutatis mutandis*, vale anche a sostanziare la liceità della c.d. eutanasia indiretta. Tale interpretazione ha recentemente trovato conferma in una fra le più dibattute sentenze del panora-

fili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law, in S. CANESTRARI, G. FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, Clueb, 2001, pp. 147 ss.

³² Un filone della letteratura tedesca ricorre a questa figura per escludere la punibilità del soggetto che interrompe il sostegno artificiale su valida richiesta del malato: C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubten Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NSiW*, 1987, pp. 348 ss.; C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Duncker & Humboldt, 1997, pp. 31 ss., 174 ss.

³³ L. CORNACCHIA, *Euthanasia: il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, pp. 405 ss.

ma biogiuridico italiano, che ha escluso la rilevanza penale della condotta interruttiva di un trattamento *life-sustaining* da parte del medico su richiesta del paziente competente³⁴. Poiché il rifiuto informato di cure – comprese le cure salvavita – costituisce un diritto costituzionale (art. 32, comma 2, Cost.), il giudice ha escluso l'antigiuridicità della condotta di interruzione, ravvisando la scriminante dell'adempimento di un dovere.

In conclusione, rispetto ai casi di interruzione di trattamenti salvavita da parte del medico su richiesta del paziente competente, la distinzione fra azione e omissione può dirsi ragionevole se ci si muove su un piano prettamente naturalistico; non se tale descrizione viene assunta a criterio discriminante fra liceità e illiceità penale della condotta, sulla base dell'equazione omissione-liceità, commissione-illiceità.

7. *La ragionevolezza come criterio del giudizio di costituzionalità dell'incriminazione del physician-assisted suicide. L'esperienza della Suprema corte statunitense*

Per quanto riguarda il rapporto fra diritto all'interruzione di trattamenti salvavita ed eutanasia, il criterio di ragionevolezza assume rilievo anche in un'ulteriore prospettiva. Nella giurisprudenza della *Supreme Court* nordamericana la ragionevolezza è stata utilizzata come criterio per valutare la fondatezza della distinzione fra uccidere e lasciar morire.

Nel caso *Vacco v. Quill*³⁵ la Corte viene chiamata a valutare se l'incriminazione del suicidio assistito prevista dalla *New York penal law* costituisca una violazione della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo emendamento. Nello Stato di New York il suicidio medicalmente assistito costituisce reato, mentre è riconosciuto il diritto del paziente di rifiutare i trattamenti medici anche *lifesaving*. Secondo la tesi sostenuta dagli attori, l'incostituzionalità del-

³⁴ Tribunale di Roma, 17/10/2007 in *Dir. pen. proc.*, 2008/1, pp. 59 ss., con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, pp. 68 ss.

³⁵ Supreme Court, *Vacco, Attorney general of New York, et al. V. Quill et al.*, 521 U.S. 793 (1997). K.C. ARESTAD, *Vacco v. Quill and the Debate Over Physician-assisted Suicide: Is the Right to Die Protected by the Fourteenth Amendment?*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, 1999, pp. 511 ss.; G.D. PATTERSON, *The Supreme Court Passes the Torch on Physician Assisted Suicide: Washington v. Glucksberg and Vacco v. Quill*, in *Houston Law Review*, 1998, pp. 851 ss.

la norma deriva dalla violazione del principio di ragionevolezza: “it is hardly unreasonable or irrational for the State to recognize a difference between allowing nature to take its course, even in the most severe situations, and intentionally using an artificial death-producing device”. La *New York penal law* comporterebbe quindi una disparità di trattamento “not rationally related to any legitimate state interest”. Infatti, mentre i malati terminali mentalmente “competenti” tenuti in vita da terapie o presidi salvavita possono avvalersi delle “consent to treatment provisions” per chiederne la sospensione, avviandosi a morte certa, i pazienti terminali che *non* dipendono da apparati meccanici di sostegno vitale non possono richiedere l’aiuto del medico ad accelerare il decesso. Poiché, secondo gli attori, il rifiuto di cure salvavita è sostanzialmente equiparabile al suicidio medicalmente assistito (essendo “essentially the same thing”), appare irragionevole la disparità di trattamento che si riscontra fra pazienti terminali, a seconda che dipendano o meno da presidi di sostegno vitale.

La *Supreme Court*, tuttavia, nega che il rifiuto di trattamenti medici salvavita sia equiparabile al suicidio, ed afferma la conformità della legge di New York alla *Equal Protection Clause*. La ragionevolezza della norma viene fondata su una pluralità di criteri, culminanti nel criterio dell’adeguatezza della norma agli scopi di tutela perseguiti. Se infatti la Corte, da un lato, ritiene che la distinzione fra “letting a patient die” e “making that patient die” sia una distinzione “important, logical, rational” (oltre che ampiamente riconosciuta ed approvata nell’ambito della professione medica e della tradizione giuridica), dall’altro afferma che esistono “valid and important public interests that easily satisfy the constitutional requirement that a legislative classification bear a rational relation to some legitimate end”³⁶. In sostanza, analogamente alla pronuncia sul caso *Pretty v. The United Kingdom*, la ragionevolezza viene qui assunta secondo la tradizionale dottrina del divieto di arbitrarietà (*Willkürverbot*): il principio di eguaglianza sancito dalla *Equal Protection Clause* può dirsi violato se non è rinvenibile un motivo ragionevole (*vernünftig*) di differenziazione o di parificazione³⁷.

³⁶ Cfr. Sentenza Supreme Court, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

³⁷ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 344.

8. *Profili di incostituzionalità della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce del principio di ragionevolezza*

Con la legge n. 40/2004 il legislatore italiano ha dettato per la prima volta una disciplina organica in materia di procreazione medicalmente assistita. Come noto, sull'art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004 è attualmente in corso un giudizio di costituzionalità promosso dal T.A.R. del Lazio per contrasto con l'articolo 3 della Costituzione – sia sotto il profilo della ragionevolezza, sia sotto il profilo del divieto di discriminazione – e con l'articolo 32 della Costituzione, per l'inadeguato bilanciamento fra la salute della donna e la tutela dell'embrione³⁸. Il comma 2 dell'art. 14 prevede che le tecniche di produzione degli embrioni – “tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica” e dell'aggiornamento periodico delle linee guida – non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre. Il comma successivo limita la possibilità di crioconservare embrioni ai soli casi in cui il trasferimento in utero non sia possibile per causa di forza maggiore, grave, documentata e imprevedibile, relativa allo stato di salute della donna; il trasferimento dovrà comunque avvenire “appena possibile”.

Il giudizio di costituzionalità pendente offre spunti interessanti rispetto al tema che qui ci occupa. La Corte costituzionale è infatti chiamata a svolgere un controllo sulla ragionevolezza di disposizioni di evidente rilievo bioetico assistite da severe sanzioni penali; a prescindere dai rilievi prospettati dal giudice remittente, in riferimento alle norme impugnate si possono individuare più punti di attrito con il principio di ragionevolezza. Al riguardo, vengono in rilievo almeno quattro profili critici.

8.1. *Un primo profilo di irragionevolezza: la formulazione della norma-precetto.*

I dubbi sulla ragionevolezza dell'art. 14, comma 2, emergono già a partire dalla tecnica redazionale utilizzata dal legislatore. Il controllo sulla ragionevolezza del precetto implica una serie di valutazioni che prescindono dal confronto con un *tertium comparationis*, investendo la ragionevolezza intrinseca

³⁸ Sul punto, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, R. BIN, P. VERONESI (a cura di), *Dalla Provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

della norma³⁹. Non si tratta, cioè, di valutare la ragionevolezza della scelta del legislatore mediante una comparazione fra discipline diverse, o sulla base della dialettica fra norma penale e Costituzione. Il *reasonable test* cui è chiamata la Corte riguarda direttamente la razionalità della formulazione del precetto: in questo senso si può affermare che, nel caso in esame, a venire in rilievo è la più *wertneutral* delle declinazioni del controllo di ragionevolezza.

Entrando nello specifico, la rigida (“aprioristica”) predeterminazione legale del numero massimo di embrioni producibili frustra, di fatto, l’efficacia del rinvio all’“evoluzione tecnico-scientifica”, che dovrebbe valere come valvola di apertura del dato normativo alla costante evoluzione delle conoscenze medico-scientifiche. La scelta di fissare in sede legislativa il limite inderogabile dei tre embrioni finisce per pietrificare la norma, pregiudicandone l’effettiva recettività rispetto alla rapida evoluzione che caratterizza il settore. Inoltre, il fatto che le esigenze di adeguamento siano affidate all’aggiornamento periodico delle linee guida non pare del tutto soddisfacente, giacché esse svolgono una funzione integrativa o specificativa senza poter modificare la disciplina di legge. Pertanto, la formulazione adottata dal legislatore del 2004 non pare ragionevole nella misura in cui si rivela inadeguata ad assicurare quel *feedback* fra diritto e scienza che lo stesso art. 14, comma 2, afferma di “tenere in considerazione”, e che del resto appare irrinunciabile visto l’elevato contenuto tecnico delle metodiche di procreazione assistita e la rapida evolutività delle conoscenze del settore. Si coglie dunque un margine di autocontraddittorietà fra gli obiettivi dichiarati dal legislatore e le scelte legislative effettivamente attuate.

8.2. *Un secondo profilo di irragionevolezza: i limiti quantitativi alla creazione di embrioni e il divieto di crioconservazione. Un irragionevole bilanciamento degli interessi in conflitto?*

Il bilanciamento degli interessi toccati dalla sfera di operatività della norma penale deve operare in modo tale che la limitazione dell’interesse soccombente rispecchi lo standard di proporzionalità, e che sia comunque preservato il nucleo essenziale di tale diritto. La ragionevolezza del bilanciamento legale risiede dunque nel “divieto di sacrifici unilaterali eccessivi”⁴⁰.

³⁹ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 349.

⁴⁰ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 358; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., p. 381; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit, pp. 768 ss.

Rispetto alle norme impugnate, occorre dunque domandarsi se l'indubbio sacrificio imposto alla salute dell'aspirante madre possa considerarsi giustificato – adeguatamente compensato – dalla necessità di salvaguardare controinteressi dotati di maggiore significatività. Nelle norme esaminate, l'interesse che emerge come preponderante rispetto al diritto alla salute della donna è rappresentato dalla tutela dell'embrione. La prevalenza degli interessi dell'embrione su quelli materni sovverte le geometrie delineate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 27/1975 sull'interruzione di gravidanza⁴¹. In tale sentenza il *balancing test* viene risolto privilegiando “il diritto non solo alla vita ma anche alla salute” della madre rispetto alla “salvaguardia dell'embrione”. La Corte fonda tale affermazione sulla “non equivalenza” fra le due sfere di interessi in campo. Infatti, “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”⁴². Pertanto, se da un lato l'estensione al concepito dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. giustifica la tutela (anche) penale dell'embrione, dall'altro non consente che la legge assicuri a quest'ultimo una “prevalenza totale ed assoluta”.

Nella sentenza del 1975 la Corte costituzionale assume, come misura della ragionevolezza del bilanciamento, il nesso di proporzionalità diretta fra l'attribuzione dello *status* di persona e l'intensità della tutela penale garantita dall'ordinamento. Rispetto a tale criterio, le scelte operate dal legislatore del 2004 operano un netto ribaltamento di fronte. Da questo punto di vista, dunque, la legge sulla procreazione medicalmente assistita non rispecchia lo standard di ragionevolezza posto alla base di una consolidata giurisprudenza costituzionale, nonché della disciplina legale vigente in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

8.3. *I limiti legali alle tecniche di procreazione assistita e l'irragionevole sacrificio del diritto alla salute della donna*

La scelta di fornire una copertura penale ai divieti introdotti dai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge 40/2004, malgrado l'ineffettività di fondo, viene comunque a collocare nella sfera del penalmente illecito condotte che in prece-

⁴¹ Corte Cost., n. 27/1975.

⁴² E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 459.

denza erano non solo lecite, ma rientranti a pieno titolo nella *good practice* medica, concorrendo a sostanziare lo standard della miglior scienza ed esperienza maturato in seno ai Centri di fecondazione assistita⁴³. Il divieto di produrre un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo trasferimento, combinato al divieto di crioconservazione, implica che – contrariamente a quanto accadeva prima dell'avvento della legge – in caso di mancato attecchimento la donna debba sottoporsi ad una nuova stimolazione ovarica, esponendosi così ad un maggior rischio d'insorgenza di patologie dovute al ripetuto bombardamento ormonale (sindrome da iperstimolazione ovarica e malattie neoplastiche). Tale (livello più elevato di) rischio, dunque, non può dirsi intrinseco alle metodiche di procreazione assistita, ma discende direttamente da scelte discrezionali del legislatore.

In breve, la legge impone una procedura gravosa e non esente da rischi pur essendo disponibili soluzioni alternative dotate di un minor coefficiente di rischio e di una minore "invasività tecnica e psicologica". La scelta discrezionale operata dal legislatore appare, dunque, difficilmente conciliabile non solo con il principio di "minore invasività" cui la stessa legge afferma di ispirarsi (art. 4, comma 2), ma più in generale con il principio di precauzione e adeguatezza. In quest'ottica appare evidente che i dubbi di costituzionalità legati alla lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) si intrecciano intimamente con la valutazione della ragionevolezza della norma impugnata. Ed infatti, secondo la già richiamata giurisprudenza costituzionale⁴⁴, l'intervento del legislatore in campo terapeutico non può basarsi su valutazioni di pura discrezionalità politica, ma deve fondarsi sulle migliori conoscenze medico-scientifiche disponibili. Di conseguenza, poiché nel caso in esame il sacrificio del diritto alla salute non deriva da limiti intrinseci ai protocolli medici ma direttamente dalla scelta compiuta dal legislatore, la norma impugnata non pare compatibile con una rigorosa valutazione in termini di ragionevolezza. Se, oltretutto, dovesse risultare confermato il dato per cui l'applicazione della disciplina legale comporta una diminuzione dell'efficacia delle metodiche di procreazione medicalmente assistita⁴⁵, a maggior ragione si porrebbe la questione se le scelte

⁴³ L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005/1, pp. 688-689; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit, p. 772.

⁴⁴ Corte Cost., n. 282/2002.

⁴⁵ E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 61 ss., che riprende i dati contenuti nella *Relazione del Ministro della salute* presentata al Parlamento nel 2007.

del legislatore del 2004 siano “difendibili in termini di razionalità”⁴⁶. Se infatti “è pacifico che rientri nella discrezionalità del legislatore l’imposizione di limiti al ricorso a tecniche di procreazione assistita”, essi non devono però essere tali da frustrare o compromettere lo scopo fondamentale di queste metodiche, vale a dire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità (art. 1, co. 1, l. 40/2004). “Una normativa siffatta si porrebbe in contraddizione con se stessa: in quanto irragionevole, risulterebbe incompatibile con il principio costituzionale di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 Cost.)”⁴⁷.

8.4. *La legge sulla procreazione medicalmente assistita e lo standard della ragionevolezza sistematica*

Spostandoci dall’esame di singole norme ad una valutazione complessiva della legge 40/2004, il parametro della ragionevolezza rappresenta un utile strumento per vagliarne la coerenza esterna, a livello intrasistemico. Ebbene, rispetto al contesto normativo nel suo complesso, la legge 40/2004 presenta profili di irragionevolezza nel momento in cui fornisce all’embrione una tutela più forte di quella che la legge sull’interruzione volontaria di gravidanza (194/1978) prevede per il feto⁴⁸. A seguito dell’entrata in vigore della legge del 2004, i primissimi stadi di sviluppo embrionale godono, a livello ordinamentale, di una tutela penale più intensa rispetto a quella prevista per il (più avanzato) stadio fetale. L’embrione che si trovi ancora all’esterno del corpo materno risulta oggetto di una protezione assai più incisiva di quella di cui godrà una volta impiantato⁴⁹.

L’imperfetto raccordo fra le due leggi genera quindi esiti irragionevoli sul piano intrasistemico per quel che riguarda la tutela penale della vita prenatale: si osserva, in particolare, un ribaltamento della scala di intensità della tutela che, ragionevolmente, dovrebbe prevedere una progressiva intensificazione

⁴⁶ E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 464.

⁴⁷ E. DOLCINI, *ibid.*

⁴⁸ S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004/4, p. 417; L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, cit., pp. 679 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007/2-3, pp. 512-513.

⁴⁹ C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione. Una valutazione d’impatto normativo della disciplina sulla PMA*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005.

all'evolvere degli stadi di sviluppo della vita prenatale, e non viceversa. Lo statuto penale differenziato fra embrione e feto che viene in tal modo a delinearsi non sembra, dunque, del tutto corrispondente al criterio di ragionevolezza. Tale circostanza è fonte di ulteriori effetti sindacabili dal punto di vista della coerenza dell'ordinamento. Fra gli esempi più significativi, si può citare il divieto penale di diagnosi genetica pre-impianto non meramente osservazionale, risultante dal quadro originario della legge 40/2004 e relative linee guida (D.M. 21/07/2004)⁵⁰: gli scopi perseguiti mediante la posizione di tale divieto risultano in gran parte vanificati dalla possibilità per la madre di sottoporsi a diagnosi prenatale (amniocentesi o villocentesi) e procedere, eventualmente, ad un'interruzione della gravidanza. Come è stato notato, infatti, "non pare [...] ragionevole che sia penalmente vietato al primissimo inizio, nella legge sulla procreazione, ciò che diventa consentito, seppure in rapporto alla salute fisica o psichica della donna, in una fase più avanzata di sviluppo della medesima vita, dopo che la donna si sia sottoposta all'impianto e ormai, decidendo di interrompere la gravidanza, debba affrontare i rischi connessi all'intervento. [...] Stride, dunque, il contrasto tra le due normative, cioè la chiusura della legge sulla procreazione rispetto al rilievo di altro bene – la salute fisica o psichica della donna – che invece l'altra legge considera e contrappone per avalare il sacrificio del medesimo bene mediante l'interruzione della gravidanza"⁵¹.

⁵⁰ S. CANESTRARI, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 417. Sui profili penali della diagnosi pre-impianto nella dottrina tedesca, cfr. G. DUTTGE, *Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charyddis*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 241 ss., pp. 241 ss.; T. HÖRNLE, *Präimplantationsdiagnostik als Eingriff in das Lebensrechts*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 659 ss.; B. BÖCKENFÖRDE-WUNDERLICH, *Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

⁵¹ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., pp. 512-513; A. MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 347-350. In senso contrario F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 335-337, che non ravvisa profili di interferenza fra la legge 40/2004 e la legge 184/1978; sulle stesse posizioni, L. EUSEBI, *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.*, 2005, pp. 364-366.

9. Conclusioni

Le osservazioni fin qui svolte, pur nella loro sinteticità, testimoniano non solo la natura multiforme del principio di ragionevolezza ma, più specificamente, il suo crescente impiego nelle questioni bioetiche di rilievo penale. Sul versante giurisprudenziale, l'attitudine del criterio ragionevolezza ad orientare le decisioni negli *hard cases* della bioetica ha ricevuto una recente conferma ad opera della Corte di Cassazione. In una controversa pronuncia relativa all'interruzione di trattamenti salvavita in un paziente in stato vegetativo permanente, la Corte ha fatto espressamente ricorso alla "logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto"⁵².

Sul versante delle scelte legislative, il ruolo del principio di ragionevolezza deve essere messo a fuoco sottolineando la particolare delicatezza delle questioni legate alla bioetica, strettamente legate alla sfera dei diritti fondamentali e della dignità umana. Rispetto all'intervento penale in materia bioetica, il potenziale operativo del principio di ragionevolezza ci sembra vada valorizzato, al di là delle molteplici sfaccettature, nella sua valenza garantistica. Specialmente in ambiti eticamente sensibili come quelli di rilievo bioetico, in cui l'opzione penale dovrebbe *a fortiori* ispirarsi a logiche di riduzione e contenimento, la ragionevolezza deve rappresentare un argine rispetto a scelte di incriminazione che non soddisfano i requisiti di adeguatezza, proporzione, necessità, o che comportano un'ingiustificata compressione degli interessi in campo.

Come si è visto, la natura intrinsecamente affittiva dello strumento penale impone che il controllo di ragionevolezza in materia penale sia modulato su standard di speciale rigore, attestati sullo "strict scrutiny" della ragionevolezza della scelta incriminatrice e non sulla semplice verifica di un "minimum of rationality"⁵³. Per tali ragioni, e sempre nell'ottica delle specificità della materia penale, mentre appare apprezzabile il ricorso alla ragionevolezza in funzione di limite rispetto ad eventuali eccessi di tutela (*Übermaßverbot*), meno auspicabile risulta il suo impiego per fondare un divieto di misure sottodimensionate (*Untermaßverbot*), come invece si riscontra nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco in tema di aborto⁵⁴.

⁵² Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748.

⁵³ V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 742.

⁵⁴ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 345; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 762.

In conclusione, in ambito biogiuridico emerge la necessità di accogliere una nozione di ragionevolezza penalistica saldata alle garanzie fondamentali in materia penale, onde evitare possibili declinazioni repressive o *in peius*. In altre parole, poiché i principi costituzionali del reato costituiscono il fondamento stesso della legittimità della scelta legislativa, la loro piena operatività non può essere messa in discussione sulla base del criterio della ragionevolezza. Al contrario, come si è detto, è lo stesso canone della ragionevolezza penalistica a dover essere modellato sui principi costituzionali del reato e letto alla luce di questi ultimi. Ciò vale a maggior ragione in ambiti di intervento eticamente pregnanti come quello della bioetica, in cui la necessità di ribadire l'applicazione delle garanzie fondamentali in materia penale rappresenta un'esigenza irrinunciabile, al di là di ogni ragionevole dubbio.

prof. GIOVANNI FLORA
Università di Firenze

LA TUTELA PENALE DEL “FATTO RELIGIOSO” TRA CODICE ROCCO E COSTITUZIONE^(*)

SOMMARIO: 1. I modelli fondamentali di disciplina penale del “fatto religioso”. – 2. Principi costituzionali e “laicità” del diritto penale. – 3. La tutela penale della religione nell’attuale sistema penale: dal Codice Rocco alla l. n. 85 del 2006. – 4. Verso un nuovo sistema di tutela penale del “fatto religioso”.

1. *I modelli fondamentali di disciplina penale del “fatto religioso”*

Dalla storia della legislazione penale dei diversi paesi emergono tre modelli fondamentali di atteggiamenti del legislatore penale nei confronti del fenomeno religioso: il modello “confessionale”, il modello “semi-confessionale”, il modello “laico”.

1) Nel modello confessionale il reato coincide con il peccato; la violazione del precetto religioso costituisce altresì illecito penale¹; *non c’è diritto* di professare la propria fede, *ma dovere* di professarla.

Un unico credo religioso è assunto ufficialmente come religione dello Stato.

* È il testo della relazione al Convegno su «*La Carta e la Corte: la tutela penale del fatto religioso tra normativa costituzionale e diritto “vivente”*» tenutosi a Ferrara il 26-27 ottobre 2007.

¹ Emblematici alcuni esempi contenuti nel «Codice generale austriaco dei delitti e delle pene» del 1797 (ristampa anastatica, Padova, 2005, con scritti di AA.VV. raccolti da S. VINCI-GUERRA): § 61 «*chi nega la ragione a feugo, che in luoghi pubblici, o in presenza di altri uomini sia con parole, scritti, o azioni bestemmj temerariamente l’Onnipotente, dovrà trattarsi da frenetico, e tenersi prigionie nello Spedale de’ pazzi finattanto che si resti sicuro della di lui emenda*», § 62 «*Ogni azione diretta a turbare studiosamente un atto di culto divino della Religione dominante o tollerata, ogni azione che fa vedere animosità, o aperto disprezzo nel tempio di Dio, o mediante cui vengano vilipesi gli Arredi destinati al culto divino, è un delitto politico*»; § 64 «*Un delitto politico commette pur quello, il quale tenta mediante falsa istruzione o raggiri di determinare un seguace della Religione Cristiana all’apostasia dalla fede, o il quale procura d’indurlo a negare ogni religione, o ad abbracciarne una, che nega il Vangelo*»; § 65 «*Egualmente è un delinquente politico quello, il quale procura d’inspirare dottrina manifestamente falsa, o incredulità ad una comunità addetta alla Religione dominante, e di alienarla dalla medesima*». Colpisce particolarmente la qualificazione come “politico” del delitto in materia di religione e l’equiparazione del bestemmiatore al pazzo.

Si tratta di modello ormai abbandonato nelle moderne democrazie, ma che sembra ancora vivo e vegeto negli Stati di religione islamica.

2) Il modello semi-confessionale mantiene la distinzione tra illecito penale e trasgressione del precetto religioso; offre tuttavia una protezione privilegiata alla “*religione dello Stato*” la quale viene tutelata essenzialmente *come patrimonio della collettività* e non come diritto del singolo alla libera espressione e salvaguardia della propria dimensione spirituale.

Insomma, il delitto contro il “fatto religioso” rimane più simile ad un crimine contro lo Stato che ad un crimine contro la persona (la formula più spesso adottata è quella dei delitti “contro il sentimento religioso”).

Accanto alla tutela della Religione dello Stato può trovare posto in questo modello anche la tutela di altre confessioni religiose, *purché “ammesse”* (ed abbiano quindi superato un vaglio di compatibilità con i principi ideologico-politici di fondo cui si ispira lo Stato) e con una intensità inferiore, resa manifesta per lo più dagli inferiori livelli edittali di pena. Insomma la Religione dello Stato gode di una protezione “privilegiata” rispetto ai “culti ammessi”.

Non è raro, però, che all’interno di questo modello si manifestino tendenze ad una affermazione di una gelosa tutela delle prerogative dei poteri dello Stato rispetto ad interferenze dei poteri religiosi, sì da incriminare finanche le critiche ad atti o provvedimenti dei poteri statali da parte di appartenenti ad ordini religiosi. Insomma: lo Stato offre la sua tutela alla religione, ma non ammette “invasioni di campo”, secondo schemi propri di un modello laico².

3) *Il modello laico* si ispira non solo ad una netta separazione tra reato e peccato, tra illecito penale e trasgressione religiosa o, più in generale etica, ma – oltre a caratterizzarsi per alcuni fondamentali principi cui deve ispirarsi il reato inteso come fatto socialmente dannoso, offensivo di primari beni-interessi la cui salvaguardia è indispensabile ad assicurare una ordinata convivenza – rimane assolutamente indifferente al “fatto religioso”, non prendendo posizione alcuna su temi che comportino uno “sbilanciamento” a favore di una piuttosto che di un’altra concezione etico-religiosa. Anzi, portato alle sue

² Il “vecchio” c.p. francese (la cui ultima edizione ufficiale risale al 1832) prevedeva una serie di fattispecie (successivamente abrogate già con l. 9 dicembre 1909) che incriminavano «*critiques, censures ou provocations dirigées contre l’autorité publique dans un discours pastoral prononcé publiquement*» (artt. da 201 a 203) o «*dans un écrit pastoral*». Analoghe disposizioni erano presenti, ad esempio, nel codice penale della Repubblica di San Marino del 1865 negli artt. 331 e 332.

più coerenti conseguenze, implica l'assenza di tutela non solo del sentimento religioso, ma finanche della libertà religiosa che potrebbe vedersi protetta solo come una qualsiasi altra "manifestazione di pensiero"; sia sotto l'aspetto di eventuale causa di giustificazione, sia come afferente a quel complesso di libertà di fatto costituenti naturalmente oggetto di protezione "finale" della libertà di autodeterminazione (nel nostro sistema – tanto per capirci – presa in considerazione nel delitto di violenza privata ex art. 610 c.p.). In ogni caso, se tutela penale viene apprestata, questa si incentra sul diritto di libertà religiosa (come nel Codice Zanardelli del 1889 e già nel codice dei delitti e delle pene del Regno d'Italia, del 1911) o di libertà di professare ideologie "forti" (com'è nel codice penale tedesco attuale).

Detto questo, risulta del tutto evidente la contraddizione in cui vive il nostro attuale sistema penale quanto alla tutela del "fatto religioso": una Carta Costituzionale sicuramente espressiva, da un lato, di norme riconducibili al principio di laicità, dall'altro di norme che riconoscono la pari libertà di religione, di tutte le confessioni religiose; per contro, un codice penale che, anche dopo gli interventi di Corte Costituzionale e legislatore, appresta tutela, sia pure "paritaria", ancora al "sentimento religioso".

Si tratta di una contraddizione solo apparente o reale? E qual è l'orientamento "costituzionalmente conforme" che il legislatore penale deve seguire in materia di tutela della religione?

Le risposte richiedono che si debba preliminarmente chiarire:

- a) Qual è il senso della scelta di "laicità" della nostra Costituzione e più in generale quali ne sono le opzioni in tema di religione.
- b) Qual è l'attuale prospettiva di tutela del "fatto religioso" così come attualmente risulta organizzata a seguito delle numerose sentenze della Corte Costituzionale che si sono succedute dal 1997 in poi e delle modifiche legislative introdotte nel 2006.

2. *Principi costituzionali e "laicità" del diritto penale*

Com'è noto, si è recentemente riaperto il dibattito penalistico sul significato e sulle conseguenze della "laicità" del nostro attuale sistema.

Di questo dibattito non è possibile in questa sede dar compiuto conto. Ma mi pare di poter concordare con la presa di posizione di chi ha sottolineato³

³ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi Marinucci* a

come, innanzi tutto, la laicità non sia tanto un “principio” del moderno diritto penale, ma ne costituisca invece un “carattere”.

Cosicché il nostro diritto penale, anche per precetto Costituzionale, si conforma tra gli altri, ai canoni della legalità, della materialità-offensività, della responsabilità penale personale, della extrema ratio, dell’uguaglianza e della libertà di manifestazione del pensiero; vere e proprie “impronte” del nostro diritto penale.

Insomma – mi permetto di aggiungere – un diritto penale che rifugge dalla “spiritualizzazione” della responsabilità e dell’oggetto della tutela, che non si “impossessa” totalmente della persona umana pretendendo di orientarne tutti i “momenti” anche i più “intimi” della sua vita.

Scendendo poi al campo della tutela del “fatto religioso”, laicità non mi pare però che equivalga ad espunzione dall’alveo del penalmente tutelabile di quella dimensione fondamentale della personalità umana costituita dall’adesione ad una fede religiosa. Certo in una condizione assoluta di parità tra “fedi” (e – mi verrebbe da aggiungere – anche di “concezioni del mondo” non necessariamente religiose in senso stretto).

Parità desumibile già “a prima lettura” dalle norme costituzionali in materia e che lascia emergere un ulteriore profilo che caratterizza il “modo di vedere” costituzionale del “fatto religioso”: quello della “tolleranza”. Intendo dire che, proprio per garantire il libero e pieno esplicarsi delle plurime confessioni religiose (e delle concezioni laiche aconfessionali) è necessario che il dibattito pur acceso si svolga sempre nel rispetto di ciascuna concezione religiosa (o aconfessionale) come avente una propria dignità in sé. Ciò proprio perché la tentazione di conquistare una sorta di “monopolio delle anime” è tendenza difficilmente coercibile di ciascun “credo”; ma si pone proprio in netta antitesi rispetto al significato costituzionale della libertà di religione⁴.

cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, vol. I, Milano, 2006, p. 142 ss. Su “laicità” e diritto penale la letteratura è sterminata. Oltre agli scritti che saranno citati in seguito, si possono vedere, esemplificativamente, i fondamentali lavori di F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 310 ss.; nonché di G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, I, Milano, 1991, p. 165 ss.; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per Stella*, Napoli, 2007, I, p. 259 ss.; F. PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 47 ss.; e M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.

⁴ Su questi temi v. *amplius* G. FLORA, *Tutela penale delle confessioni acattoliche, libertà di*

Le conseguenze che il principio riflette nell'ambito di cui ci occupiamo attendono essenzialmente alla "foggia" che deve assumere la libertà di critica religiosa che a mio avviso presenta una, sia pur relativa, autonomia rispetto alla più generale libertà di manifestazione del pensiero e che ne costituisce dunque un c.d. "limite interno".

Non mi pare invece – come meglio si dirà più avanti – che esso renda incompatibile una tutela diretta della religione⁵.

3. *La tutela penale della religione nell'attuale sistema penale: dal Codice Rocco alla l. n. 85 del 2006*

Se volessimo cogliere in estrema sintesi i tratti caratterizzanti la tutela della Religione nell'impianto originario del Codice Rocco, se ne potrebbero evidenziare tre: tutela privilegiata della Religione Cattolica assunta a "Religione di Stato" (la sola del resto a vedersi tutelata dalla bestemmia e dal vilipendio come tale); tutela non della libertà religiosa ma del "sentimento" religioso; tutela essenzialmente da manifestazioni di disprezzo ("vilipendio") rivolta al patrimonio di credenze, o direttamente o indirettamente tramite l'incriminazione del dileggio di persone devote o di cose destinate al culto⁶.

Il quadro è rimasto a lungo immutato, per l'atteggiamento "conservatore" sia della giurisprudenza ordinaria sia di quella Costituzionale.

In particolare, la maggior tutela assegnata alla religione cattolica veniva giustificata in base ad un triplice ordine di considerazioni: la religione cattolica è la religione dello Stato e, dunque, la religione della maggioranza; i principi del cattolicesimo appartengono alla tradizione del popolo italiano; l'offesa ai principi del cattolicesimo comporta una maggiore intensità delle reazioni sociali.

Emblematica, in proposito, la sentenza n. 125 del 1957 della Corte Costituzionale la quale, dopo aver rilevato che il sistema approntato dal Codice Roc-

critica e principio di tolleranza religiosa, in *Foro it.*, 1992, c. 705 ss.; nonché, da ultimo, V. MORMANDO, *Religione*, cit., p. 259 ss.

⁵ Così, invece, da ultimo, V. MORMANDO, *Religione*, cit., p. 265, nonché A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, p. 134; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2003, p. 432; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983, p. 283.

⁶ M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche* (II), in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1199.

co, che assume ad oggetto di tutela non più la libertà religiosa, come il Codice Zanardelli, ma “l’idea religiosa in sé e quindi il suo valore sociale”, ha come coerente (e quindi “ragionevole”, ex art. 3 Cost.) conseguenza una più intensa protezione della religione cattolica rispetto agli altri culti. E più avanti aggiunge che gli artt. 7 ed 8 Cost. non stabiliscono una “parità” tra le diverse confessioni religiose, ma ne differenziano la posizione giuridica *«che è sì di eguale libertà (come dice l’art. 8, primo comma), ma non di identità di regolamento dei rapporti con lo Stato»*.

La rilevanza delle affermazioni contenute in questa sentenza è di tutta evidenza: se si “leggono” le norme costituzionali in materia di religione senza vederle (come essa appunto fa) in connessione con il fondamentale principio di laicità, pur esso facilmente desumibile dalla carta costituzionale, diventa davvero difficile cogliere l’estraneità del sistema di tutela congegnato dal Codice Rocco al quadro complessivo dei valori costituzionali.

Orbene, un primo, decisivo passo verso una inversione di rotta è – com’è noto – costituito dal Protocollo Addizionale all’Accordo di modifica del Concordato lateranense, recepito con l. 25 marzo 1985, che, al punto 1, abbandona il principio della religione cattolica come sola religione dello Stato (“Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano”).

Comincia, così, il cammino (per altro non breve), verso una *“progressiva personalizzazione dell’oggetto della tutela, quale effetto dell’affermazione del principio supremo di laicità o non confessionalità dello Stato, che non giustifica più una diversa intensità di tutela in ragione della religione professata, in quanto si verrebbe a pregiudicare la pari dignità della persona”*⁷.

Ne rappresenta una tappa fondamentale una famosa sentenza della Corte Costituzionale⁸ pronunciata in tema di insegnamento della religione nelle

⁷ Corte Cost. sentenza n. 203 del 1989.

⁸ Con la sentenza n. 925 del 1988, la Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 724 c.p. (bestemmia) definisce *«inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose»*. Con questa sentenza si ha, dunque, la prima significativa affermazione del principio supremo della laicità dello Stato – presupposto indefettibile della tutela penale del sentimento religioso – che viene successivamente ribadito anche nella sentenza n. 203 del 1989 resa in tema di insegnamento della religione nelle scuole. Il definitivo congedo dal *«criterio quantitativo»* viene inoltre riaffermato con la successiva sentenza n. 440 del 1995 sulla “bestemmia”. È questa peraltro l’occasione per una “rilettura” dell’oggetto giuridico della tutela della fattispecie in esame, epurata dai riferimenti alla sola fede cattolica, “rivisitato”

scuole, secondo la quale il principio di laicità “implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”.

La stessa Corte Costituzionale, poi, intraprende un’opera di progressiva demolizione dell’impalcatura delle fattispecie codicistiche in tema di religione. Si susseguono, così, una serie di decisioni⁹ con le quali si sgretola la posizione di privilegio della religione cattolica rispetto alle altre, francamente davvero inconciliabile con gli artt. 2, 3, 8 e 19 Cost. Non mi pare, infatti, che si possa seriamente dubitare che una religione meno penalmente tutelata sia, nella realtà, anche meno libera.

Risultato certo importante, ma per così dire, il minimo che ci si potesse aspettare. Per vero rimane la contraddizione tra il senso della tutela penale della religione che anima le suddette sentenze (la religione come fundamenta-

come *offesa al buon costume*.

Nella stessa direzione, si inseriscono poi la decisione n. 334/1996 della Corte Cost., con la quale dichiara l’illegittimità dell’art. 238, 2° co. c.p.c. nella parte in cui, regolando il modo di prestazione del giuramento decisorio, prevedeva che il giurante pronunciasse le parole: «*consapevole della responsabilità che col giuramento assumo davanti a Dio e agli uomini, giuro...*»; la sentenza n. 329 del 1997 con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 404, 1° co. c.p. (*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*), nella parte in cui prevedeva «*la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall’art. 406 del codice penale*» per i medesimi fatti commessi nei confronti di un culto ammesso nello Stato; nonché la sentenza n. 508 del 2000 con la quale la Corte Cost. ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 402 cod. pen. (*Vilipendio della religione dello Stato*), espungendo *in toto* dall’ordinamento la fattispecie *de qua*.

Da ultimo le sentenze n. 327 del 2002 e n. 168 del 2005 hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale – rispettivamente dell’art. 405 cod. pen. (*Turbamento di funzioni religiose del culto cattolico*), nella parte in cui per tali fatti «prevede pene più gravi, anziché le pene diminuite stabilite dall’articolo 406 del codice penale per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti», e dell’art. 403, primo e secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall’art. 406 dello stesso codice. Entrambe le decisioni muovono dalla considerazione delle «*esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose*».

⁹ A. GAMBERINI - G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione, in La legislazione compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006, p. 135 ss.; T. PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 14, p. 28 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche*, cit, p. 1201 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, V, c. 217 ss.

le diritto della persona umana) e la collocazione sistematica delle fattispecie che sottende ancora l'idea del "sentimento religioso" come un *quid* appartenente alla comunità sociale come tale.

Né l'intervento riformatore (vorrei dire il *maquillage*) del 2006 risulta maggiormente soddisfacente¹⁰. Esso, infatti, oltre a ridimensionare drasticamente il carico sanzionatorio dei reati in questione, si è limitato a sottolineare che la condotta di vilipendio deve estrinsecarsi in forme di per sé offensive. Approdo al quale, per vero, si poteva già prima pervenire in base all'ovvia considerazione che non possono rientrare nello schema descrittivo della fattispecie i comportamenti coperti dalla scriminante dell'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero che, almeno a mio parere, trova una specificazione in materia religiosa dove incontra, per altro, un ulteriore temperamento nel canone della tolleranza. Certo al legislatore va ascritto il merito di avere frapposto un definitivo argine ad interpretazioni troppo fedeli allo spirito originario delle norme che, proprio ricorrendo al requisito del "vilipendio", intendevano colpire più l'atteggiamento interiore di irriverenza, ancorché non manifestato con espressioni di per sé contumeliose, che la condotta obiettivamente offensiva¹¹.

Ma, appunto, una volta spostato il baricentro della tutela sulla dimensione spirituale della persona (e cioè, in sostanza, sulla dignità della persona come tale in uno dei suoi più caratterizzanti aspetti) e non più sul sentimento della comunità dei fedeli, che senso ha più incentrare le fattispecie sulle condotte di vilipendio. Il sistema delle incriminazioni in materia non va dunque completamente ripensato?

4. Verso un nuovo sistema di tutela penale del "fatto religioso"

Una volta stabilito che l'attuale complesso delle incriminazioni in materia va ripensato *funditus*, la prima domanda che ci si deve porre è naturalmente quella dell'opportunità/necessità di mantenere nel codice norme a tutela della dimensione religiosa della persona umana.

A mio parere ed in linea con il pensiero della Corte Costituzionale, ribadisco che il principio di laicità non comporta affatto la delegittimazione di una tutela penale "diretta" della religione¹². Non solo il complesso delle norme co-

¹⁰ Per un rilievo sostanzialmente analogo, D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 78.

¹¹ Per il ricorso alle norme penali "comuni", cfr., invece, i già citati lavori di V. MORMANDO, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, G. FIANDACA, E. MUSCO, P. SIRACUSANO.

¹² In tal senso, già M. ROMANO, *Secolarizzazione*, cit., p. 496. E, del resto, perfino il codice

stituzionali afferenti alla libertà di religione ed i richiami al divieto di discriminazioni per motivi religiosi fanno della dimensione religiosa della personalità un “bene di rilevanza costituzionale”, come tale quasi automaticamente tutelabile penalmente. Ma mi sembra anche difficile negare che la dimensione religiosa e – sia chiaro –, più in generale spirituale, dell’uomo faccia parte di quel novero dei diritti inviolabili della persona che la Costituzione impone alla “Repubblica” di tutelare (art. 2 Cost.), se necessario anche con la sanzione penale. Certo, qualora si decida di ricorrere a tal tipo di sanzione occorre formulare le relative fattispecie in conformità a tutti i canoni che – com’è noto – la stessa Costituzione richiede. Su tutti quelli di “offensività” e di “*extrema ratio*”.

Ciò premesso, la prima scelta da fare concerne la “selezione” delle confessioni religiose da tutelare e l’eventuale estensione della tutela anche alle ideologie non confessionali, ma tali da costituire una vera e propria “fede” cui la persona aderisce *toto corde*. Orbene, da questo punto di vista, specie in una società sempre più multiculturale, non ritengo davvero possibile subordinare la tutela ad un previo riconoscimento della “patente” di confessione religiosa da parte dell’ordinamento. L’unico limite non potrà che essere quello della non contrarietà ai principi fondamentali della Carta Costituzionale (sarebbe, per esempio, davvero curioso concedere tutela alle sette sataniche!). Mentre, con lo stesso limite, la tutela, in uno Stato laico, va concessa anche alle ideologie “totalizzanti” (sul modello del codice penale tedesco)¹³. Spetterà al Giudice riconoscere la sussistenza nel caso concreto dei caratteri che, secondo consolidati canoni di giudizio, una “fede” deve possedere per potersi qualificare come “confessione religiosa” o come “*weltanschauung*”.

In secondo luogo, occorre individuare l’oggetto specifico della tutela. A mio parere questo non può che essere duplice: la libertà di professare la propria fede nelle sue manifestazioni caratterizzanti; il complesso e ciascuno dei simboli tipici di un determinato “credo”. Il patrimonio dei dogmi, invece, non potrà che ricevere protezione dalle norme “comuni” sulla tutela della dignità dei singoli o delle comunità cui i singoli appartengono.

Le fattispecie a protezione della libertà di professare la propria fede, andrebbero costruite come fattispecie speciali di “violenza privata”, la quale ul-

penale del 1995 della cattolicissima Spagna, si preoccupa di tutelare non solo i sentimenti religiosi dei singoli, ma anche, più in generale, la libertà di coscienza (la sezione seconda del capitolo quarto, dedica gli articoli da 522 a 525 alla protezione, appunto, anche della «*libertad de conciencia*»).

¹³ Nello stesso senso, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 499.

tima dovrebbe comunque essere arricchita da un'ipotesi a tutela del libero esercizio di tutti i diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Le fattispecie a salvaguardia dei simboli andrebbero modellate, a loro volta, su condotte di offesa "materiale", sul calco della figura del danneggiamento e/o deturpamento (si pensi, ad esempio, al caso di chi imbratti i muri di una moschea o di una chiesa cattolica con scritte offensive del patrimonio religioso islamico o cattolico). La dannosità sociale del comportamento sarebbe, in tali casi, evidente, mettendo a repentaglio la pacifica convivenza in seno alla comunità sociale per il conseguente rischio di innesco di una spirale di pericolose reazioni a catena¹⁴.

Si potrebbe però osservare che tale riflesso sulla pacifica convivenza potrebbe prodursi solo se la confessione religiosa o la "concezione della vita" "presa di mira" conta un numero di adepti sufficientemente consistente. Con il rischio, così, di rinnegare sostanzialmente la nuova prospettiva di tutela che verrebbe risucchiata nel vortice della vecchia: la religione (o la "fede laica") come valore di civiltà considerato di per sé e testimoniato dal grado di adesioni; non come diritto di libertà del singolo. Rischio che potrebbe essere neutralizzato inserendo nelle futuribili fattispecie un requisito espresso di pericolosità della condotta per la "tranquillità sociale"¹⁵, in modo da contemperare la genuina natura dell'oggetto della tutela con la necessaria dannosità sociale che il comportamento deve assumere per meritare la sanzione penale.

A mio modo di vedere, però, si tratta di dubbio che, realisticamente, non ha ragion d'essere. Infatti, se un "culto emergente" o una certa "concezione del mondo" non possiede sufficiente "visibilità sociale" in ragione dello scarso numero dei proseliti, mi sembra oltremodo improbabile che i "concorrenti" nella conquista del "monopolio delle anime" se ne preoccupino a tal punto da trascendere in comportamenti così gravemente (e gratuitamente) denigratori come quelli che propongo vengano incriminati. Ed in ogni caso (di qualcuno ci si deve pur fidare!) sono convinto che i Giudici sapranno offrire delle nuove norme un'interpretazione e pratica applicazione tali da garantire l'adeguata tutela della dimensione spirituale della persona umana, nel contemporaneo rispetto del canone secondo il quale la sanzione penale costituisce l'*extrema ratio*.

¹⁴ Si pone un problema del genere M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., *ibidem*.

¹⁵ Diversa sarà ovviamente la situazione se, pur in esiguo numero, gli aderenti sono così particolarmente attivi da rendersi socialmente ben percepibili, inserendosi così in quella dialettica ideologico-religiosa le cui degenerazioni le norme che ipotizzo sono destinate a colpire.

dott. EMANUELE LA ROSA

Borsista post-dottorato nell'Università di Messina

ATTIVITÀ SANITARIA, NORME PENALI E CONFLITTI DI COSCIENZA

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza ed i suoi riflessi sul giudizio di responsabilità penale. – 3. Il rifiuto di prescrivere la c.d. "pillola del giorno dopo" come omissione tipica ex art. 328 c.p. – 3.1. Segue: il carattere indebito del rifiuto. – 3.2. Segue: applicazione "diretta" dell'art. 9 l. 194/1978? – 3.3. Segue: applicazione "analogica" dell'art. 9 l. 194/1978? – 3.4. Un bilancio *de iure condito* e qualche riflessione *de iure condendo*. – 4. Diritto di rifiutare le cure, direttive anticipate e doveri del medico: quali limiti alla rilevanza esimente dell'obiezione di coscienza? – 5. Una breve conclusione.

1. *Considerazioni preliminari*

L'espressione "obiezione di coscienza" indica – da un punto di vista giuridico – "il rifiuto di una norma da parte di un soggetto che dovrebbe osservarla"¹; con l'indispensabile precisazione che lo stesso "deve trovare la sua causa psicologica in motivi di coscienza"². Solo questi ultimi, infatti, distinguono l'ipotesi in esame da quella che altrimenti sarebbe soltanto una disubbidienza arbitraria³.

Nato come fenomeno marginale, limitato a liberi pensatori e minoranze religiose, l'obiezione di coscienza è andata assumendo sempre più una dimensione e una poliedricità di sfumature difficili da pronosticare fino a qualche decennio addietro. Non vi è, infatti, alcuna esagerazione quando si parla di una vera e propria "esplosione dell'obiezione di coscienza"⁴.

L'importanza e la centralità del tema sembrano destinate a crescere nel momento in cui l'intervento regolativo dell'ordinamento in settori eticamente sensibili non può che determinare il proliferare di situazioni conflittuali tra obbedienza alla legge e rispetto della libertà di comportarsi secondo i dettami

¹ S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, p. 56.

² F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 539.

³ Così, per tutti, già G. CAPOGRASSI, *Obiezione e coscienza*, in *Foro it.*, 1950, II, p. 48.

⁴ R. NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995, p. 9.

della propria coscienza.

Certo, sarebbe auspicabile l'adozione di soluzioni legislative che, nel pieno rispetto del principio di laicità, risultino attente alla sensibilità etica e religiosa della più ampia cerchia di consociati. Tuttavia, anche il più equilibrato dei compromessi – e peraltro non è che se ne scorgano molti nella recente produzione legislativa in queste materie! – non può soddisfare tutte le istanze in gioco e le diverse posizioni etiche. Né ci si potrebbe illudere di eludere il problema attraverso un'astensione del legislatore. Ciò non solo perché il “non intervento” è pur sempre figlio di una certa visione ideologica, e si traduce di fatto in una modalità di regolamentazione, ma anche perché di fronte ad una eventuale “domanda di giustizia” toccherebbe in ogni caso alla magistratura trovare, legittimamente, soluzioni ricavabili dalle norme e dai principi propri dell'ordinamento costituzionale, come la vicenda di Eluana Englaro può testimoniare⁵.

Non v'è dubbio che l'obiezione di coscienza possa assumere il ruolo di potenziale mezzo di risoluzione dei conflitti suscitati, in una società pluralista, dall'intervento penale (latamente inteso) in settori eticamente sensibili⁶. Si tratta, quindi, di un tema che si ricollega al più generale problema del ruolo del diritto – del diritto penale, in particolare, – come strumento di regolamentazione delle relazioni sociali in un ordinamento laico⁷.

⁵ In argomento, S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1567, F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1040, ID., *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, p. 1594 ss.; che sottolineano come non si sia registrato alcuno sconfinamento dei giudici nelle prerogative del Parlamento. Conclusione condivisa anche da Corte Cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334, che ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi di Camera e Senato contro le decisioni dei giudici di merito e di legittimità aventi ad oggetto l'interruzione del trattamento di alimentazione di paziente in stato vegetativo permanente.

⁶ Parla dell'obiezione di coscienza come “tecnica della società pluralista”, alternativa a quella del compromesso, S. RODOTÀ, *Problemi*, cit., pp. 55 e 58.

⁷ Nella vasta letteratura sui rapporti tra pluralismo etico, principio di laicità e diritto penale si segnalano, tra i contributi più recenti, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 139 ss.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, ivi, p. 283 ss.; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 651 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, ivi, 2006, p. 55 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, ivi, 2007, p. 546 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, ivi, 2007, p. 493 ss.; P. SIRACUSANO, *Commento sub art. 403 c.p.*, in *Codice penale ipertattuale*, a cura di S. ARDIZZONE, M. RONCO, Torino, 2007, p. 1763 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità nel diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, Napoli, 2007, p. 163 ss.; S. CANESTRARI - L. COR-

Il settore in cui medici ed altri operatori sanitari in genere si trovano a svolgere la loro attività è più di altri esposto al manifestarsi di questi conflitti. Ciò per una serie di ragioni. Si pensi, innanzitutto, alla particolare rilevanza costituzionale dei beni giuridici coinvolti: non solo la vita o la dignità umana, ma anche la libertà personale e, ovviamente, la salute. A questo si aggiunga come l'attività medico-sanitaria – incidendo sui momenti fondamentali dell'inizio e della fine dell'esistenza umana (con tutto quel che ne consegue sul piano del dibattito scientifico ed etico) – finisce col diventare un importante banco di prova del pluralismo che contraddistingue il nostro ordinamento costituzionale. Non è un caso, quindi, che le principali ipotesi di obiezione di coscienza espressamente riconosciute nella legislazione ordinaria riguardino soggetti che svolgono un'attività sanitaria⁸.

Oggetto del presente contributo è l'esame dei riflessi penalistici di alcune ipotesi di conflitto di coscienza riguardanti l'attività medico-sanitaria, non disciplinate dall'ordinamento, eppure già venute all'attenzione della prassi. Preliminarmente, si delinearanno – sia pure per sommi capi – le coordinate generali della rilevanza penale dell'obiezione di coscienza, alla luce dei principi generali del nostro sistema giuridico-penale.

2. *Il fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza ed i suoi riflessi sul giudizio di responsabilità penale*

Che la libertà di coscienza – di cui il diritto di obiezione è una forma di manifestazione – trovi fondamento nella nostra Costituzione, sia pure in forma implicita, è un assunto sul quale si registra ormai una sostanziale convergenza di opinioni. Qualche diversità di vedute permane semmai in ordine all'individuazione della norma costituzionale di riferimento, identificata, di volta in volta, negli artt. 19, 21, 2, o, ancora, nell'art. 9 CEDU per il tramite dell'art. 10 Cost.

Dal riconoscimento della copertura costituzionale dell'obiezione di coscienza, come manifestazione del relativo diritto di libertà, non possono non derivare conseguenze sul piano della qualificazione penalistica della condotta

NACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto Penale*, Bologna, 2008, p. 225 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, *passim*.

⁸ Il riferimento è all'art. 12 l. 194/78, in materia di interruzione volontaria della gravidanza, e all'art. 16 l. 40/04, nell'ambito della legislazione sulla procreazione medicalmente assistita.

posta in essere da chi agisce in ossequio ai dettami della propria sfera interiore. La categoria dogmatica alla cui stregua occorre valutare questi comportamenti è, infatti, quella dell'antigiuridicità, ed in particolare la scriminante dell'esercizio di un diritto.

In ciò ci si discosta dall'indirizzo prevalente nella dottrina tedesca, che pure è quella che più di ogni altra si è interrogata sul problema della qualificazione giuridica della c.d. *Gewissenstat* (fatto di coscienza), *genus* più ampio, del quale il fatto commesso dall'obietto di coscienza rappresenta un'ipotesi speciale. Il dibattito sviluppatosi oltralpe – stimolato anche da una nota, ed ormai risalente pronuncia del Tribunale Costituzionale⁹ – sembra approdato, non senza una certa varietà di accenti nelle ricostruzioni proposte, alla individuazione di una possibile esclusione della responsabilità penale sul piano della colpevolezza, in particolare sotto il profilo della non esigibilità, da parte dell'ordinamento, di una condotta diversa da quella imposta da un invincibile convincimento interiore¹⁰.

Si tratta di una soluzione per alcuni versi sorprendente sol che si consideri come – a differenza della nostra – la Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, al suo art. 4, oltre a tutelare espressamente la libertà di coscienza, riconosce espressamente il diritto all'obiezione, sia pure facendo riferimento esplicito unicamente all'ipotesi classica del rifiuto di prestare il servizio militare obbligatorio¹¹.

Ma, a prescindere da questa osservazione, è l'intero approccio al tema a non apparire del tutto convincente. Ciò non solo per le difficoltà connesse ad un riconoscimento dell'inesigibilità come scusante generale e *praeter* legale, ma anche perché, muovendo dalla premessa che la libertà di coscienza rap-

⁹ BVerfG, Beschl. 19 ottobre 1971, *Jur. Zeit.*, 1972, 83. Per alcuni riferimenti alla vicenda esaminata da questa decisione, si veda, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it.*, 1983, II, p. 27.

¹⁰ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a E. LA ROSA, "Uso" ed "abuso" del simbolo religioso: profili di responsabilità penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 750 ss.. Nella dottrina italiana, ritiene che andrebbero affrontate sul piano della colpevolezza – sia pure in prospettiva *de iure condendo* – le ipotesi di conflitto di doveri in cui il soggetto decida di adempiere una norma oggettivamente soccombente, tale essendo – a giudizio dell'Autore – la norma morale su cui si fonda l'obiezione di coscienza, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 469.

¹¹ Nega l'esistenza di un qualche collegamento tra il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza ed una possibile configurabilità dell'obiezione come causa di giustificazione, ancora di recente, W. FRISCH, *Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht*, in *GA*, 2006, p. 279.

presenta un diritto costituzionalmente garantito, ci si accorge che la logica sottesa al riconoscimento di eventuali margini di impunità per colui che agisce per ragioni di coscienza, non è quella dell'inesigibilità di una condotta diversa, bensì quella del bilanciamento tra opposti interessi, cioè la *ratio* che è alla base, non delle scusanti, bensì delle cause di giustificazione¹².

Una volta riconosciuto rango costituzionale alla libertà di coscienza, pure l'obiezione – che di quella costituisce una delle espressioni più significative – perde ogni carattere di eccezionalità; ne consegue che, anche in assenza di una *interpositio legislatoris*, il legittimo esercizio del diritto all'obiezione non potrà essere negato¹³.

Non deve trarre in inganno, a questo proposito, la qualificazione in termini di “conflitto di doveri improprio”¹⁴ dell'ipotesi di cui qui si discute. Tale formula si limita ad indicare che sul caso concreto insistono due regole di condotta, delle quali una si ricava dall'ordinamento giuridico, mentre l'altra affonda le proprie radici nei convincimenti etici ed ideali dell'individuo. Ciò non toglie che il conflitto in oggetto, veicolato attraverso l'art. 51 c.p., è tra la norma penale e quelle (di rango costituzionale) che garantiscono la libertà di

¹² Così, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 303; ID., *Sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Milano, 2006, p. 536 ss.; in senso conforme, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, p. 92; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, p. 236.

Sulla distinzione tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, fondamentale rimane M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.

¹³ G. DELLA TORRE, *Obiezione di coscienza e ordinamento sanitario*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, a cura di B. PERRONE, Milano, 1992, p. 301; ID., *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in AA.VV., *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, a cura di R. BOTTA, Milano, 1991, p. 32 ss. Secondo l'Autore la presenza di leggi disciplinanti specifiche ipotesi di obiezione avrebbe solo il valore di “mera modalità di regolamentazione del diritto”.

Per la posizione secondo la quale, invece, la dimensione costituzionale della libertà di coscienza non abbraccerebbe le “attività esteriori dell'uomo” (e quindi la condotta attiva od omissiva dell'obiettore), G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 1681. Sennonché un tale assunto se appare condivisibile rispetto a condotte commissive, lo è assai meno in relazione a quelle omissive. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia ancora consentito il rinvio a E. LA ROSA, “Uso” ed “abuso”, cit., p. 756 ss.

¹⁴ In argomento A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, pp. 10 e 63; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 480.

coscienza¹⁵; con la precisazione che – come si avrà modo di chiarire – la risoluzione del rapporto antinomico andrà fatta non tra le disposizioni astratte, bensì con riferimento alla situazione concreta, secondo il modello del bilanciamento tra interessi contrapposti¹⁶.

Non del tutto convincente appare, invece, l'opinione – pure autorevolmente sostenuta¹⁷ – che, muovendo dalla genericità del contenuto e dei confini del diritto in questione, arriva alla conclusione che solo il legislatore sarebbe legittimato ad individuare le modalità del suo concreto esercizio¹⁸. In realtà, uno Stato autenticamente liberale non dovrebbe “avere paura” delle scelte di libertà dei propri cittadini, né sopravvalutare i rischi di disgregazione che una massiccia pratica dell'obiezione potrebbe comportare: “il diritto a disobbedire alla legge non è un diritto staccato e aggiuntivo, rispetto agli altri diritti verso lo Stato. È semplicemente una caratteristica di tutti i diritti morali verso lo Stato e non può essere teoricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti”¹⁹.

In discussione, pertanto, non è l'*an* della particolare considerazione da riservare all'obiettore, quanto piuttosto il *quomodo*: se attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente ovvero meramente attenuante della responsabilità penale²⁰.

Il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza e, conseguente-

¹⁵ Per una ricostruzione della scriminante dell'esercizio di un diritto secondo lo schema delle “antinomie” tra norma incriminatrice e altre norme dell'ordinamento, F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 627 ss.

¹⁶ Così, per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, p. 542.

¹⁷ F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 543. Su posizioni analoghe, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., p. 92, nonché, di recente, C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2008, p. 71.

¹⁸ In buona sostanza, pur ammettendosi, in linea teorica, l'esistenza di un vero e proprio diritto all'obiezione, si ritiene impossibile individuarne limiti e concrete modalità di esercizio, laddove manchi una disciplina positiva che li determini in relazione ad ogni particolare manifestazione del fenomeno.

¹⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 1982, p. 135.

²⁰ Va detto, comunque, che la giurisprudenza si è mostrata per lo più sensibile alle emergenti istanze della coscienza individuale, “non arrestandosi ai dati legislativi formali, ma cercando di ricavare dai principi fondamentali e dalle linee ispiratrici dell'ordinamento giuridico ambiti e spazi per un loro riconoscimento o, per lo meno, per una attenuazione delle ripercussioni sfavorevoli ad esse conseguenti”. Così, P. MONETA, *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.

mente, del diritto all'obiezione non esauriscono, però, il discorso circa il suo effetto scriminante ex art. 51 c.p., dovendo esso sottostare, al pari di *ogni* altro diritto – anche quelli costituzionalmente garantiti – a limiti interni ed esterni²¹. Nel caso di specie, stante la particolare fonte da cui il diritto promana, questi ultimi andranno di volta in volta individuati attraverso un delicato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti e oggetto di tutela della norma incriminatrice.

Si tratta di un'operazione niente affatto semplice, ma che risulta ulteriormente complicata quando ci si trova – come nel caso in esame – di fronte ad obblighi penalmente sanzionati che incombono su soggetti investiti di una pubblica funzione.

Ora, contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina, non pare esservi alcuna incompatibilità di tipo ontologico tra titolarità di una pubblica funzione ed esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. Ne rappresenta un'inequivoca conferma la stessa disciplina contenuta nell'art. 9 della l. 194/1978, che espressamente riconosce una simile facoltà ad operatori sanitari, certamente titolari della qualifica di pubblico ufficiale o, quanto meno, di incaricato di un pubblico servizio.

La particolarità di questa ipotesi va semmai colta sotto il profilo delle maggiori difficoltà in cui ci si imbatte quando occorre operare il bilanciamento degli interessi. In una tale operazione vengono spesso in rilievo problemi attinenti alla stessa organizzazione degli uffici e alla distribuzione del lavoro al loro interno. Problemi la cui soluzione non può essere affidata al giudice, ma necessita di una apposita disciplina positiva, di competenza del Parlamento, stante l'incidenza dell'obiezione su diritti fondamentali (in questo caso la salute, in altri potrebbe essere l'amministrazione della giustizia)²².

²¹ Su questo tema, tra gli altri, A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p.*, cit., *passim*; F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, cit., p. 536 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2007, pp. 265-66; A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 225 ss.

²² Tra gli altri, S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 523 ss.; V. ONIDA, *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, cit., p. 365 ss.; G. DELLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 52. Con specifico riferimento al tema qui trattato, G. DI COSIMO, *I farmacisti e la "pillola del giorno dopo"*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 143

3. Il rifiuto di prescrivere la c.d. “pillola del giorno dopo” ome omissione tipica ex art. 328 c.p.

Uno dei casi rispetto ai quali il problema dell’obiezione di coscienza in ambito sanitario è venuto in rilievo, anche sotto il profilo dei suoi possibili riflessi penalistici, è legato alla prescrizione ed alla vendita della c.d. “pillola del giorno dopo”²³. Il tema – già venuto all’attenzione della dottrina e dell’opinione pubblica, soprattutto in occasione dell’autorizzazione alla messa in commercio del farmaco in questione²⁴ – è ritornato di attualità nei mesi scorsi, oltre che per i ripetuti interventi delle gerarchie cattoliche²⁵, a seguito della segnalazione, in varie città (tra le altre, Pisa, Genova e Roma) di numerosi casi di diniego della prescrizione, che hanno attirato l’attenzione non solo degli organi di informazione, bensì anche della magistratura²⁶.

La questione merita di essere esaminata analiticamente, sia per le crescenti dimensioni del fenomeno ad essa sotteso, sia perché offre l’occasione per trarre indicazioni più generali in merito all’oggetto di questo contributo.

²³ Decisamente meno problematico si presenta il caso della somministrazione della pillola RU486. La sua natura inequivocabilmente abortiva e la scelta di limitarne l’uso alle sole strutture ospedaliere rendono pacifico l’assoggettamento alla normativa in materia di interruzione volontaria della gravidanza, compresa la disciplina dell’obiezione di coscienza. In argomento, da ultimo, V. TURCHI, *L’obiezione di coscienza nell’ambito della bioetica*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1441.

²⁴ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142 ss.; G. BONI, *Il dibattito sull’inmissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull’obiezione di coscienza*, in *Dir. fam. per.*, 2001, p. 677; N. GIMELLI, *L’obiezione di coscienza dei farmacisti: cosa ne pensa la CEDU? Il caso Pichon e altri c. Francia. Il dibattito dottrinale italiano sulla c.d. “pillola del giorno dopo”*, in *Dir. eccl.*, 2004, p. 740; M. CASINI - A. SPAGNOLO, *Aspetti giuridici, deontologici ed etici della prescrizione medica degli estroprogestinici a scopo contraccettivo*, in *Medicina e morale*, 2002, p. 429. Per una più generale disamina della problematica, si veda J. CANTOR - K. BAUM, *The limits of Conscientious Objection – May Pharmacist Refuse to Fill Prescription for Emergency Contraception?*, in *New England Journal of Medicine*, 2004, p. 2008.

²⁵ Si pensi al recente discorso tenuto, nell’ottobre 2007, da Benedetto XVI davanti ai partecipanti al XXV Congresso della Federazione internazionale dei farmacisti cattolici, nel quale li si esortava esplicitamente all’obiezione, “un diritto che deve essere riconosciuto alla vostra professione permettendovi di non collaborare direttamente o indirettamente alla fornitura di prodotti che hanno per scopo scelte chiaramente immorali, come per esempio l’aborto e l’eutanasia”.

²⁶ Per una ricostruzione delle vicende verificatesi a Pisa e del dibattito da esse suscitato in sede locale (e non solo), si veda S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza. Una cronaca del “caso Pisa”*, in *Bioetica*, 2/2008, p. 255 ss.

I medicinali a base di *levonorgestrel* sono, come noto, contraccettivi “d’emergenza” o ad effetto post-coitale – e, quindi, tardivo – che, per poter agire efficacemente, devono essere assunti subito dopo la consumazione di un rapporto sessuale non protetto e, comunque, non oltre le 72 ore.

Il possibile conflitto di coscienza, in capo al medico o al farmacista, nasce dal fatto che non sono del tutto noti – almeno in dettaglio – i meccanismi di azione del farmaco²⁷; una controversia acuita dalla constatazione che il “piano delle valutazioni scientifiche si confonde con quello delle valutazioni ideali (etiche, filosofiche, religiose, etc...) relative alla definizione del momento in cui comincia la vita”²⁸. Gli studi medici, in particolare, pur concordi nel riconoscere che gli effetti si producono in una fase che precede l’annidamento dell’ovulo fecondato nell’utero materno, non escludono che questi intervengano dopo l’avvenuta fecondazione²⁹, determinando la distruzione di quello che viene già ritenuto, a tutti gli effetti, un embrione umano. Sicché il ricorso al farmaco viene giudicato eticamente inaccettabile da quanti propugnano una tutela incondizionata della vita umana fin dal suo inizio: momento che viene identificato con il concepimento (cioè la fusione cellulare tra gameti maschile e femminile)³⁰.

Né pare potersi liquidare la questione sulla base della sola, semplicistica considerazione secondo cui il nostro ordinamento non qualifica il farmaco in oggetto tra gli abortivi, bensì tra gli anticoncezionali, sia pure *sui generis*³¹. Vero che il TAR del Lazio, nel confermare la legittimità del provvedimento

²⁷ Sul punto, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, P.G. MACRÌ, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista medico e deontologico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, a cura di P. FUNGHI - F. GIUNTA, Pisa, 2005, p. 65 ss.

²⁸ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142.

²⁹ Va segnalato, peraltro, un recente studio, condotto dal prestigioso *Karolinska Institutet* di Stoccolma, che ridimensiona fortemente le preoccupazioni circa la possibile azione “abortiva” del farmaco in oggetto. Il riferimento è a P.G.L. LALITKUMAR - S. LALITKUMAR - C.X. MENG - A. STAVREUS-EVERS - F. HAMBILIKI - U. BENTIN-LEY - K. GEMZELL-DANIELSSON, *Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model*, in *Human Reproduction*, 2007, p. 3031ss. È evidente che se le conclusioni cui tale lavoro perviene trovassero un consenso generalizzato nella comunità scientifica, ne dovrebbe derivare un superamento delle perplessità di ordine etico legate all’uso del *levonorgestrel*, con la conseguenza che la rilevanza penale del rifiuto di prescriberlo (o di venderlo) diventerebbe, a quel punto, pacifica.

³⁰ Su questi profili, cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootite: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 ss.

³¹ Così, invece, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, p. 216.

ministeriale che ne ha autorizzato la commercializzazione in Italia, postula la natura “non abortiva del farmaco” per escludere ogni contrasto con il dettato della legge 194/1978³²; tuttavia non va dimenticato che il problema dell’obiezione di coscienza nasce proprio – come già accennato – dal conflitto tra una profonda convinzione ed un assetto giuridico positivo che si ritiene non conforme ad essa. Così, per esempio, se, in ipotesi, si dovesse addivenire all’espresso riconoscimento normativo del principio di “piena disponibilità della vita umana”, non potrebbe, per ciò solo, giudicarsi illegittima una obiezione fondata sull’intimo convincimento dell’indisponibilità della stessa. Si potrà, semmai, discutere dei limiti di liceità dell’esercizio del diritto ad uniformare i propri comportamenti secondo i dettami del foro interno; ma ciò non può tradursi in una inaccettabile confusione tra il piano del riconoscimento del diritto e quello dell’individuazione dei limiti alla sua pratica attuazione.

Si tratta, allora, di capire se la condotta del medico acquisti una rilevanza penale o se quest’ultima non debba essere, a qualche titolo, esclusa.

La fattispecie incriminatrice che viene in rilievo è quella di *Rifiuto di atti d’ufficio*, ex art. 328, comma 1, c.p., presentando l’atto rifiutato i caratteri dell’*urgenza* e dell’essere dato *per ragioni di sanità*. Quest’ultima, del resto, è da intendersi in senso lato, come sinonimo di salute, cioè non solo come assenza di malattia o mera sopravvivenza, ma anche come benessere psico-fisico globale della persona³³. In tale concetto rientra, quindi, il disagio psichico in cui può trovarsi chi (donna o coppia) non possa o non voglia correre il rischio di una gravidanza indesiderata³⁴.

Il problema che si pone al giurista – ed al penalista in particolare – è quello di valutare quale incidenza possa avere, ai fini della responsabilità penale, la circostanza che il fatto sia stato commesso per motivazioni saldamente radicate nel “foro interno” dell’agente.

In realtà, oggetto di discussione è la stessa “tipicità” della condotta omissiva del medico³⁵. Infatti, vi è chi contesta il carattere “doveroso” della prescri-

³² TAR Lazio, Sezione I bis, Sentenza 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2981, con nota di G. CASSANO - F. PATRONO, *Contraccezione d'emergenza e "pillola del giorno dopo"*. *Sui dilemmi di una discutibile decisione*.

³³ Cass. pen., sez. VI, 18 aprile 1997, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 137. *Contra*, nel senso di una lettura restrittiva del concetto di “sanità”, tra gli altri, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2001, p. 709.

³⁴ S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza*, cit., p. 269.

³⁵ Così, per esempio, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 142.

zione del farmaco in oggetto e, conseguentemente, la riconducibilità del rifiuto entro lo spettro applicativo della citata norma incriminatrice. Ciò in forza dell'assunto secondo cui non sussisterebbe in capo al medico alcun obbligo di prescrivere farmaci sulla base della mera richiesta del paziente, operando su questo terreno il principio della libertà delle scelte terapeutiche³⁶; vieppiù se si considera che il *levonorgestrel* non è un farmaco "da banco", ma può essere venduto solo dietro presentazione di ricetta medica³⁷.

Tali considerazioni non valgono certamente nel caso – come quello verificatosi a Pisa – in cui venga affisso sulla porta del presidio sanitario un cartello con la chiara dicitura "*Non si prescrive la pillola del giorno dopo. Entro 72 ore rivolgersi al medico curante privato, pronto soccorso, ginecologia, consultorio*". In questa ipotesi, l'integrazione della condotta omissiva pare fuori discussione, senza che possa in alcun modo invocarsi l'esercizio, da parte del medico, della sua discrezionalità tecnica. L'aprioristico diniego ad effettuare la prestazione rappresenta una classica ipotesi di "rinuncia preventiva alla valutazione degli interessi in gioco che contraddice gli scopi per cui è concesso il potere discrezionale"³⁸, come tale suscettibile di essere sindacata in sede penale, quale violazione dei doveri inerenti lo svolgimento della funzione pubblica. Si è del resto osservato come la rilevanza penale ex art. 328 c.p. non possa essere esclusa ogniqualevolta il rifiuto o l'omissione abbiano ad oggetto "l'esame della situazione di fatto corrispondente a quella tipica prevista da una norma, esame che la p.a. sia tenuta ad effettuare per decidere se compiere o meno l'atto"³⁹. Principio, questo, che opera pienamente anche in relazione alla c.d. "discrezionalità tecnica", dal momento che essa investe semmai le concrete

³⁶ Ricavabile dall'art. 33 Cost e dagli artt. 3, 4 e 13 del *Codice di deontologia medica* del 2006.

³⁷ Così, per esempio, F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza. Medico non esecutore di richieste*, in *Avvenire*, 3 aprile 2008, che richiama anche il *Codice di deontologia medica* (2006), il cui art. 13 prevede, tra le altre cose che "*In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili*". Questa impostazione non pare, però, sfuggire ad una certa confusione tra il piano delle valutazioni "mediche" e quello delle valutazioni più propriamente etiche.

³⁸ Sul punto, per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Bologna, 2007, 229.

³⁹ Così, per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 332. *Contra*, tra gli altri, C. BENUSSI, *I delitti*, cit., p. 715, secondo il quale l'applicabilità dell'art. 328 c.p. sarebbe da escludere quanto meno nei casi in cui la discrezionalità investa l'*an* o il *quando* del provvedimento.

modalità dell'intervento del p.u., non certo la possibilità di non farsi carico della valutazione della situazione di fatto. Nel caso di specie, inoltre, il "rifiuto preconetto" della prescrizione del farmaco configura anche una violazione dell'*Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale*, il cui art. 67 impone al "medico di continuità assistenziale" di assicurare "le prestazioni sanitarie non differibili ai cittadini residenti nell'ambito territoriale afferente alla sede di servizio"⁴⁰.

Anche al di là di questa ipotesi, per certi versi "estrema", occorre intendersi: un conto è dire che la prescrizione deve essere adeguatamente motivata sotto il profilo terapeutico – affermazione sulla quale non si può non convenire –; altro è riconoscere al medico la possibilità di rifiutarla non per ragioni strettamente mediche, bensì sulla base di considerazioni etiche o religiose. Il precedente giurisprudenziale⁴¹ che è stato talvolta richiamato in proposito non contiene affatto indicazioni in tal senso, limitandosi a fissare alcuni principi generali sui presupposti per il rilascio della ricetta medica⁴².

Lo stesso principio di "libertà terapeutica" non opera incondizionatamente; trovando questa il suo concreto fondamento nell'esigenza di assicurare il pieno rispetto dell'interesse del paziente, la salute (da intendere in senso lato) di quest'ultimo rappresenta un argine alla sua operatività⁴³.

Ciò senza considerare come, nel caso di specie, un preciso obbligo pare potersi ricavare, oltre che dalla particolare natura del farmaco, soprattutto dal-

⁴⁰ S. BARTOLOMMEI, *Pillole e coscienza*, cit., p. 272.

⁴¹ Il riferimento è a Trib. Roma, 25 giugno 1997, Anna, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 318, con nota di A. FIORI - G. LA MONACA, *Le regole doverose di condotta nel rilascio della ricetta medica*. La decisione in questione ammette sì la possibilità di rifiutare legittimamente il rilascio della prescrizione se la richiesta del paziente "è caratterizzata dalla assoluta impossibilità per il medico di entrare in possesso di una qualche conoscenza anamnestica delle condizioni del soggetto", ma ciò al solo fine di valutare la sussistenza di "pacifiche ragioni mediche di carattere oggettivo" che rendano preferibile la non assunzione del farmaco; il che è cosa ben diversa dal legittimare un diniego fondato esclusivamente su ragioni ideologiche. Semmai può registrarsi una certa discrasia tra il principio di diritto affermato dai giudici e la soluzione adottata nel caso concreto.

⁴² In dottrina ci si è, peraltro, spinti ancora oltre, sottolineando come la disposizione in oggetto fa riferimento ad una doverosità dell'atto la cui fonte andrebbe individuata nella "oggettiva situazione di pericolo concreto" determinata per ragioni di sanità. Così A. SPENA, *Sub art. 328*, in *Codice penale ipertestuale*, cit., p. 1553.

⁴³ Sul punto, sia pure in relazione a profili diversi rispetto a quelli qui considerati, cfr. F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 668 e P. PIRAS, *Prescrizione di farmaci off-label e responsabilità penale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 430.

l'art. 1 della l. 405/1975, istitutiva dei consultori familiari, che ne individua, tra gli scopi, quello della “*somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti*”⁴⁴.

Concludendo sul punto, la libertà assicurata al medico non può tradursi nel rifiuto della prescrizione, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge per l'erogazione della prestazione; a meno che non si manifesti un concreto pericolo per la salute della donna. La circostanza in forza della quale il farmaco sia regolarmente commercializzato e sia idoneo, nel caso di specie, a risolvere o alleviare le problematiche cliniche del paziente (tra le quali rientrano quelle che attengono alla sfera sessuale e della libertà procreativa), fa sì che si configuri un vero e proprio diritto soggettivo alla prescrizione⁴⁵.

Si possono semmai nutrire perplessità sulla scelta di inserire il farmaco tra quelli per i quali è indispensabile la prescrizione medica, dal momento che la sua intrinseca natura di “trattamento urgente”, rende estremamente difficile (quando non addirittura impossibile) effettuare approfonditi accertamenti diagnostici volti ad evidenziare eventuali controindicazioni alla somministrazione in particolari pazienti. Meglio sarebbe stato forse includere il *levonorgestrel* tra i c.d. “farmaci da banco”, dato anche che la letteratura scientifica sembra evidenziare rischi di effetti collaterali estremamente ridotti. Ad ogni modo, stante la diversa soluzione accolta dal legislatore, si deve escludere che il medico sia tenuto a prescrivere il farmaco *soltanto* all'esito di una accurata indagine clinica; diversamente ragionando la prescrizione sarebbe di fatto preclusa.

Le medesime cadenze argomentative fin qui illustrate possono, *mutatis mutandis*, trovare applicazione anche in relazione al caso – per molti versi contiguo – del rifiuto di vendita da parte del farmacista. Ciò con alcune importanti precisazioni.

Nessun dubbio sorge in questa ipotesi circa il carattere doveroso dell'attività omessa; ciò deriva direttamente dall'art 38, comma 1, r.d. 30 settembre 1938, n. 1076, in forza del quale, “*i farmacisti non possono rifiutarsi di vendere le specialità medicinali di cui siano provvisti e di spedire ricette firmate da un medico per medicinali esistenti nella farmacia*”. La normativa non lascia, quin-

⁴⁴ In argomento, M. VENTURA, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista giuridico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 77.

⁴⁵ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 216.

di, alcuno spazio alla discrezionalità dell'operatore sanitario, né sotto il profilo amministrativo, né sotto quello tecnico.

Tale assunto ha trovato conferma, seppur *a contrario*, in alcune pronunce giurisprudenziali che hanno sì escluso l'integrazione degli estremi del delitto di cui all'art. 328, comma 1, c.p., nella "condotta del farmacista che rifiuti di somministrare un medicinale – soggetto, in forza di comando legislativo extrapenale, a prescrizione medica", ma solo perché l'utente che ne aveva fatto richiesta era privo della relativa ricetta⁴⁶; dal che si deduce come il rifiuto risulti penalmente rilevante laddove sia presente una prescrizione medica.

Una conclusione che sembra trovare ulteriore conferma nel riconoscimento della possibilità di procedere alla vendita del farmaco in assenza di "valida ricetta medica", sia pure con le modalità e nei limiti previsti dal D. M. Salute 31 marzo 2008, attuativo dell'art. 88, comma 2-*bis*, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, come modificato dal decreto legislativo 29 dicembre 2007, n. 274. Se, infatti, di fronte ad una situazione obiettiva di urgenza il legislatore consente la deroga dell'obbligo della prescrizione per la vendita di medicinali per i quali è richiesta, non si vede come, di fronte ad un'analogo situazione di urgenza, il farmacista possa sottrarsi all'obbligo di vendita del farmaco.

Sul tema è intervenuta anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, pronunciandosi su una vicenda avvenuta in Francia, ha escluso che le convinzioni personali religiose del farmacista possano giustificare un suo rifiuto di vendere farmaci dietro prescrizione. Ed invero, secondo la Corte, l'art. 9 CEDU stabilisce di manifestare i propri convincimenti al di fuori della sfera professionale, pena un'indebita imposizione ad altri del proprio credo religioso⁴⁷. Se, da un lato, la pronuncia desta qualche perplessità laddove sembra aprioristicamente escludere la possibilità di esercizio dell'obiezione da parte di titolari di pubbliche funzioni in assenza di una *interpositio legislatoris*, dall'altro, è pienamente condivisibile nel momento in cui pone l'accento sulla necessità di non determinare interruzioni nell'erogazione dei servizi pubblici.

3.1. Segue: *il carattere "indebito" del rifiuto*

Sempre sul terreno del fatto tipico – sia pure sul piano della delicata inter-

⁴⁶ Trib. Rieti, 11 ottobre 1994, Sartorelli, in *Foro it.*, 1995, II, p. 182.

⁴⁷ CEDU, 2 ottobre 2001, Pichon e Sajous vs. Repubblica francese, in *Dir. eccl.*, 2004, II, p. 351 ss.

sezione tra tipicità ed antigiuridicità⁴⁸ – un'esclusione della rilevanza penale delle condotte omissive in oggetto potrebbe ottenersi attraverso la valorizzazione della clausola di illiceità espressa inserita nella struttura dell'art. 328, comma 1, c.p., in forza della quale il rifiuto dell'atto assume rilievo penale solo se “*indebitamente*”.

La dottrina penalistica appare, invero, alquanto divisa sul significato e sulla portata che tale elemento assume nel contesto della fattispecie qui considerata.

Per alcuni Autori l'avverbio “*indebitamente*” sarebbe del tutto superfluo, limitandosi ad esplicitare il connotato dell'antigiuridicità, richiesto tacitamente da ogni norma incriminatrice⁴⁹ ovvero – secondo altri – quello di illiceità speciale già ricavabile dall'assetto complessivo della fattispecie⁵⁰. In realtà, chi aderisce a quest'ultimo orientamento non perviene a conclusioni concrete dissimili da quelle di quanti fanno derivare la connotazione di illiceità dall'indice formale esplicitante presente nella descrizione della fattispecie; sicché risulta di secondaria importanza determinare quale, tra queste due impostazioni, sia da considerare la più corretta.

Una volta riconosciuta la natura di fattispecie ad illiceità speciale, il vero problema è semmai quello di individuare quali siano gli specifici doveri gravanti sul pubblico ufficiale o sull'incaricato di pubblico servizio, alla cui violazione è subordinata la “tipicità” del rifiuto. Sul punto si registra, infatti, una non trascurabile divaricazione di posizioni.

Un primo orientamento scioglie il significato della formula normativa nel latissimo concetto di “*assenza di giustificato motivo*”, sì da includervi tutte le ipotesi in cui il compimento dell'atto sia da considerare eccessivamente difficile o complicato o comunque inesigibile⁵¹. Inteso in questa più ampia acce-

⁴⁸ Su questi profili, di recente, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 102 ss.

⁴⁹ C. BENUSSI, *I delitti*, cit., p. 716, come pure A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551, secondo cui “il rifiuto del pubblico agente o è indebito o non è affatto un rifiuto penalmente rilevante”. Nello stesso senso, già D. PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 85.

⁵⁰ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 341

⁵¹ A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1995, p. 19; nello stesso senso, con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 328 c.p., già A. CADOPPI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 16 ss. Una siffatta proposta ermeneutica rappresenta, in effetti, il naturale sbocco di una corrente di pensiero che, mossa dall'intento di attribuire un autonomo significato all'avverbio *indebitamente*, ha ritenuto che esso esprimesse l'antidoverosità della condotta alla stregua di norme sociali o di costume (P. CAPOBIANCO, *Aspetti penalistici dell'omissione di lezioni da parte del docente*

zione, il “giustificato motivo” finisce col prescindere dal riferimento ad una qualsivoglia fonte qualificata per ricomprendere ogni seria (e non pretestuosa) giustificazione del pubblico agente⁵².

Aderendo a questa più estensiva ricostruzione del contenuto semantico della clausola di illiceità, si potrebbe giungere a considerare non indebito il rifiuto opposto dal medico per ragioni di ordine etico o religioso, anche attraverso il riferimento alla c.d. “clausola di coscienza” prevista dall’art. 22 del *Codice deontologico* del 2006⁵³.

Una impostazione di tal fatta presenta, forse, il pregio di attribuire un più incisivo ruolo ad un elemento della fattispecie che rischia altrimenti di apparire superfluo, oltre che di soddisfare in qualche modo l’esigenza di una “considerazione equitativa delle circostanze del caso concreto”⁵⁴. Non mancano pronunce giurisprudenziali che si muovono lungo la direzione appena tracciata⁵⁵; pare, però, preferibile una lettura più restrittiva che, qualificando come “non indebito” il solo rifiuto che trova giustificazione in “leggi e disposizioni amministrative che regolano competenze e forme” dell’ufficio o servizio, non solo meglio corrisponde ad esigenze di precisione e tassatività della fattispecie, ma si presenta anche più coerente con la dimensione pubblicistica degli interessi in gioco e con la particolare qualità soggettiva dei destinatari della norma incriminatrice⁵⁶.

universitario, in *Giur. mer.*, 1971, p. 400), comunque prescindenti dal rigoroso riferimento alla normativa extrapenale in materia (L. CONCAS, *Inottemperanza al giudicato amministrativo e omissione di atti d’ufficio*, in *Riv. amm.*, 1981, p. 15); ovvero la necessità di valutare la condotta omissiva alla stregua di un parametro di adeguatezza sociale che escludesse la rilevanza penale in caso non solo di impossibilità ma anche di semplice difficoltà di compimento dell’azione richiesta (A.M. STILE, *Omissione, rifiuto o ritardi di atti d’ufficio*, Napoli, 1974, p. 156).

⁵² S. PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 581.

⁵³ Art. 22 – Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica. *Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento.*

⁵⁴ Così A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551.

⁵⁵ Emblematica, in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2000, n. 7281, in *G. dir.*, 2000, f. 32, p. 53, che, nel negare carattere “indebito” al rifiuto di alcuni militari di ricevere una denuncia a loro carico, ha ritenuto che “nel bilanciamento fra l’interesse al buon andamento della P. A., tutelato dall’art. 328 c.p., e il diritto soggettivo alla difesa, tutelato dall’art. 24 Cost., la prevalenza non può che essere attribuita a quest’ultimo”.

⁵⁶ M. ROMANO, *I delitti*, cit., p. 341 ss.. L’Autore, in polemica con l’impostazione – citata

Aderendo a questa impostazione, non paiono esservi spazi per negare carattere “indebitato” al rifiuto del medico, nell’ipotesi – come quella di cui qui si discute – in cui esso si fondi unicamente su considerazioni di ordine morale o religioso.

Né i termini della questione sarebbero destinati a mutare laddove si aderisse ad una proposta ricostruttiva – recentemente ipotizzata – che, ponendosi in posizione intermedia rispetto a quelle precedentemente illustrate, ritiene sì identificabile il concetto di “indebitato” con quello di “assenza di un giustificato motivo”, ma accogliendo un’accezione più ristretta di quest’ultimo, cioè limitata “ai soli casi in cui al pubblico ufficiale sia lasciato dalla norma extrapenale di riferimento un certo margine di apprezzamento in merito all’*an* o al contenuto dell’atto da adottare”⁵⁷. Sennonché, in tal modo, si riproporrebbe il medesimo interrogativo già emerso in sede di valutazione della “tipicità” dell’omissione e risolto nel senso della sindacabilità della scelta del medico da parte del giudice penale.

3.2. *Segue: applicazione “diretta” dell’art. 9 l. 194/1978?*

Qualificata come tipica, ex art. 328, comma 1, c.p., la condotta del medico che rifiuti di prescrivere il contraccettivo d’emergenza, il passo successivo è quello di capire se esista comunque la possibilità di escludere la responsabilità penale.

Come abbiamo visto⁵⁸, la categoria dogmatica che viene in rilievo è quella della scriminante dell’esercizio del diritto costituzionale di libertà di coscienza.

Si tratta, a questo punto, di verificare se esista già una disciplina positiva da poter applicare all’ipotesi che stiamo considerando; nel qual caso l’obiezione del medico risulterebbe *ipso iure* giustificata, avendo il legislatore provveduto a quel contemperamento dei diversi interessi in gioco che costituisce la condizione per l’esercizio del diritto all’obiezione da parte del titolare di una pubblica funzione.

nel testo – che interpreta l’avverbio “*indebitamente*” come sinonimo di “*assenza di giustificato motivo*” ne sottolinea il carattere di estrema elasticità, mettendo in evidenza come l’interpretazione proposta “forza il dato testuale, per giunta in relazione *ad atti urgenti dovuti* dalla p.a. per ragioni di interesse generale”.

⁵⁷ A. SPENA, *Sub art. 328*, cit., p. 1551, che riconosce, però, come nel caso di attività discrezionali la rilevanza del giustificato motivo sia *in re ipsa*, dovendosene tener conto in sede di valutazione della “doverosità” dell’atto omissivo o rifiutato.

⁵⁸ Cfr. *supra* Par. 2.

La norma che potrebbe venire in rilievo è quella prevista dal già menzionato art. 9 l. 194/1978.

A tal fine, essendo in questa disposizione l'obiezione esplicitamente riferita alle procedure dirette all'interruzione della gravidanza, occorre interrogarsi sul significato che il termine "gravidanza" assume nel contesto della legge⁵⁹.

Il legislatore italiano non ha inteso prendere posizione sul punto, lasciando l'onere all'interprete; compito non certo facile, dal momento che la letteratura scientifica, la disciplina positiva e lo stesso linguaggio comune forniscono indicazioni tutt'altro che univoche.

Non è certo questa la sede per un'analitica disamina delle argomentazioni a sostegno delle diverse opzioni ermeneutiche, che richiederebbe competenze di ambito medico, delle quali chi scrive non è certamente in possesso.

Una precisazione pare, però, opportuna. Non si tratta qui tanto di prendere posizione sul controverso concetto di vita umana e su quello di inizio della stessa, quanto piuttosto di individuare la soluzione più coerente rispetto alla normativa sulla cui applicabilità al caso in oggetto si discute.

Rispetto alle diverse impostazioni che calcolano la durata della gravidanza a partire dal primo giorno dell'ultima mestruazione (c.d. *età gestazionale*)⁶⁰ ovvero dal giorno dell'ovulazione o del presumibile concepimento, il che è equivalente, dato che la fecondazione avviene entro 24 ore dall'ovulazione (c.d. *età concezionale*)⁶¹, appare preferibile quella che ritiene iniziata la gravidanza solo con l'annidamento dell'ovulo fecondato sulla parete dell'utero (c.d. *teoria dell'annidamento*)⁶².

⁵⁹ Per una ricostruzione delle varie posizioni si veda M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Padova, 1992, p. 97 ss..

⁶⁰ Così, C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, p. 131. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Padova, 19 novembre 1985, Polacco, in *Foro it.*, 1988, II, p. 465, con nota critica di F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni*. In argomento, prima dell'emanazione della l. 194/1978, cfr. anche M. ROMANO - F. STELLA, *Aborto e legge penale*, Milano, 1975, p. 12.

⁶¹ M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 98; F. ALBEGGIANI, *Aspetti problematici*, cit., p. 466; C. CASSANI, *Aborto*, in *I reati contro la persona*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA, I, Torino, 2006, p. 156.

⁶² V. BOMPIANI, *Aspetti giuridici della tutela dell'embrione e del feto umano*, in AA.VV., *Il dono della vita*, a cura di E. SGRECCIA, Milano, 1987, p. 195. Pur nel contesto di un'impostazione – successivamente superata dallo stesso Autore – che identifica l'inizio della vita umana individuale con l'incontro tra gameti maschili e femminili, pare identificare l'inizio della gravidanza con il momento dell'annidamento anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Jus*, 1984, pp. 48 e 55. L'Autore non solo definisce la gestazione come "sviluppo prenatale di embrione in ambiente di per sé capace di portarlo alla nascita" (ambiente che non può non identi-

Questa soluzione trova riscontro nella terminologia descrittiva adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, che qualifica come gravidanza la "fase successiva all'impianto in utero dell'embrione"⁶³ ed è stata fatta propria in maniera espressa dal legislatore tedesco. Il secondo periodo del § 218 StGB, stabilisce che gli "atti, il cui effetto si verifica prima dell'annidamento nell'utero dell'ovulo fecondato, non sono considerati aborto ai sensi della presente disposizione". Essa – lungi dal dover essere giudicata arbitraria⁶⁴ – appare la più coerente rispetto all'impianto complessivo della legge. Del resto, anche da un punto di vista strettamente fisiologico, solo l'impianto in utero innesca quelle modificazioni istologiche ed ormonali che caratterizzano lo stato di gravidanza.

A favore della "teoria dell'annidamento" si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, nel contesto della già citata pronuncia avente ad oggetto la legittimità dell'atto che ha autorizzato la commercializzazione del *levonorgestrel*⁶⁵. I giudici hanno messo in rilievo come svariate disposizioni della l. 194/1978 – per esempio, la previsione di congrui tempi procedurali per gli accertamenti medici, estesi all'esame delle ragioni che muovono la donna a richiedere l'interruzione della gravidanza e alla ricerca di soluzioni per la rimozione delle cause alla base della scelta abortiva (art. 5), come pure la possibilità di assegnare alla madre un termine di sette giorni per ogni definitiva decisione (art. 5, comma quarto) – inducono "a ritenere che il legislatore abbia inteso quale evento interruttivo della gravidanza quello che interviene in una fase successiva all'annidamento dell'ovulo nell'utero materno". Una conclusione che trova ulteriore conferma nell'art. 8 della legge, che, nel descrivere le modalità dell'intervento, ne impone l'effettuazione con la partecipazione di un medico specialista ed all'interno di strutture ospedaliere o case di cura autorizzate; circostanze queste che mal si adattano alle metodiche anticoncezionali. Ed, infatti, nessun problema è mai stato sollevato rispetto all'utilizzo con funzione contraccettiva dello IUD (*Intra uterine device*) o "spirale", che presenta caratteristiche per molti versi analoghe alla c.d. "pillola del giorno dopo", costituendo peraltro una pratica decisamente più invasiva, dal momento che richiede un vero e proprio intervento chirurgico.

ficarsi con l'utero materno), ma propone anche una distinzione tra aborto e embrionicidio, intendendo per tale la "uccisione dell'embrione ancora capace di vivere, non in gestazione".

⁶³ Riferimenti in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Nota sulla contraccezione d'emergenza*, 28 maggio 2004.

⁶⁴ Così, invece, M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 100.

⁶⁵ TAR Lazio, Sezione I bis, Sentenza 12 ottobre 2001, n. 8465, cit.

Che la prescrizione della “pillola del giorno dopo” sia estranea alle procedure previste dagli artt. 5 e 7 della legge sull’aborto lo testimonia anche il fatto che una delle critiche mosse dalla Pontificia Accademia per la vita, nel suo comunicato del 31 ottobre 2000, riguarda proprio l’aggravamento della legge che la commercializzazione del farmaco comporterebbe⁶⁶.

Del resto, quanti si oppongono alla soluzione qui accolta, ritenendola estranea all’impianto complessivo della nostra legislazione in materia, devono poi riconoscere l’esistenza di enormi difficoltà di ordine probatorio sollevate dall’adozione di soluzioni alternative⁶⁷.

Si tratta di considerazione che non può essere sottovalutata. Dal momento che lo “stato di gravidanza” costituisce il presupposto per l’applicazione anche delle fattispecie penali in materia di aborto, l’attribuire al concetto un significato tale da produrre una difficile se non impossibile verificabilità empirica costituirebbe una palese violazione del principio di sufficiente determinatezza, riconosciuto dalla Corte Costituzionale fin dal 1981 con la nota sentenza sul plagio⁶⁸.

A ciò si aggiunga che diretta conseguenza di un’anticipazione del momento di inizio della gravidanza dovrebbe essere la penalizzazione di condotte (quali l’uso della spirale o l’assunzione del *levonorgestrel*) che possono in alcuni casi (ma non in altri) portare alla soppressione di un ovulo già fecondato. In tal modo, però, si finirebbe col considerare le fattispecie penali in materia di aborto come reati contemporaneamente di danno e di pericolo, con grave pregiudizio per la coerenza interna del sistema (anche in considerazione del fatto che i due diversi gradi di offesa sarebbero assogettati ad un medesimo

⁶⁶ Il testo completo del “*Comunicato sulla c.d. pillola del giorno dopo*” si può leggere sul sito www.vatican.va.

⁶⁷ M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 103, che sottolinea come tali difficoltà renderebbero di fatto non punibile un aborto precoce post-coitale. Di “considerevole margine di incertezza” parlano P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 30; nello stesso senso, di recente, C. CASSANI, *Aborto*, cit., p. 157.

Del problema della prova si fanno carico i promotori di un diverso criterio di valutazione che – prescindendo dall’alternativa *età concezionale/età gestazionale* – si fonda sull’accertamento, da parte del medico, dell’inizio effettivo della gravidanza, indipendentemente dal tipo di procedimento seguito. Così, P. BENCIOLINI - A. APRILE, *L’interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi responsabilità*, Padova, 1990, p. 53. La proposta, per quanto apprezzabile, non si sottrae però al rischio, non solo dell’incertezza, ma soprattutto di una diseguale applicazione della legge.

⁶⁸ In argomento, per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 163 e G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, p. 79.

trattamento sanzionatorio).

Infine, per concludere sul punto, la lettura qui accolta risulta ulteriormente avvalorata per effetto del diffondersi delle tecniche di fecondazione artificiale extracorporea, il ricorso alle quali, per quanto fortemente ostacolato, non è certo precluso dalla l. 40/2004. Applicare in queste ipotesi i criteri dell'età *gestazionale* o di quella *concezionale* condurrebbe al risultato – quanto meno paradossale – di ritenere iniziata la gravidanza quando l'ovulo fecondato si trova ancora all'esterno del corpo della madre⁶⁹.

Quanto, poi, ad un'eventuale applicazione diretta dell'art. 9 l. 194/78 al farmacista obiettore, ad opporsi è l'ambito di applicazione soggettivo della disposizione che, riferendosi al “*personale sanitario*” e a quello “*esercitante le attività ausiliarie*”, esclude espressamente la categoria dei farmacisti⁷⁰.

3.3. Segue: *applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978?*

Un'ulteriore strada da esplorare è quella dell'eventuale applicazione analogica dell'art. 9 l. 194/1978. Ciò con una precisazione ovvia, ma che è bene sottolineare: una simile estensione non potrebbe che coinvolgere anche le procedure ivi previste, con la conseguenza che non avrebbe in ogni caso efficacia esimente un'obiezione “improvvisata” o comunque sollevata in assenza della prescritta “dichiarazione preventiva”.

Sul punto si registrano due contrastanti orientamenti dottrinali.

Secondo una prima impostazione, pur dovendosi riconoscere l'identità di *ratio* tra il caso qui considerato e quello preso in esame dall'art. 9 l. 194/78, andrebbe negata la possibilità di applicare analogicamente tale disciplina positiva, muovendo dall'assunto del carattere eccezionale della norma in oggetto all'interno del sistema nei confronti del principio “che sancisce la priorità del diritto alla salute rispetto al diritto di agire secondo coscienza”⁷¹.

Altri autori⁷² sono, invece, propensi ad estendere in via analogica la disci-

⁶⁹ Riferimenti su questi profili in C. CASALONE, *La “pillola del giorno dopo” tra contraccezione e aborto*, in *Agg. soc.*, 2000, p. 855.

⁷⁰ G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143; *contra*, però, G. BONI, *Il dibattito*, cit., p. 711 e G. DELLA TORRE, *L'obiezione di coscienza dei farmacisti*, in AA.VV., *Bioetica e società. Speranze per l'umanità, sfide scientifiche e morali*, a cura di S. FANUELE, Bari, 2004, p. 103.

⁷¹ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 213. Nello stesso senso, tra gli altri, E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, I, p. 768, e G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143.

⁷² Nel senso dell'applicazione analogica dell'art. 9, in quanto norma non eccezionale,

plina dell'obiezione prevista dalla legge in materia di interruzione della gravidanza, in tutti quei casi in cui si manifesti la possibilità, anche in via meramente eventuale, di soppressione del prodotto del concepimento.

Nessuno dei due approcci appare pienamente persuasivo.

La tesi che fa leva sul carattere eccezionale dell'istituto si fonda sull'idea – come visto⁷³ non condivisibile – che l'obiezione non abbia fondamento costituzionale ovvero che il suo esercizio necessiti in ogni caso di una *interpositio legislatoris*⁷⁴.

Quanto alla seconda impostazione, invece, essa muove da un presupposto non convincente, e cioè che il fondamento dell'obiezione di coscienza all'aborto sia da rinvenire nel “principio costituzionale di tutela della vita” (riconducibile all'art. 2 Cost)⁷⁵. Addirittura ci si spinge fino a ritenere che a legittimare l'obiezione non basti il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, ma sia necessaria l'individuazione di un valore rilevante per l'ordinamento, su cui l'obiezioni si fondi⁷⁶. In buona sostanza, è come se la tutela costituzionale da accordare all'obiettore dipendesse dal contenuto delle sue motivazioni, più che dal riconoscimento del diritto di libertà di coscienza. Questo, però, significherebbe sottoporre le opzioni etiche liberamente adottate da ciascun cittadino ad uno scrutinio di maggiore o minore meritevolezza da parte dell'ordinamento, decisamente in contrasto con i principi del pluralismo che stanno alla base della nostra Carta Costituzionale.

L'impostazione qui contestata appare del resto smentita dall'ordinamento che, nel riconoscere espressamente la possibilità di esercitare l'obiezione rispetto alla sperimentazione sugli animali⁷⁷, di fatto ammette l'esplicarsi del di-

V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 1444; G. BONI, *Il dibattito*, cit., p. 705; N. GIMELLI, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 748, anche per ulteriori riferimenti.

⁷³ Cfr. *supra* Par. 2.

⁷⁴ Meno persuasiva è, invece, l'osservazione critica secondo cui, essendo l'obiezione di coscienza un diritto costituzionalmente garantito (peraltro riconosciuto in funzione della tutela della vita umana), “sarebbero semmai le limitazioni all'esercizio di tale diritto, previste dall'art. 9... a non potersi estendere per analogia” (M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 100). Il carattere di eccezionalità non va, però, riferito ai principi ispiratori della l. 194/78, bensì al riconoscimento dell'obiezione in capo a soggetti investiti dell'esercizio di funzioni pubbliche.

⁷⁵ Così, tra gli altri, C. CASINI - F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto*, cit., p. 155; P. CONSORTI, *Tentativo di definizione dell'obiezione di coscienza nella logica dei valori costituzionali: il limite del diritto alla vita e del diritto alla pace*, in *Dir. fam. per.*, 1994, 1106 ss..

⁷⁶ M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico e obiezione di coscienza*, in *Medicina e morale*, 2007, p. 486.

⁷⁷ La relativa disciplina è dettata dalla l. 12 ottobre 1993, n. 413, recante *Norme sull'obie-*

ritto al di là delle tradizionali ipotesi legate – direttamente (aborto) o indirettamente (servizio militare) – alla tutela della vita umana. In tale ipotesi, ragionando secondo l’orientamento qui criticato, l’obiezione assumerebbe i caratteri dell’eccezionalità e non sarebbe applicabile a situazioni non riconducibili al dettato normativo e, tuttavia, sorrette da una identità di *ratio*; ciò con il paradossale effetto di escludere una analoga facoltà nel caso di sperimentazione sull’uomo⁷⁸. Ora, per quanto quest’ultima attività – per essere lecita – presupponga il consenso dei soggetti coinvolti, non è da escludere il manifestarsi di un conflitto di coscienza in quanti vedano, in ragione delle proprie convinzioni etiche o religiose, nella sperimentazione umana (*rectius*, in alcune modalità di essa) una violazione del principio personalistico⁷⁹.

In conclusione, se, da un lato, la natura esimente, ex art. 51 c.p., riconosciuta all’obiezione parrebbe in linea con il ricorso a questa particolare tecnica ermeneutica, dall’altro, occorre negare – seguendo autorevole dottrina penalistica⁸⁰ – tale possibilità laddove, pur in presenza di una identità di *ratio*, la lacuna normativa appaia frutto di una consapevole ed intenzionale scelta del legislatore. Che sia questo il caso della norma in oggetto lo si evince chiaramente dall’art. 9 l. 194/78, il quale individua i soggetti legittimati ad esercitare l’obiezione (“*il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie*”) e gli atti che ne possono costituire l’oggetto (“*compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l’interruzione della gravidanza*”), escludendone espressamente altre (per esempio, “*assistenza antecedente o conseguente all’intervento*”) e tacendo su categorie di soggetti

zione di coscienza alla sperimentazione animale. In argomento, cfr. M. BARNI - E. TURILLAZZI - C. CATENI, *La sperimentazione negli animali: dal controllo burocratico alla responsabilizzazione bioetica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 397; A. DELL’ERBA - G. DI VELLA, *Aspetti deontologici e normativi della sperimentazione animale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 725.

⁷⁸ Mettono in evidenza l’anomalia di un’obiezione disciplinata con riferimento alla sperimentazione animale, ma non rispetto a quella umana, M. BARNI - E. TURILLAZZI - C. CATENI, *La sperimentazione*, cit., p. 398, che ne traggono argomento per esprimere un giudizio critico sulla l. 12 ottobre 1993, n. 413, accusata di aver dato vita ad una previsione “demagogica e declamatoria per contingenti motivi politici”.

⁷⁹ In argomento, F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 623 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale., Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 49 ss.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1382 ss.; A. MANNA, *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 1122 ss.; V. MAGNINI, *Validità del consenso di un detenuto a partecipare come volontario sano ad una sperimentazione farmacologica. Il punto di vista giuridico*, in AA.Vv., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 203 ss.

⁸⁰ Per tutti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 189.

che pure possono venire coinvolte, a vario titolo, nella procedura diretta all'IVG. Del resto – com'è stato correttamente osservato⁸¹ –, la legge sull'aborto è il frutto di un delicato bilanciamento tra diritto alla vita del concepito e diritto alla salute psicofisica della gestante, risolto nel senso della possibile prevalenza del secondo rispetto al primo.

Il carattere tassativo dei limiti di cui sopra ha trovato conferma anche nella costante giurisprudenza costituzionale in materia di mancato riconoscimento del diritto all'obiezione in capo al giudice tutelare, chiamato ad intervenire nell'ipotesi disciplinata dall'art. 12 della legge in questione⁸².

3.4. *Un bilancio de iure condito e qualche riflessione de iure condendo*

In assenza di una disciplina positiva, quindi, gli spazi per riconoscere efficacia esimente all'obiezione del medico si fanno estremamente esigui, dovendosi limitare unicamente al caso in cui il sanitario operi in una struttura nella quale si trovino altri medici non obiettori e almeno uno di questi sia in servizio durante lo stesso turno. Solo in questa ipotesi, infatti, potrebbe essere assicurata la prestazione assistenziale senza disagi per l'utenza⁸³. Non è, invece, sufficiente ad escludere il reato la possibilità di ottenere la prescrizione del farmaco altrove (ma comunque entro le 72 ore dalla consumazione del rapporto sessuale), in quanto l'efficacia del farmaco decresce proporzionalmente all'allungarsi dei tempi di assunzione, sicché ogni ritardo si traduce in un potenziale pregiudizio per l'interesse della paziente.

Affermare che l'esercizio dell'obiezione da parte del medico non esclude la rilevanza penale della sua condotta omissiva non equivale ad evidenziare una sorta di generale indifferenza dell'ordinamento nei confronti delle scelte di

⁸¹ V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 213, nota 61.

⁸² Così Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1988, I, p. 758; l'indirizzo della Corte ha poi trovato conferma in successive ordinanze, a cominciare dalla n. 445 del 3 dicembre 1987. Critico nei confronti dell'orientamento della Consulta M. ZANCHETTI, *La legge*, cit., p. 257, secondo il quale spetterebbe al legislatore – e non alla Corte – il compito di “compiere un giudizio di prevalenza” tra i diritti protetti dalla Costituzione. Su posizioni analoghe, pur muovendo dalla negazione dell'esistenza di un riconoscimento costituzionale del diritto all'obiezione, E. ROSSI, *L'obiezione*, cit., p. 765. Questa impostazione non persuade: se la valutazione del legislatore coinvolge, in un giudizio di reciproco bilanciamento, interessi di rilievo costituzionale, la stessa non pare potersi sottrarre al sindacato del giudice delle leggi.

⁸³ Ritiene quella qui prospettata come la più vantaggiosa soluzione del conflitto, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo ed obiezione di coscienza. Il punto di vista bioetico*, in AA.VV., *Medicina, bioetica e diritto*, cit., p. 73 ss..

coscienza. Già oggi, *de iure condito*, residua, infatti, uno spazio per dare rilievo alla spinta motivazionale che sta alla base del rifiuto di prescrivere la “pillola del giorno dopo”: è quello della commisurazione della sanzione. In questa direzione il nostro ordinamento, oltre ai normali strumenti approntati all’art. 133 c.p. – si pensi in particolare al riferimento ai “*motivi a delinquere*” – e a parte la possibilità del riconoscimento delle attenuanti generiche, offre una disposizione, che – per quanto trascurata dalla giurisprudenza (che ne ha dato, fino ad oggi, una lettura fortemente riduttiva, con un rigore spesso non disgiunto dall’ancoraggio ad una morale tradizionale, quando non fortemente conservatrice⁸⁴) – rappresenta una significativa “apertura del nostro sistema alla viva e reale sensibilità della comunità”. Il pensiero corre alla circostanza attenuante dell’aver agito “*per motivi di particolare valore morale e sociale*” (art. 62, n. 1, c.p.)⁸⁵.

In un’ottica *de iure condendo*, nulla si oppone, ovviamente, ad un riconoscimento positivo di un diritto all’obiezione nell’ipotesi qui considerata; ciò, a patto che si tenga conto della necessità di garantire una condizione di eguaglianza nei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, come stabilito dall’art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.; norma, non a caso, richiamata da una componente di minoranza del Comitato Nazionale di Bioetica, in una Postilla che accompagna la “*Nota sulla contraccezione d’emergenza*”, del 28 maggio 2004⁸⁶.

Si badi che una simile preoccupazione era ben presente allo stesso legislatore del 1978, come testimonia la previsione del IV comma dell’art. 9 della l. 194/1978, in forza del quale: “*Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l’espletamento delle procedure previste dall’art. 7 e l’effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli artt. 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l’attuazione anche attraverso la mobilità del personale*”.

Peraltro, con quel suo “*in ogni caso*”, la norma sembra individuare espres-

⁸⁴ Così, da ultimo, D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 434; nello stesso senso, tra gli altri, già G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, p. 445; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 234 ss.; M. BELLOTTO, *Il “particolare valore morale” della disperazione*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 210 ss..

⁸⁵ Per una più ampia analisi dell’attenuante in oggetto, anche nei suoi rapporti con il fenomeno dell’obiezione di coscienza, sia ancora consentito il rinvio a E. LA ROSA, “*Uso*” ed “*abuso*”, cit., p. 760 ss..

⁸⁶ La nota è consultabile sul sito www.governo.it/bioetica. In argomento, P. FUNGHI, *Pillola del giorno dopo*, cit., 73.

samente uno spazio in cui l'opzione di coscienza cede il passo all'esigenza di assicurare la prestazione sanitaria⁸⁷.

La prassi evidenzia, però, una sostanziale disapplicazione di questa disposizione, soprattutto negli ultimi anni. Ed è quanto meno singolare che la "*Relazione del Ministero della salute sull'attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza*", pubblicata il 21 aprile 2008, pur densa di dati e di tabelle, non dedichi nemmeno una parola a questo profilo.

Certo, una lettura della disposizione in oggetto più coerente con il rango costituzionale della libertà di coscienza è quella che ne valorizzi il ruolo di norma di organizzazione che si traduce nella predisposizione di forme di mobilità del personale, piuttosto che nella possibilità di limitare la libertà individuale⁸⁸. Sennonché l'inerzia degli organi preposti ad assicurare la continuità della prestazione riconosciuta dalla legge – peraltro a sua volta sanzionabile ex art. 328 c.p. – non può tradursi nel diniego della stessa, pena il sacrificio del diritto costituzionale alla salute e dello stesso principio di uguaglianza.

Non possono, invece, essere valutate positivamente le numerose iniziative legislative intraprese negli ultimi anni⁸⁹, volte a riconoscere esplicitamente, in favore di medici e farmacisti, il diritto all'obiezione rispetto alla prescrizione ed alla vendita della "pillola del giorno dopo". Criticabile non è certo l'estensione dell'alveo dei possibili obiettori, quanto la visione unilateralistica che contraddistingue questi disegni di legge; un approccio tutto sbilanciato dal lato della tutela della libertà di coscienza, senza adeguata considerazione degli altri interessi in gioco. In tal senso, non può certo ritenersi sufficiente la sola predisposizione e divulgazione dell'elenco dei farmacisti obiettori, perché non risolve i problemi che si determinerebbero, per esempio, se in interi ambiti territoriali tutti gli operatori sanitari dovessero risultare obiettori⁹⁰.

⁸⁷ In questo senso T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 982.

⁸⁸ P. NUVOLONE - A. LANZI, *Gravidanza*, cit., 34.

⁸⁹ A titolo meramente esemplificativo, si vedano i d.d.l. C 401, presentato dall'on. Volontè, il 29 aprile 2008; C 907, presentato dall'on. Pedrizzi, il 24 maggio 2006; S 424, presentato dal sen. Castellani, il 17 luglio 2001; S. 60, presentato dal sen. Eufemi, l'1 giugno 2001.

⁹⁰ Condivide queste perplessità, G. DI COSIMO, *I farmacisti*, cit., p. 143.

4. *Diritto di rifiutare le cure, direttive anticipate e doveri del medico: quali limiti alla rilevanza esimente dell'obiezione di coscienza?*

Un'altra situazione nella quale il problema della rilevanza penale dell'obiezione di coscienza del medico si va ponendo all'attenzione della dottrina e della prassi giurisprudenziale è quella relativa alla regolamentazione giuridica del principio di autodeterminazione del malato – soprattutto (ma non solo) in ordine al momento del “fine vita” – e ai doveri incombenti sul medico nella sua relazione col paziente.

L'ipotesi qui considerata deve essere tenuta distinta da quelle – certamente contigue, ma non del tutto assimilabili – di assenza o parzialità del consenso⁹¹, e attiene a quei casi in cui la volontà del paziente si manifesta in forma inequivocabilmente negativa, con la conseguenza che il medico non potrà “manometterne” l'integrità fisica, quale si presenta attualmente, “perché ciò sarebbe, oltre tutto, in contrasto anche con il principio personalistico espressamente accolto dall'art. 2 della Carta Costituzionale”⁹².

Non è certo questa la sede per discutere dei presupposti di validità e dei limiti (anche temporali) del diritto di rifiutare le cure⁹³. Preme piuttosto riflettere su quali conseguenze penali possano derivare in capo al medico che, di fronte alla volontà legittimamente manifestata dal malato, ne disattenda le indicazioni attuando un trattamento medico non consensuale, “con ciò mortifi-

⁹¹ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 399 ss. In argomento cfr. anche M. BARNI, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 395 ss.

⁹² Così Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2659 ss. con nota di G. IADECOLA, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 604 ss., con nota di G. LOZZI, *Intervento chirurgico con esito infausto: non ravvisabilità dell'omicidio preterintenzionale nonostante l'assenza di un consenso informato*. Per una valutazione fortemente critica della decisione per la sua “drastica svalutazione del significato del consenso del paziente”, si vedano anche M. PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 376 e F. VIGANÒ, *Profili penali penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.

⁹³ Sul fondamento, anche costituzionale, del “diritto di rifiutare le cure” si vedano, anche per ulteriori indicazioni, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 45 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1039; ID., *Esiste un “diritto ad essere lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1561; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 69.

cando un diritto costituzionale del paziente”⁹⁴.

Più in particolare, la tematica che viene in rilievo è quella dell'intervento eseguito nel pieno rispetto delle regole dell'arte medica – quindi insuscettibile di rimprovero a titolo di colpa professionale – a prescindere dal verificarsi di un esito infausto⁹⁵. Le ipotesi più problematiche – e che vengono soprattutto in rilievo ai fini della questione in oggetto – sono del resto quelle in cui l'avvio o la prosecuzione del trattamento terapeutico determinano il “mantenimento in vita” del malato.

Si tratta, innanzitutto, di verificare se, in tali ipotesi, la condotta del medico assuma una rilevanza penale ed, eventualmente, a che titolo.

L'ipotesi di reato che viene immediatamente in rilievo è quella di *violenza privata* ex art. 610 c.p.⁹⁶; delitto dotato di “un elevato grado di flessibilità, che lo rende particolarmente idoneo ad essere utilizzato come strumento di repressione”⁹⁷.

Sono note le perplessità che una parte della dottrina esprime nei riguardi di un possibile inquadramento nell'ambito dei delitti contro la libertà morale della condotta medica posta in essere in assenza del consenso informato del paziente⁹⁸. Tali perplessità risultano, però, fortemente ridimensionate in riferimento ai casi in cui si agisca nonostante un esplicito dissenso⁹⁹. Ogniquale sia possibile individuare una “contenzione fisica” (e quindi una condotta *violenta*) strumentale alla coazione del paziente a tollerare un trattamento indesiderato sul proprio corpo, la configurabilità di un fatto tipico di *violenza privata* non pare possa essere revocata in dubbio. Così, per esempio, nell'ipotesi di emotrasfusione imposta ad un Testimone di Geova o in quella di coazione a

⁹⁴ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75.

⁹⁵ In argomento, tra gli altri, M. PELISSERO, *L'intervento medico*, cit., p. 372 ss; F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., 146 ss.; A. MANNA, *Trattamento sanitario “arbitrario”: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 449 ss.

⁹⁶ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75 ss.; A. MANNA, *Il trattamento sanitario “arbitrario”*, in *Reati contro la persona*, II, a cura di A. MANNA, Torino, 2007, p. 623 ss.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I, Milano, 2002, p. 39. Proprio per contrastare tale tendenza, l'Autore si impegna nel tentativo di individuare un concetto di “violenza” più restrittivo di quello accolto da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

⁹⁸ Per tutti, F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 162 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Condivide, in parte, queste perplessità M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome “in cerca di un nome” e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 414, che propone una qualificazione in termini di *sequestro di persona*.

⁹⁹ F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 162.

tollerare l'amputazione di un arto incancrenito.

Questa conclusione, tuttavia, è ritenuta problematica in almeno due ipotesi¹⁰⁰, che sono anche tra le più ricorrenti nella prassi: a) quella in cui il medico approfitti del sopravvenuto stato di incoscienza del malato; b) quella in cui si ometta di sospendere un trattamento già in atto.

Nell'ipotesi sub a), ad opporsi all'applicabilità dell'art. 610 c.p. sembrerebbe il concetto di "costrizione" ricavabile da una lettura sistematica della disposizione in oggetto e del nostro sistema penale nel suo insieme. A prescindere dall'impostazione accolta in ordine all'elemento della *violenza*¹⁰¹, infatti, la necessità che questa produca una coazione nel soggetto passivo presuppone una qualche partecipazione cosciente di quest'ultimo¹⁰². Tale lettura è del resto avvalorata dalla circostanza che nell'ambito dell'art. 609 *bis* l'ipotesi della *violenza volta a costringere* sia tenuta distinta da quella dell'*approfittamento di una situazione di incapacità*¹⁰³.

Non può, però, sfuggire la differenza tra la situazione qui considerata e quella in cui si esegua un trattamento senza che l'interessato vi abbia specificamente consentito. In questa seconda ipotesi manca una presa di posizione del paziente, laddove nell'altra una manifestazione di volontà c'è ed è di segno negativo. Né si deve ritenere che difetti il requisito della attualità della volontà del malato; l'attualità del consenso (ma lo stesso vale per il dissenso) non va valutata in una accezione meramente e necessariamente cronologica, bensì in senso logico: "attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione"¹⁰⁴.

In buona sostanza, la principale ipotesi in cui l'art. 610 c.p. non pare applicabile è quando il paziente, che versa in condizioni di incoscienza, sia sottoposto ad un trattamento sanitario senza avervi potuto acconsentire e sia nondimeno possibile presumerne il dissenso.

Decisamente più complessa è l'ipotesi sub b). Secondo un risalente indiriz-

¹⁰⁰ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 75 ss.

¹⁰¹ Per un quadro delle possibili soluzioni F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., *passim*; ID., *Sub art. 610*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, cit., p. 4275.

¹⁰² F. VIGANÒ, *Profili penali*, cit., p. 164.

Solo in alcuni casi si può individuare l'atto violento, necessario ad integrare il delitto di *violenza privata*, in quello produttivo dello stato di incoscienza (es. anestesia), a patto ovviamente che a parlo in essere il medico e che non vi sia consenso del paziente.

¹⁰³ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 76.

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 380.

zo la violenza potrebbe manifestarsi anche in forma omissiva, in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi¹⁰⁵. E tuttavia questa tesi non convince. La riconosciuta natura di reato, sì di evento, ma a forma vincolata rende la violenza privata non suscettibile di essere convertita in fattispecie omissiva impropria. E del resto l'espressione "violenza" presenta già sul piano linguistico una "pregnanza di significato tale da risultare compatibile solo con una condotta attiva"¹⁰⁶. A ciò si aggiunga che parrebbe in ogni caso difficile attribuire ad un medico (e comunque ad uno in particolare) lo *status* di vero e proprio garante, ex art. 40 cpv., del diritto del paziente a non subire ingerenze non volute sul proprio corpo¹⁰⁷.

Non meno problematica appare l'inquadramento nell'ambito delle fattispecie di *lesioni personali* (artt. 582-583 c.p.), stante il difetto dell'elemento della *malattia* come diretta conseguenza dell'intervento medico.

Una più recente proposta ricostruttiva inquadra il comportamento del medico che, anziché fare ciò che il paziente e che la scienza medica autorizza, fa ciò che il malato non vuole, nell'ambito di applicazione della fattispecie di *maltrattamenti* prevista dall'art. 572 c.p. (norma che trova applicazione anche in caso di affidamento di un soggetto ad un altro *per ragioni di cura*); lo fa partendo dal presupposto che è "l'intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con modalità arbitrarie ed offensive"¹⁰⁸. La genericità, sfociante nell'indeterminatezza, che caratterizza il verbo *maltrattare*, usato in via esclusiva per descrivere la condotta incriminata, sembrerebbe consentire l'applicazione della stessa a tutte le ipotesi – ivi comprese quelle omissive – non riconducibili né al delitto di *violenza privata*, né a quello di *lesioni personali*.

Sennonché anche questa soluzione non appare priva di difficoltà.

Innanzitutto, la natura di reato abituale richiede una reiterazione di più condotte lesive, che non sempre è dato riscontrare (non lo è, per esempio, nel caso

¹⁰⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 145, che fa l'esempio di chi fa mancare il cibo a chi non è in grado di auto-procurarselo per indurlo ad un dato comportamento. Più di recente, ravvisa nel comportamento omissivo del medico, che non ottemperi alla richiesta del paziente di interrompere le terapie di sostegno vitale, un'ipotesi di violenza impropria F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 101.

¹⁰⁶ F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., p. 277.

¹⁰⁷ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 77; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 61, nota 193.

¹⁰⁸ A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 78.

del medico che violi, una sola volta, la richiesta di “non rianimazione”); né pare che il concetto di abitualità possa coincidere con quello di permanenza¹⁰⁹.

La stessa natura abituale, unita alla assenza di un evento naturalistico tra i requisiti strutturali della fattispecie, porta poi a nutrire seri dubbi in ordine all'applicabilità del reato di *Maltrattamenti* a condotte omissive, per quanto reiterate, come quella del medico che rifiuti di interrompere un trattamento in atto¹¹⁰. Occorre tuttavia riconoscere che l'indirizzo oggi prevalente in dottrina e, soprattutto, nell'applicazioni giurisprudenziali è nel senso di ammettere la configurabilità del delitto *de quo* anche in presenza di reiterate omissioni dell'agente¹¹¹. Sebbene siano, quindi, pienamente condivisibili le perplessità avanzate contro un siffatto orientamento, non è esclusa in concreto una possibile incriminazione del medico ex art. 572 c.p.

Proprio con riferimento alle ipotesi omissive, potrebbe, infine, venire in rilievo, nei confronti del medico investito di qualifica pubblicistica, l'applicabilità dell'art. 328 c.p.¹¹²; ciò alla condizione – a dire il vero di non agevole verifica nella prassi – di poter qualificare come urgente l'atto omissivo dal sanitario.

Questa breve rassegna ha messo in luce le difficoltà cui si va incontro nel tentativo di individuare una qualificazione penale di alcune delle condotte qui prese in considerazione. Quelle prospettate per superare gli eventuali “vuoti di tutela” presentano spesso il carattere di soluzioni “di fortuna”, che corrono il rischio di forzare il dato testuale e strutturale delle fattispecie di volta in volta considerate, piegandole ad esigenze di tutela ben diverse da quelle per le quali erano state originariamente concepite. Si tratta di un approccio che, per quanto in qualche modo giustificato dall'esigenza di offrire presidio penale al diritto – costituzionalmente fondato – di rifiutare le cure, evitando che si traduca in una sterile affermazione di principio¹¹³, non può certo ritenersi del tutto appagante.

¹⁰⁹ Così, invece, A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 78.

¹¹⁰ Per la posizione che esclude la configurabilità dei maltrattamenti mediante omissione, T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 190 ss.

¹¹¹ Riferimenti in M. MIEDICO, *Sub art. 572*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, cit., p. 3754.

¹¹² Ipotizza, sia pure problematicamente, questa soluzione T. VITARELLI, *Maltrattamenti*, cit., p. 198.

¹¹³ Metteva in evidenza come apparirebbe paradossale “nel quadro di un sistema repressivo notoriamente afflitto da ipertrofie e penalizzazioni “a tappeto”, il rischio di un vuoto di tutela rispetto ad un diritto di rilevanza costituzionale, quale appunto quello di rifiutare le cure”, A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1436.

Fermo restando che, come abbiamo visto, almeno le ipotesi più significative sono comunque inquadrabili nello spettro di tutela offerto dall'art. 610 c.p., in ottica *de iure condendo* sarebbe quanto mai opportuna l'introduzione di un'apposita fattispecie incriminatrice che sanzioni quanto meno l'attività medica o chirurgica posta in essere *contro* la volontà del malato¹¹⁴.

In questa direzione si era mosso, peraltro in una prospettiva più ampia, il Progetto Pagliaro del 1992, il cui articolo 70 prevedeva di incriminare, nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, l'*attività medica o chirurgica su persona non consenziente, consistente nel compimento di un'attività medica o chirurgica, anche sperimentale, su una persona senza il consenso dell'avente diritto*. Si tratta di soluzione di indubbio interesse, ma meritevole di alcune precisazioni. Meglio sarebbe, innanzitutto, differenziare il trattamento sanzionatorio dell'attività medico-chirurgica non supportata da valido consenso del paziente rispetto all'ipotesi in cui vi sia un dissenso espresso; ciò in ragione dell'indubbia maggior gravità di quest'ultima. Discutibile è anche la clausola di esclusione del tipo per il caso in cui *il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona*. Il rischio è, infatti, di far rientrare dalla finestra quel che si è cercato di far uscire dalla porta; ovvero quella concezione paternalistica della medicina che affida in via esclusiva al medico il compito di scegliere quel che è meglio per il paziente.

Ammessi che la condotta del medico posta in essere contro la volontà del malato possa essere ritenuta "tipica" alla stregua di una qualche norma incriminatrice (sia pure limitatamente a talune ipotesi), il passo successivo – prima ancora di valutare quali spazi vi siano per il riconoscimento di un'efficacia esimente dell'obiezione di coscienza – è quello di verificare se l'antigiuridicità non debba essere esclusa dalla presenza di altre cause di giustificazione.

Così, per esempio, si è talora fatto riferimento alla configurabilità di un consenso presunto nell'interesse dello stesso titolare del diritto. Ma a tale impostazione – pure autorevolmente sostenuta in relazione al rifiuto dell'emo-

¹¹⁴ Auspica l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*, tra gli altri, A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., 78, nota 49, che, pur con qualche cautela, attribuisce all'innovazione normativa anche un ruolo di orientamento culturale "considerata quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto terapeutico". Nello stesso senso, A. MANNA, *Il trattamento*, cit., p. 631, nonché L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 80, che propone l'introduzione di una fattispecie strutturalmente simile alla *violenza privata*, con equiparazione alla violenza della "imposizione arbitraria di terapie mediche (o di sostegno vitale) contro la volontà del paziente", e F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., p. 120.

trasfusione da parte del Testimone di Geova¹¹⁵ – pare facile obiettare che di presunzione può parlarsi solo in assenza di una qualche manifestazione di volontà da parte del soggetto interessato, non certo per superarne, disattendendola, una di segno contrario¹¹⁶.

La figura che viene più spesso presa in considerazione è quella prevista dall'art. 54 c.p., laddove si presenti una situazione di necessità ed urgenza nella quale l'intervento del medico sia diretta a contrastare un pericolo attuale di un danno grave alla persona del paziente.

Una parte della dottrina, pur affermando che il principio di autodeterminazione deve essere quanto più possibile salvaguardato, riconosce nel contempo allo stato di necessità “una valenza di carattere generale”, tale da garantire la liceità del trattamento medico, non solo nei casi di “assenza di consenso”, bensì anche in presenza di un “dissenso espresso”¹¹⁷.

Un simile orientamento rischia però di vanificare il principio di autodeterminazione del paziente che pure afferma di riconoscere, con il rischio di “aprire la strada ad un paternalismo autoritario negli stessi rapporti intersoggettivi tra privati”¹¹⁸. Una tesi così congegnata è facilmente contestabile muovendo da una ricostruzione in chiave scusante dell'art. 54 c.p.¹¹⁹. Ben difficilmente, infatti, è possibile ipotizzare in capo al medico quel turbamento moti-

¹¹⁵ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 234.

¹¹⁶ Critico nei confronti della prospettata tesi del “consenso presunto” F. GIUNTA, *Il consenso informato*, cit., p. 381, secondo il quale “mentre la presunzione di consenso all'emotrasfusione appare in questi casi una *fiction*, non vi sono ragioni per non tenere conto di una volontà espressamente manifestata in condizioni di piena coscienza e peraltro coerente con il credo religioso praticato e profondamente vissuto”.

¹¹⁷ C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 229; G. AZZALI, *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 371; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 575, secondo cui “quando si tratti di beni indisponibili, l'eventuale dissenso del terzo nei confronti dell'azione necessitata non fa venir meno l'applicabilità della scriminante (ma sarà da considerazione insieme agli altri fattori nel giudizio di proporzione)”. Per l'applicabilità dell'art. 54 c.p., di recente, M. PELISSERO, *L'intervento medico*, cit., p. 380. L'Autore ritiene penalmente irrilevante anche la condotta del medico che si astenesse dall'intervenire, nel rispetto della volontà del malato. Si creerebbe, quindi, una sorta di “spazio libero” in cui la scelta del medico si giocherebbe esclusivamente sul piano etico della propria coscienza e avrebbe, in ogni caso, come sbocco l'esclusione di ogni responsabilità penale; ad essere sacrificata, però, sarebbe l'analoga libertà di coscienza del paziente, finendo col riproporsi quel modello paternalistico di medicina che si afferma superato.

¹¹⁸ D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2007, p. 300.

¹¹⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 10 ss.

vazionale idoneo a far venir meno la rimproverabilità del fatto commesso. Ma anche per quanti aderiscono alla tradizionale lettura dello stato di necessità come causa di giustificazione decisiva appare l'osservazione che la norma codicistica attribuisce una facoltà, in origine mancante, di commettere un illecito, ma non riconosce a chi è già gravato da più doveri (nella fattispecie il medico) "la facoltà di sovvertire a proprio piacimento l'ordine di priorità tra gli stessi, quale stabilito, una volta per tutte, dall'ordinamento"¹²⁰.

In conclusione, il diritto a non subire trattamenti sanitari contro la propria volontà comporta "l'illiceità di qualsiasi coazione terapeutica, anche quella necessaria per assicurare la sopravvivenza del paziente"¹²¹.

Esclusa la sussistenza di altre scriminanti della condotta medica, si pone il problema dell'eventuale rilevanza dell'obiezione di coscienza.

La questione si pone, in realtà, solo rispetto all'imposizione di condotte attive immediatamente causali rispetto all'evento morte o comunque peggiorative del quadro clinico del paziente¹²². È noto, infatti, che di obiezione di coscienza non può parlarsi di fronte a comportamenti attivi, dal momento che in tali casi l'agente, più che sottrarsi all'imposizione da parte dell'ordinamento di un obbligo in contrasto col proprio foro interiore, vuole a sua volta esercitare una coartazione della coscienza altrui¹²³.

¹²⁰ A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium juris*, 2007, p. 544. Nello stesso senso, A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 470. Per la non applicabilità dell'art. 54 c.p. nei casi di soccorso contro la volontà dell'interessato, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 259; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 299; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2008, p. 174, secondo cui difetterebbe il requisito della *costrizione*; S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1562, che esclude esservi in questi casi una *necessità di salvare*.

¹²¹ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto"*, cit., p. 6, secondo cui: "Delle due l'una, insomma: o si fa sul serio con il principio di autodeterminazione (e con il rifiuto di ogni "coazione terapeutica", per quanto ben intenzionata); ovvero si riconosce apertamente che la libertà di decidere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario deve cedere a fronte alle istanze di tutela della *vita* come *valore impersonale ed oggettivo*". Ma ad opporsi a questa seconda soluzione è – come osserva lo stesso Autore (*Sub art. 51*, cit., p. 456) – l'art. 32, comma 2, Cost, in forza del quale, in presenza di un dissenso espresso, un trattamento potrà essere praticato *nei soli casi previsti dalla legge* e comunque entro il *limite del rispetto della persona umana*.

¹²² M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 910.

¹²³ Nel senso che non si possa parlare di "obiezione di coscienza quando viene attivamente svolto un comportamento 'commissivo' in contrasto con una norma statale contenente un divieto", F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico delle obiezioni di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1982, cit., 227, anche con ampi riferimenti alla giurisprudenza statunitense, che, più di ogni al-

Da questo punto di vista non è priva di rilievo la qualificazione in termini attivi od omissivi della condotta interrutiva del trattamento medico, specie quando la terapia di mantenimento in vita sia attuata attraverso mezzi meccanici. Chi, facendo leva sulla teoria della “omissione mediante commissione”, considera l’interruzione come mancata prosecuzione del trattamento¹²⁴, ne deve dedurre come conseguenza la natura commissiva della mancata sospensione del trattamento; il risultato è la non ammissibilità ontologica dell’obiezione di coscienza. Viceversa, se si privilegia – com’è preferibile – il dato naturalistico, e si è portati a qualificare come omissiva la condotta del medico che rifiuti di assecondare la richiesta del paziente¹²⁵, si deve ritenere che questo rifiuto, laddove sorretto da ragioni di coscienza, configuri un’ipotesi di obiezione in senso tecnico.

Ricapitolando, un problema di obiezione di coscienza può porsi solo di fronte al diniego del medico di porre in essere condotte attive doverose. In tali situazioni, una parte della dottrina sembrerebbe configurare già *de iure condito* un diritto ad esercitare l’obiezione, sul presupposto che il dovere di dar seguito al rifiuto di cure graverebbe sullo Stato, e non sul singolo sanitario¹²⁶. Sennonché anche in questo caso un intervento legislativo sarebbe quanto mai opportuno ai fini della regolamentazione delle modalità del trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad uno disposto ad attuare la volontà del malato, in modo che ciò avvenga senza pregiudizio per i diritti di quest’ultimo¹²⁷.

tra, ha affrontato i molteplici risvolti applicativi dell’istituto. L’Autore mette in evidenza come la limitazione dell’efficacia dell’obiezione ai soli comportamenti omissivi attenui anche i timori di destabilizzazione dell’ordinamento. Per una concreta applicazione del principio, si veda Pret. Milano, 17 gennaio 1979, in *Foro it.*, 1979, II, 266, che ha negato la qualifica di “obiettore” ad un religioso e rappresentante legale di una struttura sanitaria, accusato di tentata violenza privata finalizzata a costringere i medici della stessa ad esercitare il diritto previsto dall’art. 9 della legge 194/78. *Contra*, M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico*, cit., p. 484.

¹²⁴ F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto*, cit., p. 7; ID., *Riflessioni*, cit., p. 1036. Nello stesso senso, C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare). Un tentativo di lettura “giuridica” del caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1825.

¹²⁵ S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p.1563.

¹²⁶ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 696, secondo cui “il sanitario può perdere la propria posizione di garante ma non può certo essere costretto ad agire violando i suoi convincimenti etici o deontologici”. Su posizioni analoghe S. CANESTRARI, *I delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 353.

¹²⁷ In argomento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, si veda A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, cit., p. 79.

Procedendo verso la conclusione di questo contributo, è opportuno formulare alcune considerazioni sui possibili riflessi sulla materia fin qui esaminata che potrebbero derivare dall'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina positiva del c.d. "Testamento biologico". Trattasi di prospettiva di evoluzione normativa di cui da tempo si discute anche a livello parlamentare, anche se una prognosi circa i tempi e i contenuti di un eventuale legge in materia appare a tutt'oggi francamente difficile.

Non è certo questa la sede per esaminare gli innumerevoli profili problematici che investono questo tema. Preme piuttosto osservare come, pur nella varietà delle soluzioni avanzate in ordine al contenuto, alla forma, ai limiti di efficacia delle c.d. "dichiarazioni anticipate di volontà"¹²⁸, una costante delle diverse proposte in campo è rappresentata dalla mancanza di una disciplina espressa dell'obiezione di coscienza¹²⁹.

Ciononostante è stato comunque sollevato il problema della necessità di assicurare al medico il diritto all'obiezione di coscienza rispetto all'attuazione delle direttive contenute nel c.d. "testamento biologico"¹³⁰. La questione non può essere liquidata in maniera semplicistica, dal momento che quella della quale si discute è una classica situazione in cui l'adempimento dei doveri posti dalla professione sanitaria – tra i quali certamente si colloca quello di rispettare le scelte consapevoli del malato – può entrare in conflitto con le convinzioni etiche o religiose del medico. E, tuttavia, essa non può essere disgiunta dal tema delle possibili conseguenze sul piano giuridico – sia in sede penale che in sede civile – derivanti dall'inosservanza delle direttive anticipate.

In buona sostanza, un riconoscimento ed una disciplina positiva del diritto all'obiezioni di coscienza intanto hanno senso in quanto si accolga il modello

¹²⁸ Per una ricognizione critica delle diverse proposte di legge, D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul c.d. "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, in questa Rivista, 2006, p. 265 ss.; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, ivi, p. 251 ss.; F. INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in Riv. it. med. leg., 2005, p. 9 ss. In argomento anche L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 73 ss.

¹²⁹ Fa eccezione il d.d.l. 773, presentato il 7 luglio 2006 dalle senatrici Binetti e Baio, il cui art. 7 stabilisce che "in caso di contrasto con la volontà espressa dal paziente nella sua dichiarazione anticipata di trattamento, al personale medico-sanitario è garantito il diritto all'obiezione di coscienza". Tale riconoscimento avviene, peraltro, in un contesto dal quale non emerge con chiarezza il grado di vincolatività delle "direttive anticipate".

¹³⁰ M. CASINI - M.L. DI PIETRO - C. CASINI, *Testamento biologico*, cit., p. 473 ss. Accenna al problema anche S. SEMINARA, *Le sentenze*, cit., p. 1565.

della “vincolatività assoluta”¹³¹; già più discutibili appaiono di fronte alla scelta della “vincolatività relativa”; mentre del tutto inutili (se non addirittura privi di senso) diventano di fronte ad un’opzione per la “assoluta non vincolatività”.

Laddove si dovessero adottare soluzioni legislative che prevedono una sorta di “diritto di ultima parola” in capo al medico curante, con la possibilità di disattendere le indicazioni del paziente, il riconoscimento positivo di un diritto all’obiezione avrebbe il sapore di una vera e propria superfetazione normativa, non scevra da una certa coloritura ideologica. Il rischio è che si determini, in questa ipotesi, un’inedita intersezione di piani tra opzioni di coscienza e scelte di scienza, che lungi dall’apportare un contributo, nei limiti del possibile, chiarificatore circa i doveri del medico nella sua relazione terapeutica con il paziente, rischiano invece di produrre ulteriore confusione. Solo laddove i margini di manovra per il medico dovessero restringersi, il riconoscimento del diritto all’obiezione sarebbe opportuno.

5. Una breve conclusione

Come accennato nei passaggi iniziali del presente contributo, il diritto non può esimersi dal prendere posizione su questioni che attengono ai campi sensibili della bioetica. L’ispirazione liberale ed il principio di laicità che caratterizzano il modello di Stato delineato dalla nostra Carta Costituzionale impongono, però, di prendere seriamente in considerazione tutte le varie visioni del mondo – religiose e non – che trovano diritto di cittadinanza nell’ordinamento. Non solo: esigono anche la ricerca di soluzioni che preservino, quanto più possibile, le convinzioni morali che escono (giuridicamente) sconfitte dal confronto¹³².

In questo contesto – per quanto non possa essere escluso a priori il riconoscimento di un ruolo per il diritto penale¹³³ – è auspicabile una sua “ritrosia ed una cautela di fondo”¹³⁴; il che discende del resto dal principio di *extrema ratio*.

¹³¹ Per una ricostruzione delle diverse opzioni in tema di vincolatività del c.d. “testamento biologico”, cfr. F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in questa *Rivista*, 2006, p. 64. Mette correttamente in relazione il riconoscimento del diritto all’obiezione con il problema della vincolatività del “testamento biologico”, V. TURCHI, *L’obiezione di coscienza*, cit., p. 1452.

¹³² D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., pp. 71-72.

¹³³ D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 71.

¹³⁴ M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., p. 514, che osserva come “laddove la libertà della persona, in taluni campi specialmente sensibili, si scontra con altri beni di grande rilievo, si

Nelle materie eticamente sensibili e controverse, l'approccio "laico" preferisce soluzioni in grado di salvaguardare i più ampi spazi di libertà. Diversamente, attraverso il ricorso alla sanzione penale, l'ordinamento rischia di fare "propria" una sola delle possibili opzioni in campo con inevitabile sacrificio delle altre¹³⁵, finendo col tradire l'obiettivo della indispensabile conciliazione tra responsabilità penale ed "esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo"¹³⁶.

Una legittimazione dell'intervento penale in settori – come quelli qui presi in esame – retti dal principio dell'autonomia libera e responsabile, può rinvenirsi solo nel principio liberale classico del "non causare danni a terzi"¹³⁷. La minaccia della sanzione criminale può, poi, ragionevolmente essere indirizzata nei confronti di soggetti che per il loro ruolo – si pensi in particolare ai titolari di qualifiche pubblicistiche – sono chiamati ad assicurare il rispetto degli spazi di libertà assicurati dall'ordinamento.

Ma anche in tali ipotesi appare non solo opportuna, ma anche necessaria l'apertura "alla rilevanza di situazioni che, sul piano oggettivo e/o soggettivo, delimitino 'isole' più o meno estese di non punibilità"¹³⁸.

Seguendo la traiettoria da ultimo tracciata, il crescente riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza non solo appare pienamente legittimo, ma non va nemmeno valutato negativamente. Ciò a patto che siano assicurati l'"eguaglianza di tutti i consociati" – anche attraverso l'individuazione di prestazioni sostitutive, che prevengano il rischio di un ricorso pretestuoso all'obiezione – e il "principio-dovere di solidarietà tra gli stessi". Sono questi, infatti, "i due principali limiti all'obiezione di coscienza" che la dottrina ha correttamente individuato¹³⁹. Se, del resto, un ordinamento laico, proprio perché

stenta ad accettare un radicale no al suo esercizio, accompagnato, nel caso di trasgressione da una sanzione penale".

¹³⁵ Sottolinea il rischio di un diritto penale "braccio secolare di imposizione di una particolare concezione morale, contrapposta ad altre", D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., p. 43

¹³⁶ L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, cit., p. 81.

¹³⁷ In argomento, ampiamente, G. FORTI, *Per una discussione*, cit., p. 308 ss. Si vedano anche, tra i contributi più recenti, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 ss., M. DONINI, *'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, ivi, p. 1546 ss., nonché i saggi contenuti nel volume AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. FIANDACA, G. FRANCOLINI, Torino, 2008.

¹³⁸ M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., p. 510.

¹³⁹ Così, R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza*, in *Dir. eccl.*, 1983, p. 333; in senso sostanzialmente conforme, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza"*, cit., p. 541 ss.; E. ROSSI, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servi-*

tale (e quindi aperto verso tutte le opzioni etiche) non ammette che uno dei consociati sia costretto a condotte contrarie alla sua libertà di coscienza ove esistano alternative percorribili nel contemperamento delle altrui scelte di libertà, allo stesso modo esso non può permettere che l'obiettore si trasformi in un boicottatore delle scelte operate dall'ordinamento (attraverso il ricorso a procedure democratiche) ed alla cui obbedienza lo stesso intenda sottrarsi.

zio militare. Profili giuridici e prospettive legislative, Padova, 1989, p. 76 ss.; S. RODOTÀ, *Problemi*, cit., 63; M. VENTURA, *Pillola del giorno dopo*, cit., p. 78; V. PACILLO, *Contributo*, cit., p. 206 ss. Sottolinea come un "ruolo di primaria importanza assume il dovere di solidarietà, sancito dalla nostra Costituzione all'art. 2, che si pone come criterio di equilibrio tra il momento della libertà, del diritto soggettivo, ed il momento della *responsabilità*", G. SALITO, *L'obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Procreazione assistita. Commento alle legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, Milano, 2004, p. 269.

Il punto su...
Colpa e tipicità

prof. FAUSTO GIUNTA
Università di Firenze

LA LEGALITÀ DELLA COLPA

SOMMARIO: 1. Ascrizione e descrizione nella teoria della colpa. – 2. L'evoluzione delle regole prudenziali: le cautele procedimentali. – 3. L'importanza del disvalore di azione nel reato colposo. - 3.1. In particolare: logica del profitto e violazione della normativa antinfortunistica. - 3.2. La violazione delle *leges artis* e il carattere solidaristico dell'attività medica. - 3.3. Le sfaccettature della colpa stradale. – 4. Disvalore di azione e riparazione. – 5. Il disvalore di azione nello specchio della tipicità. – 6. Colpa generica *versus* colpa specifica. – 7. Le prassi cautelari e la concertazione dei protocolli preventivi. – 8. Responsabilità colposa e riserva di legge: la “chiusura” del cerchio. – 9. La legittimazione del giudizio di colpa.

1. *Ascrizione e descrizione nella teoria della colpa*

L'incontro della teoria della colpa con il principio di legalità e i suoi corollari (dalla determinatezza all'irretroattività della legge penale sfavorevole, passando per l'attualmente vituperato canone della riserva di legge) era inscritto nel genoma della concezione autenticamente normativa del dovere di diligenza. Basti pensare a una delle prime tappe della “nuova” impostazione: la teoria dei reati colposi come “fattispecie aperte” – secondo la rinomata concezione di Hans Welzel¹ – conteneva *in nuce* l'esigenza di un completamento del fatto di reato. Ebbene, proprio sulla scorta delle critiche indirizzate alla teoria degli *offene Tatbestände*, che lasciava “aperti” i tipi colposi, non si manca di riconoscere oggi che la colpa è innanzitutto un problema di tipicità².

La storia è nota: per lungo tempo si è ritenuto del tutto pacificamente che detto completamento dovesse avvenire in base a valutazioni fattuali rimesse al giudice. Ed è opinione tuttora diffusa che l'implementazione del tipo colposo

¹ Cfr. *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fabrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, p. 14 s.; *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 82. Da noi, per tutti, v. G. FORTI, *Colpa ed evento*, Milano, 1990, p. 136 ss.

² Cfr. per esempio C. ROXIN, *Strafrecht*, München, 2006, p. 1063 s., che è stato tra coloro che hanno confutato l'impostazione welzeliana (C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Göttingen, 1970, p. 53 s.). Nella nostra più recente manualistica, v. S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, p. 413.

competa principalmente ai criteri di imputazione dell'evento non voluto. Da qui l'intreccio tra la dogmatica della colpa e quella della causalità, in nome del riscatto di entrambe le categorie dal rischio di favorire un regresso verso forme di *versari in re illicita*.

L'obiettivo prioritario delle tradizionali impostazioni normative, in perfetta continuità con le concezioni psicologiche di matrice ottocentesca, era infatti la conciliazione della colpa, quale forma di responsabilità per l'evento non voluto, con il principio di colpevolezza. Il problema della tipicità dei reati colposi rimaneva invece nell'ombra, perché veniva affidato agli anzidetti criteri di imputazione. Non c'è dubbio che essi, percorsi "a ritroso", consentono all'interprete di decifrare l'identità della regola cautelare violata, ravvisandola nel comportamento che, in base a un giudizio controfattuale del tutto simile a quello che si utilizza per l'accertamento della causalità, avrebbe evitato l'evento o quanto meno ne avrebbe ridotto in modo significativo le probabilità di verificazione. Si tratta, però, di un metodo ricostruttivo impervio e incerto, comunque pensato più per il giudice che sul concetto di negligenza è chiamato a costruire un giudizio di responsabilità penale, che per il cittadino il quale è tenuto quotidianamente a districarsi tra regole cautelari e situazioni di pericolo.

In breve: l'approccio tradizionale ricostruiva la tipicità colposa in termini non già descrittivi, ma puramente ascrittivi. In quest'ottica, e tornando alla struttura dei reati colposi, la condotta tipica corrispondente alla violazione della regola cautelare doverosa non costituiva un dato di partenza, ma l'esito di un complesso e articolato ragionamento imputativo.

Per questa impostazione, dunque, i tipi colposi verrebbero a differenziarsi dalle restanti fattispecie penali, il cui compito è per l'appunto quello di descrivere in termini generali e astratti il comportamento vietato, affinché sia conoscibile *ex ante* e possa fungere da regola di condotta. Orbene, una delle caratteristiche della dogmatica della colpa è stata, e continua a essere, il tentativo di giustificare questa deroga, ossia l'impossibilità di stabilire in anticipo e con sufficienti margini di certezza la regola cautelare doverosa dotata di efficacia liberatoria.

Si muove infatti dalla convinzione che le situazioni di pericolo che fanno scattare il dovere di diligenza non consentono, a causa della loro varietà, di prevedere e descrivere in termini astratti ed esaustivi il ventaglio delle regole cautelari doverose ed efficaci. La qual cosa – a ben vedere – significa negare la stessa possibilità di una tipicità. Così ragionando, la colpa diventa un giudizio direttamente sull'agente *hic et nunc*, dal momento che, al di fuori della media-

zione della tipicità (che è pur sempre predicato di una condotta), il giudizio di colposità finisce per investire direttamente l'agire concreto nella situazione concreta. E ciò a dispetto del diffuso insegnamento secondo cui una delle principali ricadute sistematiche delle concezioni normative della colpa è stata l'affermazione del reato colposo come illecito dotato, prima ancora che di una sua peculiare colpevolezza, di una sua peculiare tipicità. Detto altrimenti: rinunciando alla pre-determinazione della regola cautelare, come autonoma norma comportamentale, generale e astratta nonché distinta dal divieto penale e destinata a integrarlo, l'impostazione tradizionale e ancora prevalente giunge in realtà a esiti applicativi che non differiscono significativamente da quelli cui conducono le c.d. concezioni soggettive della colpa, le quali modellano il giudizio di responsabilità sull'evitabilità dell'evento in concreto secondo le capacità (anche superiori) dell'agente reale³.

Come si diceva, l'impostazione corrente, nel ricostruire *ex post* la tipicità colposa⁴, inclina a considerare la norma cautelare principalmente come una regola di giudizio nelle mani del giurista, piuttosto che come regola di condotta per il cittadino. Bisogna aggiungere adesso che, intervenendo *ex post*, i criteri di imputazione chiamati a forgiare la tipicità colposa risentono inevitabilmente, nella loro applicazione pratica, del senno di poi, con conseguente deformazione del giudizio di colpa. La recente giurisprudenza non manca di esempi. Si pensi alla nota vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera⁵: a

³ Per tutti G. JAKOBS, *Strafrecht*, Berlin, New York, 1991, p. 319 s., secondo il quale la responsabilità per colpa non si fonda sulla "mediazione" del dovere di diligenza, ma sull'obbligo di omettere la condotta negligente direttamente imposto dalla fattispecie incriminatrice, talché la negligenza non è una componente della colpa, bensì il rimprovero di colpa in se stesso. Analogamente, v. nella nostra letteratura U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, p. 31 s. Precisazioni al riguardo in M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 147 s. Per l'impostazione "soggettiva" v. anche G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 635 s.; G. STRATENWERTH - L. KUHNEN, *Strafrecht*, I, *Die Straftat*, Köln, 2004, p. 371.

⁴ Per tutti, H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, p. 564 s. Non devono fuorviare, invece, le rassicurazioni puramente verbali di quella parte della dottrina secondo la quale la violazione del dovere di diligenza va accertata in base a valutazioni *ex ante* (così per esempio J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2006, p. 249). Il giudizio rimane storicamente *ex post* e privo di correttivi rispetto all'influenza del senno di poi.

⁵ Con riferimento alle sentenze di merito (Trib. Venezia, sez. I, 22 ottobre 2001 e App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004), v. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1697 s. Con riguardo alla pronun-

differenza dell'agente che affronta la situazione di pericolo sulla base delle conoscenze consolidate e disponibili al momento della condotta, il giudice, nella tranquillità metafisica del suo pensatoio (dove la funzione di tutela della norma penale non pesa meno della giustizia del caso concreto), è in grado di distillare le cautele più varie, comprese quelle inverosimili *ex ante* o non ragionevolmente pretendibili, perché sproporzionatamente onerose o perché sperimentali o semplicemente perché non sufficientemente note e accreditate al momento del fatto.

2. *L'evoluzione delle regole prudenziali: le cautele procedurali*

L'elaborazione della responsabilità per colpa deve tenere in adeguata considerazione la fenomenologia dei fatti colposi che giungono all'attenzione del giudice penale.

In passato il laboratorio teorico della colpa si avvaleva di una casistica che rifletteva, seppure in ritardo sui tempi, gli stili di vita e i fattori di pericolo tipici della società preindustriale. Si trattava di accadimenti che conseguivano allo svolgimento di attività pericolose, per lo più corrispondenti all'esercizio di diritti di libertà (si pensi all'esempio, di carrariana memoria, della serva che con il lume a petrolio inavvertitamente dà fuoco alle tende della sala, o, per attingere alla letteratura meno risalente, ai casi della nutrice che nel sonno soffoca il neonato che le dorme accanto, del cacciatore che per errore ferisce il compagno di caccia, del contadino che dimentica di legare il cane mordace lasciando che aggredisca il passante, e via discorrendo).

Oggi la casistica di riferimento è ben diversa e comprende principalmente la causazione involontaria di eventi pregiudizievoli, che si verificano nello svolgimento di attività pericolose autorizzate in ragione della loro utilità sociale. Si pensi, per esempio, alla circolazione stradale, all'attività medica, alla produzione industriale e più in generale alla sicurezza sul lavoro; settori, questi, che, in misura ora maggiore ora minore, registrano da tempo un atteggiamento di fondo inteso alla tolleranza del rischio insito nello svolgimento dell'attività pericolosa. Si avverte l'esigenza, cioè, di far convivere coefficienti di

cia di legittimità che ha chiuso la vicenda giudiziaria (Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675), v. in senso critico D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 s. Per una diversa valutazione, v. R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007, II, c. 550.

rischio e utilità dell'agire⁶. Non a caso è in relazione alle attività pericolose socialmente utili che storicamente si è sviluppata la teoria del rischio consentito⁷, come area di franchigia penale per gli eventi verificatisi in presenza di regole cautelari idonee a ridurre i fattori di rischio, senza eliminarli del tutto⁸.

Ebbene, le regole cautelari tipiche delle attività socialmente utili esprimono con maggiore immediatezza il necessario bilanciamento tra l'interesse ordinamentale al loro svolgimento e la tutela dei beni giuridici. Ed è significativo che la dottrina più autorevole non annoveri più, tra le regole cautelari tipiche delle attività pericolose giuridicamente autorizzate, la c.d. regola dell'astensione⁹, la cui violazione darebbe vita – secondo l'opinione corrente – alla c.d. colpa per assunzione. Ciò conferma il carattere modale della regola cautelare¹⁰, la sua natura facoltizzante strettamente legata alla sua funzione, che è quella di indicare il modo in cui va svolta l'attività pericolosa. Per questa ragione la regola cautelare – qui il discorso attiene essenzialmente alla colpa generica – non può consistere *sic et simpliciter* in un dovere di astensione: diversamente opinando, infatti, essa finirebbe per operare come un divieto, ossia alla stregua del suo opposto logico. Con ciò non si intende negare che anche il divieto possa avere una funzione cautelare, ma semplicemente sottolineare che l'istanza di tipicità è pienamente soddisfatta solo dalla posizione di un divieto espresso, ossia dalla positivizzazione dell'esigenza prudenziale in forma di inibizione dell'attività pericolosa.

Ma vi è anche un altro dato, parimenti frutto della modernità, del quale

⁶ Per un'analisi di questi problematici settori sotto il profilo della responsabilità colposa, v. ampiamente P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Milano, 2003, p. 168 s.

⁷ Cfr. ancora H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 132 s. Nella nostra letteratura, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, p. 341, che costituisce su dette ipotesi la colpa c.d. speciale.

⁸ Su questo tipo di cautele, v. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 15 s.; l'A. definisce improprie le "regole cautelari che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo".

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 331 e 341.

¹⁰ Si tratta di un'affermazione sempre più condivisa. Da ultimo, in argomento v. G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, p. 947 s. Nella manualistica, S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 422 e 433.

occorre tenere conto. Le regole cautelari, che un tempo erano in prevalenza di produzione sociale, presentano oggi uno spiccato coefficiente di giuridicità. Il riferimento non è soltanto alle regole cautelari positivizzate da leggi e regolamenti, ossia poste da fonti abilitate alla produzione di norme giuridiche, quanto e soprattutto alla creazione di cautele che non discendono dall'alto di una volontà normativa, ma provengono dall'attività regolativa privata, sia essa spontanea (come avviene con le linee-guida sempre più frequenti nel campo della medicina), oppure indotta dalla normativa ordinaria (si pensi alla elaborazione del piano di sicurezza per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o all'adozione dei modelli organizzativi e gestionali quali condizioni di esenzione della responsabilità da reato dell'ente collettivo). Ciò che caratterizza questo fenomeno è l'esigenza di standardizzare il rischio insito nelle attività pericolose, sottraendo la scelta della cautela da adottare alla variabilità dell'esperienza individuale. Per questa via, in luogo delle tradizionali cautele, che si esauriscono in singole contromisure al fattore di rischio, si affermano progressivamente nella realtà di tutti i giorni regole prudenziali complesse, consistenti in programmi cautelari (i c.d. protocolli), i quali disciplinano lo svolgimento delle attività pericolose, secondo precise modalità e sequenze, che si intersecano con il costante monitoraggio dei fattori di rischio. Il dovere di diligenza si articola nel rispetto, talvolta prima ancora nella progettazione, di un'adeguata procedura prudenziale.

3. *L'importanza del disvalore di azione nel reato colposo*

Gli sviluppi della responsabilità colposa portano a rivalutare l'importanza del c.d. disvalore di azione dell'illecito colposo, per lungo tempo trascurata dalle concezioni normative, le quali, privilegiando il problema dell'imputazione, polarizzavano l'interesse sul disvalore di evento, onde contrastare la degradazione dell'offesa al ruolo di mera condizione di punibilità. Ogni teorica è figlia del suo tempo. Si comprende, pertanto, che una volta sottratta la colpa al cono d'ombra della responsabilità oggettiva occulta¹¹, si sia opportunamente acuita la sensibilità per il versante della tipicità colposa, sotto il profilo dell'eterointegrazione della fattispecie penale ad opera della regola cautelare.

Su quest'ultimo punto si tornerà più avanti. Al momento è necessario soffermarsi sull'importanza che ha assunto il disvalore di azione nel trattamento

¹¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 381.

dell'illecito colposo: esso, a parità di gravità dell'evento non voluto, differenzia oggi i reati colposi sotto il profilo del trattamento, dimostrando che il concetto di negligenza non è neutro e indifferenziato, ma consente di declinare la responsabilità penale ben oltre la tradizionale dicotomia tra colpa lieve e colpa grave.

3.1. *In particolare: logica del profitto e violazione della normativa antinfortunistica*

A titolo puramente esemplificativo si pensi alla colpa del datore di lavoro per violazione della normativa antinfortunistica. L'utilità sociale dell'attività imprenditoriale è fuori discussione. Il datore di lavoro, però, è chiamato a investire in sicurezza. Per lo più la violazione delle cautele doverose risponde in questa materia alla logica del risparmio, ossia del maggior profitto per la classe datoriale a discapito della sicurezza dei lavoratori. Ciò attribuisce alla negligenza un disvalore più accentuato, una sorta di antagonismo sociale latente. Da qui la severità della legislazione nella repressione di questo tipo di colpa (il riferimento è da intendersi alle aggravanti di cui agli artt. 589, comma 2, e 590, comma 3, c.p. e alla previsione della procedibilità d'ufficio per le lesioni personali) e il rigore condivisibile, anche se non privo di eccessi, della giurisprudenza in sede di accertamento (il pensiero va alla irrilevanza della colpa concorrente del lavoratore, che non fa venir meno la responsabilità del datore di lavoro anche quando questi ha fornito ai dipendenti le istruzioni di sicurezza previste dalla legge; egli, secondo la giurisprudenza, ha il dovere di assicurarsi che il lavoratore vi si conformi, talché solo comportamenti abnormi, ossia assolutamente eccezionali e imprevedibili, del lavoratore possono esonerarlo da pena¹², decretando che in questa materia non trova applicazione il generale principio di affidamento).

3.2. *La violazione delle leges artis e il carattere solidaristico dell'attività medica*

Diversamente, nel campo della responsabilità medica, stante l'impronta puramente altruistica dell'attività pericolosa, la recente giurisprudenza, con un chiaro *revirement* degli orientamenti rigoristici affermatasi nell'ultimo decen-

¹² *Ex plurimis* v. Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2008, Petrillo, in *Guida dir.*, 2008, n. 49, p. 72 s.; ID., 5 giugno 2008, Stefanacci, *ivi*, 2008, n. 33, p. 101 s.; ID., 8 aprile 2008, D. S., *ivi*, 2008, n. 27, p. 90; ID., 5 dicembre 2007, San Martino, *ivi*, 2008, n. 8, p. 48.

nio del secolo scorso, ha assunto un atteggiamento più equilibrato non solo in sede di accertamento della causalità (superando l'inaccettabile tesi che riconosceva rilevanza causale alla colpa del medico quando il suo agire diligente avrebbe assicurato probabilità di successo pari al 30%¹³), ma anche nell'individuazione dell'area del rischio consentito, che si è significativamente ampliata con l'abbandono della regola dell'astensione¹⁴. Non solo: a differenza di quanto accade, come già segnalato, con riguardo alla colpa del datore di lavoro per violazione della normativa antinfortunistica, nella recente giurisprudenza di legittimità un fattore di esclusione della responsabilità del medico viene ravvisato, pure in presenza della violazione delle *leges artis*, nella scarsa collaborazione del paziente, non tanto (come ovvio) nel caso estremo di legittimo rifiuto della terapia, quanto nell'ipotesi in cui il paziente sia refrattario al trattamento¹⁵, o contravvenga alle raccomandazioni del medico curante, anche sotto il controllo di quest'ultimo¹⁶.

In effetti la dimensione giudiziaria della colpa medica presenta indubbie particolarità. Sovente l'instaurazione del processo penale è funzionale non già all'affermazione del diritto penale sostanziale, ma al perseguimento di finalità ulteriori e ultronee. Si possono distinguere due diverse forme di strumentalizzazione della giurisdizione penale. La prima consiste nell'utilizzare il processo penale al fine precipuo di ottenere una condanna provvisoria al risarcimento dei danni, da definire in sede civile, con risparmio di tempo e soprattutto di costi (il pubblico ministero patrocinava gratuitamente la causa del paziente, il quale non deve sostenere nemmeno la spesa delle consulenze tecniche che si rendessero necessarie). La seconda strumentalizzazione è di segno opposto. Il paziente o i suoi parenti sono mossi da intenti di ritorsione nei confronti del medico, per il suo comportamento deontologicamente scorretto o per la scar-

¹³ Il riferimento è alla giurisprudenza dei primi anni '90. V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 1992, Silvestri, in *Dir. famiglia*, 1992, p. 580; ID., 12 luglio 1991, Leone, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 414.

¹⁴ V. l'analisi della casistica giurisprudenziale condotta da D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in questo *Annuario*, *infra*, p. 179 s.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, in *Dir. giust.*, 2005, n. 41, p. 42; in relazione a questa pronuncia v. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, *cit.*, p. 211.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti, che affronta il caso di un paziente che, operato di un tumore sottomandibolare e trasferito al reparto di otorinolaringoiatria prima del tempo di osservazione che, secondo la buona pratica clinica, avrebbe dovuto trascorrere in terapia intensiva, si alzava dal letto, si toglieva la maschera dell'ossigeno e riprendeva a fumare, andando incontro a morte per ipossia e ipercapnia. Anche su questa sentenza v. i rilievi di D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, *cit.*, p. 212 s.

sa sensibilità mostrata nei confronti del paziente. Poco conta la causalità del suo agire colposo: il processo serve a fargli scontare la colpa del suo modo di relazionarsi con gli assistiti. È del tutto ovvio che altro è la villania, altro la responsabilità penale.

Al fine di ovviare agli eccessi in cui è incorsa negli ultimi lustri la giurisprudenza, si potrebbero prendere in considerazione le proposte di sottrarre la responsabilità medica al raggio di azione del diritto penale¹⁷. A ben vedere, uno strumento di delimitazione normativa meno drastico esiste già. Il riferimento è al disposto dell'art. 2236 c.c., che circoscrive la responsabilità professionale ai soli casi di dolo o colpa grave quando lo svolgimento della prestazione comporta la risoluzione di questioni particolarmente complesse e difficili. A fronte di una parte della dottrina che, in nome dell'unità dell'ordinamento giuridico, considera tale clausola valevole anche per i reati colposi¹⁸, la giurisprudenza prevalente è ferma da tempo sulla conclusione opposta¹⁹.

Ma l'importanza del disvalore di azione nella responsabilità penale del medico sopravanza l'ambito della colpa in senso stretto e finisce per condizionare lo stesso confine tra il dolo e la colpa, denunciando come la semplice accettazione del rischio insito nella violazione delle *leges artis* si riveli insufficiente a configurare una responsabilità a titolo di dolo eventuale. Ciò emerge dalla recente giurisprudenza di legittimità, che muovendo dall'apprezzamento positivo dell'assunzione di rischio insita nello svolgimento dell'attività medica, ravvisa la colpa anche nei casi in cui l'agente imperito, operando in assenza di consenso o in presenza di consenso invalido, abbia accettato l'eventualità che si verifichi l'evento avverso²⁰. Per la sussistenza del dolo viene richiesta, infatti, una

¹⁷ Con riguardo alla legislatura in corso, cfr. per utili informazioni M. DE BAC, "L'errore non sarà più reato". Pronta la legge per i dottori, in *Corriere della Sera* del 16 novembre 2008, p. 24.

¹⁸ Cfr. A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, 1992, vol. XLIV, p. 1293 s. In argomento, v. ampiamente M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006, p. 747 s.

¹⁹ Cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2005, 28617, Ced 2005, 232447; ID., 25 settembre 2002, Amato, in *Riv. pen.*, 2003, p. 110; ID., 1° ottobre 1999, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469 con nota di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, p. 477 s. In argomento v. le perplessità di G. CANZIO, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 667 s. Di recente v. però Cass. pen., 21 giugno 2007, B., in *Riv. pen.*, 2008, p. 842, secondo cui, nel campo della colpa medica, l'art. 2236 c.c. può trovare applicazione come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà.

²⁰ Da ultimo, Cass. Sez. Unite, 18 dicembre 2008, Gulini, in *Guida dir.*, 2009, n. 7, p. 54 s. Poco prima, v. Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2008, M.D., in *Guida dir.*, 2008, n. 42, p. 99; ID.,

volontà di nuocere del tutto inverosimile, fino a prova del contrario, nell'agire del medico, che è pur sempre proteso al bene del paziente, anche quando l'intervento terapeutico sconfina nella temerarietà o si estrinseca nella violazione di diritti fondamentali del paziente, tra cui spicca il principio dell'autodeterminazione terapeutica.

3.3. *Le sfaccettature della colpa stradale*

Un discorso ancora diverso va fatto con riguardo ai reati stradali e segnatamente alle lesioni personali, anche gravi e gravissime. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale porta a distinguere sempre più nettamente due tipologie di reati colposi commessi in violazione della normativa in materia di circolazione stradale. Da un lato, vengono in rilievo gli eventi causati dall'inosservanza di regole cautelari che possono definirsi di tipo ordinatorio, in quanto la loro funzione preventiva si sostanzia nella necessaria condivisione da parte degli utenti della strada di codici comportamentali convenzionali, tali da rafforzare il principio di affidamento e rendere prevedibile l'altrui comportamento (il riferimento è all'obbligo di dare la precedenza a chi viene da destra, fermarsi allo stop, usare i segnalatori di direzione, ecc.). Si tratta di regole relazionali, perché mirano a ridurre i fattori di pericolo connessi allo svolgimento dell'attività pericolosa da parte di più soggetti, talché il loro coordinamento assume già in sé funzione preventiva. Dall'altro lato, il riferimento è ai reati connessi alla violazione delle regole cautelari la cui funzione precipua è quella di contenere i coefficienti di rischio della singola attività pericolosa in sé considerata, ossia indipendentemente dai rischi connessi all'interferenza dell'agire altrui (si pensi all'eccesso di velocità o all'inidoneità fisica dell'automobilista e al correlativo divieto cautelare di mettersi alla guida sotto l'influenza di sostanze alcoliche o stupefacenti).

Ebbene, come noto, in linea generale le lesioni personali colpose connesse alla violazione delle norme in materia di circolazione stradale sono soggette

16 gennaio 2008, *ivi*, n. 15, p. 93. Una tendenza analoga si riscontra in materia di lesioni personali causate nello svolgimento di competizioni sportive. La Suprema Corte ha ritenuto che rientra nell'ambito delle lesioni personali colpose anche l'atto di violenza fisica finalizzato a conseguire, sia pure in forma illecita, e dunque antisportiva, un obiettivo agonistico. Così, Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2005, F., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1584, con nota di S. RAFFAELE, *Tipicità e giustificazione di lesioni personali in ambito sportivo*, p. 1589 s. Ne consegue che il dolo dello sportivo viene a colorarsi di una connotazione ulteriore, qual è l'intenzione di arrecare un pregiudizio al soggetto passivo della violenza.

oggi alla competenza del giudice di pace, con la conseguenza che esse sono punite con una pena non detentiva. Evidentemente, alla base del trattamento sanzionatorio meno severo di tali ipotesi vi è un apprezzamento più benevolo del loro disvalore di azione, anche in considerazione della generalizzata deregolamentazione che caratterizza questo settore della vita sociale. Dal punto di vista sociologico, infatti, la colpa stradale costituisce la concretizzazione di un fattore di pericolo diffuso che interessa tutte le classi sociali allo stesso modo ed è soggetto a copertura assicurativa obbligatoria. Al rischio di diventare vittime di un reato colposo connesso alla violazione delle norme cautelari in materia di circolazione stradale corrisponde, cioè, il rischio di essere autore del medesimo fatto, con la conseguente identificazione del cittadino ora nelle vesti di artefice della negligenza, ora in quelle della vittima del reato.

Diversamente la responsabilità colposa di chi guida in condizione di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti è stata oggetto di un considerevole irrigidimento del trattamento sanzionatorio ad opera del c.d. pacchetto sicurezza (d. l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modifiche nella l. 24 luglio 2008, n. 125). Il riferimento è, da un lato, al ripristino per dette ipotesi della competenza del giudice ordinario, con conseguente ritorno alla pena detentiva, dall'altro lato, all'introduzione di due nuove circostanze aggravanti ad efficacia speciale per i delitti di omicidio e lesioni personali colposi (artt. 589, comma 3, e 590, comma 3, c.p.), che incrementano considerevolmente la pena e impediscono, a norma del nuovo art. 590-*bis* c.p. (anch'esso introdotto dall'anzidetto intervento novellistico), che le eventuali attenuanti concorrenti possano ritenersi equivalenti o prevalenti, salvo che si tratti della minore età (art. 98 c.p.) e, nel caso di cooperazione colposa, del contributo di minima importanza (art. 114 c.p.).

In breve, nell'ambito della colpa stradale, quale fenomeno trattato in linea di principio con benevolenza, la recente legislazione isola, in apparente controtendenza politico-criminale, un'ipotesi di responsabilità connotata da massima gravità sanzionatoria, in ragione dell'elevato disvalore di azione, a sua volta espressione di un'altrettanto grave colpevolezza, che sembrerebbe atteggiarsi come forma di rimproverabilità intermedia tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, sul modello dell'istituto della *Recklessness* (sconsideratezza)²¹, tipica del diritto penale inglese.

²¹ Il nostro legislatore parrebbe essersi ispirato all'accezione oggettiva di *Recklessness* (*type Recklessness*), per lo più criticata in dottrina (v. F. CURI, *Tertium datur*, Milano, 2003, p. 75 e p. 93), perché il giudice non deve accertare la decisione dell'agente di ignorare il rischio connesso al suo agire imprudente.

4. *Disvalore di azione e riparazione*

Il disvalore di azione incide dunque sulla gravità del reato colposo e ne influenza il trattamento sanzionatorio, differenziandolo in ragione del diverso apprezzamento ora della funzione sociale della condotta pericolosa da cui origina il reato colposo (altro è l'atto medico volto alla salute del paziente, altro l'uso dell'automobile al solo fine di provare l'ebbrezza della velocità), ora del tipo di regola cautelare in cui si sostanzia l'addebito (altro è l'errore che si verifica nell'esecuzione di un complesso protocollo terapeutico, altro il porsi alla guida in stato di ubriachezza).

Si consideri inoltre che, com'è noto, la minore gravità dei reati colposi, rispetto a quelli dolosi, dipende in linea di principio dalla loro natura involontaria e dal ritenuto maggiore impegno che occorre per evitarli: a differenza di quanto avviene per i reati dolosi, per evitare i reati colposi non basta semplicemente astenersi dal volerli, ma occorre altresì che l'agente si conformi ad apposite modalità esecutive di tipo cautelare. Ebbene, la natura non antagonistica del fatto colposo, che pregiudica la vittima, ma non si indirizza contro di essa, spiega l'odierna tendenza alla valorizzazione del risarcimento del danno come modalità di trattamento differenziato dei reati colposi, nella premessa che essa sia sufficiente a cicatrizzare il (modesto) conflitto sociale creato dal fatto dannoso involontario. Il riferimento va, *de iure condito*, all'art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che, pensando anche, se non principalmente, alle lesioni personali colpose connesse alla circolazione stradale (fatta eccezione, come si è detto, per i casi di guida in condizione di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti), consente al giudice di pace di dichiarare l'estinzione del reato quando l'imputato, pure avvalendosi della copertura assicurativa, ha dimostrato di "aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato".

Ma non solo: *de iure condendo*, sono allo studio meccanismi di conciliazione per le lesioni personali colpose connesse a malpratica medica, le quali mirano a favorire, con la necessaria collaborazione della compagnia di assicurazione della struttura sanitaria interessata, il tempestivo, ancorché non integrale, risarcimento del paziente offeso, disposto a rinunciare alla tutela giurisdizionale attraverso, se del caso, la remissione della querela eventualmente sporta²².

²² V. per esempio la delibera della Giunta della Regione Toscana n. 1019 del 27 dicembre 2007, con la quale è stata avviata la fase sperimentale di un servizio di conciliazione dei danni

Soluzioni conciliative di questo tipo non sono previste invece (e comprensibilmente) per i fatti colposi caratterizzati da un diverso e più accentuato disvalore di azione. Si pensi, per l'appunto, al settore della sicurezza sul lavoro: qui la violazione delle cautele antinfortunistiche sta a significare che il conflitto tra la finalità lucrativa perseguita dal datore di lavoro e il bene della sicurezza dei lavoratori, si è risolto con la prevalenza della prima sul secondo, ossia con un inaccettabile sovvertimento della gerarchia dei valori in campo.

5. Il disvalore di azione nello specchio della tipicità

Quanto si è venuto fin qui osservando testimonia che la responsabilità per colpa è entrata in una nuova fase evolutiva, caratterizzata, per un verso, dalla crescita d'importanza del disvalore di azione (a fronte dell'interesse prioritario tradizionalmente tributato al disvalore di evento dell'illecito colposo²³) e, per l'altro, dal conseguente spostamento dell'attenzione dai criteri di imputazione dell'evento ai connotati di tipicità della regola cautelare, quale elemento normativo integratore della fattispecie colposa.

Il numero chiuso dei reati colposi non dipende soltanto dal principio della loro espressa previsione legislativa (art. 42, comma 2, c.p.), ma anche dal numero chiuso (seppure in continua crescita, nonostante l'operare anche in questo settore della desuetudine) delle regole cautelari esistenti. Si tratta, dunque, di una doppia frammentarietà: la discontinuità propria del diritto penale si combina con il carattere puntiforme del dovere di diligenza, che si concretizza nel rispetto di regole di comportamento preesistenti alla situazione di pericolo e riconoscibili *ex ante* da parte dell'agente. Pertanto, i reati colposi sono sempre a "forma vincolata", posto che ogni violazione di regola cautelare scolpisce altrettante modalità della condotta tipica.

Questo profilo non ha mancato di affiorare nella giurisprudenza di legittimità, allorché si è correttamente affermato che il giudice non è facitore, ma solo fruitore di regole cautelari²⁴. Detto altrimenti: nell'accertamento della

conseguenti a errore medico. Sulle linee attuative della citata sperimentazione, che sono state approvate con successiva delibera n. 649 del 4 agosto 2008, v. l'articolo di M. MENCHINI, *In corsia l'errore si concilia*, ne *Il sole 24 ore*, Sanità Toscana, supplemento al n. 37 del 23-29 settembre 2008, p. 1.

²³ Nella nostra letteratura, v. ampiamente N. MAZZACUVA, *Il disvalore di azione dell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 241 s.

²⁴ Seppure isolatamente, v. pressoché testualmente Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, Frat-

colpa (*rectius*: della regola cautelare), al pari di quanto accade in materia di causalità, l'interprete ricorre a un sapere esterno e specialistico, che, se del caso, entra nel processo attraverso la consulenza tecnica (o meglio: attraverso il necessario contraddittorio tra gli esperti). Dal punto di vista metodologico, in entrambi i casi il giudice è vincolato da un parametro di giudizio che egli non crea, ma trova, trattandosi per l'appunto di un fondamentale elemento di tipicità: le leggi scientifiche di copertura per quanto concerne la causalità e la regola cautelare per quanto attiene la colpa. Sennonché, nell'accertamento della causalità la legge scientifica di copertura ha una funzione meramente descrittiva, mentre nell'accertamento della colpa la regola cautelare violata fonda il giudizio di antidoverosità della condotta.

Di conseguenza, per quanto si parli al riguardo di "legge causale" è fin troppo ovvio che il termine "legge" non è usato come sinonimo di "norma" in senso stretto. La causalità appartiene infatti al novero delle leggi descrittive, ossia prive di contenuto deontico²⁵, ragion per cui essa rileva come regola di giudizio, non di condotta. Ciò spiega perché, nonostante la sua indiscussa funzione integratrice della causalità, la sua scoperta successiva al fatto di reato sfugge alla disciplina della legge penale nel tempo. La spiegazione causale si fonda su una legge che, affermando una verità (anche sopraggiunta), ha una efficacia necessariamente retroattiva. La validità di un giudizio espresso in termini di verità è sottratto infatti al trascorrere del tempo.

Diversamente, e come si è già detto, le norme cautelari nelle quali si rifrange il dovere di diligenza sono prima di tutto regole di condotta per il cittadino e, successivamente, nel caso di loro violazione, fungono da regole di giudizio ai fini di un'eventuale affermazione di responsabilità. In questo caso il parametro di giudizio non potrà che coincidere con quello che *ex ante* fungeva da norma di comportamento, con conseguente assoggettamento dell'avvicendamento di regole cautelari ai principi che governano la temporalità nel diritto penale²⁶. In

ta, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1217, secondo la quale aggiunge che "in tema di colpa [...] il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute o conoscibili dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia".

²⁵ G.H. VON WRIGTH, *Norma e azione*, trad. it., Bologna, 1989, p. 41.

²⁶ Sul complesso fenomeno delle modificazioni mediate della fattispecie colposa per successione di regole cautelari integratrici, v. diffusamente D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 477 s.; nonché L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 248 s.

questo senso, l'accertamento della colpa del fatto storico presuppone l'accertamento della colpa del fatto tipico (ossia la previa individuazione della cautela doverosa). Essendo la fattispecie colposa aperta, il suo completamento deve precedere la sua applicazione. È quanto accade, del resto, nei casi in cui il legislatore ricorre alla tecnica del rinvio. Ebbene, in relazione alla colpa generica è acquisizione condivisa che le qualifiche di negligenza, imprudenza e imperizia siano elementi normativi; nelle ipotesi di colpa specifica, poi, la fattispecie penale è eterointegrata per definizione.

6. Colpa generica versus colpa specifica

L'attenzione per la legalità della colpa ha reso palese il vuoto di positività che caratterizza la colpa generica e, soprattutto, le implicazioni negative che ne discendono sul versante della determinatezza dei reati colposi²⁷.

Per ovviare a quest'ultimo inconveniente parte della dottrina tedesca ha ritenuto di elaborare una complessa criteriologia finalizzata a declinare il requisito dell'*Anlass* (ossia della percepibilità della situazione di pericolo), in modo da rendere preventivamente l'esito del giudizio di responsabilità colposa²⁸. Questo schema di ragionamento, sebbene miri a vincolare la discrezionalità del giudice, non incrementa per contro la determinatezza della responsabilità sotto il profilo della regola di condotta cui deve attenersi il cittadino. Detti criteri, infatti, si dirigono esclusivamente al giudice quali strumenti diagnostici della colpa. Non a caso è stato osservato che in fondo questa impostazione propone una moderna lettura della colpa basata sulla psicologia della percezione²⁹, la quale, mentre consente di individuare quando e a quali condizioni l'agente avrebbe dovuto rendersi conto della situazione di pericolo, non contribuisce a specificare, specie in assenza di cautele positivizzate, a quali regole di comportamento avrebbe dovuto attenersi l'agente che avesse percepito correttamente i fattori di rischio della sua condotta.

Com'è evidente, il problema più avvertito è costituito oggi dalla tendenziale indeterminatezza della colpa generica. Così, mentre in passato, quando la

²⁷ In argomento, v.: G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Tübingen, 2001, in particolare, p. 135 s.; R.A. MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002, p. 32 s.; A. COLOMBI CIACCHI, *Fahrlässigkeit und Tatbestandesbestimmtheit*, Köln, 2006, p. 13 s.

²⁸ Cfr. G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit*, cit., p. 410 s.

²⁹ Così A. COLOMBI CIACCHI, *Alla ricerca della determinatezza della fattispecie colposa: i recenti sviluppi della dottrina tedesca*, in *Indice pen.*, 2005, p. 772 s.

positivizzazione delle cautele era un fenomeno marginale, la dottrina prevalente si sforzava di omologare la colpa per inosservanza di legge alla colpa generica (ritenendo che anche l'essenza della prima risiedesse essenzialmente nella prevedibilità/evitabilità dell'evento), oggi, in presenza di regolamentazioni precauzionali minute e dettagliate sempre più frequenti, si avverte la necessità di ricostruire la colpa generica alla stregua dei migliori standard di tipicità cui può pervenire la colpa specifica quando la fattispecie colposa è integrata da una regola cautelare determinata sotto il profilo della condotta e del suo presupposto di operatività.

Da qui le riserve che sono state avanzate in relazione all'eccessiva elasticità del principale parametro di modulazione del dovere di diligenza nella colpa generica. Il riferimento è da intendersi alla figura dell'agente modello³⁰, che finisce per allargare eccessivamente il raggio di azione del dovere di diligenza e la circonferenza della responsabilità colposa. Del resto una delle ragioni di apprezzamento della figura del *bonus pater familiae*, che è l'ascendente diretto dell'agente modello, risiede non a caso nella indeterminatezza degli standard valutativi di riferimento, propria delle strutture elastiche del diritto³¹. Da qui, e coerentemente, la comprensibile opposizione – ma con riferimento precipuo alla diversa struttura e funzione della responsabilità civile – a quelle letture delle clausole generali, ivi comprese le nozioni di diligenza e perizia, che puntino a ricondurle entro schemi di normalità statistica³², tali da frustrare la duttilità applicativa di dette regole aperte.

Sennonché nel diritto penale questa impostazione del dovere di diligenza, che ha incontrato oppositori pure nel settore civilistico³³, va ribaltata, per l'importanza prioritaria e assorbente che riveste l'istanza di certezza. Quest'ultima viene perseguita anche a discapito della completezza della tutela

³⁰ Cfr. V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss. nonché ID., *Colpa*, in *Diritto penale*, della Serie "I dizionari sistematici", a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 145 s. Per una recente ricapitolazione dei criteri di individuazione dell'agente modello e degli argomenti che militerebbero a favore della sua persistente validità, tuttora ritenuta dalla dottrina dominante, v. F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, p. 280 s.

³¹ Di recente in argomento, v. E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 81, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³² S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 721 s.

³³ Cfr. per esempio C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. Le regole sulla responsabilità contrattuale da Potbier al codice civile italiano del 1942*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 993 s. e in particolare p. 1006 s., che considera "imprecisa e contraddittoria" la figura del buon padre di famiglia.

(principio di frammentarietà). Si tratta di una scelta ideologica: il nostro sistema, seguendo una tradizione oramai risalente e diffusa, ha subordinato chiaramente la tutela penale alla legalità, quale valore prioritario.

7. *Le prassi cautelari e la concertazione dei protocolli preventivi*

Se parametri di giudizio totalmente elastici o, da altra angolazione, interamente fattuali non consentono di forgiare un giudizio di colpa penale rispettoso dell'istanza di legalità – fondato cioè su regole cautelari riconoscibili e, in quanto tali, preesistenti sia al giudizio che alla stessa condotta – non resta che cercare soluzioni alternative. In questa prospettiva è utile ricordare che il dovere di diligenza non è un concetto esclusivamente penalistico; quanto ai suoi contenuti, essi hanno una matrice sociologica, considerato che, per comune riconoscimento, le regole cautelari provengono, attraverso una lenta decantazione, dall'immenso serbatoio dell'esperienza collettiva.

Si può parlare al riguardo di prassi cautelari rilevanti per il diritto, che derivano dallo stesso processo di formazione della consuetudine³⁴, la quale, nell'epoca del primato del diritto positivo, ha mantenuto significativamente una presenza, seppure defilata, nel novero delle fonti di produzione. D'altro canto, le prassi cautelari hanno influenzato a lungo la fisionomia della colpa anche al di fuori della materia penale. Basti ricordare che, nel campo della responsabilità civile, il criterio dell'osservazione statistica della realtà (*id quod plerumque accidit*) è stato utilizzato per dare sostanza alla figura del buon padre di famiglia, per impedire cioè che essa, trasformandosi in una pura idealità, si rifrangesse negli opposti parametri ora del *vir diligentissimus*, ora dell'*aurea mediocritas*³⁵. È caratteristica delle figure ideali cui sovente ricorre l'argomentazione giuridica, infatti, condensare metaforicamente opposti inconciliabili, lasciando poi al giudice il compito di sciogliere caso per caso e a sua discrezione l'antinomia.

Il riferimento alle prassi cautelari laicizza la nozione di diligenza, conferendole un carattere tecnico e contrastandone l'immanente tensione etica. Diversamente, l'accezione deontologica dell'agente modello, apparendo sempre più

³⁴ Nella manualistica, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 330 s.

³⁵ P. FORCHIELLI, *Difendiamo il "buon padre di famiglia"*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t.1, Milano, 1991, p. 293 s. e spec. p. 294, che, intendendo "il buon padre di famiglia" come sinonimo di "buon cittadino", finisce per identificare il criterio misuratore del dovere di diligenza con il "comportamento della maggioranza dei cittadini".

il ritratto dell'uomo con troppe qualità, esercita una spinta costante verso livelli di eccellenza nell'adempimento dell'aspettativa di diligenza anche a discapito della certezza e riconoscibilità della regola cautelare³⁶. Non si dimentichi infatti che la colpa, come tutti i parametri normativi, non sta nella testa di chi agisce, ma in quella di chi giudica. In breve: dare di più è certamente auspicabile ed eticamente apprezzabile; un atteggiamento meno solidaristico, però, non può essere penalmente stigmatizzato nella misura in cui esso si sia conformato alle regole prasseologiche disponibili, pur senza correggerle o migliorarle. Deve trattarsi – ovviamente – delle prassi più diffuse e migliori tra quelle consolidate perché solo esse consentono un punto di equilibrio tra l'istanza di tutela, da un lato, e la riconoscibilità della regola, dall'altro.

Non solo: i recenti sviluppi della nozione di consuetudine, mentre tendono a sminuire l'importanza tradizionalmente riservata al requisito soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis* (elemento, questo, capace di perpetuare più che fondare la norma consuetudinaria), valorizzano il profilo oggettivo della ripetizione dell'uso, aggiungendo un nuovo e fondamentale elemento strutturale, costituito dall'origine necessariamente non conflittuale della consuetudine³⁷, quale regola che, nel silenzio delle istituzioni preposte alla produzione del diritto, nasce dalla spontanea autoregolazione del corpo sociale. Si attenuano così i rischi, paventati di recente³⁸, di avere delle consuetudini caratterizzate dallo stesso inconveniente delle leggi: ossia l'essere il prodotto di una maggioranza ai danni di una minoranza soccombente. Se si accetta questa impostazione la consuetudine non potrebbe essere né causa, né espressione di un conflitto sociale, là dove una siffatta eventualità non può escludersi invece per le leggi, specie se prodotte da un Parlamento espressione di un sistema elettorale maggioritario.

Peraltro lo spontaneismo che caratterizza il processo di formazione delle prassi cautelari non preclude affatto spazi al confronto tra i soggetti interessati ai fattori di rischio, ossia tra coloro che li producono e coloro che vi sono esposti. Più che mai nella moderna società del rischio è necessario favorire e incrementare la partecipazione democratica alla valutazione dei livelli di tute-

³⁶ Per una ricognizione sul versante civilistico, v. E. CARBONE, *Diligenza e risultato*, cit., p. 85.

³⁷ In argomento, di recente, v. S. ZORZETTO, *Introduzione*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. Zorzetto, Pisa, 2008, p. 13 s.

³⁸ A. GENTILI, *La consuetudine nel diritto civile, dall'opinio juris all'electio juris*, in *La consuetudine giuridica*, cit., p. 150 s.

la. A differenza dello strumentario tradizionale che affida al giudice questo compito, il metodo della concertazione rimette al corpo sociale la determinazione delle prassi cautelari, le quali, se ritenute insoddisfacenti, possono essere pur sempre neutralizzate da un'apposita positivizzazione di regole più efficaci e sovraordinate. Ciò accresce la legittimazione della responsabilità colposa, omologandola al principio di legalità ed escludendo che competa al giudice (peraltro al giudice tecnico, ossia reclutato per concorso), il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard di tutela più elevati.

Volendo, ci si può anche intrattenere sulla minore efficacia preventiva delle prassi cautelari rispetto a quella della migliore scienza ed esperienza e discettare, su basi pseudoempiriche che non vanno oltre l'orizzonte soggettivo degli usi praticati o conosciuti, su quanto le prassi siano sciatte o virtuose. È un modo, non un argomento, per eludere il problema della legalità della colpa, là dove sarebbe già un risultato tutt'altro che trascurabile che le condotte pericolose si conformassero alle migliori prassi applicative distillate dai settori più efficienti e sensibili della nostra non disprezzabile società.

8. Responsabilità colposa e riserva di legge: la "chiusura" del cerchio

Solo la previa determinazione della regola cautelare consente dunque di omologare la colpa al principio di determinatezza. Il rischio consentito, da questa angolazione, altro non è che l'effetto liberatorio dell'osservanza delle cautele doverose. Esso, per contro, viene a perdere il rilievo di categoria autonoma, destinata a raccogliere criteri che, attraverso un bilanciamento degli interessi inevitabilmente discrezionale, consentano al giudice di ritagliare *ex post* l'area di accettabilità sociale dell'evento non voluto che diparte dalla condotta pericolosa³⁹.

³⁹ In argomento, cfr. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 55 s. Tra i tanti che hanno espresso riserve sulla nozione di rischio consentito sotto il profilo della sua esatta delimitazione operativa, v. M. GALLO, *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, p. 640; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 209 s.; e più di recente G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 548, i quali osservano correttamente che la categoria del rischio consentito comporti "valutazioni e bilanciamenti che sarebbe opportuno non affidare al solo giudice penale". In termini più generali, per una critica della dottrina e della pratica giudiziaria che riconoscono al giudice sempre maggiori ambiti di discrezionalità, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 499.

D'altro canto, ritenendo che, come nella colpa per inosservanza di legge, anche nella colpa generica il dovere di diligenza si sostanzia nell'osservanza di regole (cautelari) di condotta, ne discende che l'indiscussa unità strutturale della responsabilità colposa comporti in ogni caso l'eterointegrazione della fattispecie penale: ossia la sua "chiusura" ad opera di regole positivizzate o prasseologiche.

Si porrebbe a questo punto il problema della compatibilità della colpa con il canone della riserva di legge, quando la regola cautelare è posta da una fonte non legislativa. Con riguardo alla colpa specifica la questione potrebbe risolversi invocando la giurisprudenza costituzionale che ammette l'eterointegrazione quando è funzionale alla specificazione tecnica della norma penale⁴⁰. La specificazione tecnica è infatti la caratteristica della regola cautelare, specie di quella positivizzata. Semmai, maggiori dubbi potrebbero sollevarsi in relazione alla colpa generica: il ricorso agli usi – è stato obiettato – sarebbe una violazione della riserva di legge addirittura plateale⁴¹. In realtà, l'eterointegrazione della fattispecie colposa attraverso gli usi si porrebbe pur sempre nell'ambito, comunemente ammesso, della consuetudine integratrice⁴². Ma il punto non è questo: bisogna tener conto che l'alternativa comunemente praticata – ossia il completamento della fattispecie colposa attraverso le valutazioni fattuali del giudice – porta a conseguenze ben più gravi, perché viola tutte le articolazioni del principio di legalità, non solamente il corollario della riserva di legge.

Il profilo assorbente è dunque un altro ed è stato colto dalla citata giurisprudenza costituzionale. La specificazione tecnica della fattispecie incriminatrice da parte di fonti subordinate alla legge, come tali non abilitate alla produzione del diritto penale, è ammessa se serve ad assicurare alla fattispecie la necessaria determinatezza, posto che l'indeterminatezza della norma penale aprirebbe un *vulnus* maggiore, qual è l'*arbitrium iudicis*. In breve: pensate come garanzie che si sommano l'una all'altra, la riserva di legge e la determinatezza entrano oggi, sempre più spesso, tra loro in bilanciamento, con preva-

⁴⁰ Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1755, con nota di F. CERVETTI, *Legge n. 818 del 1984 e questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 1764 s.; v. anche i commenti di: F. ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3021 s.; G. VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 996 s.

⁴¹ Così L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 503.

⁴² S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 121.

lenza dell'istanza di certezza. È quanto accade nelle fattispecie eterointegrate da fonti non legislative e, dunque, nella gran parte dei reati colposi.

9. La legittimazione del giudizio di colpa

Come si diceva in apertura, il principio della riserva di legge è oggetto oggi di una rivisitazione critica certamente opportuna, ma anche connotata da esasperazioni non sempre disinteressate, in quanto intese a screditare il vincolo della legalità nel suo complesso, e per altro verso, mirate a legittimare gli eccessi di creatività del diritto vivente e la reattività della giurisprudenza nei confronti delle scelte legislative non condivise. A quest'ultimo proposito, talune vociferazioni dottrinali trovano addirittura un inopinato e intempestivo seguito in quelle ordinanze di rimessione che chiamano in causa la Corte costituzionale nell'improprio ruolo di censore del merito legislativo (magari in nome di quel canone di giudizio, rappresentato dal principio di ragionevolezza, che si vuole sempre più flou)⁴³.

Ciò non significa misconoscere che gli input comunitari di tutela sempre più frequenti e stringenti⁴⁴, da un lato, e la crescente presenza di fattispecie incriminatrici integrate da fonti non legislative, dall'altro, portino a ridimensionare il monopolio del Parlamento nella produzione del diritto penale, sotto il profilo della pienezza e responsabilità della scelta politico-criminale.

Il punto è soprattutto un altro: la crisi più profonda è di tipo culturale e riguarda il principio di soggezione del giudice alla legge⁴⁵. Questo fondamentale cardine della nostra tradizione culturale e istituzionale sembra essere divenuto figlio di un dio minore, nonostante la sua dignità di principio costituzio-

⁴³ Di recente v. ad esempio Trib. Padova (Ufficio del GIP), ord. 18 luglio 2006. Il giudice rimettente, muovendo dall'erronea premessa secondo cui l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale consentirebbe oggi un sindacato sulla ragionevolezza intrinseca delle scelte legislative, chiedeva alla Corte di dichiarare illegittimi più profili della nuova disciplina della prescrizione come modificata dalla l. 251 del 2005. Sul prevedibile rigetto della questione da parte della Corte (sent. 324 del 2008), v. D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle "riforme penali di favore": un limite tecnico o di moderazione politica?*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2008, p. 780 s. (delle bozze di stampa).

⁴⁴ In argomento di recente C. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in questo *Annuario*, 2007, p. 377 s.

⁴⁵ Su questo tema, v. i contributi di W. HASSEMER (*Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*), G. HIRSCH (*Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*) e B. RÜTHERS (*Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*), in questo *Annuario*, 2007, p. 73 s.

nale. La crisi della politica si è estesa progressivamente al primato della legge, quale frutto della politica proveniente dal Parlamento. Per converso, a fronte della legittimazione puramente tecnica della giurisprudenza, tende a riemergere, specie nei settori maggiormente connotati dall'inadeguatezza della nostra legislazione, la mai sopita dimensione etica del giudicare, che si fonde con l'ineliminabile componente politico-criminale dell'interpretazione.

Di ciò, nei termini che si è cercato di descrivere, risente anche la teoria della colpa. Va da sé che la crisi della legalità non può essere colmata dalla suppletiva della giurisprudenza, senza accentuare il problema della legittimazione delle scelte che il giudice effettua *praeter legem*. Il problema si pone in particolare per la modulazione del principale ganglio operativo del giudizio di colpa, rappresentato dal dovere di diligenza: essa richiede una più profonda legittimazione sostanziale, quale condizione irrinunciabile per l'efficacia e la giustizia della tutela. Mai come in questo momento storico la società del rischio ha bisogno di potenziare lo strumento della responsabilità colposa, non prima di averlo omologato ai principi fondamentali del diritto penale.

prof. DARIO MICHELETTI
Università di Siena

LA COLPA DEL MEDICO PRIMA LETTURA DI UNA RECENTE RICERCA “SUL CAMPO”

SOMMARIO: 1. Il formante giurisprudenziale del diritto penale della medicina. – 2. Lo stato della giurisprudenza penale sulla colpa medica. – 3. La tipicità colposa nella recente giurisprudenza: prove tecniche di normativismo. – 4. L'emancipazione della condotta tipica colposa da quella meramente causale. – 5. Il carattere modale della regola cautelare. – 6. L'abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica. – 7. Il contenuto della regola cautelare: un determinato e positivo paradigma deontologico. – 8. I pericoli di volatilizzazione della regola cautelare. a) La *culpa in re ipsa* nella valutazione della diligenza esecutiva. – 9. b) La prescrizione del reato colposo: una grave minaccia alla precisione contentutistica della regola cautelare. – 10. Il controverso criterio di determinazione della regola cautelare nel diritto penale della medicina. – 11. La crisi del giudizio predittivo nella giurisprudenza sulla colpa medica. – 12. La colpa specifica del medico: un'ipotesi in via di espansione. – 13. L'evento tipico delineato dal c.d. nesso di rischio. – 14. Il comportamento del paziente quale causa di esclusione della tipicità colposa.

1. *Il formante giurisprudenziale del diritto penale della medicina*

Nel campo della responsabilità medica, come in pochi altri settori, l'elaborazione giurisprudenziale è venuta progressivamente assumendo un ruolo costitutivo del diritto vivente, sottoponendo a verifica e talvolta rinnovando le categorie fondamentali della parte generale (dalla causalità alla colpa, dalle cause di giustificazione alla cooperazione colposa). Per questa ragione la responsabilità penale del medico costituisce la materia ideale per una lettura ad un tempo analitica e sistematica del diritto giurisprudenziale, che può avvalersi oggi degli esiti di una più ampia investigazione sul complesso e tormentato tema del rapporto tra medicina e diritto penale¹. In questa cornice il presente studio prende in considerazione le sentenze della Cassazione (citate nelle pagine che seguono con diretto riferimento al dattiloscritto originale) in materia

¹ Il riferimento è alla ricerca, finanziata dal Ministero dell'Università e della Ricerca, dal titolo «Le nuove frontiere del diritto penale della medicina», condotta negli anni 2006-2007 dalle Università di Bologna, Firenze, Pisa (Scuola Superiore Sant'Anna) e Siena, e i cui esiti sono raccolti nel volume *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI - F. GIUNTA - R. GUERRINI - T. PADOVANI, Pisa, 2009.

di colpa medica pronunciate nell'ultimo quinquennio. Ove siano oggetto di valutazioni, sono queste da riferirsi agli aspetti tecnico-giuridici desumibili dalla sentenza di legittimità, non potendo né volendo rilevare ai fini questo lavoro il merito della questione.

2. *Lo stato della giurisprudenza penale sulla colpa medica*

Copiosità e problematicità: sono queste le cifre caratterizzanti la recente giurisprudenza penale sulla colpa medica². Nella prima si specchia il definitivo superamento di quell'impostazione paternalistica, un tempo prevalente, che vedeva nel medico – specie se di estrazione accademica – il *dominus* incontrastato del rapporto terapeutico e in quanto tale oggetto di sporadiche attenzioni da parte della giurisprudenza se non di una sorta di immunità di fatto³. La seconda denota l'accresciuta complessità della materia, che affianca ai tradizionali nodi della colpa penale, ulteriori questioni non meno impegnative da risolvere, la cui corretta messa a fuoco è peraltro favorita dall'accresciuta consapevolezza giurisprudenziale del problematico contesto operativo in cui è ambientato il giudizio di responsabilità.

Non v'è attività – infatti – quanto quella medica che rischi di alimentare forme di responsabilità oggettiva o da posizione. Il problema non sta solo nel fatto che essa è caratterizzata da un'intrinseca componente d'insuccesso, di talché occorre evitare di imputare al singolo un esito infausto che, al momento in cui ha agito, non era fronteggiabile. I fattori che alimentano forme di responsabilità oggettiva sono anche altri e non meno temibili, tra i quali non vanno sottovalutati i vincoli organizzativi e di spesa del sistema sanitario, che inducono non di rado il medico ad operare in condizioni non ottimali, con il rischio di dovere svolgere un'attività per cui non si era oggettivamente o soggettivamente in grado di intervenire. Per non parlare poi dello spirito scienziata ed antropodeistico che pervade la nostra società contemporanea, in quanto tale refrattaria a riconoscere i limiti e talora l'impotenza della scienza medica, preferendo individuare nel singolo operatore le cause di una vulnerabilità esistenziale cui ideologicamente ci si ribella. È soprattutto da questa moderna

² Su entrambi questi aspetti si vedano i dati e le considerazioni di F. ANGIÒ, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1279 ss.

³ In argomento F. GIUNTA, *Medico (responsabilità penale del)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale, serie I dizionari sistematici*, Milano, 2008, p. 876 ss.

cultura, oltreché dall'obnubilante prostrazione, che erompono le pulsioni imputative delle vittime: pulsioni che la fragilità del processo civile finisce per riversare interamente sul processo penale sino talora a travolgere, per emotività, compassione, impreparazione tecnica, o mal celato protagonismo, taluni magistrati requirenti.

La giurisprudenza, specie di legittimità, non è certo ignara di questi pericoli. Non li può però che fronteggiare per il tramite delle logore categorie dogmatiche su cui continua a strutturarsi la colpa. Le criticità non riguardano tanto la fase dell'imputazione dell'evento colposo, rispetto alla quale si registrano anzi significativi passi in avanti: basti pensare all'affermazione giurisprudenziale del c.d. nesso di rischio (v. *infra*, § 12), o della c.d. causalità della colpa⁴, senza sottovalutare alcuni embrionali e pionieristici tentativi di utilizzazione dell'art. 2236 c.c. in chiave scusante⁵. Il *punctum dolens* resta la ricostruzione della tipicità colposa, che da un lato continua a soffrire dell'irrisolto intreccio tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia, risentendo dall'altro lato delle irrimediabili carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento della regola cautelare. Il primo inconveniente rende quanto mai incerta la distinzione tra tipicità colposa e omissiva, con la conseguenza, fra l'altro, di conferire un'ancipite se non ambigua collocazione al giudizio controfattuale, impiegato ora come criterio diagnostico della causalità omissiva ora come verifica dell'idoneità preventiva della regola cautelare⁶. La crisi della prevedibilità declinata secondo l'agente modello⁷ ha finito invece per smascherare l'esistenza di un vuoto diagnostico che la giurisprudenza – ma non solo – ritarda a colmare (tranne che con una sovraesposizione dello strumento peritale) non indicando con fermezza quale sia l'alternativo e univoco parametro tecnico alla luce del quale stabilire la regola comportamentale di cui si addebita la trasgressione.

Obiettivo di questo lavoro non è, comunque, la fotografica rappresentazione della prassi giurisprudenziale in questa materia. Sarebbe del resto ipocrita

⁴ Fra le molte: Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, p. 6; Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2005, Pauletti, p. 13; Cass. pen., sez. IV, 30 gennaio 2008, Bruno, p. 7; cass. IV, 30 gennaio 2008, Di Masi, p. 7.

⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2007, Buggè, p. 8; Cass. pen., sez. IV, 12 febbraio 2008, Gervasoni, p. 3 s.

⁶ In argomento, per tutti, P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1969 ss.; F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 1281 ss.

⁷ *Ex plurimis* V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.

millantare una neutralità espositiva che non si confà, a ben riflettere, ad alcun giurista. Ci si prefigge semmai di rappresentare le principali tendenze interpretative emerse in una giurisprudenza vieppiù avvezza all'utilizzo delle categorie dogmatiche, non meno che pronta ad assumere un'autonoma funzione teorizzatrice, misurandone la distanza rispetto a una ben precisa concezione della colpa, che è quella usualmente definita come normativa. Il tutto focalizzando l'attenzione sulle più significative decisioni dell'ultimo lustro, che saranno qui di seguito ripartite secondoché esse riguardino l'individuazione del paradigma comportamentale che si contesta al soggetto agente di non aver osservato ovvero la delimitazione dell'evento tipico.

3. *La tipicità colposa nella recente giurisprudenza: prove tecniche di normativismo*

È un dato ormai scontato nella moderna dottrina che la colpa, prim'ancora di esprimere un minore giudizio di rimprovero, assume una dimensione oggettiva, sino al punto di distinguersi dal dolo quale modello specifico di illiceità⁸. Il reato colposo non corrisponderebbe, dunque, da questa angolazione, a un semplice "comportamento offensivo che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare". È invece un "comportamento offensivo, *contrastante con un parametro comportamentale*, che si addebita al soggetto di non aver saputo evitare". La differenza tra le due formule – com'è evidente e noto – sta tutta nel ruolo della regola di diligenza, la quale viene impiegata già nel versante oggettivo per distinguere la condotta tipica da quella meramente causale.

Una tale impostazione, comunemente denominata come "normativa", ha trovato un pieno e incondizionato riconoscimento nella più recente e autorevole giurisprudenza di legittimità, ove si legge a chiare lettere:

«La premessa teorica da cui occorre prendere le mosse sul tema della colpa è costituita dalla constatazione dell'avvenuto superamento delle più risalenti teorie che fondavano la responsabilità colposa su elementi psicologici. Oggi è ormai pressoché generalmente accettata la costruzione teorica che afferma la *natura normativa* della colpa [...] nel senso che *il fondamento della responsabilità è rinvenibile nella contrarietà*

⁸ Fondamentalmente G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 157. A testimonianza del radicamento teorico di un tale assunto v. gli ampi riferimenti bibliografici offerti da P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Milano, 2003, p. 26 ss., nt. 67.

della condotta a norme di comportamento di cui sono espressione le regole cautelari dirette a prevenire determinati eventi e nell'inosservanza del livello di diligenza oggettivamente dovuta ed esigibile [...]. È dunque logica la conclusione che la collocazione teorica della colpa oggi non possa esaurirsi nell'ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla *tipicità del reato*. [...] La natura normativa della colpa risulta ancora più evidente nelle fattispecie di reato [...] denominate "causalmente orientate" (in particolare omicidio e lesioni colpose) – caratterizzate dal fatto che il legislatore prende in considerazione esclusivamente l'evento senza che venga descritta la condotta – nelle quali *la tipicità è descritta sostanzialmente dalle regole cautelari violate*⁹.

Non v'è dubbio che una tale impostazione, se acquisita con convinzione e in profondità, saprà rivoluzionare in meglio l'accertamento della responsabilità colposa, specie nel contesto dell'attività medico-chirurgica. Per ora già comunque affiorano nella giurisprudenza di settore talune rilevanti conseguenze legate all'anticipazione della colpa nel versante della tipicità (v. *infra*, § 3 ss.), mentre un'altra ricaduta della stessa impostazione – forse la più importante – fatica a farsi strada, e non solo tra gli operatori (v. *infra*, § 9 s.).

4. *L'emancipazione della condotta tipica colposa da quella meramente causale*

Ove si concepisca la colpa come mera forma colpevolezza, è inevitabile ridurre la condotta tipica a quella che ha causato l'evento¹⁰. Da questa angolazione, fortemente condizionata dall'adozione di una concezione pregiudiziale di azione¹¹, dolo e colpa non si distinguerebbero che per il diverso grado di volontarietà e rimproverabilità, mentre l'elemento oggettivo del reato resterebbe ancorato, in entrambe le forme di responsabilità, alla logica della *condicio sine qua non*.

Le cose stanno diversamente se si interpretano dolo e colpa come forme di tipicità. In questa prospettiva la condotta tipica non può ridursi all'atto causale, ma deve corrispondere, nel dolo, all'azione finalisticamente orientata all'of-

⁹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2007, n. 4675, Parte IV, Sezione III, Cap. III, Punto c, intitolato «*La natura della colpa*», p. 272 ss. (corsivi aggiunti).

¹⁰ Per questo modello d'impronta giusnaturalistica, erede di quella impostazione criminalistica incline a suddividere il reato in forza fisica e forza morale, v. da noi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2008, p. 101 ss.

¹¹ Cfr. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 37 ss.; sull'*Oberbegriff* dell'azione quale ostacolo allo sviluppo dogmatico della colpa v. ID., *Colpa*, p. 12 ss.

fesa¹² e, nella colpa, all'azione contraria alla regola cautelare. E vero è che talvolta questa valutazione normativista non sposta il fuoco dell'indagine. Non mancano però i casi in cui l'input causale e l'azione contraria al paradigma comportamentale non coincidono: cosicché diviene concretamente significativo stabilire quale sia il modello di tipicità accolto dall'interprete. Da questa preferenza dipende infatti la direzione dell'addebito, da rivolgersi, alternativamente, a chi ha realizzato la causa prima dell'evento ovvero a colui che ha violato la regola cautelare.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza sulla colpa medica ben può chiarire una tale differenza, rivelando quanto importante sia, a fini pratici, la comprensione che la colpa sia una forma di tipicità incentrata sulla regola cautelare.

Si pensi allora al caso, tanto ricorrente da diventare paradigmatico, di decesso del paziente causato da una patologia innescata da un corpo estraneo (garza o ferro chirurgico) dimenticato nelle sue viscere al termine di un'operazione a cielo aperto. Ebbene: l'adozione di una diagnosi eziologica finirebbe fatalmente per attirare l'attenzione del giudice sul comportamento del chirurgo che, omettendo di recuperare il ferro dopo l'uso, ha dato abbrivio all'iter causale che ha poi condotto al decesso. Non così, invece, ove si predilige una concezione normativa della colpa, la cui area di tipicità presuppone l'individuazione di una regola comportamentale che si suppone sia stata trasgredita. Nell'operare una tale ricognizione emergerebbe, infatti, che la dimenticanza del ferro da parte del chirurgo è un rischio temporaneamente tollerato durante la fase operatoria – ché la preoccupazione contraria distrarrebbe dal concentrarsi sull'intervento – per fronteggiare il quale è stata escogitata una prassi cautelare (in gergo denominata “conta dei ferri”) da osservarsi al termine dell'operazione e volta alla ricognizione di tutti gli strumenti impiegati durante l'intervento. Donde la conseguenza che, muovendo da una concezione normativa della colpa, l'addebito di omicidio colposo riguarderebbe, non già chi ha innescato l'iter causale che ha condotto alla morte del paziente, bensì chi ha omesso di contare i ferri, non dominando così colpevolmente quell'area di rischio che la regola cautelare intendeva prevenire e che si è poi concretizzata nella morte del paziente.

Tanto chiarito, il passaggio dell'una all'altra soluzione – cui corrisponde il passaggio da una concezione causalistica della tipicità colposa ad una normativa – ben si coglie proprio nella giurisprudenza di settore riguardante il caso appena ricordato.

¹² Per tutti M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 74 ss.

Un tempo, sulla scorta di una visione psicologica (non a caso di parlava di “errore” del medico) era chiamato automaticamente a rispondere di omicidio colposo colui che aveva lasciato l’oggetto nel corpo nel paziente poi deceduto¹³, o addirittura tutta l’équipe che era incorsa nella dimenticanza¹⁴, con l’unica eccezione – tutt’al più – dell’anestesista stante la mancanza di una sua competenza nel porre o estrarre ferri e tamponi dalle cavità del paziente¹⁵. Attualmente, nel medesimo contesto, è chiamato più correttamente a rispondere di omicidio colposo il soggetto preposto alla conta dei ferri che non vi abbia provveduto, sino al punto di escludere, per questa via, ogni responsabilità di colui che abbia materialmente utilizzato e verosimilmente non ripreso lo strumento che ha causato la patologia.

Si veda a questo proposito Cass. pen., sez. IV, 6 aprile 2005, Malinconico, nella quale si esclude la responsabilità colposa del chirurgo che praticò l’intervento in ragione del fatto che egli aveva dovuto abbandonare la sala operatoria, per provvedere ad altre e più pressanti urgenze, prima della fase conclusiva riservata alla ricognizione degli strumenti. Per la verità, va riconosciuto che lo spostamento dell’attenzione giurisprudenziale dal piano causale (chi ha lasciato l’oggetto nelle viscere?) a quello normativo (chi doveva contare i ferri?) non modifica sempre il centro d’imputazione: in effetti, così come un tempo la giurisprudenza riteneva che tutti i membri dell’équipe fossero responsabili della dimenticanza (v. *supra* in nota), adesso la Cassazione tende a ritenere che l’intero staff medico sia destinatario della regola cautelare che impone di contare i pezzi (Cass. sez. IV, 26 maggio 2004, Picciurro). In realtà, però, poiché sarebbe illogico che i pezzi siano materialmente contati più volte da tutti partecipanti, sono gli assistenti o il ferrista a provvedervi nella prassi, residuando tutt’al più in capo al chirurgo il dovere di controllare che la conta sia stata fatta, non già l’obbligo di ripeterla. Su questa base si spiega dunque la condanna inflitta recentemente a un chirurgo, che era stato sostituito verso la fine dell’intervento, non tanto per avere dimenticato una garza nell’addome del paziente, quanto per avere omesso di verificare l’esito del conteggio finale (dalla scheda di sala risultava infatti l’impiego di sette garze e la restituzione di sei): Cass. sez. IV, 7 marzo 2008, Giudici, spec. 11 s.

La giurisprudenza relativa all’obbligo della “conta dei ferri” offre un esempio estremamente nitido delle ricadute estremamente concrete sottese alla

¹³ Per tutti: Cass. pen., sez. IV, 15 luglio 1982, Faenza, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543, con nota di A.L. VERGINE, F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, p. 1545 ss.

¹⁴ Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 1981, Lilli, in *Giust. pen.*, 1982, p. 830; App. Bari, 26 gennaio 1981, Lilli, in *Foro it.*, 1983, II, c. 167, con nota di BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell’ambito dell’attività medico-chirurgica in “équipe”*.

¹⁵ Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 1984, Passarelli, in *Riv. pen.*, 1985, p. 607.

normativizzazione della colpa, o meglio all'anticipazione della colpa sul versante della tipicità. Tale tesi – è questo uno dei principali e fondamentali effetti – rifugge dalla spontanea tendenza a identificare la condotta tipica con quella meramente causale, imponendo di ricostruire la tipicità colposa *a partire* dalla individuazione di una regola cautelare che si suppone sia stata trasgredita. Un compito questo che, a rigore, spetterebbe al pubblico ministero assolvere sin dalla fase delle indagini preliminari, lasciando al dibattimento la verifica dell'esistenza effettiva della regola la cui violazione è contestata, nonché della sua idoneità preventiva e della rimproverabilità al soggetto per non averla saputa rispettare. Per questa ragione la regola cautelare che si suppone trasgredita dovrebbe essere indicata sin dal capo di imputazione e non potrebbe essere modificata durante il corso del processo, pena la violazione del principio di immutabilità dell'accusa¹⁶. Ma sono queste ricadute processuali ancora lontane da venire, e alle quali si potrà forse un giorno approdare allorché la cultura degli operatori sarà ben sintonizzata sul significato profondo della dimensione tipica della colpa.

5. *Il carattere modale della regola cautelare*

Un'ulteriore conseguenza della concezione normativa della colpa che ben s'intravede – non senza eccezioni, però – nella giurisprudenza penale della me-

¹⁶ Così per tutti D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3836 ss. La nostra giurisprudenza continua invece, imperterrita, a ritenere che la sostituzione della regola durante il corso del processo non violi il principio della necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza, rimanendo così sorda alle comprensibili e giustificate obiezioni secondo cui una tale sostituzione, specie quando avviene direttamente con la condanna di secondo grado, impedisce di difendersi nel merito (dimostrando, ad esempio, che la regola non era doverosa, che non avrebbe evitato l'evento, ecc.), dato che tali sforzi argomentativi erano stati rivolti, nel corso del processo, verso un'altra regola cautelare: v. fra le più emblematiche *Cass. sez. fer.*, 24 agosto 2005, *Anemona*, in cui la difesa lamenta che l'imputato era «stato rinviato a giudizio per mancati controlli postoperatori e condannato per omessa effettuazione di una econotomografia» (p. 5). La stabilità processuale della regola cautelare contestata risulta ancor più fondamentale ove si consideri la crescente tecnicità dell'accertamento concernente la colpa medica (specie riferimento alla valutazione della c.d. "causalità della colpa" tramite un giudizio controfattuale di idoneità salvifica della regola contestata): con la conseguenza che non è raro imbattersi in sentenze che, da un lato, negano l'esistenza di una violazione del principio di immutabilità dell'accusa, trovandosi poi dall'altro lato costrette ad annullare con rinvio la decisione, perché la sostituzione della regola cautelare non è stata accompagnata da una verifica della sua concreta idoneità salvifica: paradigmatica al riguardo *Cass. pen.*, sez. IV, 30 gennaio 2008, *Di Masi*.

dicina, riguarda il carattere *necessariamente* «modale» della regola cautelare, intendendosi con ciò una prescrizione che indichi con precisione i comportamenti e i mezzi necessari a evitare la lesione del bene giuridico tutelato¹⁷.

Il ragionamento da cui origina una tale acquisizione tecnica è semplicissimo¹⁸, e muove dalla constatazione che l'incriminazione a titolo di colpa riguarda, per sua natura, le attività pericolose. Attività, di fronte alle quali l'ordinamento non può che assumere una delle seguenti e alternative soluzioni: vietarne lo svolgimento, allorché si ritenga che il rischio ad esse intrinseco superi intollerabilmente l'utilità che se ne trae; ovvero consentirne l'esercizio, condizionandolo però al rispetto di regole volte a contenerne il pericolo. Da qui l'intrinseco contenuto modale delle stesse, le quali sono volte per l'appunto a stabilire le condizioni operative di liceità dell'esercizio di un'attività rischiosa. In ciò si coglie infatti l'essenza funzionale delle regole cautelari: le quali, unitamente alle norme incriminatrici cui si ricongiungono, si prefiggono di conciliare il diritto di libertà all'esercizio di attività rischiose con la tutela dei terzi¹⁹.

Tanto chiarito, potrebbe a prima vista sembrare che la natura modale sia un'acquisizione tecnica scarsamente significativa ai fini pratici. Ed invece, ad un esame più attento ben ci si avvede quanto fondamentale sia una tale imprescindibile condizione non solo per ciò che essa include, ma ancor più per quello che essa esclude: giacché, se presa sul serio, sottende *l'impossibilità di completare la tipicità colposa per mezzo di qualunque paradigma comportamentale che non abbia ad oggetto una modalità d'azione*.

6. L'abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica

Ad esempio, il carattere necessariamente modale della regola cautelare impedirebbe di fondare la tipicità colposa su un divieto d'agire, ché, per sua na-

¹⁷ Così letteralmente G. FORTI *Colpa (dir. pen.)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, p. 947 s. Non diversamente S. CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 305, secondo cui «gli obblighi cautelari non sono concepiti per impedire un evento *tout court*, bensì determinate modalità di produzione dell'esito offensivo» [corsivo aggiunto].

¹⁸ I vari passaggi logici sono messi a punto da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 s.

¹⁹ Letteralmente F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 90.

tura, non è modale. Diversamente ragionando, lasciando cioè che la tipicità colposa poggi su un obbligo di astensione, anziché su un dovere di diligenza, si finirebbe per consentire al giudice di “sostituirsi al legislatore”: ossia di lasciargli la possibilità di sfruttare la genericità del precetto colposo al fine di introdurre, subdolamente, degli autentici divieti penalmente sanzionati, entrando così in contraddizione con il principio di legalità e di riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost. Né varrebbe obiettare che tutte le prescrizioni modali implicano, di riflesso, il divieto di tenere qualunque comportamento diverso da quello prescritto. Non è infatti su questi “divieti collaterali” che si fonda la tipicità colposa, rimanendo essa definita solo dalla regola cautelare positiva, che indica cioè il “come” ci si sarebbe dovuti comportare. È solo questa a specificare il significato dell’addebito colposo; ed è solo questa cui occorre riferirsi per operare correttamente le verifiche d’imputazione dell’evento (nesso di rischio, causalità della colpa, rimproverabilità soggettiva).

Sennonché, malgrado l’ineccepibilità di un tale ragionamento, esso rimane in dottrina ben più che isolato, riducendosi nella sua interpretazione più rigorosa alla posizione di un solo autore²⁰. Per il resto, si continua a sostenere che la ricerca della regola cautelare può condurre l’interprete a contestare un divieto d’agire (*rectius*: un obbligo di astensione)²¹. Una posizione questa che ci si aspetterebbe allora di ritrovare proprio nella giurisprudenza penale sulla colpa medica, non foss’altro perché, trattandosi di un’attività ad alto rischio affidata a un numero assai ampio di operatori, verrebbe da pensare che in almeno un caso l’addebito per colpa si sia risolto nella contestazione al medico di essere intervenuto là dove non avrebbe dovuto. Viceversa è agevole constatare come non vi sia la minima traccia, per lo meno nella giurisprudenza recente, di condanne che abbiano leva su un dovere di astensione: nemmeno quando il paziente era al alto rischio e l’intervento altamente rischioso.

Paradigmatico, a questo proposito, è il caso affrontato dalla sentenza Duce, avente ad oggetto una paziente affetta da una grave e limitante patologia alla cistifellea, la quale decide di sottoporsi a un intervento di colecistectomia nonostante la presenza

²⁰ F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 234 s. Non manca comunque chi nega per lo meno il legittimo utilizzo della regola dell’astensione nel valutare la responsabilità colposa nell’ambito delle attività rischiose ma autorizzate (come quella medico-chirurgica): è questo il nocciolo del concetto di «colpa speciale» prospettato da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 341.

²¹ Per tutti P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 18 ss.; ID., *I delitti*, cit., p. 24 ss., 229 s., *passim*.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 208.

di un alto rischio tromboembolico²². La paziente era infatti portatrice di una valvola protesica, associata a terapia anticoagulante e in trattamento farmacologico (Sintrom) a causa di una pregressa fibrillazione ed evento ischemico con insufficienza aortica. La scelta di effettuare l'intervento di asportazione della cistifellea imponeva però l'interruzione di una tale terapia e la temporanea somministrazione di altra sostanza (calciparina), con il rischio, purtroppo verificatosi, della formazione di trombi. Ebbene, malgrado la dinamica del decesso rispecchiasse esattamente quella prevedibile *ex ante*, la giurisprudenza di legittimità – facendo leva su una ben precisa tecnica di enucleazione della regola cautelare su cui si ritornerà in seguito (v. *infra*, § 9) – rifugge dal contestare al chirurgo il dovere di astensione, assolvendo (in tutti e tre i gradi) l'intera *équipe* che aveva praticato l'intervento nel rispetto delle regole modali consigliate dalla più accreditata letteratura medica per il trattamento della classe di pazienti in cui rientrava la sfortunata donna²³.

Beninteso: la rinuncia della giurisprudenza ad assumere l'astensione quale contenuto dell'obbligo cautelare non dipende certo da una ponderata predilezione per l'interpretazione più rigorosa del carattere necessariamente modale della regola cautelare. Si tratta, più verosimilmente, di una spontanea comprensione delle illogiche conseguenze cui si esporrebbe la soluzione alternativa: la quale, sfruttando il dovere di astensione, finirebbe per imputare al medico la verifica del rischio che è intrinseco nello svolgimento della propria attività. Senza dimenticare poi che ove si diffondesse la cultura dell'astensione nel diritto penale della medicina, essa finirebbe per privare i pazienti più critici della possibilità di sfruttare le *chances* terapeutiche a loro disposizione, innescando deprecabili forme di "scaricamento" alimentate dal timore degli operatori di incappare nell'evento infausto prevedibile ma non dominabile *ex ante*.

Come che sia, la spontanea refrattarietà della giurisprudenza per l'obbligo di astensione si coglie anche in termini linguistici. Basti considerare che là dove l'intervento medico si rivelerebbe dannoso anziché benefico (si pensi ad esempio alla rimozione di un ematoma cerebrale provocato da aneurisma in un paziente caratterizzato da eccessiva pressione cranica), la giurisprudenza tende a contestare, non già l'obbligo di astensione, bensì l'obbligo di osserva-

²² L'esistenza di un efficace consenso informato, sebbene contestato dalla parte civile, è stato dato per certo in tutti i gradi del giudizio: Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce, p. 3 s.

²³ Fatta eccezione per due pagine della sentenza (8 e 9) ove si cita un tratatizio insegnamento manualistico raccolto nella giurisprudenza degli anni '90 (Cass. sez. IV, 21 novembre 1996, Spina), v'è da ritenere che la sentenza Duce ben possa essere presa a modello di come si debba svolgere e articolare l'accertamento tecnico-giuridico della colpa medica.

re la «*terapia dell'attesa*» (nell'esempio: l'obbligo di attendere che la pressione scenda, e di attivarsi farmacologicamente affinché ciò accada)²⁴. Può sembrare solo un sottigliezza linguistica, ma è invece un'ulteriore e significativa prova della spontanea e commendevole tendenza giurisprudenziale a prediligere la concezione modale della regola cautelare.

7. *Il contenuto della regola cautelare: un determinato e positivo paradigma deontologico*

Sempre che se ne condivida il significato profondo, il carattere modale della regola cautelare impone di riservare un tale ruolo tecnico solo ai paradigmi comportamentali che indicano *con precisione e in positivo* l'azione doverosa. Una tale condizione è imposta dal fatto che l'incriminazione per colpa, pur essendo «deontologicamente» flebile²⁵, non può essere priva di quella funzione orientativa che è elemento imprescindibile di qualunque disposizione incriminatrice. Spetta dunque alla regola cautelare il compito di far funzionare la norma penale come motivo dell'operare specificando in concreto il parametro comportamentale doveroso.

Un tale apporto si rivela indispensabile sia fuori del processo, perché solo una determinata e positiva regola modale positiva può concretamente orientare la condotta degli operatori, sia e ancor più in sede processuale, perché è solo questo tipo di regola cautelare che consente all'imputato di difendersi, provando ad esempio che il modello comportamentale contestatogli non era in realtà doveroso, che non lo si poteva conoscere o mettere in pratica, che non avrebbe saputo prevenire l'evento, che non spettava a lui realizzarlo, e via di seguito. Per questa ragione la regola cautelare, per essere veramente tale, non può limitarsi a un contenuto negativo (ad es.: mancata effettuazione della diagnosi corretta), o genericamente finalistico (es.: inadeguatezza a fronteggiare il

²⁴ Sulla «terapia dell'attesa» – in un caso tuttavia difficilmente utilizzabile a fini di studio, in quanto viziato da «macroscopiche anomalie processuali» – v. Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2007, Boschetti [inedita]. Sempre con riferimento alla terapia dell'attesa, va ricordato che la presenza e la doverosità di una tale prassi comportamentale è valsa talvolta a scongiurare la responsabilità dei medici cui era contestato il mancato intervento: per un interessante caso in cui la Cassazione ha ribaltato una condanna di merito riconoscendo la liceità dell'opzione attendistica adottata dall'intera équipe v. Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2001, Bizzarri, in *Cass. pen.*, 2003, p. 547, p. 2350.

²⁵ Su tale carenza v., per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 157-167, 184, 200.

rischio)²⁶ o tanto meno descrittivo di ciò che i giudici ritengono sia accaduto (es.: carenza della terapia somministrata). Deve invece indicare con precisione il mezzo o la modalità d'azione che il medico avrebbe dovuto adottare per salvaguardare l'integrità del paziente. È, questo, un autentico *diritto* del condannato per colpa medica (e non solo): il quale almeno al termine del processo (ma sarebbe meglio che avvenisse con la richiesta di rinvio a giudizio) deve essere posto a conoscenza di ciò che avrebbe fatto con precisione il soggetto diligente al proprio posto. Senza questa dimostrazione ogni eventuale condanna elude il mandato perfezionativo della tipicità che il precetto generico colposo riversa sul giudice (v. *infra*, § 9).

Ciò detto, è agevolmente constatabile come anche su questo terreno la giurisprudenza di legittimità dell'ultimo decennio abbia compiuto notevoli passi in avanti. Non che essa riveli la consapevolezza di assolvere al mandato specificativo teorizzato dalla dogmatica sulla colpa; ma è difficile terminare la lettura di una sentenza della Cassazione senza individuare – magari non all'inizio, come sarebbe opportuno, ma comunque nel corso della motivazione – il modello comportamentale positivo di cui si contesta la trasgressione.

Si vedano a titolo esemplificativo le seguenti regole cautelari utilizzate dalla giurisprudenza, a seconda dei casi, per assolvere o condannare: “nel preparare l'anestesia epidurale occorre praticare un priempimento del letto vascolare onde evitare cali di pressione del paziente” (Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2004, Brauneis); “in occasione del parto, di fronte a una distocia di spalla occorre effettuare la manovra di Kristeller” (Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo); “l'inserimento di un perno nella dentatura va preceduta da cure canalari e idonea devitalizzazione” (cass. IV, 26 gennaio 2006, Roscini); “per prevenire il rischio di emboli susseguente a un'operazione alle vene di una gamba, occorre imporre al paziente di muoversi e avvolgere l'arto con una fascia elastica” (Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2006, Ricevuto; analogamente

²⁶ Finalmente, anche in altri settori della responsabilità colposa, affiora nella giurisprudenza di legittimità la tendenza a pretendere che la tipicità colposa si fondi sull'individuazione di una precisa regola cautelare: v. emblematicamente Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2007, Di Caterina, in *Ced* 236905: «Nei reati colposi, qualora si assuma violata una regola cautelare c.d. “elastica”, che cioè necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare – al contrario di quelle c.d. “rigide”, che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento – è necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta antidoverosa, procedere ad una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto (nella specie la corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna per omicidio colposo da incidente stradale, fondata sul *generico riferimento alla inadeguatezza della velocità*, senza una analitica valutazione di tutte le circostanze del fatto in grado di definire l'esatta incidenza di tale violazione nel caso concreto).

Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 2006, Falcone); “in presenza di un’ipertensione endocranica acuta occorre effettuare un drenaggio esterno dei ventricoli laterali” (Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2007, Milla); “di fronte al rischio di cancrena alla gamba occorre sistemare un drenaggio e praticare continui lavaggi della ferita” (Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2007, Morelli); “quando le piastrine scendono sotto le 20.000 occorre praticare una trasfusione” (Cass. pen., sez. IV, 26 giugno 2007, Pizzi); “l’esito degli esami clinici va letto quanto prima possibile onde evitare lo sviluppo della massa tumorale” (Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2007, Bernardini); “in presenza di un distacco di placenta, la sala operatoria deve essere approntata in un tempo inferiore a 15 minuti” (Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2007, Amodei); “svolgendo le visite anamnestiche preoperatorie, l’anestesista deve sollecitare nel paziente i ricordi alla ricerca di episodi potenzialmente allergici” (Cass. pen., sez. IV, 24 ottobre 2007, Magna).

L’accresciuta sensibilità giurisprudenziale per la definizione della regola cautelare si coglie, altresì, nella commendevole tendenza ad evitare il pedestre riferimento all’errore medico *tout court* quale parametro di colposità: una soluzione, questa, di cui abusava invece la precedente giurisprudenza adusa a una visione psicologica della colpa, incorrendo così in una perniciosa “crasi semplificativa” dell’imputazione.

Chiaramente, infatti, *di errore è possibile parlare solo in presenza di un parametro positivo rispetto al quale qualificare la condotta come erronea*. Ma se così è, non si vede allora per quale ragione tecnica – se non per spianare la strada all’accusa – ci si dovrebbe accontentare della contestazione dell’errore anziché esigere che sia messo a fuoco il parametro comportamentale su cui si fonda il giudizio di erroneità? Né si può ritenere che le due contestazioni siano fungibili, giacché radicalmente diverso è l’esercizio del diritto di difesa nei due casi. Ove si esiga infatti l’indicazione di una determinata e positiva regola cautelare, questa dovrà essere fornita dall’accusa, mentre alla difesa spetterà liberarsi dall’addebito dimostrandone, come si è visto, l’inidoneità preventiva, la non doverosità, eccetera. La contestazione dell’errore implica, viceversa, una completa inversione dell’onere della prova, esentando l’accusa dal dovere di completare il precetto lasciato aperto dal legislatore, e scaricando sulla difesa l’onere di dimostrare la non erroneità dell’attività medica prestata. Dimostrazione a dir poco disagiata, visto che imporrebbe di provare il rispetto di *tutte* le regole cautelari, ovvero che *nessuna* di essa era in grado di evitare l’evento, e così via. Insomma, il riferimento all’errore *tout court* in luogo dell’esatta individuazione del paradigma comportamentale rispetto al quale è giudicata erronea la condotta, moltiplica esponenzialmente l’onere della difesa, costituendo tecnicamente una elusione del principio di legalità, *sub specie* di

determinatezza, che impone invece al giudice di completare il precetto colposo per mezzo una *precisa* regola modale.

8. *I pericoli di volatilizzazione della regola cautelare.* a) *La culpa in re ipsa nella valutazione della diligenza esecutiva*

Malgrado il già segnalato miglioramento giurisprudenziale nella messa a fuoco del contenuto modale della regola cautelare, residuano tuttavia alcune sacche di resistenza di pseudo-regole cautelari dal contenuto censorio anziché deontologico. Un affievolimento, dunque, del rigore richiesto al giudice nell'accertamento della responsabilità colposa, che ricorre soprattutto in due contesti.

a) Il primo settore in cui il contenuto della regola cautelare tende a scolorire, sino talvolta a dissolversi del tutto, è quello in cui i giudici sono chiamati a verificare la correttezza della esecuzione materiale di un intervento medico. L'atteggiamento è anche comprensibile giacché, nel valutare la colpa di esecuzione, al giudice si para spesso davanti un evento infausto determinato dall'azione del medico, che manifesta in sé e per sé una negligenza. Di qui la spontanea tendenza a desumere la colpa partendo dall'evento senza soffermarsi a delineare la regola cautelare.

Valga per tutti il riferimento al caso affrontato da Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2006, Iaquinta. Si ha un bel dire che il giudice è tenuto a indicare la regola cautelare trasgredita dal medico: se quest'ultimo infila per due volte la canula dell'anestesia nell'esofago della paziente, anziché nella trachea, cagionandone la morte per anossia, non vi possono essere grandi dubbi sulla identificazione della regola cautelare trasgredita, coincidendo questa con l'esatto contrario di ciò che i medici hanno fatto: e cioè con l'obbligo di inserire la canula dell'anestesia nella trachea anziché nell'esofago.

È un po' quello che accade allorquando il giudice è chiamato ad accertare il dolo rispetto a un comportamento univoco e teleologicamente pregnante (ad esempio: morte della vittima attinta da decine di coltellate). Non è improprio né illegittimo parlare in questi casi di *dolus in re ipsa*, là dove con ciò s'intenda una evidenza dell'atteggiamento interiore tale da acclarare senza ombra di dubbio l'oggetto e la direzione della volontà²⁷. Ecco: la colpa di esecuzione si presta, in modo non dissimile, a una forma di *culpa in re ipsa*, nella misura

²⁷ Per tutti F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, *passim*.

in cui è l'evento stesso a condensare su di sé l'esistenza di una regola cautelare trasgredita.

Si pensi, quali ulteriori esempi in cui la giurisprudenza si è astenuta dal soffermarsi a formalizzare la regola cautelare trasgredita, riscontrando una *culpa in re ipsa* di esecuzione, ai seguenti eventi sintomatici: sezione completa del nervo sciatico popliteo esterno e parziale sezione dello sciatico popliteo interno derivante dalla perdita di controllo della fresa di alesaggio in occasione del reimpianto dello stelo protesico femorale all'anca (Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2006, Misasi); ustioni di I e II grado cagionate dall'applicazione da parte del farmacista di un batuffolo imbevuto di ammoniaca pura (non diluita) su una lesione cutanea originata da una puntura di insetto (Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2007, Mello); lesione della cupola pleurica provocata dall'inserimento in profondità di uno spillo da agopuntura (Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano).

Occorre prestare attenzione, però. Così come il *dolus in re ipsa*, da ammissibile semplificazione probatoria, può scadere in vere e proprie presunzioni di dolo in quanto tali incompatibili con il principio di colpevolezza²⁸, parimenti la *culpa in re ipsa*, se ipostatizzata in ogni contesto esecutivo, rischia di alimentare analoghe forme di responsabilità oggettiva occulta. Per questa ragione, anche quando la regola cautelare è evidente, sarebbe comunque buona prassi giurisprudenziale che il pubblico ministero prima e il giudice poi si imponessero di enunciarla²⁹. Il rischio è altrimenti quello di pretermettere il giudizio di rimproverabilità soggettiva, che nella colpa è impossibile effettuare senza mettere a fuoco la regola cautelare trasgredita³⁰, ovvero di lasciarsi sfuggire il c.d.

²⁸ Cfr. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 445 ss.

²⁹ L'enunciazione della regola cautelare nella valutazione della negligenza esecutiva è tanto più necessaria ove il giudice sia chiamato a dirimere un contrasto sulle cause dell'evento infausto: offre un ottimo esempio motivazionale, in questo senso, Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2005, Dor, la quale, risolvendo un conflitto peritale sulla causa della morte del paziente (decesso per insufficienza cardiocircolatoria conseguente a un rigurgito aortico dopo un intervento di sostituzione della valvola aortica), finisce per scolpire la regola cautelare trasgredita (eccessiva lunghezza del tubo protesico utilizzato nell'intervento e mancanza del taglio a becco di flauto come previsto dalla corretta tecnica di esecuzione), illustrando le ragioni per cui si ritiene di attribuire l'*exitus* letale a un tale comportamento negligente anziché alle altre ipotesi prospettate.

³⁰ Assolutamente perfetta sotto il profilo *metodologico*, è l'accertamento della colpa di esecuzione operata dalla sentenza di merito oggetto di sindacato in Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2005, Sergi. E invero, il GIP prima mette a fuoco la regola cautelare trasgredita (sutura superficiale della lacerazione al peritoneo pelvico senza accertare la fonte profonda dell'emorragia su

“caso anomalo”, finendo per imputare al medico la verifica di un evento infausto malgrado il rispetto di tutte le usuali e doverose modalità operative.

Per avere contezza di quest'ultimo rischio, ossia del problema innescato dalla gestione (medica e giuridica) del “caso particolare”, torna utile riferirsi alla vicenda affrontata da Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2008, Legré. Oggetto del giudizio era la verifica della diligente effettuazione di un intervento chirurgico di artroliasi al gomito – riservato in genere ai casi più ostici e resistenti di rigidità articolare, che comporta una escissione della capsula articolare volta a liberare le aderenze – al termine del quale il paziente lamenta uno stiramento della struttura nervosa guaribile in un tempo superiore ai quaranta giorni. Il punto è dunque quello di stabilire la causa di una tale lesione: ossia se la si debba addebitare a una negligenza manipolativa del chirurgo ovvero a una fisiologica debolezza del tessuto. Il giudice di primo grado ritiene di aderire alla prima soluzione, condannando quindi il chirurgo per lesioni colpose; e fin qui nulla da rilevare: il fatto è che un tale pronunciamento è stato preceduto, non già dall'individuazione della precisa regola cautelare che il medico avrebbe trasgredito, bensì dal fatto che l'imputato avrebbe «omesso di adoperare la *massima accortezza* [quale?] nel manipolare il nervo»; aggiungendo poi che la lesione si sarebbe «verificata perché era stata esercitata una compressione o trazione *eccessiva* [rispetto a quale parametro?] del nervo nel corso dell'intervento chirurgico, eccesso assolutamente non motivato da alcuna esigenza né ordinaria né eccezionale presentatasi durante l'operazione stessa e quindi *sicuramente* [!] conseguente ad una azione negligente o inesperta da parte dell'operatore» (p. 3). Ecco: questo è un esempio assai nitido di cosa sia la volatilizzazione della regola cautelare, la cui esistenza si pretenderebbe di dimostrare per mezzo di formule linguistiche atte in realtà a rivelare che la negligenza viene presunta nell'evento in sé, e nulla più. Vero ciò, non sorprende che i giudici d'appello abbiano ribaltato la decisione di condanna, sottolineando come quest'ultima non fosse supportata dalla benché minima dimostrazione della violazione di una regola cautelare, posto che non risultava «che il chirurgo avesse commesso errori nella scelta dell'opzione chirurgica ovvero in quella del metodo seguito per l'intervento», talché non era da escludere che la lesione dipendesse da «fattori (soggettivi o di altro genere) particolari e non ragionevolmente prevedibili (come una possibile anomalia congenita della struttura nervosa)» (p. 4). A sorprendere è semmai l'atteggiamento assunto nel caso di specie dalla

paziente attinta da proiettile: p. 1 ss.); in seguito, disattendendo il parere assolutorio dei consulenti del P.M. (i quali ritenevano che s'imponesse nel caso di specie una rapida conclusione dell'intervento perché effettuato su paziente anemica e in un ospedale privo di un reparto di rianimazione), ci si diffonde nel chiarire le ragioni per cui era esigibile dal medico il rispetto della regola cautelare (i.e. effettuazione di una sutura meno superficiale) e le ragioni per cui gli elementi scusanti addotti dai consulenti tecnici non erano stati minimamente presi in considerazione dall'agente concreto (p. 3 ss.).

Cassazione, la quale, ergendosi a terzo giudice di merito – atteggiamento questo da cui essa rifugge accuratamente ove si tratti di ribaltare una sentenza di condanna – annulla la decisione di appello perché «non avrebbe apprezzato e valutato in modo corretto i *dati di fatto* della vicenda» mentre quella di primo grado offre «un più ampio quadro di *disamina di fatto*» (p. 5). L'aspetto criticabile di quest'ultima pronuncia non riguarda, beninteso, la soluzione del caso: ché da quanto se ne sa potrebbe anche essere sacrosanta. Il rilievo è tecnico-giuridico, posto che si è finito per far prevalere una decisione di condanna a titolo di colpa senza che fosse suffragata dalla precisa indicazione della regola cautelare modale che il chirurgo avrebbe violato nel manovrare il nervo.

La presunzione della colpa a partire dall'evento non è peraltro una tendenza esclusiva della giurisprudenza penale. La stessa logica si coglie in quell'orientamento interpretativo, in via di preoccupante sviluppo nella giurisprudenza civilistica, volto a configurare in capo al medico un autentico obbligo di risultato in luogo del tradizionale obbligo di mezzi che, secondo un paradigmatico insegnamento, costituirebbe l'oggetto dell'obbligazione medica³¹. Entrambe queste giurisprudenze sono per vero animate dal medesimo criterio ispiratore frutto di quella cultura scientifica su cui già ci si è soffermati all'inizio: una cultura che esaltando in buona fede i progressi della scienza, finisce per trascurare che il medico, lungi dal poter conseguire meccanicamente una guarigione, altro non può fare che offrire al paziente quelle *chances* terapeutiche (magari elevate ma pur sempre afflitte da un margine d'insuccesso) che la tecnica del momento storico mette a disposizione. Ecco perché l'unica possibilità data al giurista per evitare che il fallimento terapeutico sia oggettivamente addebitato al singolo resta quella di sindacarne l'operato alla luce di una ben precisa regola cautelare, quale unico discrimine tra la responsabilità autenticamente colpevole e il fato.

³¹ La configurazione di un obbligo di risultato riguarda soprattutto determinate figure di operatori sanitari (ad es. odontoiatri, chirurghi estetici) nonché tipologie d'intervento considerate routinarie (ad es. appendicectomia): cfr. fra le molte Cass. pen., sez. III, 10 novembre 1999, n. 9617, in *Guida al dir.*, 1999, n. 48, p. 75; App. Genova, 18 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1173, con nota di V. PINCHI, *Odontoiatra e medicina odontoiatrica: una questione di sostanza*, ivi, p. 1178 ss.; Trib. Roma, 5 ottobre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1122, con nota di FAVINO. Cfr. inoltre V. ARCARI - A. LOCATELLI - E. RONCHI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nel trattamento estetico e odontoiatrico: aspetti medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 1057 ss.; P. MASSIMO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 325 ss.; M. RIARIO SFORZA, *Evoluzione e prospettive della responsabilità del medico*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 1813 ss.

9. *La prescrizione del reato colposo. b) una grave minaccia alla precisione contenutistica della regola cautelare*

Il secondo contesto in cui la regola cautelare tende a svaporare non è empirico, ma processuale, ed è determinato dalla prescrizione del reato, che agisce in sinergia con una carenza metodologica della giurisprudenza.

Invero, poiché fra gli operatori non è ancora maturato il principio secondo cui la regola cautelare di cui s'ipotizza la trasgressione è da individuarsi nella fase delle indagini preliminari e va indicata nella richiesta di rinvio a giudizio (v. *supra*, § 3), accade di prassi che si aspetti il giudizio per precisarne il contenuto. Da qui la trasformazione del dibattimento, non già nel luogo in cui verificare la tenuta dell'ipotesi accusatoria (acclarando per esempio l'esistenza del nesso di rischio, l'idoneità preventiva della regola cautelare contestata, la rimproverabilità soggettiva, eccetera), bensì nel luogo in cui viene messa a punto, e talvolta riformulata anche per più volte, la stessa contestazione a titolo di colpa. Operazione questa notoriamente dispendiosa in termini temporali, stante la necessità di coinvolgere consulenti tecnici quasi mai unanimi nella ricostruzione dell'accaduto, che finisce così di frequente per essere interrotta dall'intervento del termine di prescrizione, specie dopo che la legge 251 del 2005 ha ulteriormente ridotto l'intervallo estintivo della maggior parte dei reati colposi³².

Poco male, si potrebbe pensare: giacché l'individuazione della regola cautelare dovrebbe comunque imporsi nel giudizio penale, ove esso prosegua al fine di decidere sulle statuizioni civili. Ed invece, proprio in questo frangente, subentra un ulteriore orientamento sfavorevole all'imputato secondo cui – la massima è oramai stereotipata – «in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice deve pronunciare l'assoluzione nel merito solo nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale o la non commissione da parte dell'imputato, emergano dagli atti in modo assolutamente incontestabile, tanto che la valutazione da compiere in proposito appartiene più al concetto di "constatazione" che a quello di "apprezzamento". Ciò in quanto il concetto di "evidenza", richiesto dal comma 2 dell'art. 129 c.p.p., presuppone la manifestazione di una verità processuale così palese da rendere superflua ogni dimostrazione, concretandosi in una pronuncia libera-

³² Sulle non poche irragionevolezza del regime prescrizionale riguardante i reati colposi v. D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, spec. 246 ss.

toria sottratta ad un particolare impegno motivazionale»³³.

Il risultato di un simile intreccio interpretativo è, in buona sostanza, la creazione di una *presunzione di colposità*: una presunzione che si materializza, segnatamente, ogni qual volta il giudizio di merito inizia, si svolge e si conclude senza la precisa individuazione della regola modale trasgredita – individuazione reale, beninteso, e non semplicemente lessicale – e un tale difetto non può essere registrato in sede di impugnazione in quanto il sopraggiungere della prescrizione finisce per esentare il giudice dal valutare le condizioni positive della responsabilità colposa, consentendogli di limitarsi a riscontrare l'assenza di elementi atti a suffragare la non responsabilità dell'imputato. Come dire che la struttura della responsabilità colposa viene amputata del suo frammento più significativo, non richiedendosi più, per la definizione della tipicità, l'esatta individuazione della regola cautelare, ma tornandosi invece ad appiattare la tipicità colposa sulla mera derivazione causale dell'evento dall'azione del medico.

Esempi a questo riguardo ve ne sono diversi, ma nessuno di essi, per il vero, è macroscopico. In molti casi, tuttavia, la lettura della sentenza lascia più di una perplessità. È il caso, per esempio, della vicenda affrontata in Cass. pen., sez. IV, 19 giugno 2007, Palombi, riguardante un primario di ortopedia chiamato a rispondere della morte di un paziente, operato nel proprio reparto per la riduzione della frattura al femore, a causa di una successiva emorragia originata dalla erosione di un vaso arterioso in sede di ulcera duodenale. In primo grado l'imputato viene assolto, giacché al paziente, registrato al momento del ricovero come "gastropatico", erano stati somministrati i farmaci di prassi (Clexande e Renidil) volti alla tutela dell'apparato gastrico e alla protezione del pericolo di tromboembolie. In appello, l'assoluzione viene però ribaltata, addebitandosi al primario di non avere "adeguatamente vigilato" sulle condizioni del paziente. Comprensibile a questo punto il ricorso della difesa, che lamenta – fra l'altro – l'assoluta genericità della contestazione ipotizzata dai giudici d'appello, i quali «si sarebbero rifugiati in formule astratte». Argomentazione questa affatto peregrina, e che nondimeno finisce per essere frustrata dal sopraggiungere del termine di prescrizione, il quale induce la Cassazione ad invertire l'onore probatorio in ragione del fatto che, «in presenza di una causa estintiva del reato, il giudice ha l'obbligo di assolvere per motivi di merito soltanto se dagli atti emergano in modo incontroverti-

³³ A questo proposito, occorre comunque sottolineare che nelle more della pubblicazione di questo lavoro un tale monolitico indirizzo interpretativo è stato finalmente scalfito da quella giurisprudenza secondo cui l'art. 129 c.p.p. non può prestarsi ad avvallare «una motivazione manifestamente illogica o addirittura ai limiti dell'arbitrio» (quale sarebbe a nostro avviso anche quella che delinea una responsabilità colposa senza indicare la regola cautelare trasgredita): così Cass. VI, 18 settembre 2008, Beraldi, in *www.dirittoegiustizia.it*.

bile elementi rivelatori dell'insussistenza del fatto o della sua non attribuibilità all'imputato». Di conseguenza, poiché tali elementi non emergono dalla sentenza di appello (che è infatti di condanna), questa viene ratificata dalla cassazione, la quale si spinge sino a fare propri quegli stessi generici addebiti che erano censurati dal ricorso dalla difesa (l'imputato ha «posto in essere condotte inadeguate a fronteggiare il rischio», «non dispose la terapia del caso»).

La sensazione – in definitiva – è che l'intervento della prescrizione del reato, con conseguente proseguimento del giudizio penale a meri fini civilistici, imprima alla struttura della responsabilità colposa una metamorfosi funzionale tale da avvicinarla al modello di atipicità dell'art. 2043 c.c. Il tutto avallato dall'art. 129, comma 2, c.p.p., il quale indurrebbe a considerare l'accertamento della regola cautelare trasgredita come una questione di merito sulla quale si può soprassedere una volta che il reato sia estinto. Il vero è, al contrario, che se si muove da una concezione normativa della colpa, con conseguente anticipazione della stessa sul versante della tipicità (v. *supra*, § 2), *l'individuazione della regola cautelare non costituisce una questione di merito, ma riguarda la legalità stessa del precetto colposo* nella sua concreta applicazione pratica (v. *infra*, § 9). Da qui la conseguenza che qualunque affermazione in sede penale di un reato colposo – ivi inclusa l'affermazione della sua estinzione per decorso del tempo – non può mai prescindere dall'esatta messa a fuoco della regola cautelare violata, con tutti i caratteri che le sono richiesti per supportare una sentenza di condanna. Nessuno sconto può essere concesso, sotto questo profilo, per il solo fatto che il giudicato penale avrà un'esclusiva rilevanza civilistica: ché altrimenti si finirebbe per assimilare la struttura della colpa penale definita dall'art. 43, terza alinea, c.p. con quella delineata dall'art. 2043 c.c.

10. *Il controverso criterio di determinazione della regola cautelare nel diritto penale della medicina*

L'anticipazione della colpa sul versante della tipicità non incide solo sui caratteri strutturali della regola cautelare: condiziona altresì le modalità tecniche della sua individuazione. Lo si deve al fatto che il passaggio dalla concezione psicologica a quella normativa ha finito per chiarire la natura del compito affidato al giudice nel completamento delle fattispecie colpose lasciate "aperte" dal legislatore³⁴.

³⁴ Sulle incriminazioni colpose come "fattispecie aperte" – *rectius*: "temporaneamente"

Precedentemente, infatti, allorché la tipicità della colpa era definita in termini puramente causali, si riteneva che il giudice, ricercando la regola cautelare, compisse un atto interpretativo del giudizio di rimproverabilità: ovvero – per usare una ricorrente espressione giurisprudenziale, e non solo – si occupasse di verificare l'esistenza dell'elemento soggettivo nel singolo fatto di reato. Ora, la consapevolezza della rilevanza tipica della colpa, ha reso evidente che la ricerca della regola cautelare, lungi dal ridursi a “interpretazione della colpa”, risponde a un'esigenza di definizione processuale della stessa tipicità penale. È dunque, sotto questo profilo, un *atto di ricognizione normativa*: un atto che si prefigge più precisamente di individuare il “frammento esterno” al quale la norma incriminatrice si congiunge per il tramite degli elementi normativi «negligenza», «imprudenza» e «imperizia»³⁵. Perché questa è la qualificazione tecnica più corretta della regola cautelare secondo la teoria del diritto: e cioè – lo si ripete – un frammento di norma incriminatrice³⁶ evocato dal legislatore per mezzo dell'elemento normativo: un frammento che si chiede conseguentemente al giudice, non già di “esprimere”, bensì di “acquisire”³⁷.

Senonché, pur essendo quella appena descritta una convinzione sufficientemente condivisa nella letteratura di settore, assai diverse sono le conseguenze metodologiche che se ne traggono.

Secondo la maggior parte degli interpreti, la consapevolezza del ruolo integrativo della legge penale svolto dalla regola cautelare non influirebbe in alcun modo sulla sua tecnica di riconoscimento, la quale continuerebbe a incentrarsi sul giudizio di prevedibilità (rappresentabilità) ed evitabilità dell'e-

aperte, sino al processo – v. *ex plurimis* G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 136 ss., 145, 323.

³⁵ Sul concetto di «negligenza», «imprudenza» e «imperizia» v. *ex plurimis* P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 29 s.

³⁶ In relazione alla categoria dogmatica dei «frammenti di norme» v., per tutti, M. BERTOLISSI, *L'inserzione delle proposizioni normative nella legislazione vigente*, in S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, p. 153; R. GUASTINI, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, in S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, p. 51 ss. Per l'utilizzo di una tale espressione nella letteratura penalistica v., fra i primi, E. MASSARI, *La norma penale*, S. Maria C.V., 1913, p. 4; ma poi anche F. GRISPIGNI *Diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1952, p. 262; F. RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, p. 18, e da ultimo M. PETRONE, *La costruzione della fattispecie mediante rinvio*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 156, *passim*.

³⁷ Sulla distinzione tra elementi normativi e descrittivi della fattispecie con specifico riferimento alla funzione – rispettivamente “interpretativa” e “ricognitiva” – che il giudice è chiamato ad assolvere nei due casi v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 375 ss.

vento³⁸. Esattamente quello stesso giudizio ideato dai cultori della concezione psicologica per interpretare la “colpa-forma di colpevolezza”, con l’aggiunta tutt’al più di alcuni fattori di contenimento (agente modello, delimitazione del rischio consentito, *et similia*), che peraltro già si coglievano *in nuce* nella dottrina dei primi del novecento. Da questa angolazione, dunque, la regola cautelare avrebbe mutato collocazione sistematica, senza che il suo criterio diagnostico abbia richiesto un aggiustamento.

Di diverso avviso è invece un’altra parte della dottrina, secondo la quale la trasposizione della colpa sul piano della tipicità, lungi dal ridursi a un’estetica opzione sistematica, sottende un profonda ricaduta metodologica. Anticipata sul versante oggettivo, ove è chiamata a “chiudere” la fattispecie colposa lasciata “aperta” dal legislatore, la regola cautelare non potrebbe infatti sottrarsi all’influenza operativa di quei principi che, per imperativo costituzionale, si riversano sulla norma penale eterointegrata³⁹. È la loro identità funzionale che lo impone⁴⁰, posto che, se le regole cautelari, *unitamente* alla norma penale, servono a delimitare l’area del lecito da quella dell’illecito, ne viene che il loro statuto giuridico non può essere differente. Devono essere quindi determinate, perché la norma incriminatrice non può che essere determinata; devono essere acquisibili *ex ante* perché il precetto penale deve essere conoscibile *ex ante*; devono essere immuni da operazioni di creazione processuale, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, che vi si deve anzi sottomettere; non possono essere applicate retroattivamente o analogicamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda. Anzi di più: è la regola cautelare

³⁸ Per una trasposizione del modello classico di accertamento della regola cautelare nel diritto penale della medicina v. per tutti P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 172 ss.; C. BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 831; F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 971.

³⁹ In termini generali, sulla imprescindibile estensione operativa dei principi che riguardano la disposizione incriminatrice a tutte le sue articolazioni esterne v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., p. 54-65.

⁴⁰ «Attratta nell’orbita del fatto colposo – scrive a questo riguardo una parte della dottrina – la regola cautelare condivide la duplice funzione di garanzia che la tipicità svolge, in modo equilibrato e simmetrico, nei confronti del bene giuridico e del *favor libertatis*»: ragione per cui la sua determinazione «non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile *ex ante* dall’agente quale regola comportamentale astratta»: F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 90.

che deve fornire alla norma incriminatrice tutte le caratteristiche che essa deve possedere in forza dell'art. 25 Cost., giacché, se considerata singolarmente, l'incriminazione «a titolo di colpa» è quanto di più evanescente esista nel mondo del diritto⁴¹.

Se così è, non vi sono difficoltà a comprendere perché questa dottrina rifiuti il ricorso al giudizio di prevedibilità quale tecnica di individuazione della regola cautelare. Anche a tacere della inutilizzabilità di un tale criterio nei più complessi settori di attività (v. *infra*, § 10); e al di là dell'incoerenza antropologica che affligge una tale metodica rispetto alle tecniche di decisione comportamentale dell'essere umano (l'imitazione e l'apprendimento), il punto centrale è che la prevedibilità, comunque la si calibri e corregga, non è in grado di garantire un'individuazione della regola cautelare conforme ai principi imposti dall'art. 25, comma 2, Cost.⁴². Non ne assicura infatti la determinatezza, perché la logica predittiva, per quanto rigore le si voglia conferire, non è predeterminabile⁴³. Non ne garantisce la conoscibilità *ex ante* perché non è possibile assicurare che la *prognosi postuma* effettuata dal giudice coincida esattamente con il giudizio prognostico che il singolo avrebbe saputo operare⁴⁴. Ma soprattutto non scongiura la manipolazione della tipicità penale da parte del giudice, il quale ben può trovare nella retorica predittiva una facile copertura motivazionale per conformare il giudizio di colpa alle esigenze di giustizia sostanziale di cui desidera farsi interprete.

Vero ciò, l'accresciuta sensibilità per la legalità di “tutto” il precetto colpo-

⁴¹ Per una concezione della colpa penale animata da una particolare attenzione all'incidenza del principio di legalità nella ricostruzione del fatto tipico cfr. F. GIUNTA *Illiceità*, cit., p. 194 ss., 259 ss., *passim*; ID., *La normatività*, cit., p. 86 ss. spec. 89.

⁴² Per una più approfondita argomentazione dell'asserto v. D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 623 ss.

⁴³ Così autorevolmente la nostra Corte costituzionale nell'unica ipotesi in cui è stata chiamata a valutare la legittimità di un'incriminazione colposa rispetto al principio di determinatezza: C cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 521 ss. con nota di V. MARIANO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte costituzionale*. Confermano anziché smentire le perplessità concernenti l'indeterminatezza del giudizio di prevedibilità le ultime analisi svolte dalla dottrina tedesca in relazione a una tale problematica, specie ove si pretendesse di risolvere la questione alla luce delle c.d. “*tabelle di Duttge*”: G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fabrlässigen Erfolgsdelikten*, Tübingen, 2001, p. 421, 430 ss., *passim*. Per un'ampia critica al riguardo A. COLOMBI CIACCHI, *Fabrlässigkeit und Tatbestandesbestimmtheit*, Köln, 2006, p. 127 ss.

⁴⁴ Per una disamina delle insidie insite nel giudizio predittivo quale tecnica di enucleazione della regola cautelare v. D. MICHELETTI, *La colpa*, cit., p. 620 ss.

so – intendendo con tale attributo l'insieme della disposizione incriminatrice e delle sue articolazioni esterne – non lascia che due sole alternative metodologiche per la ricerca di una regola cautelare conforme ai principi dell'art. 25, comma 2, Cost. La prima è data dal riferimento alle norme comportamentali imposte dalla miglior scienza ed esperienza; la seconda attinge alle regole prasseologiche di esperienza generalmente riconosciute e condivise.

La prima soluzione ha il pregio di innalzare grandemente lo standard di tutela del bene giuridico⁴⁵ – sino peraltro a un livello che nemmeno il reato doloso, essendo guidato dalla logica di *extrema ratio*, riesce a raggiungere. Senonché, oltre alla disagiata determinabilità della miglior scienza ed esperienza in molti settori dell'agire umano (come quello medico) oggetto di continua ricerca e di incessante sviluppo, il rischio è che una tale impostazione ingeneri una virtualità colpevolistica dalla quale il singolo imputato, chiamato a confrontarsi con il massimo rigore comportamentale, difficilmente riuscirebbe a sottrarsi. Né, d'altro canto, l'aggiuntivo giudizio di colpevolezza consentirebbe di compensare una tale inclinazione, giacché, specie se parametrata su un ideale agente modello, essa non pare concedere all'imputato serie *chances* di salvezza⁴⁶.

La seconda soluzione, assicurando tutti i caratteri che la regola cautelare deve possedere in forza della sua sottoposizione all'art. 25 Cost., si rivela, per contro, perfettamente coerente con l'anticipazione della colpa sul versante della tipicità. Ove coincida con l'uso, la regola cautelare diviene infatti agevolmente *predeterminale* da parte dell'agente, che può sopperire così alla fleibilità deontologica dell'incriminazione a titolo di colpa con un pronto reperimento nel gruppo sociale delle regole comportamentali che è tenuto ad osservare⁴⁷. Ma lo stesso dicasi per la percezione di *doverosità* del comportamento imposto dal diritto penale ove esso s'identifichi con le regole prasseologiche socialmente radicate, l'osservanza e la conoscenza delle quali ben può essere in effetti pretesa in qualunque appartenete al relativo gruppo sociale. Il tutto – ed è ciò che più conta – a favore di una totale immunizzazione della tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice, il cui ruolo di semplice fruitore della regola cautelare è pienamente assicurata – così come a parole anche la Cassazione pretenderebbe⁴⁸ – dal riferimento ad una norma deontologica di matrice

⁴⁵ F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 305 ss.

⁴⁶ F. GIUNTA, *Medico*, cit., p. 880.

⁴⁷ Cfr. R.A. MIKUS, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin, 2002, p. 106.

⁴⁸ Cfr. fondamentalmente ma isolatamente Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2000, Fratta, in *Cass.*

sociale, là dove, per contro, la prevedibilità offre al giudice un semplice criterio di confezionamento della regola cautelare.

A scanso di equivoci, va comunque precisato che non varrebbe a escludere la colpa il rispetto di qualunque prassi localistica, per quanto consolidata; ma solo il riferimento agli usi terapeutici diffusi e consolidati in uno specifico settore (c.d. *leges artis*): radicati cioè in quella cerchia professionale a cui professionalmente appartiene l'agente, la quale ne è ad un tempo la fonte di produzione e lo strumento di applicazione⁴⁹. Né v'è da temere che il riferimento alla prassi – spesso apostrofata come sciatta – rischi di abbassare intollerabilmente gli standard di tutela penale⁵⁰. Proprio il contesto medico sta anzi a dimostrare il contrario: ossia il continuo tendenziale adeguamento delle prassi comportamentali alle più efficaci scoperte scientifiche, nella premessa che è la guarigione del paziente il fine perspicuo dell'attività medica. È questa cui gli operatori tendono per imperativo deontologico e interesse professionale; e sono proprio questi fattori e non già l'assessante minaccia della pena ad assicurare il miglioramento degli standard terapeutici, là dove la totalizzante logica predittiva rischia al contrario di alimentare forme di medicina difensiva controproducenti per la stessa salute dei pazienti.

11. *La crisi del giudizio predittivo nella giurisprudenza sulla colpa medica*

A fronte della predilezione per le *leges artis* come esclusiva misura oggettiva della colpa, nella giurisprudenza penale della medicina è agevole trovare conferma dei molti dubbi suscitati dall'utilizzo al giudizio predittivo quale criterio diagnostico della regola cautelare (v. *supra*, § 9). In particolare, tre sono gli atteggiamenti mostrati dalla nostra giurisprudenza nei confronti di un tale

pen., 2001, p. 1217, secondo la quale «In tema di colpa, posto che *il giudice non è facitore di norme ma solo fruitore*, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia (Fattispecie di cavo del verricello di un elicottero tranciato nel corso di operazione di salvataggio nonostante fossero state adottate tutte le cautele previste dalle disposizioni regolamentari quanto a manutenzione e conservazione)».

⁴⁹ Letteralmente F. GIUNTA, *Medico*, cit., 880.

⁵⁰ Per questo ricolore rilievo G. MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 508; ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 373, 380 ss. Per una replica alle usuali obiezioni della dottrina nei confronti degli usi cautelari quali esclusivi referenti della tipicità colposa v. D. MICHELETTI, *La colpa*, cit., p. 635 ss.

criterio, e in ognuno di essi si scorge una delle ragioni per cui converrebbe rinunciarvi.

a) Anzitutto, l'atteggiamento statisticamente più ricorrente nelle aule di giustizia è quello di totale disinteresse per il giudizio di prevedibilità, anche quando in discussione è proprio l'individuazione del parametro comportamentale che si contesta al medico di aver trasgredito. Sulle prime, la cosa può apparire sorprendente, visto che la colpa medica, essendo a tutt'oggi sfornita di regole prasseologiche formalizzate, dovrebbe essere il regno della prevedibilità. La sorpresa ben presto svanisce, però, ove si consideri che uno dei principali difetti di un tale criterio diagnostico è proprio quello di rivelarsi impraticabile nei settori dove il rischio da gestire è così complesso, sotto il profilo tecnico, da rendere macroscopica l'inadeguatezza della prognosi postuma. Si ha un bel dire, infatti, che il giudice dovrebbe individuare la regola cautelare collocandosi mentalmente nel momento in cui l'agente fu chiamato ad operare la sua scelta, sfruttare tutte le conoscenze nomologiche ed ontologiche di cui egli disponeva al fine di individuare la modalità comportamentale per cui avrebbe optato un ideale agente modello nel tentativo di azzerare o ridurre al minimo il rischio per il bene giuridico tutelato⁵¹. Il vero è che proprio nel caso dell'attività medica, il giudice – *rectius*: qualunque giurista – non saprebbe nemmeno come abbozzare una tale diagnosi: e quindi, non potendosi sottrarre alla propria funzione diagnostica, non gli resta che *rivolgersi a un perito*, chiedendogli né più né meno di appurare se la condotta sia diligente oppure no. Non gli chiede – si badi bene – di compiere per suo conto quello stesso giudizio predittivo che autonomamente non riesce a effettuare; bensì lo sollecita a indicare se il comportamento dell'indagato/imputato è conforme o si discosta dalle *leges artis*. Una forma di delegazione, questa, che i giudici nemmeno temono di esplicitare negli incarichi formali rivolti ai consulenti tecnici, il cui reale tenore affiora nella stessa giurisprudenza di legittimità.

Si veda, a questo proposito, Cass. pen., sez. IV, 4 febbraio 2004, Caffaz, avente ad oggetto l'operato di un medico del pronto soccorso che, accogliendo un paziente cui era stata diagnostica un'anemia acuta dal proprio medico di famiglia, anziché procedere a un'anamnesi ulteriore e più approfondita, lo indirizza direttamente al reparto di medicina generale, con la generica prescrizione "accertamenti" (priva della sottolineatura "urgenza"). Giunto in reparto in stato confusionale, i medici di turno, senza comprendere il significato dell'atto di ricovero, peraltro graficamente illeggibile, né

⁵¹ Così, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 215-235.

adoperarsi per chiarirne le ragioni telefonando al pronto soccorso, dispongono accertamenti di routine che non vengono però svolti in quanto il giorno seguente il paziente decede per emorragia digestiva. Da qui la necessità di stabilire se sussistano nel caso di specie profili di responsabilità colposa a carico del medico di pronto soccorso ovvero di quelli del reparto. Un interrogativo, questo, per rispondere al quale, i giudici di merito neppure per un attimo sembrano avere pensato alla necessità di avvalersi del giudizio di prevedibilità onde individuare come gli ideali operatori sanitari si sarebbero dovuti comportare, limitandosi invece a nominare dei consulenti tecnici con l'incarico di indicare le regole comportamentali cui ci si deve attenere allorché un paziente giunga al pronto soccorso con una diagnosi già effettuata dal medico di famiglia. Una modalità, questa, seguita anche dai giudici d'appello, i quali, disponendo la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, chiedono ai periti di accertare – il virgolettato compare nella stessa decisione di legittimità – «*se nell'operato dei medici oggi imputati siano rilevabili elementi di imprudenza, negligenza imperizia connessi causalmente con la morte della persona offesa*» (p. 12).

Nessuna remora, dunque, da parte della giurisprudenza, a palesare una tale ricorrente prassi operativa, sulla quale peraltro non risulta che la penalistica recente abbia riflettuto a sufficienza⁵². Se si conviene infatti che la regola cautelare costituisce un norma integratrice della disposizione sanzionatoria, non ci si può esimere dall'interrogarsi sull'ammissibilità di una perizia finalizzata in realtà a una vera e propria ricognizione "legale", senza peraltro che siano indicati al consulente tecnico i parametri alla luce dei quali effettuare il giudizio (miglior scienza ed esperienza, prassi generalmente seguita, organizzazione interna della struttura ospedaliera?). La mancanza di un preciso referente diagnostico rischia così di generalizzare e assolutizzare l'opinione di un singolo individuo, certamente esperto di settore qual è il perito, ma pur sempre privo di alcuna legittimazione normativa.

Valga qui il riferimento a Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2008, Giudici, dove l'effettività della c.d. "conta dei ferri" quale regola cautelare diffusa nella prassi per scongiurare il rischio di patologie innescate da oggetti dimenticati nel ventre del paziente (v. *supra*, § 3) è stata messa in forse nel corso del giudizio dalle personali considerazioni del perito secondo cui, essendo le pezze laparotomiche in numero limitato, spetterebbe comunque al chirurgo tenerne il conto mentre opera (p. 12, § 5.2)

⁵² Sulla centralità dello strumento peritale nella ricostruzione della colpa medica, v. comunemente già A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 21; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 410.

b) Il secondo atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza sulla colpa medica nei confronti della prevedibilità è di “esornativa deferenza”. Lo si avverte ogni qual volta compare sì nelle motivazioni della sentenza tutto l’armamentario classico della prevedibilità, senza però che sia chiamato a svolgere una reale funzione diagnostica della regola cautelare, la quale è anzi individuata in altro modo (consulenza peritale) e con riferimento ad altri criteri selettivi. In questi casi, dunque, la prevedibilità c’è, ma ha un valore solo retorico, quasi che la sua comparsa tradisse un atto di devozione alla tradizione dogmatica. Non v’è dunque da sorprendersi se, in queste sentenze, essa non fa danno alcuno: ciò dipende solo dal fatto che per suo tramite, lungi dall’accertarsi la regola cautelare, ci si limita a ratificare una soluzione già altrimenti acquisita.

Un esempio lampante di questo approccio è offerto dalla già citata sentenza della Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce, nella quale la regola cautelare cui i medici si dovevano conformare è prima individuata in modo corretto sulla scorta del riferimento ai protocolli indicati nel «Trattato di cardiologia E. Braunwald, riconosciuto come la Bibbia dei cardiologi mondiali» (p. 4) nonché con riferimento alle «linee guida sostenute da importanti istituzioni scientifiche e da autorevoli contributi della letteratura medica internazionale» (p. 8). Successivamente la sentenza si dilunga a ribadire la validità di questa stessa conclusione alla luce del giudizio di prevedibilità condotto alla luce dell’*homo ejusdem condicionis et professionis* (p. 9). Quale sia l’utilità di un simile verifica aggiuntiva, non è difficile da comprendere: è praticamente nullo, tradendo soltanto le difficoltà degli operatori a distaccarsi dalla tradizionale impostazione psicologica.

c) Infine, residuano alcune ma significative decisioni in cui la prevedibilità continua a svolgere la propria funzione selettiva, dando così ragione delle criticità messe in evidenza dalla dottrina che propone di rinunciare per radicare la tipicità colposa esclusivamente sulle *leges artis* consolidate nell’uso. In particolare, due sono le situazioni in presenza delle quali i giudici sembrano prediligere il giudizio predittivo in luogo dell’ancoraggio alle norme prasseologiche diffuse nel settore.

c1) La prima si verifica ogni qual volta il giudice, pur chiamato a valutare la condotta di un operatore sanitario, non si trova di fronte a un rischio tecnico tale da indurlo a rivolgersi a un perito per comprenderlo (come quello derivante dalla esecuzione di un intervento chirurgico o di una valutazione diagnostica), ma s’imbatte in un rischio “atecnico”, che appartiene cioè alla vita di tutti i giorni, e sul quale pertanto lo stesso giudice ritiene di potere esprimere una valutazione autonoma per il tramite giustappunto della logica pre-

dittiva. È un po' quello che accade con la colpa penale nella circolazione stradale, dove impera la prevedibilità proprio perché nessun giudice – *rectius*: nessun partecipante al traffico – si sente sprovvisto delle conoscenze adeguate a esprimere una valutazione di colpa, ergendosi così a depositario del parametro deontologico doveroso.

Un esempio calzante di questa situazione la ritroviamo in Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2007, Barocci, la quale – giova precisarlo – si riferisce a un'ipotesi di omicidio colposo già coperto da prescrizione, con tutto ciò che ne consegue in merito alla sublimazione della regola cautelare (v. *supra*, § 8). Come che sia, la vicenda riguarda il suicidio per defenestrazione di una paziente affetta da disturbi mentali, che era stata ricoverata in un reparto ortofrenico (destinato cioè alla rieducazione di soggetti affetti da ritardi mentali): un reparto in cui non esistevano pertanto sbarre alle finestre tali da ostacolare il proposito della vittima. Da qui, la verosimile conclusione che una valutazione della tipicità colposa incentrata sugli usi cautelari avrebbe finito per indirizzare l'addebito – così come peraltro sollecitato dalla difesa negli atti di impugnazione – sui vertici amministrativi della struttura ospedaliera che non avevano approntato le consuete misure cautelari volte a contenere il rischio di defestrazione (sbarramento delle finestre), ovvero – ma è la stessa regola cautelare violata in altro modo – che avevano accettato il ricovero di una paziente affetta da patologie psichiatriche autolesionistiche in una struttura inidonea ad accoglierla. Ed invece, i giudici di primo grado (con il conforto di quelli d'appello e il *non liquet* della Cassazione ex art. 129, comma 2, c.p.p.), mostrando «particolare attenzione alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso verificatosi [...] nonché alla esigibilità [...] di una condotta atta a prevenirlo», condannano le addette alle pulizie che avevano lasciato aperta la finestra, in concorso con l'infermiera generica che aveva ommesso di vigilare e con la responsabile del reparto che, custodendo le chiavi delle finestre, non le aveva messe a disposizione.

È questo un esempio chiarissimo delle differenze insiste nei due modelli ricostruttivi della tipicità colposa. Quella fondata sugli usi cautelari, s'interroga sul tipo di rischio che si è concretizzato nell'evento prefiggendosi poi di individuare se *in societatum natura* sono diffusi modelli comportamentali atti a contenerlo, l'osservanza dei quali si poteva pretendere dall'imputato. Il giudizio di prevedibilità punta invece diritto ai soggetti che hanno posto in essere le concause dell'evento, non diversamente da quanto accadeva in passato allorché la tipicità era ricostruita in termini puramente eziologici.

c2) La seconda ipotesi in cui, nella giurisprudenza, ci si affida alla prevedibilità per delimitare la tipicità colposa, si dà nei casi in cui un tale criterio diagnostico viene sfruttato per anticipare l'esistenza e la doverosità di una regola comportamentale che, in realtà, si è consolidata solo dopo il *tempus commissi*

delicti. È un po' quello che sarebbe accaduto, secondo i critici, nella vicenda del petrolchimico di Porto Marghera, dove il ricorso al giudizio predittivo ha consentito di chiamare a rispondere, per colpa, i soggetti che avevano esposto le vittime a sostanze considerate generalmente nocive nel momento del fatto ed i cui effetti letali furono scoperti solo in seguito⁵³. Ecco: un'analogia forma di anticipazione della regola cautelare per mano della prevedibilità ben si può verificare anche nel diritto penale della medicina: e questo perché il giudizio predittivo, in luogo del fermo riferimento alle *leges artis*, consente di sfruttare sin da subito gli embrionali segnali di rischio – secondo gli schemi del principio di precauzione⁵⁴ – al fine di imporre un modello terapeutico e diagnostico la cui doverosità si è affermata, in realtà, solo in seguito tra gli operatori.

Il ragionamento può apparire oscuro, ma risulterà estremamente nitido alla luce del caso affrontato da Cass. 28 ottobre 2004, Ardizzone. La vicenda giudiziaria ha origine con l'insorgenza di una patologia renale cronica (nefropatia tubolo interstiziale) in un paziente che aveva assunto un farmaco (l'Asacol) a base di mesalazina, dotato di effetti collaterali sull'apparato renale, al fine di curare un'altra patologia (rettocolite ulcerosa). Da qui l'avvio di un procedimento per lesioni colpose a carico di tre medici del Servizio di gastroenterologia ed endoscopia digestiva, che avevano avuto in cura il paziente in successione tra loro, senza prescrivere – così specifica il capo d'imputazione – «i *dovuti e periodici* esami ematochimici diretti a verificare la funzionalità renale del paziente» (p. 3). Disposta la perizia dal giudice di primo grado, tutti gli imputati vengono assolti, giacché ad una verifica delle prassi terapeutiche in uso per la gestione dei pazienti trattati con Asacol, emerge che negli anni in cui avvenne il trattamento (1996-1997), la conoscenza degli effetti nefrotossici della mesalazina «non era ancora patrimonio comune, specie tra i medici gastroenterologi» (p. 4). «Soltanto nel 2000 – continuano i giudici sulla scorta della perizia – avevano cominciato a diffondersi tra i nefrologi, ed anche tra i gastroenterologi, sufficienti e complete segnalazioni in ordine ad una tossicità del farmaco [...]: prima del 2000 anche nella letteratura scientifica vi erano state sporadiche informazioni comunque pubblicate su riviste minori [...] peraltro anche contrastate da altre di segno contrario» (p. 5). Né varrebbe amplificare la valenza del c.d. bugiardino, il quale non indicava la necessità di sottoporre il paziente a controlli periodici, ma prescriveva solo l'uso con cautela del farmaco nei pazienti che già fossero afflitti da una sofferenza renale o epatica. Non v'era dunque traccia, neppure nella "Guida all'uso dei farmaci" curata dalla Direzione generale del ministero

⁵³ Così D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir pen. proc.*, 2008, p. 647 ss.

⁵⁴ In argomento, per tutti, G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss.

della sanità, di quella “doverosa” prescrizione di controlli ematochimici che avrebbe saputo riconoscere l’insorgenza della patologia renale e che solo in seguito trovò riscontro in talune linee guida in ambito gastroenterologo. Prova ne sia che, all’epoca dei fatti, nemmeno gli stessi specialisti nefrologi dell’ospedale che avevano avuto in cura il paziente nello stesso periodo, pur riconoscendo l’esistenza di una sofferenza renale, ritennero di sospendere l’assunzione della mesalazina.

In sede di appello e in cassazione, l’assoluzione viene tuttavia parzialmente ribaltata, prima per due medici e poi solo per quello (il secondo) che visitò due volte il paziente nella fase centrale della somministrazione. «Per quel che concerne la *prevedibilità dell’evento* – puntualizzano i giudici, mettendo così subito in risalto la differente prospettiva diagnostica – non [si] potevano ignorare gli effetti nefrotossici dell’Asacol», vuoi perché «il farmaco in questione apparteneva alla famiglia dei salicilati, di cui era nota la *possibile* nefrotossicità» (esempio di classica dilatazione *ex post* della base nomologica del giudizio predittivo) vuoi perché «il foglietto illustrativo raccomandava speciali precauzioni d’uso nei confronti dei pazienti con danno renale» (p. 6). Di qui – conclude la Corte cassazione, sottolineando poco prima che il «giudice resta pur sempre “*peritus peritorum*”»⁵⁵ – «la *possibilità* [...] di rendersi conto della cattiva funzionalità renale» (p. 11): una possibilità che si trasforma in piena *doverosità* ove si consideri che «la semplice avvertenza (esistente nel foglio illustrativo di quegli anni) di un uso cauto del farmaco nei pazienti con danno renale ed epatico, con l’indicazione espressa di *evitarne l’impiego nel caso di soggetto con conclamata insufficienza renale* [...] imponeva uno specifico e preventivo (oltre che periodico) controllo di detta funzionalità».

Non v’è nulla da aggiungere: i due modelli di colpa, l’uno autenticamente normativo l’altro incentrato sulla prevedibilità, sono perfettamente confrontabili nelle motivazioni offerte dai due giudici di merito rispetto a un medesimo caso concreto. E il resoconto che ne ha fatto la sentenza della Cassazione è così fedele da far tralucere con chiarezza anche la diversa matrice *politica* delle due concezioni. Invero, quella basata sugli usi cautelari (in questo caso terapeutici) non ritiene responsabile il singolo solo per avere omesso ciò che era *possibile fare*, ma esige che la responsabilità colposa muova dalla violazione di un modello comportamentale *doveroso* in tanto in quanto osservato dagli altri consociati, e del quale pertanto si può pretendere la conoscenza da parte di

⁵⁵ Sulla profonda ipocrisia di questo principio che induce il giudice, in un primo tempo, a riconoscersi tecnicamente incompetente, tanto da ricorrere allo strumento peritale, per poi ergersi, in un secondo tempo, a valutatore della perizia, sulla scorta di una (ritrovata?) migliore competenza, v. – anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche – L. MASERA, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, in *Corr. merito*, 2007, p. 348 ss.

qualunque appartenente al gruppo sociale. La prevedibilità impone invece al singolo, sotto la minaccia della pena, di migliorare il comportamento della generalità, trasformando sin da subito ciò che è possibile prevedere in un obbligo penalmente sanzionato, anche quando una tale vincolatività non trova riscontro nell'opinione e nella conseguente condotta dei consociati. In breve, ed icasticamente, la prima impostazione fa della società la misura del giudizio di responsabilità personale. La seconda impostazione strumentalizza il singolo in funzione del subitaneo progresso della società.

12. *La colpa specifica del medico: un'ipotesi in via di espansione*

Nonostante l'assenza di un'organica disciplina positiva dell'attività medica, non è raro imbattersi in sentenze della Cassazione dalle quali emerge, esplicitamente o meno, la configurazione di una "colpa specifica" a carico del medico. Il riferimento non è certo alle non poche decisioni in cui tale espressione viene impiegata in modo autentico, ossia per indicare il "puntuale" addebito formulato dall'accusa⁵⁶. Né si vuole alludere alle sentenze in cui solo impropriamente si ricorre alla figura della colpa specifica per indicare in realtà la violazione di una prescrizione priva di fine cautelare⁵⁷. Ci si riferisce piuttosto alle decisioni in cui la responsabilità colposa è supportata dalla violazione di un'autentica regola cautelare "formalizzata", così come previsto dall'art. 43 c.p.

a) Tre in particolare sono i tipi di regole cautelari formalizzate che hanno trovato riscontro in giurisprudenza: e tra di esse non v'è dubbio che siano le c.d. «linee guida» quelle più significative per rilevanza pratica e frequenza giurisprudenziale.

Con il termine *guidelines* s'intendono, come noto, i protocolli operativi redatti da autorevoli fonti scientifiche – non di rado comitati costituiti *ad hoc* – volti ad agevolare le decisioni del medico indirizzandolo verso l'adozione della procedura diagnostica e terapeutica ritenuta più efficace alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche del momento⁵⁸. Di conserva, tali fonti perseguo-

⁵⁶ V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 3 novembre 2004, Rattizzi, ove l'espressione "colpa specifica" tiene il luogo di colpa *specificatamente* contestata (p. 6).

⁵⁷ Si veda, per esempio, Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano, che riscontra una "colpa specifica" nel non avere debitamente informato la paziente della natura dell'intervento cui sarebbe stata sottoposta (p. 3). Per una critica di un tale inquadramento, a motivo del fatto che la regola del consenso informato è priva di finalità cautelari, v. *infra* sub *b* nel testo.

⁵⁸ Cfr. M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 891 ss.

no anche scopi di carattere economico e di natura legale: sia perché si prefiggono un risparmio della spesa sanitaria evitando che il medico dubbioso o “difensivista” disponga diagnosi e terapie superflue o non indispensabili; sia perché la formalizzazione e il successivo rispetto della “buona pratica clinica” finisce fatalmente per scoraggiare l’instaurazione di processi a carico del medico che vi si sia conformato⁵⁹. Per tutte queste ragioni, la prassi delle linee guida, già diffusa negli Stati anglosassoni, non ha faticato a farsi strada anche in altri paesi europei⁶⁰, offrendo peraltro buona prova di sé nelle aule di giustizia, ove se non altro ha rappresentato un fattore di migliore pre-determinabilità del comportamento doveroso.

Si veda a questo proposito – oltre al caso affrontato dalla già citata decisione della Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2007, Duce – quanto si è verificato con la sentenza della Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2006, Cardillo, la quale ha ribaltato una decisione di condanna pronunciata dal giudice di merito, proprio in ragione della assoluta conformità dell’attività medica prestata dagli imputati rispetto alle *linee guida per la gestione dei traumi cranici* edite dalla Società italiana di neurochirurgia. In particolare, si trattava di valutare la liceità della omessa prescrizione di una TAC a beneficio di un paziente implicato in un incidente stradale nel giorno di Natale del 1998 e deceduto dopo tre giorni a causa di un ematoma subdurale. Il fatto è che la vittima, essendo giunta al pronto soccorso senza perdita di coscienza, né amnesie, cefalea diffusa o vomito, presentava tutti i parametri indicati dalle suddette linee guida per descrivere la “categoria zero”, ossia quella dei pazienti affetti da un trauma cranico *minore*. Da qui la scelta dei medici di disporre una semplice radiografia al cranio, in luogo della TAC: una scelta questa che la Cassazione – rovesciando l’opinione dei giudici d’appello – ha considerato corretta proprio sulla scorta del contenuto delle linee guida, caratterizzate sì da un valore non vincolante, e nondimeno sintomatiche di quelle leggi dell’arte medica alle quali tanto gli operatori quanto il giudice penale non possono che riferirsi per individuare il comportamento diligente.

Come si può ben notare anche da questa decisione, non paiono sussistere controindicazioni di sorta all’utilizzo dei protocolli terapeutici formalizzati quale parametro di riferimento della tipicità colposa. L’importante è che si considerino tali – al di là delle non omogenee espressioni utilizzate – solo

⁵⁹ Sulla polivalenza funzionalistica delle linee guida v., nella letteratura penalistica, P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 175 ss.; A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 441 ss.

⁶⁰ Cfr. relativamente all’ordinamento francese O. SMALLWOOD, *La normalisation des règles de l’art médical: une nouvelle source de responsabilité pour les professionnels de santé?*, in *Médecine & Droit*, 2006, p. 121 ss.

prescrizioni comportamenti caratterizzate da tutte le qualità che devono possedere le autentiche regole cautelari (v. *supra*, § 3 ss.). Per il resto, ancorché carente di efficacia *erga omnes*, la positivizzazione dei più accreditati protocolli terapeutici non può che essere valutata in modo positivo, vuoi perché ne rafforza la conoscenza tra gli operatori, vuoi perché semplifica la ricognizione giudiziale del modello cautelare doveroso, contenendo la residuale tendenza ad affidarsi alla prevedibilità quale criterio di definizione della tipicità colposa. Né varrebbe osservare che soprattutto nel nostro paese, ove l'approntamento delle linee guida è quasi sempre promosso dalle leggi finanziarie⁶¹, una tale formalizzazione tende in prevalenza a razionalizzare la spesa sanitaria, entrando così in tensione con il principio della massima tutela possibile della salute individuale. Esiziale sarebbe cedere all'ipocrisia in questa materia: il vero è infatti che un bilanciamento costi-benefici nel campo della sanità, là dove non sia perseguita da protocolli standard, finisce comunque per imporsi sugli operatori anche in ragione di tacite raccomandazioni degli organi amministrativi. Molto meglio dunque che esso trovi riscontro in una palese e generale disciplina positiva, la quale avrebbe se non altro il pregio di esonerare il singolo medico da un delicatissimo contemperamento tra esigenze contrapposte: un contemperamento peraltro che, essendo ritenuto sindacabile dalla recente giurisprudenza di legittimità⁶², lo esporrebbe fatalmente a una forma di responsabilità colposa.

b) Un secondo tipo di regole formalizzate, sulla scorta delle quali la giurisprudenza tende a configurare una colpa specifica del medico, sono quelle tratte dalla disciplina deontologica⁶³. La posizione trova peraltro riscontro

⁶¹ A partire dalla metà degli anni '90 sembra non esservi legge finanziaria che non si prefigga di favorire l'enunciazione di linee guida nel campo medico (v. art. 1, comma 28 l. 662/1996; art. 32, comma 9, l. 449/1997, eccetera); sino alla messa a punto del *Programma nazionale per le Linee Guida* con il Piano sanitario nazionale 1998-2000.

⁶² V. in questo senso Cass. pen., sez. IV, 7 aprile, 2004, Ardivino, ove si legge, a proposito della scelta di mantenere la costosa ospedalizzazione ovvero di optare per la dimissione del paziente: «È del tutto ovvio che quando una patologia può essere adeguatamente trattata presso l'abitazione del paziente la continuazione dell'ospedalizzazione non solo ha carattere di antieconomicità ma è addirittura inutile o dannosa. Se invece la terapia può essere più utilmente praticata in ambiente ospedaliero la soluzione è di meno facile soluzione; in questi casi va operato un *bilanciamento tra la tutela del malato e l'interesse pubblico* a non protrarre i ricoveri oltre un certo limite. E il contemperamento può essere trovato in un *rapporto costi benefici* che prenda però in adeguata considerazione la gravità della malattia e il pericolo per la salute del paziente che devono, per ovvie ragioni, essere privilegiati» (p. 10 s.).

⁶³ Si fanno risalire i primi segnali di una tale tendenza giurisprudenziale ad alcune pronun-

nella dottrina, la quale, sia pure con talune precisazioni, si dichiara favorevole a delimitare la tipicità colposa in forza del riferimento alle norme del Codice di deontologia medica⁶⁴. Una soluzione questa rispetto alla quale non si rinven- gono, a ben riflettere, controindicazioni dogmatiche, e che nondimeno si espone a un brusco ridimensionamento pratico, *sino a svanire del tutto*, là dove si passi ad analizzare la reale consistenza delle norme deontologiche, con particolare riferimento alla distanza che le separa dalle qualità richieste alle autentiche norme cautelari.

In particolare, due sono le caratteristiche della norme deontologiche che le rendono sostanzialmente inutilizzabili come regole cautelari: la prima è data dalla frequente assenza in esse di un'autentica finalità preventiva rispetto alla tutela dell'integrità fisica; la seconda discende dal loro peculiare contenuto, che è prevalentemente finalistico anziché modale.

Quanto al primo aspetto, si considerino le decisioni in cui la colpa specifica del medico è riscontrata nel non avere debitamente informato il paziente sui caratteri della patologia o della terapia effettuata (v. ad esempio Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2007, Pagano). Ebbene, ancorché espressamente previsto da diverse norme deontologiche (v. per tutti l'art. 33 del Codice di deontologia medica del 2006), il dovere di informazione del medico non è finalizzato a preservare la vita e l'integrità fisica dell'individuo, essendo invece strumentale al libero esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente: con la conseguenza che nessun evento lesivo dell'integrità fisica potrà considerarsi realmente *causato* – così come richiede l'art. 43 c.p. – dalla violazione del dovere di informazione⁶⁵. Particolarmente istruttiva a questo riguardo è la decisione adottata in Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2003, De Paula, concernente l'operato di un ginecologo che, avendo in cura una paziente affetta da tumore all'utero, dopo una prima fase di trattamento positivo con radioterapia, accorgen-

ce di merito della fine degli anni '90: cfr. G. IADECOLA, *Il valore «dell'opinione» dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 12.

⁶⁴ Cfr. G. IADECOLA, *Il valore*, cit., p. 13; P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., 190 s., nonché più di recente F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 279.

⁶⁵ Non fa eccezione a questo principio Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, in cui si contestava a un medico di base di non avere sufficientemente insistito nel sollecitare il paziente affetto da forti dolori al petto, ed al quale il medico aveva diagnosticato un potenziale infarto, di recarsi al pronto soccorso. Nella fattispecie concreta infatti – peraltro conclusasi con la piena assoluzione dell'imputato dall'addebito di omicidio colposo nei confronti del paziente poi deceduto per infarto – non era in discussione l'osservanza della norma deontologica che prescrive l'obbligo di informazione, quanto il contenuto di un tale obbligo, che non può comunque spingersi – secondo il condivisibile avviso della Suprema Corte – sino «un'azione impositiva contro la volontà della persona ammalata» (p. 8).

dotosi della ripresa della malattia, decide di continuare a seguire la paziente senza informare lei o i suoi familiari della recidiva tumorale, che in mancanza di ulteriori cure conduce a morte la paziente. Da qui dunque la condanna pronunciata dal giudice di merito nei confronti del medico “silente”; condanna che viene tuttavia annullata dalla corte di Cassazione per mancanza di prove circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e il decesso della paziente. Un rilievo questo di per sé non scorretto: anzi, sacrosanto, e nondimeno riduttivo, nella misura in cui trascura che il riscontrato difetto di causalità non riguarda solo il caso di specie, ma qualunque ipotesi in cui si volesse contestare la violazione dell’obbligo di informazione. E questo perché – giova ribadirlo ancora – un tale obbligo deontologico, non essendo caratterizzato da finalità cautelari, *mai potrà assumere alcuna incidenza eziologia sulla morte del paziente*. Tutt’al più, l’evento infausto sarebbe da attribuire alla mancanza di terapia eventualmente favorita dall’ignoranza del paziente: la qual cosa starebbe però ulteriormente a dimostrare che l’autentica regola cautelare si annida nell’eventuale carenza della terapia e non già in un difetto di comunicazione⁶⁶.

Con riferimento al contenuto finalistico anziché modale delle regole deontologiche non si rinvencono invece esempi giurisprudenziali da proporre, non essendo state fortunatamente pronunciate, a quanto ci risulta, sentenze della Cassazione incentrate in modo esclusivo sulla loro violazione⁶⁷. È la dottrina, tuttavia, a lasciare aperta una tale possibilità, indicando a titolo esemplificativo alcune norme deontologiche la cui trasgressione sarebbe in grado di fondare una colpa specifica del medico⁶⁸. A ben riflettere, però, nessuno degli esempi prospettati riesce a convincere del tutto, proprio perché nessuna delle norme indicate pare dotata di quel contenuto modale anziché finalistico che è una delle qualità imprescindibili delle regole cautelari (v. *supra*, § 4). Si consideri, fra gli esempi usualmente prospettati in tal senso, il precetto che impone al medico di ricorrere solo a «prescrizioni e trattamenti [...] ispirati ad ag-

⁶⁶ Ovviamente, completamente diversa è la situazione in cui una negligenza informativa o nella fase di acquisizione del consenso induca il medico a tenere una condotta in realtà non giustificata: in tal caso infatti ben potrebbe configurarsi una responsabilità colposa, ma secondo gli schemi affatto particolari dell’art. 59, comma 4, c.p.: in argomento da ultimo F. VIGANÒ, *Problemi*, cit., p. 973 s.

⁶⁷ In prevalenza, infatti, l’esistenza di una violazione deontologica viene evocata dalla giurisprudenza al fine di rafforzare un addebito di colpa c.d. generica, derivante cioè dalla violazione di una regola cautelare di cui s’intende per l’appunto evidenziare la vincolatività sostenendo che la sua osservanza rientra nell’ambito degli «obblighi deontologici del medico»: così, ad esempio Cass. pen., sez. IV, 7 aprile, 2004, Ardivino, p. 15; Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2005, Orestano, p. 6; Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2007, Martinelli, p. 3.

⁶⁸ Cfr. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., 190 s.; F. ANGIONI, *Il nuovo codice*, cit., p. 279.

giornate e sperimentate acquisizione scientifiche»; ovvero di adeguare le proprie «decisioni ai dati scientifici accreditati o alle evidenze metodologicamente fondate» (art. 13 Codice di deontologia). Ebbene, benché si ritenga spesso il contrario, queste formulazioni non possono tecnicamente assumere la funzione di regola cautelare, difettando in esse la precisa indicazione del comportamento terapeutico che il medico avrebbe dovuto adottare per evitare l'evento infausto. Con il che non s'intende dire che esse non prescrivano comportamenti tipici del medico in senso lato diligente. Occorre però tornare a sottolineare che una responsabilità penale a titolo di colpa medica, lungi dal sostenere un generico addebito professionale, esige l'esatta indicazione (da parte dell'accusa nella richiesta di rinvio a giudizio) della prassi terapeutica che avrebbe salvato il paziente e l'omissione della quale è stata determinata dal mancato aggiornamento del medico (v. *supra*, § 6). È questa, e solo questa, la regola cautelare su cui può fondarsi la tipicità colposa, non già l'atteggiamento interiore che ne ha determinato la violazione (svogliatezza nello studio, superficialità della preparazione, ecc.). È assolutamente fondamentale ribadire qui un tale aspetto, onde scongiurare il rischio che il piano riferimento alle norme deontologiche (ad esempio: al dovere di aggiornamento) in luogo della ricerca delle autentiche regole cautelari (ossia le prassi terapeutiche disattese) ingeneri deprecabili forme di "moralizzazione della colpa penale"⁶⁹, in quanto tali fomenti di "scorciatoie imputative" – vere e proprie presunzioni di colpa – dalle quali sarebbe impossibile per il medico liberarsi.

c) Un'indubbia valenza cautelare hanno invece talune regole tecniche la cui doverosa applicazione s'impone agli operatori sanitari in ragione della loro efficacia *erga omnes* ovvero in virtù della volontà di conformarvisi. Il riferimento va, quanto meno, alle norme concernenti la sicurezza dei macchinari sanitari nonché alle discipline tecnico-procedurali, come quelle ISO, alle quali talune cliniche private liberamente si assoggettano onde migliorare le proprie prestazioni e accreditarsi così presso la clientela o gli interlocutori pubblici.

Non mancano peraltro le applicazioni giurisprudenziali di un tale fenomeno. Si veda al riguardo Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, Spinosa, avente ad oggetto una vicenda, se possibile ancora più toccante delle consuete tragedie purtroppo affrontate dalla giurisprudenza penale della medicina. Il caso riguarda infatti un neonato prematuro deceduto a causa delle ustioni e della ipertermia provocate dal malfunzionamento della

⁶⁹ Per un tentativo, non condiviso nel testo, di appiattare la colpa penale sul giudizio "comune di colpa", v. U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, *passim*.

incubatrice in cui era stato collocato. Un macchinario vetusto – come accertò la perizia ingegneristica – e non sottoposto da alcuni anni ad interventi manutentivi, a dispetto della necessità di un controllo semestrale raccomandato dalla casa produttrice. Ciò che più rileva, ai nostri fini, è però la discordanza dell'apparecchio rispetto alla normativa CEI, che aveva ridotto da cinquanta a quaranta gradi il livello della temperatura massima di sicurezza raggiungibile dalle incubatrici. Irregolarità tecnica, questa, già peraltro segnalata in occasione di una visita ispettiva dell'ASL effettuata nel 1996, che è stata riconosciuta dai giudici come la causa principale dell'evento infausto. Da qui la condanna del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, che aveva deciso di modificare il sistema di controllo dell'incubatrice, passando dalla manutenzione periodica a quella a chiamata, onde contenere le spese, in concorso con il Direttore sanitario, che aveva dato parere favorevole e firmato la delibera, e del Primario di pediatria che aveva consentito l'utilizzo nel proprio reparto di un apparecchio non a norma. Il tutto fondandosi sull'indiscutibile pertinenza di una regola cautelare formalizzata atta a prevenire proprio il tipo di rischio che si è tragicamente concretizzato nella morte del neonato.

13. *L'evento tipico delineato dal c.d. nesso di rischio*

La logica normativa, se fatica ancora a modellare la ricostruzione processuale della tipicità colposa (v. *supra*, § 2), esprime invece compiutamente tutte le proprie potenzialità selettive nella giurisprudenza che si occupa di verificare l'imputazione dell'evento colposo⁷⁰. Al punto che non sembra esservi criterio diagnostico elaborato a questi fini dalla dottrina, che non trovi riscontro nella prassi, seppure talvolta in modo aggrovigliato sino a confondersi il nesso di rischio con la causalità della colpa e questa con la causalità *tout court*. Al di là delle imprecisioni, resta comunque la commendevole propensione della giurisprudenza a utilizzare ogni selettivo criterio d'imputazione dell'evento: persino quelli più sottili e sofisticati, che non di rado entrano in tensione con le istanze rivendicative dei pazienti poco propensi a "scontare" le negligenze dei propri medici.

Fra questi criteri, senza dubbio uno dei più difficili da accettare spontaneamente fra i non giuristi è quello del c.d. "nesso di rischio". Un criterio che, pur postulando l'esistenza di una violazione cautelare, tiene indenne il soggetto da responsabilità colposa ogni qual volta l'evento verificatosi non è annoverabile tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire⁷¹. Si

⁷⁰ Una fase, quella dell'imputazione, che riguarda beninteso anche il reato colposo di mera condotta: *ex plurimis* G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 955 ss.

⁷¹ Fondamentalmente G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 112 ss.

pensi, fra gli esempi di scuola più ricorrenti, all'autista che, sfrecciando in autostrada a una velocità superiore al limite consentito, investe uno spericolato passante avventatamente risoltosi ad attraversare la carreggiata. Ebbene, quand'anche l'investimento sarebbe stato evitato da una condotta diligente, e quand'anche il passante avesse fatto affidamento sulla regolare andatura delle auto nel calcolare i tempi di attraversamento, lo specifico evento verificatosi non può essere addebitato all'autista, nella misura in cui si ritenga che il limite di velocità sulle autostrade si prefigge di contenere il rischio ordinario di incidenti stradali e non già di preservare l'incolumità dei pedoni temerari. L'obiettivo del nesso di rischio è dunque quello di contenere la logica del *versarsi in re illicita*, esigendo di considerare tipico e quindi punibile, non già la realizzazione di un evento purchessia scaturito dalla condotta negligente, ma solo l'estrinsecazione storica del preciso tipo di rischio che la regola cautelare intendeva prevenire. È in questo senso, quindi, che si riconosce anche all'evento un ruolo tipizzante⁷².

Come si è già segnalato, malgrado la sua sottigliezza, un tale criterio diagnostico non ha mancato di trovare applicazione nella recente giurisprudenza penale della medicina. Si veda a questo proposito Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2004, Fatuzzo, scaturita dal ricorso presentato dagli imputati nei confronti di una decisione di merito che li aveva riconosciuti colpevoli del reato di lesioni colpose ai danni di una neonata durante il parto. La lesione – così ritenne la Corte d'appello – era stata determinata da una distocia fetale di spalla, che si sarebbe dovuta gestire con una specifica manovra dell'arte medica (rotazione di 180 gradi del corpo del neonato con disimpegno della spalla abbassando la scapola) in realtà disattesa dagli imputati (p. 3). Una ricostruzione della regola cautelare, questa, pienamente accolta anche dalla Cassazione, la quale ritiene nondimeno di dover cassare la decisione proprio perché carente sotto il profilo della dimostrazione del nesso di rischio. Vero è infatti – osservano i giudici di legittimità – che «i ricorrenti non hanno seguito le regole che l'arte medica impone» (p. 5): e tuttavia dalle perizie esistenti agli atti sembrerebbe che la regola cautelare disattesa sia volta a prevenire la *morte* per asfissia del neonato e non già le lesioni – ossia l'evento in concreto verificatosi – dato che tali lesioni ben si possono determinare anche in forza della corretta effettuazione della manovra omessa (p. 6). Da qui l'annullamento della sentenza di condanna, con rinvio ad altro giudice di merito incaricato di verificare quale sia, con precisione, lo spettro preventivo della regola cautelare disattesa, nonché in secondo luogo di appurare se, in una tale area di rischio tipico, rientri o meno anche lo specifico tipo di lesione riportata nel caso di specie dalla neonata.

⁷² Per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 356 ss.

14. *Il comportamento del paziente quale causa di esclusione della tipicità colposa*

Fra le più significative linee di tendenza della recente giurisprudenza sulla colpa medica, va segnalata la crescente attenzione dei giudici per il comportamento del paziente, con particolare riferimento alla sua incidenza sulla cura della patologia ovvero sulla determinazione dell'evento infausto. Non sempre – beninteso – un tale tipo d'indagine modifica l'esito del giudizio a carico del medico, o tanto meno ne ostacola il riconoscimento di responsabilità. Resta comunque significativo il fatto che spesso il giudizio penale riguardante l'attività del sanitario finisce per coinvolgere nell'esame anche la condotta del paziente.

Quest'ultimo, del resto, in una visione non più paternalistica dell'attività medica, è chiamato ad assumere un ruolo vieppiù attivo, tanto nella fase diagnostica quanto in quella terapeutica: un ruolo che va ben oltre la semplice manifestazione del consenso, spingendosi sino a forme di compartecipazione vera e propria (ad esempio attraverso la puntuale esposizione dei sintomi, la diligente assunzione dei farmaci, l'astensione delle condotte che possono compromettere il buon esito delle terapie). A tal punto che, ove sia vigile e capace di autodeterminarsi, lo stesso paziente ben può essere considerato un membro dell'equipe. Con la conseguenza che nulla impedirebbe di attribuire l'eventuale esito infausto, non già a uno dei componenti in camice dei membri dello staff, bensì al "primo" tra i fautori dell'attività medico-terapeutica. Si configurerebbe così un'autentica "colpa medica ai propri danni", che solo la coincidenza tra soggetto passivo ed attivo del reato contro la persona impedisce di perseguire.

L'esempio più classico a questo proposito è quello di resistenza del paziente alle prescrizioni terapeutiche: resistenza, che si può manifestare tramite un vero e proprio rifiuto a sottoporsi al trattamento, ovvero in una refrattarietà alle sollecitazioni terapeutiche. Quanto alla prima alternativa si veda per esempio Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2005, Sciortino, che ha assolto i medici di chirurgia vascolare intempestivamente intervenuti nell'amputazione di un arto a causa dell'opposizione manifestata dal paziente, che si era potuta superare – quando lo stato settico era però giunto a uno stadio troppo avanzato – solo dopo il soccorso persuasivo di parenti, amici e un sostituto procuratore. Circa il secondo caso, si riveda invece la già citata sentenza Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2005, Da Re, con cui è stato assolto il medico di famiglia che, avendo diagnosticato un forte infarto a un proprio assistito, non era riuscito a convincerlo della necessità di recarsi immediatamente al pronto soccorso; da qui il successivo decesso della vittima, avvenuto presso la propria abitazione, dove era giunta tardivamente l'autoambulanza, peraltro richiesta dallo stesso medico di famiglia nel frattempo accorso.

Che incidenza ha, però, sotto il profilo tecnico-giuridico, il comportamento del paziente sul giudizio di responsabilità degli operatori sanitari? Stabilirlo in modo incontrovertibile non è agevole, vuoi perché non è pacifico il fondamento giustificativo dell'attività medica e il ruolo assunto, sotto questo profilo, della volontà del paziente⁷³; vuoi perché non è chiaro quale sia il frammento strutturale della colpa penale su cui eventualmente interagisce la negligenza del soggetto passivo⁷⁴.

Stando all'opinione maggioritaria, però, ben si può ritenere che il *rifiuto del paziente* è in grado di ridurre sino a escludere la posizione di garanzia del medico: il quale, pertanto, sarà chiamato a rispondere penalmente, non già ove si astenga, bensì se interveniente in senso difforme dalla volontà del malato⁷⁵. Quanto invece alla *rilevanza della negligenza della vittima* sul giudizio di responsabilità colposa, la giurisprudenza tende a riconoscervi un oscuro effetto interruttivo della causalità. In particolare, nella giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro e della circolazione stradale, una tale verifica è condotta alla luce dell'art. 41, comma 2 c.p., così da discutersi se la condotta della vittima sia da considerare o meno una causa da sola sufficiente a determinare l'evento⁷⁶. Nella giurisprudenza penale della medicina ci si affida invece alla logica diagnostica messa a punto dalla nota sentenza Franzese onde appurare se, tra tutti i decorsi eziologici ipotizzabili, l'evento infausto sia da imputare all'agire del medico ovvero alla negligenza della vittima⁷⁷.

Sennonché, fra i vari meriti della concezione normativa della colpa, v'è anche quello di riuscire meglio a spiegare quest'ultimo aspetto tecnico. Invero, la negligenza della vittima, lungi dall'atteggiarsi come concausa da sola suffi-

⁷³ V. comunque da ultimo Cass. pen., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437, Giulini, in *www.cortedicassazione.it*.

⁷⁴ In argomento O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 471-476, *passim*, la quale si dimostra comunque refrattaria a riconoscere all'azione della vittima un effetto interruttivo della responsabilità colposa altrui. Per contro, nella dogmatica straniera il ruolo della vittima nel giudizio d'ascrizione a titolo di colpa finisce per essere affrontato nel più ampio capitolo dell'imputazione obiettiva dell'evento: U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin, 2005; M. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la victima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, 2001.

⁷⁵ Sull'incerto inquadramento penalistico dell'atto medico realizzato senza il consenso del paziente v. comunque, per tutti, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.

⁷⁶ Per un'analisi di questo orientamento giurisprudenziale O. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., p. 50 ss.

⁷⁷ Così in modo emblematico Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti, p. 12 ss., su cui si ritornerà tra breve nel testo.

ciente a determinare l'evento (v. *supra* in nota), ovvero quale decorso eziologico concorrente all'azione del medico (v. *supra* in nota), scalfisce – si badi bene – il *carattere tipico dell'evento* concretamente verificatosi (v. *supra*, § 12), sino ad *espungerlo dallo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente trasgredita*. Ciò che viene meno, dunque, a motivo della negligenza della vittima, è il c.d. nesso di rischio, ossia la riconducibilità dell'evento concreto dal novero delle situazioni che la regola cautelare intendeva prevenire.

Sarebbe interessante poter verificare la correttezza della suddetta affermazione nella maggior parte delle vicende in cui la giurisprudenza ha dovuto affrontare la questione: e non è escluso – senza per questo volere sfidare l'ammonimento di Giacomo (Gc 4-15) – che nel futuro lo si faccia compiutamente per iscritto. Per ora, onde illustrare in breve un tale assunto, può essere sufficiente analizzare la vicenda trattata in Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, Lo Presti. Il caso riguarda un paziente cui era stato asportato un tumore sottomandibolare, che era stato trasferito al reparto di otorinolaringoiatria prima delle 48 ore che secondo «la buona pratica professionale» avrebbe dovuto trascorrere in terapia intensiva (p. 3 s.). La nuova sistemazione – scelta dai medici perché consentiva di effettuare lo stesso trattamento di ossigenoterapia cui il paziente sarebbe stato sottoposto in rianimazione (p. 7, punto 2) – gli permise tuttavia di sottrarsi al controllo degli assistenti ospedalieri, alzarsi dal letto, togliersi la mascherina dell'ossigeno e riprendere a fumare. Da qui la morte per ipossia e ipercapnia (aumento dell'anidride carbonica nel sangue): morte che – secondo entrambi i giudici di merito – sarebbe stata da attribuire per colpa all'imputato il quale, disponendo l'anticipato trasferimento del paziente dal reparto di terapia intensiva, avrebbe determinato la «mancanza di monitoraggio» del paziente.

La Corte di cassazione annulla invece la decisione, ritenendo che non sia stato debitamente dimostrato, alla luce della “logica della Franzese”, se l'evento sia da attribuire effettivamente alla “negligente” anticipata dimissione ovvero alla concorrente negligenza del paziente (p. 12 ss.). A ben riflettere, però, la critica cui si espongono entrambe le sentenze di merito è più penetrante e si spinge sino a contestare la presenza del nesso di rischio. E invero, quand'anche si ritenesse che il ricovero nel reparto di terapia intensiva sia stato colpevolmente troppo breve, l'esclusione di una responsabilità colposa discenderebbe dal fatto che *la regola cautelare trasgredita è volta a prevenire gli esiti infausti di determinate patologie, non già a evitare atti di autolesionismo del paziente*. Vero è infatti, che la terapia intensiva assicura un più penetrante monitoraggio del paziente, ma si tratta pur sempre di un monitoraggio organico e biologico, non già di carattere custodiale, ché diversamente si finirebbe per trasformare una tale misura in una sorta di TSO improprio. Non v'è dunque alcuna corrispondenza tra l'evento storico concretamente verificatosi e lo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente disattesa, imponendosi dunque per questa ragione una radicale pronuncia di assoluzione.

Opinioni a confronto

OPINIONI A CONFRONTO

LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

I temi dell'organizzazione giudiziaria ritornano al centro dell'attenzione politica. L'ampia riforma ordinamentale attuata fra il 2005 e il 2007 appare insufficiente all'attuale maggioranza parlamentare, la quale, traendo spunto dalle polemiche sorte intorno a una sconcertante vicenda di indagini incrociate fra due uffici requirenti, sembra seriamente intenzionata a modificare di nuovo l'assetto organizzativo del pubblico ministero. La separazione delle funzioni – così come regolata dal d.lgs. n. 106 del 2006 – non sarebbe sufficiente ad assicurare il necessario equilibrio fra accusa e difesa. Solo una separazione delle carriere parrebbe capace di effetti apprezzabili su questo terreno.

Non è solo la politica, però, a discutere di questo. Da tempo, magistratura e avvocatura si trovano su posizioni antitetiche quando si affronta il delicato tema del pubblico ministero e della sua organizzazione. Ha lasciato un segno profondo e ancora percepibile nei rapporti, forse anche personali, quel settennio – dal 1992 al 1999 – in cui l'accusa ha goduto di un indubbio predominio sulla funzione di difensiva. Da allora, la comunicazione fra queste due componenti della vita giudiziaria s'è fatta difficile e complicata. Proprio sull'organizzazione dell'ufficio d'accusa essa è divenuta terreno fertile di fraintendimenti e diffidenze reciproche. Alla ferma determinazione degli avvocati nell'esigere la separazione delle carriere, si oppone la pervicacia della magistratura associata nel conservare lo *status quo*, come dimostra la circostanza che anche l'accennata riforma del 2006 (più rigorosa separazione delle funzioni) fu inizialmente avversata.

Abbiamo chiesto al prof. Oreste Dominioni e al dott. Luca Palamara di confrontarsi su questo tema. Interessa in particolare conoscere le loro opinioni sulle verosimili conseguenze che l'ipotizzata separazione delle carriere potrebbe sortire. Conseguenze, innanzitutto, nei rapporti di forza interni al processo penale: ne uscirebbe davvero rafforzata la terzietà del giudice? Conseguenze, inoltre, sulla conduzione dei processi: davvero la separazione sarebbe funzionale all'attuazione di un processo equo, da chiudere in tempi ragionevoli? Conseguenze, infine, sull'assetto politico costituzionale del nostro ordinamento: sarebbe fatale, una volta separata la carriera requirente dalla giudi-

cante, un assoggettamento del pubblico ministero all'esecutivo? E, se così non fosse, quale sarebbe il nuovo statuto costituzionale del pubblico ministero? E, ancora, ne uscirebbe intaccato l'obbligo di esercitare l'azione penale?

prof. Oreste Dominioni
Università Statale di Milano
Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane

1. Per uscire da prospettazioni non adeguate dei problemi è utile una premessa.

Le posizioni di quanti tendono a mantenere distinte le questioni di ordinamento giudiziario e di normativa processuale penale (emblematica la formula programmatica dell'ANM: «riformare il processo, non il giudice», *rectius* il magistrato) scontano un marcato errore di portata non solo teorica, ma soprattutto pratica. Secondo un grande insegnamento (da Francesco Carnelutti a Gaetano Faschini a Gian Domenico Pisapia), oggi purtroppo assai poco tenuto presente, il processo penale deve trovare la propria disciplina nell'integrazione delle norme ordinamentali e processuali. Anche da questa integrazione dipende spesso l'efficienza pratica dell'amministrazione della giustizia.

2. La cosiddetta separazione delle carriere (meglio, delle organizzazioni ordinamentali o, come oggi si dice, degli ordini) ha l'obiettivo di superare la categoria dell'«autorità giudiziaria» quale portatrice di un'unitaria funzione statale di persecuzione penale che si scomponga nelle due sotto-funzioni di accusa e di decisione.

Tale costruzione, in effetti, è ancora quella risalente allo Stato autoritario. Basti richiamare la giustificazione che il Ministro di Grazia e Giustizia Dino Grandi, nella «Relazione alla Maestà del Re Imperatore per l'approvazione del testo del nuovo ordinamento giudiziario», diede della scelta dell'unità dell'organizzazione di giudici e pubblici ministeri: «sono ragioni d'ordine politico in quanto [con la separazione] ... si determinerebbe la formazione di veri e propri compartimenti stagni nell'organismo della Magistratura, in contrasto con la sostanziale unicità della funzione. Sono ragioni d'ordine pratico, sia perché la separazione importerebbe una inammissibile differenziazione nella progressione dei due ruoli, sia perché non potrebbe giovare ai fini di una specializzazione di funzioni e, quindi, ad una più perfetta formazione dell'abito e delle attitudini dei singoli magistrati» [in *G.U.* 4 febbraio 1941, n. 28-*bis*, ed. str., p. VI].

È da osservare che si tratta, non già di notazioni politico-ideologiche innocue, ma di un'opzione che informa l'operatività giudiziaria a una concreta, precisa caratterizzazione.

Se l'accusatore e il giudice, quali organi della medesima «autorità giudiziaria», sono concepiti per adempiere a un'altrettanto medesima funzione statale di persecuzione penale, entrambi hanno il compito di assicurare, pur nei rispettivi uffici processuali, che nell'arco di sviluppo del procedimento alla notizia di reato prima e, poi, all'imputazione sia procurato quanto necessita per asserire la loro fondatezza. Insomma il giudice, non meno del pubblico ministero, deve essere sollecito nel realizzare l'interesse punitivo dello Stato (o collettività, che si voglia dire, in una trasfigurazione pseudo-sociologica del fenomeno).

In una simile strutturazione dell'amministrazione della giustizia ciò che viene depotenziato è il controllo giurisdizionale sull'accusa: medesima essendo la finalità, il giudice concorre alla sua realizzazione assieme al pubblico ministero, anziché esercitare, rispetto a questi, un rigoroso ruolo di controllore *super partes*, cioè terzo.

3. Il *deficit* di controllo giurisdizionale sull'accusa che deriva da questa struttura di ordinamento giudiziario produce conseguenze gravi intanto in termini di qualità delle decisioni. Deprimere la dialetticità del processo, che esige un giudice non istituzionalmente ingaggiato a farsi carico delle sorti dell'accusa, vuol dire compromettere la stessa attendibilità della decisione, che è invece propiziata solo da un metodo di conoscenza giudiziaria improntato per l'appunto dai canoni della dialetticità: accusatore e difensore si contraddicono sulle rispettive tesi e sulle risorser probatorie che mettono in campo; il giudice terzo formula giudizi non compromessi perché estranei a un ruolo istituzionale a favore di una delle tesi di parte.

4. Ma quel *deficit* di controllo giurisdizionale sull'accusa produce conseguenze altrettanto gravi, e ancor più visibili (specie per chi non abbia particolare sensibilità per la qualità della giurisdizione), sull'efficienza concreta del processo penale.

Interi comparti normativi del codice di procedura penale legano la loro precettività pratica all'effettivo controllo giurisdizionale sulla fondatezza di richieste del pubblico ministero. Il venir meno o il forte indebolimento di tale controllo ha nel corso degli anni prodotto l'inoperatività di quelle disposizioni, con conseguenze assai negative anche per la funzionalità e i tempi del processo penale.

Si possono fare alcuni esempi.

a) Gli artt. 405 ss. c.p.p. stabiliscono i termini di durata delle indagini preliminari. Il termine originario di sei mesi è suscettibile di una prima proroga, da disporsi con provvedimento del giudice per le indagini preliminari «per giusta causa» su richiesta del pubblico ministero, nonché di ulteriori proroghe «nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato». Nella prassi è peraltro invalso che le richieste di proroga del pubblico ministero sono pressoché sempre accolte dal giudice con motivazioni di stile e cioè senza un reale controllo sulla loro fondatezza. Tanto che i difensori, ammaestrati da ciò, non propongono più opposizione. È del tutto evidente come un simile andamento della prassi nuoccia al ragionevole contenimento della durata delle indagini preliminari, troppo spesso contrassegnate da tempi morti ingiustificati. Il che non si verificherebbe se il controllo del giudice sulla richiesta di proroga fosse effettivo. Il fatto è che il giudice non adempie a questo suo compito, determinante per l'operatività delle disposizioni in questione, in quanto si fa egli stesso carico di esigenze non riconducibili ai parametri di legge per la prosecuzione delle indagini: si fa carico cioè di una generica esigenza che l'accusa abbia ad essere coltivata anche fuori dai limiti temporali prefissati, vale a dire irragionevolmente dilatati. Non è fuori luogo postulare che questa patologia sta alla base della recente escogitazione *de iure condendo* della «prescrizione dell'azione». Insomma un giudice che istituzionalmente partecipa con il pubblico ministero alla finalità di persecuzione penale compromette la ragionevole durata del procedimento.

b) L'art. 267, comma 1, c.p.p. stabilisce che l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche può essere autorizzata, fra l'altro, se «è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini». L'«assoluta indispensabilità» e il suo riferimento alla «prosecuzione delle indagini» sono formule intese a contenere drasticamente il ricorso a un atto investigativo di elevatissima invasività nella sfera dei diritti delle persone e, peraltro, sono dotate di una cogenza normativa che in tanto può vedersi attuata in quanto il controllo giurisdizionale sia particolarmente pregante e esigente. La loro svalutazione, in un controllo del giudice ridimensionatosi su parametri di «utilità» o di «necessità», ha dato la stura a un dilagare quasi indiscriminato delle attività di intercettazione che sta oggi alla base della crisi di questo atto d'indagine e a progetti di riforma che, per ricondurlo a dimensioni equilibrate, ricorrono a disposizioni di una certa problematicità non potendo far conto sulla funzione di controllo del giudice in ordine alle richieste dell'accusa. Pure

qui la compartecipazione del giudice alle finalità della persecuzione penale si palesa come fattore destabilizzante della pratica giudiziaria.

c) Al fine di rilevare un'analogia situazione nel settore delle misure cautelari è illuminante il «caso Pescara». Il giudice per le indagini preliminari accoglie la richiesta di misura cautelare e poi la revoca. Una simile vicenda sembra presentarsi in linea con le norme. Senonché le analisi dei commentatori, per nulla improbabili, hanno evidenziato questi dati: nel disporre la misura cautelare il giudice si era «appiattito» sulla richiesta del pubblico ministero; poi si è ricreduto subendo il bombardamento delle pesanti e pressanti recriminazioni provenienti dal settore politico di appartenenza dell'indagato. Quali che siano state le reali dinamiche del caso, ciò che emerge è la mancanza di autorevolezza dell'effettività del controllo giurisdizionale, non percepito come affidabile nella prima fase come nella seconda. Non c'è dubbio: un caso singolo, sovrapposto, esplicitato anche in modo inesorabile, ma emblematico di una realtà diffusa, nella quale gli inquisiti comuni subiscono troppo spesso il cosiddetto «appiattimento» del giudice sul pubblico ministero a causa della carenza di controllo giurisdizionale, non compensata da forze di bilanciamento esterne al processo. Ma tutto ciò è patologia.

5. Conviene rimarcare la ragione delle disfunzioni processuali del tipo di quelle che si sono ora esemplificate.

Si tratta di situazioni di inefficienza che colpiscono l'equità del processo e la sua durata ragionevole (le disfunzioni sono troppo spesso causa di un processo non giusto e di complicazioni che compromettono la dovuta speditezza), le quali sono determinate nel *trend* ordinario del procedimento non tanto da comportamenti anomali di singoli magistrati. Hanno invece la loro radice autentica nell'ordinamento giudiziario così come è congegnato e nelle sue ricadute sul processo. Sono cioè, come si dice, «strutturali». In un contesto democratico-liberale, non sono forse rintracciabili nell'ordinamento statale funzioni tanto inconciliabili quali quelle di accusare e di decidere. Eppure il sistema dell'unicità dell'ordinamento giudiziario, fondato su un'«autorità giudiziaria» comprensiva del pubblico ministero e del giudice, accomuna i due organi nella formazione, nel reclutamento, nella disciplina della carriera, nel governo complessivo dei magistrati, sino al punto di generare un comune associazionismo e di produrre unitari poteri che, formati attraverso il fenomeno delle «correnti» e nella dialettica politico-culturale e sindacale delle stesse, si riproducono all'interno del Consiglio superiore della magistratura. Sulla scorta di complesse e complicate dinamiche di apparentamenti politici e persino di col-

lateralismi partitici a doppio senso, in una certa fase storico-politica si manifesta preminente la forza dei partiti, capaci di condizionare, con diversa intensità, le «correnti» associative; in un'altra fase queste hanno maggior forza e sono esse a condizionare i partiti nelle scelte di politica penale. Il fenomeno del «fuori ruolo» dei magistrati che escono dall'attività giudiziaria per insediarsi nei gangli sensibili della politica non solo giudiziaria (la sua geografia politica, economica e di popolazione è impressionante e di portata tale da compromettere reciprocamente l'autonomia della politica e della magistratura, oltre a depauperare in modo rilevante le risorse giudiziarie) è anch'esso un potente fattore di unitarietà di potere della magistratura d'accusa e di decisione.

Né va sottaciuto come un tale sistema, del tutto improprio perché anticonstituzionale, sia così pervicace da coinvolgere nelle sue regole anche i componenti laici del CSM, i quali, portatori di una matrice partitica, convergono di norma (non mancano, per buona sorte, isolati esempi di indipendenza) con l'una o l'altra «corrente».

Il governo della magistratura, che registra nella fase attuale il predominio delle dinamiche di potere dell'associazionismo giudiziario, si è ormai trasformato nei fatti in «autogoverno», del tutto contrario al disegno costituzionale. I costituenti avevano progettato il CSM non come organo mediante il quale la magistratura si autogovernasse, ma come organo che, al tempo stesso esterno alla magistratura, la governasse in modo autonomo dai poteri partitici e, in particolare, dalla loro proiezione nel potere esecutivo.

La questione in gioco, allora come oggi di massima attualità, era che la magistratura non si costituisse nel sistema politico e nella realtà sociale come «corpo separato».

Un assetto di ordinamento giudiziario costruito sull'unicità delle carriere di giudici e pubblici ministeri e conseguentemente insediato nella vita delle istituzioni con un'«autorità giudiziaria» che accomuna entrambi gli ordini di magistrati comporta una forte menomazione dei caratteri essenziali della giurisdizione: l'imparzialità e la terzietà, oggetto di prescrizione costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.). È appena da notare che i due termini non compongono un'endiadi. Mentre la terzietà connota la posizione del giudice nel processo, l'imparzialità è connotazione ordinamentale. Il giudice, che non è parte, non deve avere un'organizzazione comune a una parte, il pubblico ministero.

L'unicità delle carriere non produce conseguenze positive sul pubblico ministero, contrariamente a quanto si pretende ricorrendo all'ambiguo concetto della «cultura della giurisdizione». L'imparzialità, meglio l'obiettività, della funzione d'accusa deriva dall'art. 97, comma 1, Cost., pacificamente da appli-

carsi anche agli organi del pubblico ministero.

A subirne conseguenze negative è invece il giudice, reso compartecipe con il pubblico ministero di una unitaria finalità statale di persecuzione penale. E a causa di ciò il giudice, dovendosi fare carico di tale finalità anche con riguardo all'esercizio da parte del pubblico ministero delle proprie funzioni, calibra in base a questo indice il controllo giurisdizionale sull'accusa, con effetti che compromettono sia la qualità che l'efficienza del processo.

Ciò si determina in quanto il processo penale, nella sua struttura vigente (e pur con le manomissioni intervenute sull'impianto originario), ha come regola fondamentale per il suo corretto e efficace funzionamento la netta sovraordinazione del giudice rispetto alle parti, per l'appunto la terzietà, e l'esercizio del controllo giurisdizionale da esercitarsi secondo le norme e le prove, prescindendo da ogni ragione di opportunità non legittimata dalla legalità.

Un'ultima notazione circa lo scompensamento che oggi si registra fra ordinamento giudiziario e processo. Il primo è incentrato ancora su un impianto di «autorità giudiziaria». Il codice di procedura penale del 1988 ha abolito normativamente tale categoria.

6. Anche in regime di separazione delle carriere il pubblico ministero deve mantenere la qualità di magistrato, cioè avere autonomia di statuto e indipendenza funzionale. Ciò, naturalmente, con le precisazioni che già oggi è necessario fare.

L'autonomia statutaria (che afferisce alle materie contemplate dall'art. 105 Cost.) vale, e dovrà continuare a valere, per il pubblico ministero alla stessa stregua che per il giudice, nella sua proiezione sia interna che esterna. Per quelle materie, cioè, ogni magistrato, e quindi anche il pubblico ministero, è sottratto a poteri d'intervento di altri magistrati (in particolare, i capi degli uffici) e di soggetti estranei all'ambito giudiziario, siano organi dell'esecutivo o parlamentari o altri. Ogni provvedimento al riguardo rimane riservato al Consiglio superiore della magistratura.

L'indipendenza funzionale si declina già oggi in termini differenti per il giudice e per il pubblico ministero e questa linea deve trovare conferma nella riforma. Per il giudice essa è assoluta sia all'interno che all'esterno dell'ordine giudiziario: nell'esercizio delle funzioni ogni singolo giudice è sottratto al potere di qualsiasi organo (art. 102, comma 2, Cost.). Per il pubblico ministero è assoluta verso l'esterno dell'ordine giudiziario, il che vuol dire, in particolare, sottrazione al potere esecutivo e a quello parlamentare; verso l'interno, invece, è relativa in quanto il singolo magistrato del pubblico ministero è inserito

nella struttura organizzativa (più che gerarchica nel significato amministrativo del termine) dell'ufficio, su cui insistono i poteri per l'appuntamento organizzativi del Procuratore capo. La modulazione di tali poteri è stata oggetto di approfondite riflessioni, di cui la riforma dovrà farsi carico nell'enucleare la più efficiente operatività degli apparati del pubblico ministero. Una recente proposta, formulata dall'interno dell'ambito giudiziario (si veda l'intervento del cons. Antonio Patrono, attualmente componente togato del CSM, su *Il Messaggero* del 22 dicembre 2008, p. 5) ne accentua la struttura organizzativa e i conseguenti poteri dei capi degli uffici: il limite che va rispettato è dato dall'obiettività professionale da riconoscere a ogni singolo magistrato del pubblico ministero. Che è però cosa diversa da una impraticabile pretesa di personalizzazione della funzione d'accusa.

Sono molteplici i motivi, tutti insuperabili quanto sono radicati nella realtà e nelle esigenze dell'attività giudiziaria, che articolano in modo differente l'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero rispetto a quella del giudice.

L'attività del pubblico ministero ha componenti di ampia discrezionalità libera estranee a quella del giudice. Essa, infatti, si snoda per scelte che in larghissima parte non sono né prefigurate né prefigurabili in sede normativa. Il modo di condurre e di orientare le indagini, i ritmi che si tratta di imprimervi, la stessa valutazione delle notizie di reato specie se non qualificate sono altrettanti momenti ineliminabili della funzione investigativa, rimessi a giudizi dipendenti dalla contingenza delle situazioni concrete e non rapportabili a canoni cristallizzabili in formule di legge dotate di una reale pregnanza normativa.

Inoltre è ineludibile l'esigenza che l'attività di investigazione si svolga secondo un'organizzazione che spesso ha bisogno di mutare per adattarsi alle esigenze dei singoli casi concreti. Lo svolgimento del lavoro di investigazione da parte di un solo magistrato piuttosto che da più magistrati riuniti in un *pool* e l'indizione di vertici tra magistrati impegnati in indagini collegate sono dati che fanno ormai parte dell'esperienza quotidiana, moduli organizzativi imposti dalle esigenze ineludibili della pratica giudiziaria, che non si conciliano di certo con l'ipotesi della personalizzazione: riportano infatti in capo all'ufficio o a un complesso di uffici tra loro coordinati il perno dell'attività di indagine privando il singolo magistrato della sua esclusiva titolarità e, conseguentemente, di autonomi poteri di scelta in ordine al suo svolgimento. Un qualcosa, dunque, che sta agli antipodi di quella che è la personalizzazione dell'ufficio del giudice, intesa propriamente come portato dei connotati dell'indipendenza che ne devono distinguere in modo inequivoco la posizione

funzionale. Preordinare e curare tale organizzazione sono compiti che appartengono al capo dell'ufficio e che condizionano le scelte e le attività dei singoli magistrati addetti.

7. Vi è, piuttosto, da affrontare la questione dell'obbligatorietà dell'azione penale. Risorse inevitabilmente limitate (negli ordinamenti di tutti i Paesi, anche fuori da situazioni incongrue come quelle oggi denunciate) rispetto alla domanda di giustizia richiedono criteri di selezione fra le notizie di reato da perseguire e quelle da pretermettere. La situazione attuale, nell'assenza di criteri di legge, è contrassegnata dalla discrezionalità libera, cioè dall'arbitrio, delle singole Procure, che seguono criteri propri, talvolta dichiarati (come è il caso della Circolare Maddalena) ma generalmente taciuti. Questa situazione viola l'art. 112 Cost., anzi lo mette nel nulla.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, nel significato con cui è asserito dalla Costituzione, non richiede che per ogni notizia di reato corrisponda un procedimento; bensì che, in base al principio di legalità, quella selezione avvenga in base a criteri stabiliti dalla legge. Di ciò si deve far carico la riforma, a cominciare dalla generalizzazione della regola della irrilevanza sociale del fatto già prevista per il procedimento minorile e per quello del giudice di pace.

La determinazione per legge di questi criteri non significa una limitazione dell'indipendenza funzionale esterna del pubblico ministero. Essa infatti riconduce la disciplina dell'esercizio dell'azione penale entro la sfera della legalità, secondo la categoria della discrezionalità vincolata: una situazione di dovere determinato, in parte, da valutazioni che in concreto il pubblico ministero deve svolgere sulla base di criteri di legge.

8. Posta l'autonomia e indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo anche in un regime di separazione delle carriere, un'ipotesi di riforma (secondo un progetto articolato dall'Unione delle Camere Penali Italiane con l'ausilio del proprio Centro Studi Aldo Marongiu nel maggio 2008) è così formulabile nelle linee essenziali:

1) previsione che i magistrati si distinguano in magistrati giudicanti e magistrati del pubblico ministero;

2) istituzione di due Consigli superiori della magistratura, rispettivamente della magistratura giudicante e di quella del pubblico ministero;

3) il Consiglio superiore della magistratura giudicante è presieduto dal primo presidente della Corte di cassazione. Il ministro della Giustizia ne è com-

ponente di diritto. Fanno altresì parte del Consiglio un rappresentante dell'avvocatura, designato dagli ordini professionali, un rappresentante dell'università, designato dai professori ordinari in materie giuridiche, e un magistrato del pubblico ministero, designato dal Consiglio superiore del pubblico ministero. Gli altri componenti sono, per un terzo, eletti da tutti i magistrati giudicanti tra gli appartenenti alle varie categorie, per un terzo, eletti dal Parlamento tra professori ordinari di università in materie giuridiche, avvocati dopo 15 anni di esercizio e magistrati a riposo che abbiano svolto funzioni giudiziarie presso la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti;

4) il Consiglio superiore del pubblico ministero è presieduto dal procuratore generale della Corte di cassazione. Il ministro della giustizia ne è componente di diritto. Fanno altresì parte del Consiglio un rappresentante dell'avvocatura, designato dagli ordini professionali, un rappresentante dell'università, designato dai professori ordinari in materie giuridiche, e un magistrato giudicante, designato dal Consiglio superiore della magistratura giudicante. Gli altri componenti sono, per un terzo, eletti da tutti i magistrati del pubblico ministero tra gli appartenenti alle varie categorie, per un terzo, eletti dal Parlamento tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo 15 anni di esercizio e, per un terzo, nominati dal presidente della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche, avvocati dopo 15 anni di esercizio e magistrati a riposo che abbiano svolto funzioni giudiziarie presso la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti;

5) il Procuratore generale della Corte di cassazione è nominato dal Presidente della Repubblica tra i magistrati del pubblico ministero con funzioni direttive superiori, in una terna proposta dal Consiglio superiore del pubblico ministero. Esso è a capo degli uffici del pubblico ministero, dei quali vigila e coordina l'azione, vegliando a che essa sia conforme ai principi costituzionali ed in particolare a quanto disposto dagli artt. 3, primo comma, 97, primo comma e 112. Riferisce alle Camere del buon andamento della magistratura;

6) il passaggio dalla magistratura giudicante a quella del pubblico ministero, e viceversa, può avvenire solo a seguito di concorso; è poi da prevedere la possibilità di indire concorsi riservati a giudici, pubblici ministeri, avvocati e soggetti forniti di specifici titoli scientifici e professionali (cosiddetto reclutamento laterale).

dott. Luca Palamara

Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica di Roma
Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati

1. Nell'affrontare il tema della separazione delle carriere, vorrei muovere da una prospettiva che non mira a difendere l'unicità delle carriere come una esigenza corporativa, o addirittura un privilegio di casta, ma che intende esaminare se avere giudici e pubblici ministeri separati sia effettivamente il sistema che maggiormente garantisce i cittadini rispetto a quello attuale.

Io penso che in relazione al problema in questione non si può muovere da contrapposizioni ideologiche poiché è inutile negare che il tema in questione è controverso vedendo storicamente contrapposte, nel nostro Paese, la magistratura e l'avvocatura.

È vero, infatti, che in molti altri paesi il regime è di diversificazione netta delle carriere; tuttavia è altrettanto vero che l'unicità è patrimonio storico di una parte non piccola dell'Europa, a cominciare dalla Francia laddove non vi è la separazione delle carriere, tanto che giudici e PM vengono formati nella *École Nazionale de la Magistrature*, e non vi sono limiti al passaggio dalla carriera giudicante a quella requirente e viceversa. Oggi in Francia i pubblici ministeri dipendono dall'esecutivo ma il giudice istruttore è indipendente e garantisce l'autonomia delle indagini; vi è un unico Consiglio superiore della magistratura al cui interno vi sono due distinte sezioni, una per i requirenti e l'altra per i giudicanti. Bisogna, però, registrare che in occasione della recente apertura dell'anno giudiziario, tenutasi a Parigi il 7 gennaio del 2009, il capo dello Stato Sarkozy ha annunciato di voler cambiare l'attuale sistema prevedendo che le funzioni del giudice istruttore verranno svolte dalla procura della Repubblica, che rimarrebbe comunque sottoposta al ministro della Giustizia, e sotto il controllo di un giudice dell'istruttoria, con le funzioni di arbitro tra l'accusa (la Procura) e la difesa. Tale proposta ha suscitato commenti critici da parte dell'opposizione e da parte della magistratura d'oltralpe perché farebbe scomparire il giudice istruttore, figura centrale del processo penale introdotta da Napoleone e copiata dalla maggior parte dei paesi europei tra il XIX ed il XX secolo, oltre che attribuire i poteri di indagini ad un PM dipendente dall'esecutivo.

Anche in Belgio i Pubblici ministeri dipendono dall'esecutivo ma il giudice istruttore è indipendente e garantisce l'autonomia delle indagini.

In Spagna, invece, le carriere sono separate in quanto vi è un unico concorso ma poi la scelta delle funzioni è irreversibile. I "*fiscales*", solo formalmente

equivalenti ai nostri pubblici ministeri, sono dipendenti dall'esecutivo in quanto la loro carriera è regolata dalla Procura generale dello Stato, al cui vertice vi è un Procuratore nominato dal Presidente del Governo. L'indipendenza delle indagini dell'organo inquirente è garantita dalla figura del giudice istruttore, autonomo ed indipendente e la cui carriera è invece regolata dal Consiglio superiore del potere giudiziario.

In Gran Bretagna l'investigazione penale è affidata alla Polizia; la figura formalmente equivalente a quella del nostro pubblico ministero è rappresentata dal *Crown prosecution service* (CPS) che deve limitarsi a valutare l'attività compiuta dalla polizia ed è responsabile per il perseguimento penale dei casi oggetto di indagine da parte della stessa polizia; il CPS può scegliere se sostenere l'accusa in giudizio oppure affidarla ad avvocati del libero foro. Nel sistema britannico quindi è improprio parlare di passaggio di carriera, perché la carriera del giudice ha dei meccanismi di designazione del tutto autonomi e distinti da quelli del CPS.

In Europa l'unico caso di separazione netta delle funzioni è costituito dal Portogallo che ha introdotto la separazione delle carriere come reazione alla dittatura Salazar. Quest'ultimo aveva unificato le carriere assoggettando tutta la magistratura sotto il suo controllo dopo aver fatto passare da inquirenti a giudicanti i magistrati a lui più fedeli. Caduta la dittatura il P.M è rimasto separato, ma autonomo ed indipendente dal potere politico in quanto non si è voluto l'assoggettamento dei pubblici ministeri all'esecutivo come avvenuto durante la dittatura. Tuttavia, oggi, in Portogallo si discute della possibilità di tornare alla carriera unica a causa dell'asserito strapotere che gli stessi Pubblici Ministeri avrebbero acquisito.

Nel Sud America, Brasile ed Argentina ricalcano lo schema del Portogallo.

Negli Stati Uniti, il "*prosecutor*", cioè l'equivalente del nostro PM può essere di nomina elettiva o di nomina governativa. Come in Gran Bretagna non si può, però, parlare di passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente perché, anche, in questo caso la carriera giudicante ha dei meccanismi di designazione del tutto autonomi e distinti che divergono fra i vari stati federali e a livello centrale. Tuttavia non è precluso a chi è stato rappresentante della pubblica accusa l'accesso alla funzione giurisdizionale.

Questo breve *excursus* di carattere comparativo circa la figura ed il ruolo del pubblico ministero in alcuni dei principali paesi dell'Europa e dell'America porta a poter ipotizzare in astratto tre distinti sistemi: in alcuni Stati (tra cui gli USA) il titolare della carica è elettivo; in altri dipende dal Governo (come ad esempio in Francia ed in Italia prima della Costituzione repubblicana);

in altri ancora viene parificato ai giudici (come ad esempio in Italia oggi).

In dottrina (cfr. Ugo Rescigno) vi è anche chi ritiene ipotizzabile un quarto sistema in cui il pubblico ministero sia configurato come una autorità indipendente rigorosamente separata anche dall'ordine giudiziario.

Quello che, però, è importante osservare è che nei sistemi in cui il pubblico ministero dipende dall'esecutivo, la reale funzione inquirente, che in Italia è svolta dal Pubblico Ministero, è attribuita al giudice istruttore a cui è garantita piena autonomia ed indipendenza dagli altri poteri dello Stato. In definitiva in questi sistemi la figura del pubblico ministero è svuota di reali poteri in fase di indagini in quanto attribuiti al giudice istruttore.

Svolta questa doverosa premessa, deve, ora, rilevarsi come in Italia, il dibattito sulla separazione delle carriere sembrava essersi sopito grazie alla riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta dal d.lgs.n.106 del 2006, in virtù della quale è stata introdotta nel nostro ordinamento una netta distinzione delle funzioni tra P.M. e giudice pur nella unicità delle carriere.

Benché sia ancora possibile l'osmosi tra le diverse funzioni di giudice e PM (anche se in misura limitata perché ad esempio se un pubblico ministero di Roma volesse fare il giudice penale, oggi dovrebbe andare a farlo fuori dal distretto della Corte d'appello di Roma e quindi come posto più vicino dovrebbe trasferirsi da Roma a L'Aquila) nella sostanza si è già realizzata una netta separazione delle funzioni.

Basta, infatti, riflettere sul fatto che sia per quanto riguarda i trasferimenti che per quanto riguarda le nomine agli incarichi direttivi sempre più raramente si verifica il passaggio dalla carriera giudicante a quella requirente e viceversa.

Tuttavia nonostante questi dati e nonostante la modifica dell'ordinamento giudiziario risalga solamente a due anni orsono, già si ritiene insufficiente questo sistema e si ripropone il tema della separazione delle carriere.

Pertanto, occorre dare una risposta al quesito iniziale e quindi ragionare su quale sia il sistema che offre maggiori garanzie ai cittadini.

Sul punto, io ritengo che l'attuale sistema, che delinea la figura di un pubblico ministero autonomo ed indipendente e lo mantiene nella cultura della giurisdizione, sia quello che maggiormente garantisce i cittadini perché consente di avere un pubblico ministero libero di investigare e di esercitare il controllo di legalità senza condizionamenti esterni.

Vorrei, però, dare validità a questa asserzione specificando meglio alcuni passaggi ed analizzando le conseguenze che si verificherebbero, in caso di separazione delle carriere, sul triplice versante dei rapporti di forza interni al

processo penale, della conduzione dei processi ed infine dello statuto costituzionale del pubblico ministero.

Più in particolare vorrei esaminare se effettivamente la separazione rafforzerebbe la terzietà del giudice, la celerità dei processi e l'indipendenza del pubblico ministero stesso.

Procederò ad analizzare separatamente questi diversi aspetti.

2. Come noto il codice di procedura penale, entrato in vigore il 24 ottobre 1989, prevede un modello tendenzialmente accusatorio in quanto a decidere della controversia non è più un giudice accusatore, come nel sistema inquisitorio, ma un giudice nettamente distinto dall'accusa.

Al pubblico ministero spetta il compito di raccogliere le prove per fondare, se sussistente, l'accusa. Al giudice spetta il ruolo di valutare, in posizione di assoluta terzietà, quelle prove (l'accusa) e la confutazione di esse (la difesa).

Ma esiste una effettiva parità tra accusa e difesa nel nostro processo penale?

I fautori della separazione delle carriere rispondono negativamente sul presupposto che i rapporti di forza interni al processo penale sarebbero squilibrati sia nella fase delle indagini preliminari che nel dibattimento.

Con riferimento alla fase delle indagini preliminari, questo orientamento muove dall'assunto secondo il quale, a fronte degli enormi poteri attribuiti al pubblico ministero, i diritti della difesa sarebbero compressi e sacrificati. Da qui la necessità di realizzare compiutamente il sistema accusatorio mediante la separazione delle carriere.

Le affermazioni in questione, riprese da qualificati esponenti della attuale maggioranza di governo, che hanno addirittura evocato l'immagine di «una bilancia della giustizia pendente più dalla parte dell'accusa che da quella della difesa», non possono essere accolte in quanto contraddette dalla realtà.

Infatti, se è inevitabile che il pubblico ministero unitamente alla polizia giudiziaria dispone di maggiori poteri finalizzati all'accertamento ed alla repressione dei reati, è pur vero che vi sono stati recenti e numerosi interventi legislativi che hanno nettamente rivalutato il ruolo della difesa anche nella fase delle indagini preliminari; tra gli altri si richiamano quelli introdotti dalla legge 332/95, dalla legge 479/99 meglio nota come legge Carotti, dalla legge costituzionale 2/99 che ha modificato l'art.111 della Costituzione sul c.d. giusto processo e da ultimo quello introdotto dalla legge 397/00 sulle investigazioni difensive.

Questa diversa realtà dei fatti induce pertanto a ritenere come il tema in questione, quello cioè del presunto "strapotere" dei pubblici ministeri, sia so-

lo apparentemente collegato con il tema della parità tra accusa e difesa in quanto torna sulla scena in occasione di quelle indagini che vedono coinvolti politici e pubblici amministratori in materia di reati contro la pubblica amministrazione.

Ed in realtà, sono proprio queste le vicende che negli ultimi anni hanno reso particolarmente difficili i rapporti istituzionali tra politica e magistratura in quanto si è voluta attribuire una etichetta politica a questa o quella iniziativa giudiziaria con la conseguenza di trascinare la giurisdizione su un terreno non suo, quello della contrapposizione politica, che ne delegittima l'azione sull'unico terreno su cui, invece, la legittimazione dell'azione giudiziaria si certifica e si misura, quello dell'imparziale applicazione delle regole. In particolare, abbiamo assistito ad una strumentalizzazione del ruolo dell'accusa, spesso utilizzata per la soluzione di conflitti politici e sociali, senza attendere la successiva verifica dibattimentale e quindi senza attendere la prova dei fatti in dibattimento. Logico che poi si passasse da una difesa "nel processo" ad una difesa "dal processo".

Ciò detto, occorre esaminare quale sia l'effettivo ruolo del pubblico ministero nel sistema attuale e perché deve essere interesse dei cittadini che il pubblico ministero venga mantenuto nella cultura della giurisdizione.

Al momento, il pubblico ministero all'esito delle indagini preliminari si trova di fronte ad una alternativa: chiedere la chiusura del procedimento, cioè l'archiviazione del procedimento, o chiedere che si proceda e che quindi l'imputato venga giudicato sulle base degli elementi acquisiti nella fase investigativa.

Da quanto sopra discende che il pubblico ministero – lungi dall'essere proiettato verso la sola possibilità di accusa che, comunque, deve essere verificata in dibattimento dove si forma la prova nel contraddittorio tra le parti davanti ad un giudice terzo – già nella fase investigativa è strutturato come soggetto che non agisce per fini di parte in quanto ha come scopo la ricostruzione dei fatti e l'applicazione ad essi della regola di diritto. Sotto questo profilo l'atteggiamento mentale del pubblico ministero non è diverso da quello del giudice nel processo, ed è questa la principale ragione per cui giudici e pubblici ministeri hanno sempre fatto parte di una stessa categoria dalla Unità di Italia ed ancora dalla nascita della Repubblica.

Si può ragionevolmente sostenere che già la fase delle indagini preliminari appare strutturarsi come una prima fase del giudizio rispetto a quelle eventuali e successive rappresentate dalla udienza preliminare e dal dibattimento.

Tanto è vero che il pubblico ministero (e la polizia giudiziaria nell'ambito delle sue attribuzioni) svolge le indagini necessarie per le determinazioni ine-

renti l'esercizio dell'azione penale ma deve altresì svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

Pertanto l'operato del pubblico ministero in questa fase deve essere caratterizzato da imparzialità avuto riguardo alle ripercussioni che tale attività può avere sull'ulteriore svolgimento del procedimento. Sarebbe contraria ai doveri di professionalità, un'inerzia nella raccolta delle prove a favore dell'imputato con i mezzi, primo tra tutti la polizia giudiziaria, di cui dispone questo ufficio dello Stato.

Adesso queste due figure si vorrebbe tener distinte prevedendo ciò che chiamiamo separazione delle carriere, con concorsi distinti e formazione differenziata.

Quindi un'eventuale riforma in questo senso finirebbe per lasciare solo al giudice il compito di ricostruire imparzialmente i fatti determinando, al contempo, un abbassamento delle garanzie dei cittadini nella fase investigativa in quanto il pubblico ministero – ancorato sempre più nel ruolo di accusa e non di difensore di una collettività che al suo interno ha anche l'indagato – finirebbe inevitabilmente di far prevalere le proprie tesi avendo come unico obiettivo la condanna dell'imputato, come il difensore fa di tutto per cercare di farlo assolvere.

E gli atteggiamenti mentali sono determinati dalle impostazioni culturali e dalle posizioni ordinamentali tanto quanto dalle norme processuali che nel sistema attuale impongono al PM la ricerca delle prove a favore dell'indagato.

E questa impostazione culturale è dimostrata dalle innumerevoli richieste di archiviazione, ancor più dalle richieste di assoluzione formulate quotidianamente in udienza, quando ovviamente nessun difensore serio penserebbe mai di chiedere la condanna del proprio assistito.

Quindi il rischio oggettivo è quello di creare un organo di accusa che ha lo scopo di "vincere il processo", e non quello di applicare in modo imparziale la legge e di fungere da garanzia soprattutto nel momento in cui si ricercano le prove.

In definitiva potremmo avere un nuovo modello di pubblico ministero non più giudice ma superpoliziotto inevitabilmente portato ad appiattirsi sull'attività di indagine svolta dalla polizia giudiziaria.

Su queste considerazioni e sul tema della cultura della giurisdizione sarebbe auspicabile che anche l'avvocatura recuperasse una posizione più equilibrata magari rileggendo quanto sosteneva il prof. avv. Gaetano Pecorella nella relazione dal titolo *Crisi del processo penale e separazione delle funzioni*, tenuta al V congresso dell'Unione (Abano, 22-25 settembre 1994), all'esito del

quale egli venne nominato presidente e nel corso della quale ebbe a sostenere quanto segue: *«Il titolo vuole chiarire qual'è il nostro convincimento: non di separazione delle carriere deve parlarsi, bensì, più correttamente di separazione delle funzioni (...). Un tale concetto è assai più articolato di quello tradizionale secondo cui dovrebbe parlarsi di separazione di carriere. Poco interessa che vi siano distinzioni burocratiche, quasi che si volesse differenziare tra impiegati dello Stato che appartengono a ruoli diversi. Con la separazione delle funzioni si vuole rimarcare che giudici e pubblici ministeri conservano eguale dignità ed appartengono ad eguale titolo all'ordine giudiziario: sennonché, a chi eserciti le funzioni ell'accusa – a cui sono connesse quelle dell'indagine – non deve essere attribuita alcuna funzione propria di chi deve giudicare, e viceversa. (...) Resta però l'esigenza che giudice e pubblico ministero abbiano una cultura comune appartenendo tutti allo stesso ordine giudiziario: perciò, la divisione delle carriere dovrebbe costituire un bivio, prima del quale sarà opportuno che tutti i magistrati, per un periodo sufficientemente lungo, si formino assieme, con le stesse esperienze e con l'applicazione alle diverse funzioni. Può prefigurarsi così che tutti i magistrati siano sì distinti solo per le funzioni, ma che, proprio in relazione alle funzioni, abbiano specifiche cognizioni tecniche. Unitario sarà il concorso di ammissione e unitario sarà il tirocinio: esaurito questo si avrà la scelta di una carriera piuttosto che di un'altra, senza che, successivamente, sia consentito de plano il passaggio dall'una all'altra. Si è detto de plano, perché uno sbarramento assoluto si porrebbe in contrasto tanto con le legittime aspirazioni di chi intenda mutare il proprio ruolo, che con la più razionale utilizzazione delle risorse umane. La soluzione potrebbe essere un concorso riservato per chi voglia passare dall'una all'altra carriera, dopo una permanenza nelle funzioni per un congruo periodo di tempo e sempre che il nuovo incarico sia conferito per altra sede giudiziaria».*

Svolte queste considerazioni sul ruolo del pubblico ministero nella fase investigativa, occorre esaminare il suo ruolo nella fase dibattimentale.

Sul punto, esponenti politici dell'attuale maggioranza di governo, per sostenere la necessità della separazione delle carriere, hanno riesumato il tema dell'appiattimento del giudice sulle richieste del P.M. ulteriormente evidenziando che il giudice sarà realmente terzo solo quando i pubblici ministeri gli daranno “del lei” e da lui si recheranno “con il cappello in mano”.

Sinceramente colpisce la maniera in cui, nel trattare un tema così controverso e delicato, si faccia ricorso ad argomenti obsoleti e strumentali, che rischiano di minare la credibilità della intera istituzione giudiziaria mettendo addirittura in discussione non solo il principio della terzietà ma addirittura

quello più generale della imparzialità del giudice nello svolgimento delle sue funzioni.

Ma stupisce, ancora di più, che i sostenitori di tale tesi omettano, poi, di comprovare statisticamente quanto affermato per riscontrare quando e quanto i giudici si siano appiattiti sulle richieste del PM e quanto e quando, invece, le richieste della pubblica accusa non hanno trovato accoglimento.

La realtà quotidiana dei nostri tribunali è, infatti, ben diversa da questa suggestiva rappresentazione. Basterebbe, infatti, esaminare i dati statistici per poter constatare come numerose sono le richieste di condanna che non vengono accolte dai giudici, naturale conseguenza della posizione di terzietà del giudice rispetto alle richieste dell'accusa e della difesa.

Da quanto sin qui esposto ne discende che la eventuale separazione delle carriere non rafforzerebbe minimamente la terzietà del giudice.

Infatti se anche da domani dovessimo avere giudici e PM separati non è ragionevole ritenere che, solo per questo motivo, il giudice sarà più terzo di quanto lo è stato fino ad oggi, poiché comunque si troverà davanti lo stesso pubblico ministero.

È chiaro infatti che la terzietà, per quante regole e controlli si possano inventare, sta anzitutto nella testa e nella coscienza di ciascun giudice e si concretizza nello svolgimento imparziale della funzione.

3. Purtroppo in questi ultimi mesi si è tentato di indurre nel Paese la suggestione in virtù della quale qualche grado di indipendenza in meno dei magistrati è il prezzo da pagare per un migliore funzionamento della giustizia.

Su questo punto bisogna essere molto chiari: il tema della separazione delle carriere non nulla ha a che vedere con la durata dei processi.

Oggi, quando si parla di riforma della giustizia è necessario tenere nettamente separati due aspetti: l'aspetto del buon funzionamento del processo e l'aspetto della riforma dei giudici.

La magistratura associata ha chiesto alla politica di dare priorità assoluta al primo aspetto ed ha contestualmente formulato delle proposte per risolvere la gravissima crisi di efficienza e di funzionalità in cui versa il sistema giudiziario italiano, che sempre di più si sta trasformando in crisi di credibilità della giustizia.

Abbiamo bisogno di processi che permettano di accertare i fatti in tempi ragionevoli secondo quella che è la promessa contenuta nell'articolo 111 della Costituzione.

È per questo che abbiamo avanzato proposte serie, precise e concrete tanto

per il miglioramento del processo penale che del processo civile ed infine della organizzazione giudiziaria. Il processo penale deve funzionare alla stessa maniera per tutti i cittadini accusati di aver commesso un reato nel rispetto delle garanzie di difesa bandendo però gli inutili formalismi. Per snellire il processo penale, non occorre la separazione delle carriere, ma occorre informatizzare il processo, prevedere le notificazioni ai difensore tramite internet con indirizzi di posta certificati, introdurre il principio della irrilevanza penale del fatto per fronteggiare l'enorme numero di reati e rivedere la disciplina dei procedimenti contro i contumaci e gli irreperibili. Sono queste solo alcune delle priorità.

Il processo civile deve essere informatizzato e deve essere ridotto l'enorme numero di riti.

Sul versante organizzativo abbiamo bisogno che si prenda atto che dall'unità di Italia è cambiato il paese e dunque è necessario rivedere le circoscrizioni accorpando i piccoli Tribunali in sede limitrofe che sono solo fonti di inutili costi.

Invece occorre constatare come l'azione del governo torni a concentrarsi sul tema della riforma dei giudici e vengano così annunciate le riforme della separazione delle carriere, della obbligatorietà dell'azione penale ed infine del CSM.

Sono queste le riforme che renderanno il processo più funzionale ed efficiente? Sono queste le riforme che faranno durare di meno i processi?

Si tratta di scelte che legittimamente spettano alla politica, ma che riguardano altro tema rispetto a quello funzionamento dei processi, in quanto riguardano il diverso aspetto dei rapporti tra poteri dello Stato con l'obiettivo di rivedere l'assetto costituzionale della magistratura così come delineata dal Costituente nel 1948.

Quindi è chiaro che se anche da domani avessimo pubblici ministeri e giudici separati i processi non durerebbero un solo giorno di meno.

Perché, sia chiaro, che la separazione non sveltisce i processi, non costituisce una tutela maggiore dall'errore giudiziario, non garantisce più di ora da eventuali rischi di abusi di potere.

4. In premessa abbiamo delineato i sistemi possibili con riferimento al ruolo del Pubblico Ministero, il cui assetto ordinamentale può prevedere l'indipendenza, la dipendenza dall'esecutivo oppure l'elezione da parte del popolo.

La nostra costituzione stabilisce che il PM esercita le sue funzioni in maniera autonoma e non più sotto la direzione del ministro della giustizia, così co-

me, invece, originariamente stabiliva l'art. 69 della legge n.12 del 1941 sull'ordinamento giudiziario.

In particolare l'autonomia del pubblico ministero discende dagli articoli 104 della Costituzione che stabilisce che: *«la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere»* e dall'articolo 107 che a sua volta stabilisce che: *«il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario»*.

Ciò in quanto la parola «magistrati» del citato articolo 104 deve essere intesa come se dicesse “giudici e pubblici ministeri” con la conseguenza che le disposizioni costituzionali sui magistrati non devono essere intese come se prescrivessero alcune cose solo rispetto ai giudici, e lasciassero libero il legislatore ordinario di decidere diversamente rispetto ai pubblici ministeri, ma come disposizioni che obbligatoriamente si riferiscono agli uni e agli altri

Il principio di separazione dei poteri impone, quindi, l'indipendenza esterna dell'ordine giudiziario e conseguentemente, alla luce delle disposizioni sopraindicate, l'indipendenza esterna anche del pubblico ministero.

In dottrina, U. Rescigno ricorre ad un classico sillogismo che spiega schematicamente quanto esposto: *«se il principio di divisione dei poteri comporta la indipendenza esterna della magistratura (prima premessa), e se il pubblico ministero fa parte della magistratura (seconda premessa), allora anche il pubblico ministero gode della indipendenza esterna (conclusione)»*.

Se si accettano le due premesse, la conclusione è che una eventuale separazione delle carriere inevitabilmente comporterebbe un diverso assetto ordinamentale del PM e quindi una modifica della carta costituzionale.

Sul punto il vero timore è che la separazione delle carriere possa avere come riflesso la sottoposizione del PM, e quindi del soggetto che ha la direzione dell'attività investigativa, sotto il controllo del potere esecutivo.

Convergono in questa direzione, ed appaiono strettamente collegate al tema in questione, le annunciate modifiche del governo, da attuarsi con legge ordinaria, in tema di rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria che anziché tendere a migliorare un sistema malfunzionante sembrano costituire una compressione dell'attività di accertamento dei fatti da parte degli organi inquirenti.

Duplice è il meccanismo sul quale si vuole intervenire: da un lato limitando l'iniziativa autonoma del pubblico ministero nella fase di acquisizione della notizia reato e dall'altro dilatando il ruolo e l'attività della polizia giudiziaria nella conduzione delle indagini.

Con riferimento alla prima questione, le annunciate modifiche partono da

un assunto secondo il quale alcuni PM commetterebbero abusi perché anziché acquisire una notizia di reato andrebbero alla ricerca di generiche informazioni che forse vi sarebbe stato un qualche reato (c.d. “pesca a strascico”).

Da qui la necessità di limitare il raggio di azione e di “perimetrare” l’operato dei PM solamente su quanto trasmessogli dalla polizia giudiziaria.

Questa prospettazione non può essere accolta perché sovrappone due piani distinti: quello dell’eventuale profilo disciplinare e quello del controllo di legalità.

Infatti, un pubblico ministero che rispetta le regole non va in cerca di reati, ma esercita l’azione penale quando gli è giunta (quale che sia il modo, se così prescrive la legge) una notizia di reato che significa notizia intorno a specifici comportamenti sufficientemente delimitati nel tempo e nello spazio, e non generica informazione che forse vi è stato un qualche reato.

I rimedi alle presunte anomalie di singoli episodi non debbono e non possono trovarsi limitando l’azione investigativa di tutti i pubblici ministeri, che quotidianamente operano con impegno ed abnegazione, perché in tal modo si finirebbe inevitabilmente per abbassare il controllo di legalità. Piercamillo Davigo in un recente libro sulla corruzione in Italia ha lucidamente evidenziato come senza l’iniziativa autonoma del pubblico ministero molti reati di corruzione e concussione all’epoca di tangentopoli non sarebbero stati mai scoperti.

I rimedi agli eventuali errori di singoli debbono trovarsi nella competente sede disciplinare del Consiglio superiore della magistratura ed ancor prima nel sistema dei controlli da parte degli organi istituzionalmente competenti.

E la recente riforma sull’ordinamento giudiziario, oltre a prevedere una nuova organizzazione degli uffici di Procura, introduce un formidabile strumento in tal senso: quello del controllo sulla professionalità dei magistrati.

Oggi la carriera non è più automatica perché ogni quattro anni bisogna superare dei controlli che devono tener conto di come ha lavorato un magistrato: chi ha sbagliato dovrà rispondere del suo operato.

Noi possiamo difendere l’indipendenza dei pubblici ministeri solo nella parte in cui rispondiamo con pubblici ministeri che siano in grado di affrontare la sfida della professionalità e che nello svolgimento della loro attività agiscano nel rispetto delle regole e non come giustizieri solitari.

Altrimenti è tutto inutile, altrimenti chiunque potrebbe svolgere il nostro lavoro. Servono invece magistrati che sappiano distinguere il sospetto, l’illazione, il complotto da quello che costituisce reato.

Con riferimento alla seconda questione, quella che mira a dare maggiore

autonomia alla polizia giudiziaria nella conduzione delle indagini, le annunciate modifiche partono da un assunto in virtù della quale la polizia giudiziaria altro non costituirebbe che il braccio operativo del pubblico ministero, frustrata dal suo ruolo invadente ed invasivo, incapace di iniziative autonome e totalmente controllata dai magistrati della Procura. Da qui la necessità di rivalutare il ruolo e l'attività della polizia giudiziaria limitando quella dei PM, che dovrebbero limitarsi a svolgere il compito di "avvocato della accusa" lasciando agli organi tecnici il territorio della indagine.

Anche in questo caso occorre evidenziare come questa prospettazione sia del tutto contraddetta dalla struttura del codice di procedura penale che prevede che, di regola, sia la polizia giudiziaria a cercare ed a fornire la notizia di reato e che il PM, visto come organo di garanzia dei diritti dal legislatore del codice del 1989, sia avvisato «senza ritardo», non solo perché dia indicazioni sulla attività da svolgersi ma anche per verificare il corretto operato della polizia stessa.

È infatti la polizia giudiziaria che deve «continuare a svolgere» attività finalizzate a «impedire che i reati individuati vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale». Tale compito incombe sugli organi di polizia anche dopo l'intervento del pubblico ministero eseguendo da un canto «gli atti ad essa specificamente delegati dalle direttive del pubblico ministero», dall'altro svolgendo di propria iniziativa tutte le altre attività di indagine necessarie per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi con assicurazione delle nuove fonti di prova.

Ne consegue che, nella nostra struttura processuale, l'organo di polizia già gode di una rilevante autonomia tanto che le norme che ne disciplinano l'operato sono ricomprese sotto il titolo «attività di iniziativa».

Ovviamente, in questo quadro, anomalo sarebbe il sistema che prevedesse che l'organo che deve valutare la attività della polizia, al fine di decidere se gli elementi raccolti non siano sufficienti a sostenere utilmente l'accusa e conseguentemente prospettarli alla fine delle indagini al giudice, non avesse potere di iniziativa, direzione e controllo.

Così come un avvocato per strutturare una difesa dovrà approfondire taluni fatti, a maggior ragione un organo teso alla imparziale applicazione della legge ed alla difesa della intera collettività quale il Pubblico Ministero, dovrà individuare i momenti di valorizzazione delle indagini e completare la strutturazione di una prospettazione accusatoria.

Alla luce di quanto sopra occorre chiedersi perché sia necessaria una riforma che sottragga poteri al Pubblico Ministero senza al contempo fornirne di nuovi alla polizia.

Operare in questa direzione induce a ritenere che la polizia, sottoposta, come giusto e logico, ad un potere gerarchico, sia maggiormente condizionata dall'esecutivo e, per la conseguenza, tesa ad orientare di più la propria attenzione su taluni fatti, sottovalutandone altri ugualmente delittuosi, così portando ad una lesione del principio di obbligatorietà della azione penale che tutti ci fa uguali. Quindi certamente va rafforzato il ruolo dalla polizia giudiziaria, ma ciò soprattutto attraverso una migliore gestione delle risorse che permettano di impegnarla non su un numero praticamente infinito di reati, causa della critica per cui nelle procure i PM "scelgono" i reati da trattare, ma su episodi che realmente turbano la pace della collettività, con una decisa riduzione dei reati obiettivo tanto proclamato quanto disatteso.

Concludo con una semplice considerazione.

Forse è vero il nostro sistema è un'anomalia. Ma è un'anomalia positiva rispetto ad altri paesi europei in quanto stabilisce l'autonomia dei pubblici ministeri dal potere politico.

Senza quest'autonomia, occorre ribadirlo, non avremmo avuto tangentopoli, non avremmo avuto tanti e rilevanti processi sulla sanità, su singoli episodi di corruzione commessi da imprenditori locali e da pubblici amministratori, non avremmo avuto processi sulle stragi in Italia.

Questo va salvaguardato, non per tutelare un privilegio di casta ma nell'interesse dei cittadini.

OPINIONI A CONFRONTO

PRECLUSIONI PROCESSUALI E RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO

Negli ultimi anni sono state pronunciate dalle Sezioni Unite penali decisioni nelle quali la soluzione applicativa risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale ed al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.: «*regola precettiva e interpretativa a un tempo*» è definita quest'ultima, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione penale.

Sono istruttive, al riguardo, la sent. 31/8/2004 n. 18339, Donelli, sui rapporti fra appello cautelare del p.m. e nuova richiesta cautelare per lo stesso fatto, nei confronti dello stesso imputato; la sent. 28/6/2005 n. 34655, Donati, sui rapporti fra processo pendente e nuovo esercizio dell'azione penale contro la stessa persona e per lo stesso fatto; la sent. 20/12/2007 n. 5307/08, P.M. in proc. Battistella, sulle sequenze del controllo dell'imputazione riservato al giudice dell'udienza preliminare e sulla categoria dell'abnormità in fattispecie d'indebita regressione del procedimento; la sent. 31/1/2008 n. 6026, Huzuneanu, sui rapporti fra impugnazione del difensore, di fiducia o di ufficio, dell'imputato contumace e diritto di quest'ultimo alla restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione; la sent. 29 maggio 2008 n. 25695, P.C. in proc. D'Eramo, sull'esclusiva ricorribilità per cassazione della sentenza di non luogo a procedere prevista dal novellato art. 428 cod. proc. pen.; la sent. 27 novembre 2008 n. 3287/09, Rotunno, circa il potere sostitutivo del presidente del Tribunale, in caso di impedimento del magistrato, nella redazione della motivazione della sentenza pronunciata dal giudice monocratico.

Nella stessa scia si muovono talune recenti decisioni delle Sezioni Unite civili [n. 24883/08, n. 26019/08 e n. 26789/08, recanti un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c., per cui il giudice in tanto può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione in quanto la rilevabilità non sia preclusa dalla formazione del giudicato anche implicito sul punto; n. 26373/08, sulla superfluità della notifica dell'integrazione del contraddittorio mediante notifica dell'impugnazione alla parte totalmente vittoriosa in caso di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione; n. 21931/08, sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso il provvedimento di sospensione del processo

emesso dal giudice di pace], le quali, insieme ad altre dello stesso segno [n. 553/09, n. 30057/08, n. 29290/08, n. 23726/07, n. 22818/06, n. 13916/06, n. 18125/05, n. 14670/03], hanno valorizzato, a loro volta, il principio di economia processuale e di ragionevole durata del processo, definito «*asse portante della nuova lettura della norma*» processuale, intendendo così contrastare apertamente, peraltro, «*le pratiche consistenti in un abuso del diritto*».

Abbiamo chiesto a Giovanni Silvestri e ad Enrico Marzaduri di esprimere il loro giudizio su queste, ormai ampie e significative, prese di posizione della giurisprudenza di legittimità in ordine ai “tempi” del processo, anche alla luce degli spunti di riflessione suscitati dai quesiti di seguito riportati.

Sono definibili *a priori* i confini oltre i quali non può dirsi consentito alla giurisprudenza di fare leva sulla attitudine espansiva del principio di ragionevole durata del processo, con specifico riguardo alle ipotesi di preclusione processuale del tipo poc’anzi esemplificato?

Se la durata ragionevole è ingrediente essenziale del “giusto processo”, dove va individuato, nelle suddette situazioni, il punto di equilibrio fra esigenza di celerità nella definizione del giudizio, da un lato, e garanzia del contraddittorio come imprescindibile espressione del diritto di difesa, dall’altro?

Quale riforma processuale sarebbe auspicabile per fissare le linee di un corretto e accettabile rapporto fra l’obiettivo di razionalizzazione e ottimizzazione della macchina processuale, pena l’ineffettività della stessa, e l’assetto complessivo delle garanzie individuali di rilievo costituzionale?

prof. ENRICO MARZADURI
Università di Pisa

Anche se sono le aree extrapenali quelle che negli ultimi anni hanno provocato (e provocano) all’Italia il maggior numero delle condanne provenienti da Strasburgo per l’eccessiva durata delle vicende giudiziarie (cfr., per un’aggiornata e puntuale panoramica, S. BUZZELLI, *Durata ragionevole, tipologie procedurali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS, Torino, 2008, 262 s.), disporre di un processo penale che sia in grado di raggiungere l’epilogo in tempi ragionevoli sembra continuare a rappresentare un obiettivo purtroppo decisamente lontano per il nostro ordinamento. Nella ricerca di rimedi reali ad un problema che non può essere affrontato efficacemente se non in un’organica prospettiva che prenda in esame, al contempo,

gli aspetti ordinamentali, sostanziali e processuali della nostra giustizia penale, un rilievo non trascurabile viene tuttavia riferito nelle note introduttive di Giovanni Canzio ad alcune “ormai ampie e significative, prese di posizione della giurisprudenza di legittimità”, dove “la soluzione applicativa risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale ed al principio di ragionevole durata del processo”. E la particolare attenzione mostrata nei confronti di questa impostazione interpretativa, come pure il livello non modesto delle aspettative, ma anche dei rischi ricollegabili ai ‘futuri’ della stessa, paiono riflettersi nell’indubbia ampiezza ed importanza strutturale dei quesiti posti per favorire una riflessione sulle recenti pronunce delle Sezioni unite, penali e civili, che hanno così inteso dar attuazione ai valori dell’economia processuale, impedendo, o quantomeno, limitando fenomeni di indebita digressione, reiterazione o regressione del procedimento (al riguardo, v. il pregevole tentativo di sistematizzazione operato da G. LEO, *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 ss.).

1. *Principio di preclusione ed iniziative cautelari.* – Nella prima delle decisioni segnalate come «istruttive» per l’individuazione delle linee tracciate dalla Corte di cassazione [Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2005, 2746 ss.], riconosciuta l’ammissibilità della produzione di nuovi dati probatori nel procedimento dinanzi al giudice dell’appello *de libertate* sulla domanda cautelare del p.m. [sul punto, v., in senso critico, F. MORELLI, *L’ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell’appello de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 363 ss.], i giudici hanno ritenuto di poter eliminare il pericolo di interferenze tra la scelta del p.m. di presentare una nuova richiesta al g.i.p. e quella del medesimo organo di impugnare l’ordinanza del g.i.p. di rigetto della precedente iniziativa «alla luce di una complessiva lettura delle linee logico-sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali». Al g.i.p., difatti, sarebbe «preclusa, in pendenza dell’appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà».

Da questa sintetica motivazione, sembra allora emergere come la specifica preclusione – in ordine alla quale non può essere ovviamente richiamata l’efficacia del c.d. giudicato cautelare, che, riconducibile solo al momento in cui l’appello del p.m. «sia esitato in decisione definitiva», non interessa la fase di pendenza dell’impugnazione di cui all’art. 310 c.p.p. – parrebbe trovare la sua ragion d’essere nell’identità dell’«azione cautelare» esercitata dal p.m., sia

davanti al g.i.p. che davanti al tribunale della libertà. Un caso, insomma, di preclusione per intervenuta consumazione del potere conferito ad una parte: «questa lo esercita, il potere si consuma e non può dunque essere più azionato: *functus est munere suo*» [così F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di esclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2202]. Del resto, prosegue la Corte, se così non fosse, si finirebbe per consentire all'organo dell'accusa «di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno 'a sorpresa' e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva» [in termini sostanzialmente adesivi, cfr. P. SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, in *Cass. pen.*, 2004, 2768, per la quale, comunque, «La lealtà processuale sembra rifiutare la possibilità di duplicare l'intervento cautelare»].

Queste, e non altre, le considerazioni fondanti la detta ipotesi di preclusione, che doveva essere presto oggetto di una parziale revisione in una successiva decisione della S.C.: è stato precisato, per l'appunto, che il giudice chiamato a procedere è quello adito per primo dal p.m., quindi, nel rispetto di un criterio cronologico «che non era enunciato nel provvedimento delle Sezioni unite (segnato semmai dalla 'preferenza' per il contraddittorio contestuale sui nuovi elementi di prova avanti al giudice dell'impugnazione)» [G. LEO, *L'abuso*, cit., 520], ma che appare correttamente invocabile proprio nella prospettiva della consumazione del potere [v. Cass., Sez. I, 23 dicembre 2005, p.m. in c. Romito, in *C.E.D. Cass.*, n. 233272]. Le perplessità, semmai, sono destinate a coinvolgere ben prima la stessa sussistenza dei presupposti richiamati nella decisione delle Sezioni unite per sostenere l'operatività di una fattispecie preclusiva che, comunque, conduce ad una soluzione discutibile «sia dal punto di vista pratico (il g.i.p. non è necessariamente informato del fattore preclusivo) che da quello sistematico (non si comprende quale sanzione dovrebbe colpire il provvedimento pronunciato in violazione del divieto)» [cfr. ancora G. LEO, *L'abuso*, cit., 520, ma anche F. MORELLI, *L'ammisibilità*, cit., 368 s.]. Invero, il p.m. che avanza una richiesta ai sensi dell'art. 291 c.p.p. diversamente motivata rispetto a quella originaria, non chiede una modifica del precedente provvedimento di diniego, come avviene quando appella, bensì insta per una decisione nuova, dando il via ad una sequenza autonoma. E che lo schema della preclusione per intervenuta consumazione del potere non risulti congruamente richiamato nella specifica occasione, trova conferma nella inco-

stabile diversità degli effetti conseguenti all'accoglimento dell'impugnazione o della richiesta cautelare: un provvedimento non esecutivo e non riesaminabile, da un lato, un provvedimento immediatamente esecutivo e riesaminabile, dall'altro lato. Queste differenze, che incidono pesantemente sia sul significato dell'intervento cautelare che sulle garanzie dell'indagato, vengono a compromettere l'individuazione della medesimezza del potere di cui il p.m. dispone nelle due ipotesi, individuazione che si fonda sulla semplice constatazione che entrambi i giudici possono emettere il provvedimento cautelare anche utilizzando nuovi dati probatori.

Sembra quindi venir meno il presupposto infungibile per richiamare l'efficacia del principio del *ne bis in idem*, con il quale si «esprime compiutamente l'idea che l'atto di esercizio di un potere rappresenta un ostacolo al reiterato esercizio del potere medesimo» [v., per tutti, A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 901]. Un'adeguata considerazione di questi profili di diversità forse avrebbe potuto condurre i giudici della Corte di cassazione ad altra conclusione nei confronti della tesi con cui si nega l'ammissibilità di nuovi elementi a carico nell'appello *ex art.* 310 c.p.p., così da riferire al giudice 'naturale' delle cautele, quello individuato dall'art. 279 c.p.p., il compito esclusivo di emettere un provvedimento basato su dati probatori mai in precedenza valutati da quello stesso giudice [v. le condivisibili considerazioni formulate da F. MORELLI, *L'ammissibilità*, cit., 371].

2. *Litispendenza e preclusione*. – Con quella che è stata definita, e non a torto, anche a prescindere dall'adesione, più o meno larga, ai relativi *dicta*, «una storica sentenza» [F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale*, cit., 2200], il principio del *ne bis in idem* avrebbe poi trovato una più convincente applicazione nella soluzione delle interferenze tra procedimenti pendenti per lo stesso fatto e contro la stessa persona davanti a giudici egualmente competenti [Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss.]. Per l'appunto, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la «figura della preclusione-consumazione» offrisse «la chiave per risolvere la questione» della litispendenza *stricto sensu*, che fino ad allora aveva ricevuto risposte per lo più insoddisfacenti tanto in dottrina come in giurisprudenza (per una sintesi, e per gli opportuni riferimenti, cfr. S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 298 ss.).

A fronte della mancanza di un'esplicita disciplina della fattispecie, invero, purché si rimanga «al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta

di legge», si è ritenuto che ben potesse l'interprete praticare la strada additata dall'art. 12 comma 2 delle Preleggi e ricavare una risposta all'interrogativo dai principi generali dell'ordinamento: nel caso di specie un principio di tal fatta sarebbe rappresentato dal divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, un divieto la cui «matrice», a sua volta, viene «identificata» dalla Corte di cassazione «nella categoria della preclusione processuale», che «assolve la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, dai quali quello sviluppo dipende».

Ebbene, la Corte sembra dimenticare che la regolamentazione del procedimento penale viene ricondotta all'interno di una riserva di legge, risultando ormai espressamente riconosciuto nell'art. 111 comma 1 Cost. un *principio di legalità processuale*, «simmetrico a quello sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., in ambito penale sostanziale» [così O. MAZZA, *Imputazione e «nuovi» poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1372]. Ma questa riserva, quand'anche, come pare corretto, venga apprezzata alla stregua di una riserva di tipo assoluto [v., ad es., G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, II ed., Torino, 2007, 37], non sembra *tout court* impedire il ricorso ad una soluzione ermeneutica che presupponga l'individuazione della risposta sulla base dei principi generali dell'ordinamento. Il che, d'altronde, non equivale ad escludere ogni incidenza della previsione costituzionale di una riserva di legge sulle problematiche inerenti la c.d. *analogia iuris*. Si delinea un tema che impone uno sviluppo argomentativo non ipotizzabile nell'economia di queste brevi note. Ma si dovrà comunque osservare che gli spazi all'interno dei quali tali principi potranno operare, dovranno risultare decisamente ridotti, almeno laddove il legislatore abbia pienamente adempiuto al compito assegnatogli dalla Costituzione, di «regolare» il giusto processo con il quale viene attuata la giurisdizione. E se nel caso affrontato dalle Sezioni unite, invero, non si può negare che sussista il punto di partenza per l'operazione interpretativa prefigurata, cioè la mancanza di un'esplicita regolamentazione di quelle ipotesi di litispendenza che non danno luogo a conflitti di competenza, si può altresì rilevare come, nell'ambito di una materia per la quale opera la riserva di legge, l'espresso e limitato collegamento sancito nell'art. 649 c.p.p. del *ne bis in idem* alle sole sentenze irrevocabili, non solo ne impedisca un'applicazione diretta ulteriore, del resto correttamente esclusa dalla Corte, ma possa anche alimentare letture contrastanti la tesi secondo cui sarebbe invocabile l'operatività di un generale divieto di *bis in idem* permeante l'intero ordinamento processuale penale e indipendente,

per l'appunto, dalla stabilità formale delle decisioni coinvolte [v., in particolare, S. RUGGERI, *Giudicato penale*, cit., 295 ss., che, peraltro, esprime insoddisfazione per i risicati margini applicativi così riservati al principio del *ne bis in idem*].

Non si può fare a meno di apprezzare, comunque, il rigoroso percorso logico delineato nella decisione che così sommariamente si esamina per arrivare ad individuare nell'ordinamento il principio generale fondato sul concetto di preclusione per intervenuta consumazione del potere. Senza dubbio, in occasioni del genere la Corte di cassazione interpreta nella prospettiva più fertile il suo ruolo istituzionale. E proprio l'importanza di queste pronunce a livello di incidenza sulla giurisprudenza [sulla funzione nomofilattica della Corte, v., di recente, per una serie di stimolanti spunti, G. CANZIO, *Giurisprudenza di legittimità, precedenti e massime*, in *Quest. Giust.*, 2008, n. 4, 51 ss.; E. LUPO, *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 4455 ss.], impone la massima attenzione sui possibili sviluppi dei relativi contenuti. Così, qualche preoccupazione desta l'accento che i giudici fanno al concetto di preclusione anche al di fuori dei rapporti con la consumazione del potere: in effetti, mentre l'approdo interpretativo ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi pare piuttosto robustamente sostenuto dai riferimenti normativi con riguardo a questo significato del concetto, assai meno rassicurante appare l'esito se si ritiene di poter attribuire il ruolo di principio generale alla preclusione, intesa come generico «presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo», a sua volta definito «quale sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico, di attività, di fasi e di gradi, (...) legalmente tipizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale». Ove il principio generale sia ricostruito su queste sin troppo ampie premesse, purtroppo, non pare del tutto astratto il pericolo che il giudice finisca con l'attribuirsi il compito di creare (e non soltanto interpretare) il diritto [su tale eventualità, cfr., per tutti, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 259 ss.]. Ed una conferma di queste preoccupazioni potrebbe forse discendere dall'esame delle applicazioni che all'assunto sono state successivamente fornite, sempre a livello delle pronunce delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione (v. *infra*, § 4).

3. *La consumazione del potere di impugnazione del contumace*. – Alla figura della preclusione-consumazione si riconduce chiaramente, invece, la recente

pronuncia con la quale le Sezioni unite penali hanno dichiarato che l'impugnazione proposta dal difensore nell'interesse dell'imputato contumace, intervenuta la relativa decisione, preclude all'imputato la possibilità di ottenere la restituzione in termini per proporre a sua volta impugnazione: Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Cass. pen.*, 2008, 2358 ss. [per un esauriente quadro dello stato della questione prima dell'intervento delle Sezioni unite, v. M. CASSANO, E. CALVANESE, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Milano, 2008, 63 ss.]. Proprio richiamando la sentenza Donati, i giudici di legittimità hanno osservato, se «è il sistema, nel suo complesso, a prevenire e reprimere qualsiasi forma di duplicazione del giudicato, del processo e dell'azione, non può che derivarne un corrispondente effetto impeditivo anche sul versante dell'azione di impugnazione, posto che la domanda di gravame, una volta espressa da uno dei soggetti a ciò legittimati, naturalmente esaurisce (consumandolo, appunto) il corrispondente potere in capo al soggetto che ne è il portatore 'sostanziale'».

Anche in questa occasione, abbiamo la possibilità di apprezzare un considerevole sforzo ricostruttivo, che si giustifica soprattutto nella logica della nomofilachia. I giudici di legittimità, per l'appunto, non si sono accontentati di individuare il collegamento tra la soluzione raggiunta ed il principio di preclusione processuale, ma hanno con estrema accuratezza ricostruito le vicende legislative e giurisprudenziali della disciplina del rito contumaciale per verificare la correttezza della conclusione anticipata sulla scorta del principio di unicità del diritto di impugnazione [in proposito, v., da ultimo, Cass., Sez. II, 19 aprile 2006, Barbaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 234655]. Viene così tracciato un percorso metodologico che dovrebbe allontanare il pericolo di un uso dei principi generali scisso da un controllo sull'effettività degli stessi all'interno di un settore dell'ordinamento che risente in termini sempre più significativi dei contenuti normativi pattizi e delle interpretazioni agli stessi fornite dalle Corti europee.

Alla correttezza dell'impostazione, tuttavia, non sembra seguire la piena condivisibilità degli esiti raggiunti nella fattispecie dalle Sezioni unite, che pure hanno cercato di sostenere ulteriormente la soluzione raggiunta, quando hanno sottolineato la palese incompatibilità «con l'esigenza di assegnare una 'ragionevole durata' al processo, imposta dall'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 della CEDU», della «configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore, e le altre dall'imputato». Difatti, il caso dell'imputato contumace ed ignaro che intende impugnare la sentenza [sugli inusitati scenari aperti dal riconoscimento del diritto del contumace ad attivarsi

autonomamente, v., in particolare, D. NEGRI, sub *art. 1 d.l. 18 febbraio 2005, n. 17*, in *Leg. pen.*, 2005, 281 ss.], prima ancora che alla luce del principio dell'unicità del diritto di impugnazione, deve essere affrontato nella consapevolezza della preliminare e superiore esigenza di assicurare a tale soggetto il diritto alla conoscenza del suo *status*. È vero, come si osserva nella decisione della Corte di cassazione, che i giudici di Strasburgo non sono mai arrivati ad ipotizzare l'introduzione di un doppio giudizio impugnatorio quale strumento di adeguamento del nostro ordinamento ai principi della Convenzione di Roma, ma è anche vero che per la Corte europea lo svolgimento di un processo in assenza dell'imputato si traduce da sempre in un diniego di giustizia se il condannato *in absentia* «non può ottenere in seguito che una giurisdizione deliberi nuovamente», ma «dopo averlo sentito», o comunque, averlo messo in condizione di essere sentito, sul fondamento dell'accusa, in fatto e in diritto, «quando non è accertato che egli ha rinunciato al proprio diritto di comparire e di difendersi» [così, ad es., CEDH, sentenza Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 82].

Questa garanzia non pare affatto assicurata dall'attuale regolamentazione interna, come interpretata dalle Sezioni unite. Insomma, prima di chiamare in causa la preclusione per intervenuta consumazione del potere di impugnare, sarebbe stato doveroso domandarsi se il contesto processuale nel quale si intendeva invocare tale principio integrava gli estremi di un processo giusto. Ed anche il richiamo all'art. 111 comma 2 Cost. ed alla corrispondente previsione pattizia subisce gli effetti di questa mancata considerazione: non si può ipotizzare una 'ragionevole durata' se non di un processo che si connota come un processo giusto [v., per tutti, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II ed., Bologna, 2007, 61 ss.].

4. *La regressione abnorme del procedimento.* – Di preclusione, come si è già accennato, si parlava nella sentenza Donati anche con riguardo a soluzioni non ricavate dall'avvenuta consumazione del potere, ma a quelle interpretazioni nelle quali viene «enucleato il principio di non regressione del processo»: per l'appunto, «eccettuate le ipotesi espressamente regolate dalla legge, i provvedimenti adottati in violazione dello sbarramento segnato dal passaggio da una fase all'altra», risulterebbero «radicalmente inficiati da abnormità funzionale, derivando dall'inosservanza della preclusione il sovvertimento dell'ordine normativamente assegnato allo sviluppo del rapporto processuale».

Secondo questa impostazione, quindi, il principio generale applicato si tradurrebbe nella necessità di rispettare un *ordo processus* che, come sempre se-

gnala la sentenza appena rammentata delle Sezioni unite, impone il rispetto di una sequenza regolata «in vista di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità».

A tale lettura del principio di preclusione [in merito F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale*, cit., 2202, opportunamente invita l'interprete ad evitare letture troppo estese di tale principio, che dovrebbe essere invece correlato solo «ad una precedente attività del soggetto volta all'esercizio di quelle stesse facoltà, la cui reiterazione è appunto impedita dalla preclusione»], va ricondotta la decisione delle Sezioni unite con la quale si è riconosciuto affetto da abnormità il provvedimento del g.i.p. che dispone la restituzione degli atti al p.m. per genericità od indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla [Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2310 ss.].

Nella motivazione di quest'ultima decisione, la soluzione ermeneutica prospettata, per cui l'immediata restituzione degli atti al p.m. da parte del g.i.p. verrebbe a confliggere con una successione coordinata di atti, peraltro, non viene fondata tanto sull'individuazione di un principio generale costituito dalla preclusione processuale, quanto sul richiamo ai «valori di rilievo costituzionale (art. 111 comma 2 Cost.: regola precettiva e interpretativa, a un tempo) dell'efficienza e della ragionevole durata del processo». Il che potrebbe anche spiegarsi in ragione della consapevolezza raggiunta dai giudici di legittimità della debolezza di un principio generale (e generico) di preclusione processuale, principio per tale motivo, almeno in questa occasione, 'abbandonato' a favore di un ben più solido riferimento esplicitato nella Carta fondamentale, da ritenersi idoneo a configurarsi come principio dell'ordinamento ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi [in questa prospettiva, pare inserirsi F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2203 s., quando riconduce il principio di preclusione a quello della ragionevole durata del giusto processo].

Indipendentemente dall'armamentario concettuale utilizzato, tuttavia, la soluzione proposta dalla Corte di cassazione, pur accuratamente argomentata e sostanzialmente allineata a quella accolta in precedenti pronunce dei giudici della Consulta [cfr. Corte cost., sent. 15 marzo 1994, n. 88; Id., sent. 31 marzo 1994, n. 112], lascia alquanto perplessi: «pur di evitare la regressione del processo, si accetta che l'imputato subisca una perdita secca delle sue garanzie». Difatti, non ci si può dimenticare che «l'imputazione non sufficientemente determinata impedisce, a monte, l'esercizio delle facoltà riconosciute dall'art. 415-bis c.p.p., pregiudica la preparazione dell'udienza preliminare, anche in vista dell'eventuale scelta dei riti speciali, compromette lo svolgimento del

contraddittorio, almeno fino a quando non ha luogo la rettifica suggerita dal giudice» [O. MAZZA, *Imputazione*, cit., 1379].

D'altronde, un'esegesi corretta della normativa processuale sembra portare a riconoscere nell'imputazione indeterminata contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio una nullità a regime intermedio, per la cui sussistenza non è ovviamente necessaria una previsione specifica, stante il disposto generale di cui all'art. 178 c.p.p. Né questa lettura risulta contraddetta in termini davvero efficaci dalla circostanza che il legislatore ha invece *expressis verbis* previsto la nullità del decreto che dispone il rinvio a giudizio nel caso di imputazione generica [v., invece, G. SANTALUCIA, *L'imputazione generica in udienza preliminare: le Sezioni Unite rivendicano, in nome dell'efficienza, un ruolo «forte» della nomofilachia*, in *Giust. pen.*, 2008, III, 462 s.]: non si tratta certamente dell'unica ipotesi in cui si è ribadita con la tecnica di previsione delle nullità speciali una nullità già desumibile dal catalogo delle nullità generali (v., in proposito, V. MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Napoli, 2008, 101 s.).

Ed in questa diversa prospettiva, la conseguenza dell'avvenuta individuazione del vizio dell'atto dell'organo dell'accusa non potrebbe essere diversa dalla trasmissione degli atti al p.m. per una riformulazione dell'imputazione.

Ma appare poi decisamente difficile riconoscere l'abnormità di siffatta regressione, anche per chi è disposto a condividere la tesi sull'insussistenza della nullità della richiesta di rinvio a giudizio per un'imputazione indeterminata. Del resto, le Sezioni unite non sono in grado di esplicitare di qual tipo di abnormità si tratti. Una risposta quantomeno problematica a fronte della facile obiezione secondo cui non può dirsi abnorme un atto che dichiara una nullità invece non stabilita nel codice: «il potere di dichiarare le nullità rientra, infatti, tra le attribuzioni del giudice, ed il suo atto di esercizio non può conseguentemente essere qualificato in termini di abnormità per estraneità al sistema processuale» [così G. SANTALUCIA, *L'imputazione*, cit., 464].

5. *Qualche considerazione finale.* – Insomma, il percorso indicato dalle pronunce appena menzionate delle Sezioni unite non può non far riflettere. Il concetto di preclusione dell'attività di un soggetto processuale pare ben richiamato solo se correlato ad ipotesi di precedenti attività di esercizio di quelle stesse facoltà. Ma l'attenzione ai fenomeni di consumazione del potere non dovrà compromettere la verifica della correttezza del contesto nel quale si è esercitato il potere. Non altrettanto utile il ricorso alla categoria della preclusione, quando si cerca di impedire la regressione del processo. Pervero, un si-

mile effetto può aversi solo se previsto dal legislatore. Laddove non vi sia tale previsione, appare superfluo chiamare in causa un preteso principio generale. E peraltro, l'ampiezza del principio di preclusione collegato all'esigenza del rispetto di una determinata sequenza procedimentale, come appena si è constatato, porta con sé con troppa facilità il pericolo di un intervento del giudice che vada al di là dell'interpretazione della normativa vigente [O. MAZZA, *Imputazione*, cit., 1375].

Quanto poi alla possibilità di 'agganciare' il principio di preclusione a quello della ragionevole durata del processo, appare decisamente impervia la strada che può condurre ad una sufficiente definizione di quest'ultimo, così da renderlo strumento davvero efficace sul piano delle scelte interpretative [ma v. gli interessanti spunti offerti da F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2203 s.]. Sino ad oggi la Corte costituzionale non ha mai ritenuto il precetto espresso nell'art. 111 comma 2 Cost. idoneo di per sé a fondare una pronuncia di illegittimità di una norma processuale. Del resto, quando si allude alla ragionevolezza dei tempi del procedimento, si introduce uno spazio di discrezionalità che ha come limite solo la manifesta irragionevolezza [cfr., in termini fortemente polemici nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale espresso in Cass., Sez. Un. civili, 9 ottobre 2008, n. 24883, R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.judicium.it, 2 s.]. Nel momento in cui si ritiene di poter attribuire a questo principio, inteso come principio dell'ordinamento ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, un carattere immediatamente precettivo, il giudice sembra addossarsi un compito che è esclusivamente riferibile al legislatore. Al più, si potrà riconoscere che il principio di preclusione, nella misura in cui mira a comprimere i tempi del processo, può essere in linea con il principio di ragionevole durata, una volta verificata la compatibilità della preclusione per intervenuta consumazione con i contenuti del giusto processo.

All'interno di queste garanzie va e può essere 'laicamente' sviluppata la ricerca volta a stabilire la possibilità operativa di una preclusione del processo incidentale cautelare sul processo di cognizione [cfr. ancora F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2205 ss.], i cui rapporti, tradizionalmente concepiti nel segno dell'assoluta autonomia ed impermeabilità di quest'ultimo rispetto agli esiti del primo, risultano significativamente mutati con l'introduzione dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p. e del c.d. giudizio immediato custodiale [così E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. MAZZA e F. VIGANÒ, Torino, 2008, 298]. Tuttavia, le differenti basi cognitive e le diffe-

renti regole di giudizio su cui si fondano i provvedimenti cautelari e quelli del procedimento principale paiono limitare fortemente, se non eliminare del tutto la possibilità di apprezzare come consumato il potere esercitato in sede incidentale.

GIOVANNI SILVESTRI
Consigliere della Corte di Cassazione

1. *Preclusione e giudicato* – Se è vero che nella prassi giurisprudenziale degli ultimi anni è diventato sempre più frequente il riferimento alla nozione di preclusione quale strumento di interpretazione delle norme processuali e di ricostruzione delle linee del processo penale, inteso quale successione coordinata di atti, tuttavia è riscontrabile, parallelamente, un uso dell'anzidetta categoria concettuale connotato sovente da accezioni di valore semantico non omogenee e, soprattutto, prive di identica base logica e sistematica, tanto da fare dubitare che si tratti di uno stesso istituto e da fare pensare che le affinità si riducano al profilo meramente descrittivo della presenza di un impedimento all'esercizio di facoltà delle parti o allo svolgimento di attività processuali.

È noto che la concezione tradizionale, che ha trovato nel pensiero di Chiovenda l'elaborazione più lucida ed organica, individua nella preclusione un fenomeno unitario il cui comune denominatore è caratterizzato dall'estinzione di poteri processuali, facenti capo alle parti o al giudice, in dipendenza di situazioni processuali legate da un nesso di consecuzione per effetto del quale si producono fatti impeditivi qualificati dall'inosservanza delle modalità di esercizio prescritte dall'ordinamento, o dal compimento di attività del tutto incompatibili, ovvero dal pregresso esercizio di un potere non reiterabile. Per tali ragioni, la preclusione è normalmente collegata alla condotta tenuta dalle parti e alle opzioni nelle quali si estrinseca il loro potere dispositivo all'interno del processo, sicché essa è stata giustamente ricondotta anche nel quadro del concetto di autoresponsabilità. Il che spiega, peraltro, le ragioni del sempre più diffuso recupero dell'istituto della preclusione-consumazione dei poteri i cui spazi di operatività si presentano decisamente più ampi nel processo penale di impronta accusatoria.

In una simile prospettiva è stato, inoltre, esaminato il problema relativo alla possibilità di differenziare l'ambito concettuale della preclusione da quello della decadenza, accomunate dall'insorgenza di un ostacolo, di un impedimento, allo svolgimento di specifiche attività che, nell'ipotesi della decadenza,

possono assumere anche una dimensione di diritto sostanziale, oltre che di tipo processuale, tant'è che in talune posizioni della dottrina si arriva a fare coincidere i due istituti e ad escludere la possibilità di configurazione autonoma della nozione di preclusione all'interno del processo.

In passato la giurisprudenza aveva per lo più utilizzato l'istituto della preclusione nell'ottica dello sviluppo per gradi del processo penale, con riferimenti attinenti essenzialmente al principio devolutivo delle impugnazioni: di talché la trattazione della preclusione ineriva principalmente alle delimitazioni della regiudicanda nel passaggio da un grado all'altro del processo e agli effetti causati dalla intangibilità dei punti della decisione non toccati dal gravame prima della formazione del giudicato su tutti o su alcuni dei singoli capi della sentenza.

Pertanto, da tale punto di osservazione si poneva il problema di distinguere le preclusioni vere e proprie dalla preclusione "*pro iudicato*" e di differenziarne gli effetti. Al riguardo, però, le idee non erano molto chiare tanto che, soprattutto in giurisprudenza, restava estremamente incerta la linea di confine tra preclusione e giudicato. Infatti, in non poche sentenze della Corte di cassazione poteva leggersi che la formazione progressiva del giudicato si verifica non solo in caso di annullamento parziale, ma anche quando la sentenza non sia stata impugnata nella parte concernente l'affermazione della responsabilità dell'imputato, sul punto sussistendo, anche in quest'ultimo caso, l'immutabilità della decisione per giudicato interno, a somiglianza di quanto accade per effetto del meccanismo previsto dall'art. 624 c.p.p. E dalla non corretta impostazione dei rapporti tra preclusione e giudicato veniva tratta la conseguenza che, pur essendo esplicitamente prevista dall'art. 129 del codice di rito la rilevanza, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo delle cause di non punibilità, queste erano considerate inapplicabili qualora il tema di indagine e di decisione devoluto al giudice dell'impugnazione riguardasse le questioni riguardanti non l'accertamento della responsabilità dell'impugnante (fatto, dolo, cause di giustificazione), ma quelle relative al trattamento sanzionatorio (circostanze del reato e loro comparazione, determinazione della pena). Pertanto, in alcune decisioni l'applicazione delle cause di non punibilità veniva esclusa pur in presenza di una preclusione, prima ancora della formazione del giudicato sul capo di sentenza. La distorsione inerente a simili linee interpretative, originata da scarsa consapevolezza della natura e del ruolo della preclusione, è stata superata dalle Sezioni Unite Penali allorché, dopo avere tracciato una netta distinzione tra capi e punti della decisione, esse hanno chiarito come la cosa giudicata si formi sui capi e non sui punti della sentenza, poten-

do questi ultimi essere oggetto unicamente della preclusione correlata all'effetto devolutivo del gravame e al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni. Ne segue che, in caso di condanna, l'attinenza dei motivi di gravame alle sole questioni riguardanti la sussistenza di circostanze o la quantificazione della pena, pur non essendo più in discussione la responsabilità dell'imputato, basta ad impedire la formazione del giudicato, dato che la *res iudicata* si forma solo quando tutti i punti che compongono il capo di sentenza siano stati definiti e le relative decisioni non siano più censurabili con ulteriori mezzi di gravame: con la conseguenza che la causa di estinzione del reato costituita dalla prescrizione non è bloccata dall'esistenza della preclusione in ordine alla responsabilità e deve essere rilevata fino a quando il giudizio non sia integralmente esaurito per effetto del giudicato che copre l'intero capo di sentenza corrispondente al reato al quale la prescrizione stessa si riferisce [Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, rv. 216239, in *Dir. e giustizia*, 2000, fasc. 28, 60].

2. *Preclusione e ordine processuale* – Nella più recente esperienza applicativa il concetto di preclusione si è sganciato dalla prospettiva esclusiva delle impugnazioni e del percorso del processo verso l'approdo del giudicato per acquistare il ruolo di uno dei principali meccanismi che regolano i tempi e i ritmi del processo penale. Nella giurisprudenza di legittimità è stata acquisita la consapevolezza che “la preclusione assolve la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, dai quali quello sviluppo dipende, onde la preclusione rappresenta il presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo in relazione alle sue peculiari conformazioni risultanti dalle scelte del legislatore” [Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati ed altro, rv. 231800, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 40, 66]. In questa stessa sentenza, dopo avere riconosciuto nella preclusione uno dei principi generali dell'ordinamento il cui impiego in chiave ermeneutica è giustificato dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, le Sezioni Unite hanno significativamente precisato che “il processo, infatti, quale sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico di attività, di fasi e di gradi, è legalmente tipicizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità”: di talché “la preclusione corrisponde ad un istituto coesistente alla stessa nozione di processo, non conce-

pibile se non come serie ordinata di atti normativamente coordinati tra loro, ciascuno dei quali -all'interno dell'unitaria fattispecie complessa a formazione successiva- è condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condiziona, a sua volta, quelli successivi secondo precise interrelazioni funzionali”.

In tali enunciazioni traspare in modo evidente l'insegnamento chiovendiano che ha configurato la preclusione come “un espediente del quale il legislatore si serve nel corso del processo al fine di rendere certo, ordinato e sollecito il suo cammino, vale a dire di assicurare al giudizio uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire altresì la certezza delle situazioni processuali” [cfr. A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 896].

La preclusione pertanto, è, nello stesso tempo, postulato e corollario dell'ordine inerente alla successione di atti attraverso i quali si articolano le fasi e i gradi del processo, legati tra loro da un nesso di consecuzione logica, oltre che cronologica. Proprio con riguardo al vincolo derivante dalla progressione del rapporto processuale verso il suo naturale epilogo è stato elaborato il principio di non regressione, che, nella sostanza, corrisponde ad una preclusione che impedisce lo sconvolgimento dell'ordine processuale conseguente alla retrocessione del processo ad una fase antecedente in situazioni affatto diverse da quelle normativamente configurate: fenomeno, questo, che, qualora avvenga al di fuori dei casi prefigurati dalla legge, determina l'abnormità dell'atto, rimanendo questo colpito da un vizio così radicale che lo rende del tutto estraneo a qualsiasi previsione dell'ordinamento processuale e totalmente eccentrico rispetto al sistema, tanto da risultare in ogni caso ricorribile in cassazione per l'immediato ripristino dell'ordine processuale violato.

3. *Nuove prospettive in tema di ne bis in idem* – Le esplicite prese di posizione della sentenza Donati in merito all'operatività della preclusione del *ne bis in idem* pur in assenza del giudicato sono state precedute da una decisione delle Sezioni Unite in materia di appello cautelare che rappresenta una tappa fondamentale del percorso evolutivo che ha condotto all'ampliamento delle possibilità applicative del paradigma della preclusione quale principio regolatore dell'ordine processuale. Infatti, già prima le Sezioni Unite avevano stabilito che, qualora il P.M., nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, rinnovi la domanda nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori “nuovi”, preesistenti o sopravvenuti, è precluso al giudice, in pendenza del procedimento di appello, decidere in merito alla medesima

domanda cautelare [Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, Donelli, rv. 227358, in *Cass. pen.*, 2004, 2746]. Nella decisione sono state illustrate le possibili interferenze tra competenze funzionali diversificate rilevando come “alla luce di una complessiva lettura delle linee logico-sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali, il rapporto fra le due soluzioni non si configuri in termini di concorrenza, bensì di alternatività”. Nella stessa sentenza è stato icasticamente osservato: “s’intende cioè sostenere il principio per cui, qualora il pubblico ministero si determini a coltivare contemporaneamente entrambe le vie (...), al G.i.p. sia preclusa, in pendenza dell’appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà. Non può invero consentirsi all’organo dell’accusa, nell’investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l’abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l’uno a sorpresa e immediatamente esecutivo, l’altro disposto all’esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l’esecutività fino alla decisione definitiva”.

Il riferimento alla preclusione endoprocedimentale come strumento di sviluppo razionale e di progressione funzionale del processo, fondato sul principio di non contraddizione e sul divieto del *bis in idem*, trova convincente conferma in numerose decisioni della Corte costituzionale nelle quali il richiamo a tale istituto è compiuto per spiegare l’impedimento all’esercizio dell’azione in mancanza dell’autorizzazione del giudice a riaprire le indagini dopo che per lo stesso fatto è stata disposta l’archiviazione [Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Foro it.*, 1995, I, 2424] o dopo che è stata pronunciata contro la medesima persona sentenza di condanna non ancora irrevocabile [Corte cost., 6 marzo 2002, n. 39, in *Giur. cost.*, 2002, 547].

4. *Un difficile equilibrio* – Nell’esaminare le implicazioni inerenti alla tematica della preclusione non si può ovviamente pretermettere il riferimento all’ampia e consolidata applicazione in materia di misure cautelari personali e reali, che hanno rappresentato, da sempre, uno dei temi più delicati e importanti dell’ordinamento processuale, essendo in esse coinvolti valori fondamentali protetti dalla Carta costituzionale.

È diffusa l’opinione che identifica nella disciplina dei procedimenti relativi alle misure cautelari personali uno dei fattori più rilevanti dell’appesantimento e della lentezza del processo penale, contraddistinto dalla esasperata moltiplicazione di procedimenti incidentali, dall’intreccio talora inestricabile di questi con il procedimento principale e dalla reiterazione delle questioni di

fatto e di diritto che formano oggetto delle decisioni conclusive degli uni e dell'altro: decisioni cautelari non vincolanti, per giunta, rispetto alla soluzione delle medesime questioni dibattute nel procedimento principale.

Non è necessario indugiare nel descrivere gli effetti deleteri che un simile sistema produce sull'ordine, sulla funzionalità e sulla ragionevole durata del processo, sicché non senza ragione è stato ritenuto che qualsiasi riforma del processo penale non possa prescindere da appropriati ed incisivi interventi sulla disciplina delle misure cautelari.

Al fine di contenere i danni derivati dalla molteplicità dei procedimenti cautelari la giurisprudenza ha utilizzato, in funzione di freno e di principio ordinatore, l'istituto del c.d. giudicato cautelare, che, spiegando un'efficacia preclusiva "allo stato degli atti", rende inammissibile la riproposizione delle medesime questioni in fatto o in diritto già definite in un precedente procedimento incidentale in assenza di mutamenti della situazione fattuale. A ben vedere, il giudicato cautelare solo impropriamente può assimilarsi alla cosa giudicata, costituendo piuttosto una vera e propria preclusione connotata dal duplice profilo che: a) essa non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente, nei procedimenti di impugnazione; b) la preclusione può essere superata quando vengano prospettati nuovi elementi di prova per effetto di sopravvenuti sviluppi delle indagini.

I temi relativi alla crescente complessità del processo penale e alla moltiplicazione dei procedimenti incidentali germinati dal procedimento principale sono stati oggetto di una brillante ed acuta trattazione di Francesco M. IACOVIELLO [*Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2190], le cui suggestive riflessioni hanno contribuito ad illuminare gli orizzonti dischiusi dall'uso intelligente ed appropriato dell'istituto della preclusione in funzione di "meccanismo di riduzione della conflittualità latente nel sistema" e di razionalizzazione dei rapporti tra processo principale e procedimenti incidentali: ed è significativa in simili enunciazioni l'eco della proposizione chiovendiana relativa alla preclusione quale "espediente" predisposto dal legislatore per rendere certo, ordinato, sollecito e, perciò, di durata ragionevole il cammino del processo.

A proposito dei rapporti tra procedimento principale e procedimenti incidentali è necessario richiamare l'attenzione sulla disposizione contenuta nel comma 1 bis dell'art. 405 c.p.p., introdotta dall'art. 3 della l. 20.2.2006, n. 46, a norma del quale "il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in or-

dine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini”.

Pur essendo stata unanimamente criticata in dottrina e in giurisprudenza, alla nuova normativa va riconosciuto il merito di avere individuato nell'intreccio tra procedimento principale e procedimenti incidentali uno dei punti salienti che condizionano la funzionalità e la celerità del sistema processuale e di avere cercato di superare gli intralci e il dispendio di attività derivanti dalla loro totale separatezza, oltre che la totale irrazionalità di una disciplina che autorizza, in presenza dell'identico materiale probatorio, esiti decisori completamente contrastanti: al punto che i medesimi elementi di prova possono essere considerati dal giudice della cautela non sufficienti neppure ad attingere il livello della gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. (vale a dire a raggiungere la qualificata probabilità di colpevolezza) ed essere, invece, ritenuti successivamente dal giudice del processo principale idonei ad integrare lo *standard* probatorio richiesto per la certezza della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, a norma dell'art. 533, comma 1, c.p.p.

A conclusione di tali brevi riflessioni sembra opportuno sottolineare l'importanza del confronto di idee tra dottrina e giurisprudenza sulla portata da attribuire al tema della preclusione processuale e sulla sua reale attitudine a divenire affidabile e proficuo strumento dell'interpretazione logica e sistematica della normativa processuale. La discussione contribuirà certamente a fare acquistare la consapevolezza dei pericoli insiti nell'uso di una tecnica ermeneutica che, nelle situazioni non disciplinate espressamente dalla legge, richiede prudente sensibilità istituzionale nella ricerca e nella ponderazione dei principi generali dell'ordinamento processuale: favorirà, in tal modo, la diffusione di analisi ricostruttive dei ritmi e delle scansioni processuali saldamente agganciati al piano rappresentato dal temperamento tra i valori costituzionali identificati, da un verso, nelle garanzie riconosciute alle parti e, dall'altro, nella durata ragionevole del processo. Perdere di vista tali ineludibili punti di riferimento, rompere siffatto equilibrio e privilegiare in ogni caso il binomio preclusione-ragionevole durata del processo significa aprire la strada a soluzioni interpretative che risultano totalmente divergenti dal principio di legalità per il fatto che non riflettono le reali opzioni insite nell'ordinamento processuale e turbano il bilanciamento di interessi che ne rappresenta il baricentro.

OPINIONI A CONFRONTO

IL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE MAFIOSA

Nota introduttiva di STEFANO CANESTRARI

L'idea della mafia quale società chiusa contrapposta alla società civile, una mafia a base familiare, con organigrammi rigidi fatti di sicari, mandanti, cupole, cui ciascuno accede per il tramite di un rito d'iniziazione, appare oggi riduttiva. Da tempo "questa" mafia si è evoluta, conoscendo anche altri paradigmi associativi, che spingono il tradizionale nucleo criminale verso un confine incerto e mobile, in cui si compenetrano liceità e illiceità. Ai margini, il passaggio dal non essere mafioso all'esserlo non è più così netto. La contiguità soggiacente si confonde con la contiguità compiacente. Il professionista, l'amministratore, l'imprenditore, quand'anche non assumano un ruolo nel sodalizio, non possono mancare di entrare in relazione con esso: sottomettendosi talvolta, profittandone in altri casi, sempre e comunque senza potersene affrancare del tutto.

Si spiega così la rivalutazione di un istituto forgiato dalla giurisprudenza penale degli anni settanta: il concorso esterno nell'associazione criminale, un tempo sovversiva o di banda armata, oggi di stampo mafioso. Concetto per taluni pericoloso, per altri provvidenziale, per tutti dai confini incerti, il concorso esterno sfrutta il moltiplicatore di tipicità offerto dall'art. 110 c.p., allo scopo di circondare il reato associativo di un ambito di potenziale e ulteriore rilevanza penale. Un vero e proprio limbo, la cui qualificazione non dipende più dal ruolo assunto – ché il soggetto non è per definizione inserito nell'associazione – bensì dalla funzione assolta, o meglio dall'efficacia del contributo rispetto alla vita dell'ente, secondo i modelli eziologici del concorso di persone. È inevitabile quindi che sia il processo, a posteriori, a delimitare la stessa area di tipicità penale, là dove *ex ante* si avverte soltanto il generico monito a non partecipare nel reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. Ma se il "reato", come quello delineato da quest'ultima norma, si sostanzia tecnicamente nel prendere parte all'associazione e non già nell'associazione di per se stessa, la strutturale indeterminatezza dell'art. 110 c.p. rischia di coinvolgere nell'area della pena chiunque consapevolmente agevoli l'associazione, e con ciò i membri che vi prendono parte.

Abbiamo chiesto a Francesco Mauro Iacoviello e Gaetano Insolera di esprimere il loro giudizio al riguardo, invitandoli ad assumere quali spunti di

riflessione anche gli interrogativi di seguito riportati:

1) è necessario, da un punto di vista politico criminale, ricorrere allo schema del concorso esterno per reprimere il fenomeno mafioso? Qual è il bilancio che si può trarre dal suo decennale impiego giurisprudenziale?

2) È tecnicamente convincente la struttura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso che si evince dalla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento alle conclusioni cui è giunta la sentenza delle Sezioni Unite, 12 luglio 2005, Mannino?

3) Sarebbe conveniente, se non altro per mitigare l'indeterminatezza della fattispecie plurisoggettiva eventuale, procedere a una definizione legislativa del concorso esterno in associazione di tipo mafioso ovvero a una sua incriminazione autonoma?

dott. FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione

1. Ci piaccia o no, il concorso esterno dobbiamo tenercelo. Finché ci sarà l'art. 110 c.p., ci sarà il concorso esterno. Anzi, sarà anche il caso di abbandonare l'aggettivo "esterno", immaginifico certo ma giuridicamente improprio: dunque, *concorso eventuale in associazione mafiosa*.

Certo è però che mentre gli altri concorsi eventuali vengono accettati senza molti problemi, il c.d. concorso esterno fa spesso storcere il naso ai buongustai del diritto penale.

Si dice: esso amplia l'area della punibilità. Ma non è forse la funzione dell'art. 110 c.p. quella di ampliare l'area della punibilità estendendola alle condotte atipiche?

C'è un aspetto della questione che va evidenziato: nelle "nuove mafie", in particolare quelle straniere, il concorso eventuale non crea resistenze giuridiche: è un normale problema di 110 c.p.

È l'applicazione del 110 c.p. al paradigma del 416 *bis*, comma 2, c.p. – le vecchie mafie – che crea contrasti.

Come si spiega?

C'è una vistosa sproporzione di scala tra associazione mafiosa e concorso esterno. La mafia è qualcosa di enorme, mostruoso, terrificante, il cui inizio si perde nel tempo e la cui fine ancora non si intravede.

Il concorso eventuale è qualcosa di episodico, circoscritto, che dura un attimo.

C'è una sproporzione di lesività tra i due fenomeni.

Al fondo inespreso del 110 c.p. c'è un isomorfismo tra condotta tipica e condotta del concorrente eventuale.

Questo isomorfismo non c'è tra concorrente esterno e partecipazione mafiosa

Ora, come è possibile portare alle medesime dimensioni di scala i due fenomeni? Come renderli omogenei sotto il profilo della lesività?

O si riduce la mafia o si amplia il concorso eventuale.

Data la definizione del comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. non si può ridurre l'associazione mafiosa: essa è un antistato, occupa un territorio, assoggetta una popolazione, diffondendo il virus della paura diffonde la malattia epidemica dell'omertà.

Questa definizione di associazione mafiosa ha bisogno di un giudice poco positivista. Un giudice, cioè, poco legato alle forme nitide della tipicità (dove c'è una forma c'è un limite) e più propenso a cogliere la *sostanza delle cose*: che altro non è che la sostanza magmatica di giudizi morali e percezioni sociali di un fenomeno.

Il disvalore sociale è la materia esplodente del reato, il giudizio morale è il detonatore processuale. "*Chi ha a che fare con la mafia è in qualche modo mafioso e perciò la deve pagare*".

In questo modo si getta il ponte tra il *piccolo* concorso eventuale e la *grande* associazione mafiosa.

Ma in questo modo al *tipo* del diritto sostanziale subentra *l'imputazione* del processo penale.

Se una condotta è illecita, non lo si sa prima del processo, ma dopo.

Ma ci sono giudici *veteropositivisti* che non ci stanno.

Sono i nostalgici dell'illuminismo giuridico. Per loro la tipicità è unica e la stabilisce il diritto sostanziale, non il processo penale.

Per loro la morale va bandita non solo dal diritto penale, ma anche dal processo penale.

La morale nel diritto sostanziale è meno temibile perché in fondo è un'opzione dichiarata, alla luce del sole. La moralità nel processo è molto più temibile, perché insidiosamente latente e – come una guerriglia – quando meno te lo aspetti, riesce a sabotare le strutture del processo.

La Cassazione, in genere, è fatta di veteropositivisti. E non è detto che sia una disgrazia.

Così, con le norme che ha a disposizione, la Cassazione tende a colmare il *gap* tra concorso eventuale e associazione mafiosa.

Non potendo ridimensionare la seconda, sovradimensiona la prima: non ogni apporto è concorso eventuale, ma solo quell'apporto veramente notevole, che si pone sullo stesso piano di importanza ed efficacia della partecipazione.

In questo modo si ottengono due risultati: a) si ristabilisce l'equivalenza funzionale tra concorrente eventuale e partecipe, in modo che entrambe le condotte abbiano lo stesso disvalore sociale; b) si pone un limite alla espansione a macchia d'olio della tipicità penale.

Di qui nasce quella strana *teoria della fibrillazione*: la condotta del concorrente eventuale è qualcosa di veramente straordinario, che salva l'associazione mafiosa da un momento di crisi acuta. La condotta del concorrente eventuale acquista in intensità ciò che perde in durata: consisterà pure in un solo contributo episodico, ma si tratterà di un contributo di straordinaria efficacia salvifica. Per tale contributo la mafia sarà sempre grata al concorrente eventuale e – per così dire – lo rende *partecipe honoris causa*.

Sulla stessa linea – ma con maggiore serietà e profondità – si colloca l'ultimo approdo delle SS.UU., che impongono condizioni rigorose al concorso eventuale: ci deve essere un contributo serio, concreto, causale da accertare ex post.

Può darsi che sia stata detta la *last word* in materia di concorso eventuale in associazione mafiosa?

Speriamo, dubbiosi.

Il problema del c.d. concorso esterno non è in se stesso, ma altrove.

Il funzionamento a strappi del concorso eventuale (osannato prima e deprecato dopo) ha una origine lontana.

Essa va cercata nella formula del 416 *bis*, comma 3, c.p.: nella definizione legale di associazione mafiosa e, quindi, di partecipazione.

Se non si modificano quelle, non ne usciremo fuori.

2. Il fenomeno mafioso – come ogni fenomeno rilevante per il diritto penale – va visto sotto tre profili: il profilo criminologico, quello della tipicità e quello della prova.

Realtà criminale, diritto penale e processo penale: vi deve essere una rispondenza tra queste tre dimensioni, altrimenti il circuito si inceppa e prendono il sopravvento i meccanismi del processo.

Se non vi è aderenza tra fenomeno criminologico e tipicità, c'è la tentazione di forzare la tipicità penale: attraverso l'*applicazione* della norma al fatto (dunque, l'imputazione nel processo) si dilata l'*interpretazione* della fattispecie legale incriminatrice. Dal processo emergono *nuovi casi* che si fanno rientrare

nel contenitore semantico della *norma*. I nuovi casi danno nuovo contenuto alla norma.

Se invece la fattispecie è espressa in termini non provabili, è questa volta la prova che viene ad incidere sulla tipicità: o si accorcia o alleggerisce la prova o si deforma la tipicità. Al posto dell'elemento di reato difficile da provare, si prova qualcosa altro più facile da provare e che diventa l'equivalente funzionale del primo (per esempio, provo il reato-scopo per provare la partecipazione).

Il fenomeno criminale della mafia si evolve. Non è solo la vecchia mafia a cambiare pelle.

Accanto alla vecchia mafia spuntano le nuove mafie.

La tipicità penale deve inseguire il crimine: non può una tipicità del passato raffigurare la criminalità mafiosa del presente.

Questo problema di sincronismo tra tipicità e mafia è penetrato nella norma.

L'art. 416 *bis* c.p. contiene al terzo e all'ultimo comma due definizioni di associazioni mafiose: l'una profondamente diversa dall'altra.

Quella del terzo comma raffigura la vecchia mafia. Quella dell'ultimo comma, più che una definizione di mafia, è una definizione di criminalità organizzata.

C'è una tensione concettuale tra le due definizioni, come tra i due fenomeni.

Una doppia tipicità, per la vecchia mafia e per le nuove.

Una delle due categorie è di troppo.

Il concorso eventuale in associazione mafiosa deve fare i conti con queste due diverse definizioni di mafia.

Ma deve fare i conti anche con la prova.

Nei processi di mafia due sono i mezzi di prova fondamentali: chiamata di correo e intercettazioni. La caratteristica di questi due mezzi (rispetto, per esempio, alla testimonianza o alla perizia) è che non hanno un oggetto prelezionato. Essi riversano una massa di informazioni (fatti, persone, relazioni) che hanno spesso il carattere della novità sorprendente.

Il problema di questi processi è che spesso c'è un eccesso di informazioni rispetto al *thema decidendum*.

Allora si tratta di valorizzare queste informazioni, di utilizzarne quante più è possibile: il processo deve lasciare meno scorie possibili.

Per fare questo, noi abbiamo bisogno di due cose: a) più criteri di inferenza: una nuda informazione senza un criterio di inferenza, è insignificante e dunque processualmente irrilevante (di qui la tentazione di criteri di inferenza sociologici o tratti da vincoli familiari); b) una tipicità più flessibile, o meglio

una tipicità incompiuta pronta ad accogliere nuovi casi dello stesso tipo (stavo per dire: *casi analoghi*).

Per ridurre l'incidenza del concorso eventuale in associazione mafiosa, la più efficace strada percorsa dai legislatori e dalla giurisprudenza è stata quella di imbrigliare in canoni rigidi la chiamata di correo.

Ridurre la capacità probatoria della chiamata di correo significa far mancare i viveri al concorso eventuale mafioso.

Le battaglie processuali che quotidianamente avvengono nei processi di mafia sulla utilizzabilità delle intercettazioni sono un ulteriore segno del tentativo di togliere le informazioni su cui fare scattare il concorso eventuale.

Solo che una volta dichiarate utilizzabili le intercettazioni, la battaglia per la difesa è compromessa.

Infatti, mentre per la chiamata di correo ci sono molteplici criteri di valutazione, per la valutazione delle intercettazioni non è stato elaborato nulla.

Anzi, il carattere a sorpresa delle intercettazioni sembra dare una patente di genuinità e di verità a quello che dalle intercettazioni viene fuori.

Quel che pensano e dicono gli intercettati diventa facilmente vero. Modificando il principio cartesiano, si potrebbe dire: "*cogito, ergo est*"!

In conclusione, intervenire su chiamata di correo e intercettazioni è la *strada processuale* per devitalizzare il concorso eventuale in associazione mafiosa.

3. L'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. contiene la celebre definizione di associazione mafiosa. Se un legiferatore provasse a modificare la formula, rischierebbe forse una crisi di governo.

Quella formula trae il suo prestigio del sangue innocente che l'ha ispirata.

Ma vista con occhi disincantati, quella formula sembra scritta da uno Sciascia o da un Calvino, non da un legislatore tecnico.

Colpisce innanzitutto qualcosa di grottesco: l'associazione mafiosa viene descritta come una forza minacciosa e violenta, che soggioga popolazioni intere ("una forza di occupazione"). Eppure – come figura base di reato – questa forza terribile che sparge intimidazione e omertà è disarmata!

Infatti, il possesso di armi è solo un'aggravante.

Evidenti le esigenze di prova: dalle perquisizioni e intercettazioni non saltano fuori armi: che si fa, si esclude l'associazione?

Sta di fatto che la figura base di associazione mafiosa è irrealistica. C'è uno scollamento tra fenomeno criminale e tipicità.

Qui la tipicità cede alle esigenze della prova. Forza di intimidazione, assog-

gettamento e omertà implicano ovviamente armi. Ma poiché non possiamo provarlo, facciamo una *fictio iuris*, o meglio rendiamo *tipico* solo una parte del fenomeno criminale: rimane l'effetto (intimidazione, assoggettamento e omertà) ma togliamo la causa (le armi).

Il risultato è che per il legislatore, di regola, Cosa nostra è disarmata.

Il nocciolo duro della fattispecie criminosa è la "forza di intimidazione del vincolo associativo". Espressione efficace sul piano comunicativo. Ma come si prova questa forza intimidatrice nel processo?

Il problema non si pone per le mafie tradizionali. Qui la forza di intimidazione non va provata perché siamo in presenza di una tautologia: dire Cosa nostra è dire forza di intimidazione del vincolo associativo.

Ma per le nuove mafie? e per una scheggia di Cosa nostra trapiantata al Nord? e per una nuova cosca o una associazione tra imprenditori e personaggi dal passato mafioso che si prendono un lucroso appalto a Gioia Tauro o tra amministratori locali e personaggi mafiosi che vincono le elezioni amministrative in un paese alle falde dell'Aspromonte?

In questi casi come provi la forza di intimidazione? O provi violenze e minacce o non hai provato nulla.

E infatti, in Cassazione è ben difficile che regga una sentenza di condanna: come dimostrano recenti sentenze di annullamento.

Il c.d. metodo mafioso processualmente è violenza o minaccia. Nessuna sentenza ha mai motivato sull'esistenza della forza di intimidazione, desumendola dal vincolo associativo!

Ma nella struttura dell'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. c'è ancora qualcosa altro che non funziona.

L'associazione si serve ("si avvale") di una forza di intimidazione.

Questa forza di intimidazione del vincolo associativo non è programmata o potenziale o semplicemente sperata, ma è una forza in atto, dal momento che essa crea condizioni di assoggettamento e di omertà.

E senza violenza o minaccia non c'è intimidazione: l'associazione mafiosa, almeno all'inizio, deve investire in violenza e minaccia, poi può vivere della *rendita* di questo investimento.

Quindi la fattispecie incriminatrice descrive una associazione mafiosa già operante: è il fermo-immagine di un film già iniziato.

L'associazione mafiosa è un'associazione che viene punita in quanto ha già in corso di esecuzione il programma criminoso.

Non esiste un'associazione mafiosa "per ciò solo" come nell'art. 416 c.p. Se l'associazione esistesse prima dei delitti-scopo come potrebbe "avvalersi"?

A meno che non si voglia dire che la forza di intimidazione non è né una modalità dei delitti-scopo, né una modalità della condotta associativa (non si partecipa all'associazione avvalendosi di...) ma una qualità dell'associazione.

Ma in questo modo ritorniamo al punto di partenza: questa qualità non è un dono (anzi, un peccato) originale dell'associazione. Si acquista e si conquista attraverso violenze e minacce.

Atteniamoci alla connessione delle parole legislative (art. 12 preleggi): l'avvalersi è “..per commettere delitti...”.

La forza di intimidazione è strumentale rispetto ai fini dell'associazione. Il metodo mafioso non è rinunciabile da parte del mafioso. Il mafioso non può commettere reati-scopo se non usando un metodo mafioso.

Ma anche qui sorgono difficoltà.

L'intimidazione serve per commettere solo quei delitti che implicino una recezione del messaggio intimidatorio da parte delle vittime: per intimidire è necessario che qualcuno recepisca la intimidazione.

Non c'è intimidazione senza vittime consapevoli.

Ma se io mafioso uccido una persona ignara, come posso dire che mi sono avvalso della forza intimidatrice? mi sono avvalso di un kalashnikov.

La fattispecie incriminatrice è ritagliata sul delitto-scopo dell'estorsione.

A meno che non pensiamo che questa forza di intimidazione operi *post delictum*, costringendo le vittime a subire in silenzio. Quindi, il metodo mafioso non serve a commettere delitti, ma per assicurarsi l'impunità.

Interpretazione molto riduttiva, se pensiamo alle mafie tradizionali.

Ma poiché la “forza di intimidazione” ricorre anche nell'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. occorrerebbe trovare un senso che vada bene per vecchie e nuove mafie (è difficile pensare che il legislatore abbia usato la stessa espressione con due sensi diversi nel medesimo articolo...).

Allora, la forza di intimidazione deve intendersi operare in duplice direzione: all'esterno verso le vittime dei reati-scopo; all'interno verso gli associati.

La temibilità dell'associazione deriva proprio dal fatto che c'è un patto di sangue all'interno. Se metodo mafioso significa temibilità, è temibile un'associazione da vincoli interni indistruttibili: lì è assoggettamento e omertà e impenetrabilità.

Ma in questo modo il c.d. metodo mafioso si distacca dall'assoggettamento di un territorio e di una popolazione.

“Forza di intimidazione”, “assoggettamento”, “omertà” sono parole linguisticamente efficaci perché rispondono alla percezione sociale del fenomeno mafioso. Ma sono parole processualmente intraducibili.

Non puoi provare la forza di intimidazione se non provi minacce, estorsioni, violenze, omicidi.

E quindi non puoi provare l'associazione mafiosa, se non provi che ha già commesso numerosi delitti-scopo.

Ma siccome si suppone che il legislatore non usi parole a vuoto, non basta provare la forza di intimidazione: occorre provare anche l'assoggettamento e l'omertà.

Ma come si prova l'assoggettamento?

Al di là di fenomeni eclatanti (tipo l'abbassamento delle serrande dei negozi in occasione di un funerale di un mafioso, l'assoggettamento lo si desume automaticamente dalla forza di intimidazione. Ma allora che senso ha mettere nella definizione l'assoggettamento?

E come si prova nel processo l'omertà?

Citando il poliziotto che dichiara che nessuno vuol parlare? In un processo inquisitorio questa testimonianza poteva pure passare. Ma in un processo di parti, una testimonianza siffatta non reggerebbe al controesame.

In conclusione, un difensore abituato alla filosofia analitica, potrebbe fare un ricorso per cassazione per vizio di motivazione dicendo: "la sentenza ha motivato sulla forza di intimidazione ma non ha detto una parola sull'assoggettamento e le due cose sono diverse dal momento che sono entrambe menzionate nella legge, per cui ci può essere forza di intimidazione e non assoggettamento". E con implacabile logica il difensore potrebbe aggiungere: "la sentenza deve motivare tanto sull'assoggettamento quanto sull'omertà. Se il legislatore cita entrambe vuol dire che sono cose diverse, per cui ci potrebbe essere assoggettamento e non omertà e viceversa".

Sta di fatto che nelle sentenze di mafia non si perde tempo a motivare sull'intimidazione, sull'assoggettamento e sull'omertà.

Perché basta provare una volta in un processo l'associazione mafiosa, per cui questa prova – con il meccanismo dell'art. 238 bis c.p.p. – circola in tutti i processi di mafia.

Si fa (come si è fatto) un maxiprocesso con omicidi, estorsioni e quant'altro e si prova che la mafia è un crimine.

Provato una volta, provato sempre.

Così, il nucleo forte della definizione normativa dell'associazione mafiosa è un "già provato", che perciò non ha bisogno di essere "più provato".

E fin qui, le ridondanze della formula legislativa rimangono abbastanza innocue.

Ma solo perché abbiamo a che fare con la mafia tradizionale.

Appena si aprono altri scenari, la formula va in crisi.

Pensiamo ai riassetti del sistema mafioso: da una cosca si stacca una scheggia che forma una nuova associazione. Ne nasce una guerra di cosche. La nuova cosca non si è ancora insediata sul territorio, non sparge ancora intimidazione assoggettamento e omertà, pensa solo a fare la guerra all'altra cosca. Come facciamo a dire che la nuova cosca è un'associazione mafiosa?

Qui si prescinde da intimidazione, assoggettamento e omertà e si dice: la nuova cosca proprio perché sfida la vecchia si erge per ciò solo ad associazione mafiosa.

Come dire: le cosche si legittimano a vicenda come *mafiose*,

Pensiamo a più associazioni che insistono sul medesimo territorio dedicandosi a traffici differenziati.

Pensiamo alle associazioni fondate al Nord da profughi mafiosi sconfitti nella guerra di mafia o da frange di cosche espansioniste.

Qui occorrerebbe dimostrare intimidazione-assoggettamento-omertà. Ed è qui che la definizione legale diventa processualmente impossibile.

In linea generale: quando si passa dal modello della mafia tradizionale a base territoriale ad un modello di mafia deterritorializzata, settoriale e funzionale, la gloriosa definizione legislativa non funziona più.

Funzionava quando gran parte di ciò che è contenuto nella formula non andava provato o andava provato una volta per tutte.

Non funziona quando intimidazione assoggettamento e omertà vanno provati.

Non è un caso che nella definizione dell'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. siano scomparsi assoggettamento e omertà.

Questi requisiti possono avere un senso per la *mafia-territorio*, che vive del rapporto simbiotico associazione mafiosa-popolazione circostante.

Ma non hanno un senso per la *mafia-mercato*.

Qui la mafia non deve essere un antistato, assoggettare una popolazione e terrorizzarla fino all'omertà. Qui la mafia deve dominare i punti-vendita di un prodotto (armi, stupefacenti, esseri umani ecc.). L'intimidazione è tutta interna al mercato (è verso la concorrenza e verso le vittime). L'omertà è l'omertà delle vittime dei reati-scopo.

In conclusione, la formula del 416 *bis* ha un duplice difetto: un difetto genetico, perché descrive una mafia già formata e non in formazione; un difetto funzionale perché recepisce in termini giuridici un fenomeno sociologico e parla di mafia inscindibilmente legata al territorio.

Ma, al fondo, c'è un difetto più grande.

La tipicità della fattispecie incriminatrice è una tipicità-messaggio volto al mondo civile. Ma non è una tipicità volta al processo. Cioè una tipicità fatta di elementi costitutivi *processualmente provabili*.

Se questa è la tipicità dell'associazione mafiosa, è vano cercare una tipicità del concorso esterno.

4. La difficoltà di tracciare i confini del concorso eventuale mafioso deriva molto dal fatto che non si sa bene cosa sia la condotta di partecipazione¹.

All'inizio il partecipe era l'uomo d'onore. Era un modo semplice ed efficace di rappresentare la partecipazione mafiosa. E – cosa non da poco – rispecchiava la realtà criminale di una mafia tradizionale fortemente strutturata al proprio interno e autosufficiente.

Oltretutto, tale formula era il coerente sviluppo del concetto di associazione come reato-accordo: dall'accordo nasceva una *societas* di cui si era *soci*.

Dunque, il partecipe come uomo d'onore era il logico corollario di una idea di *associazione mafiosa-società* di cui si diventa soci.

Questa formula aveva poi il vantaggio che non imponeva all'accusa di provare e al giudice di motivare sul contributo causale del partecipe.

Una volta provata l'affiliazione, tutto poi filava liscio.

C'erano due non trascurabili inconvenienti in questa concezione, l'uno di ordine probatorio, l'altro di ordine sostanziale.

Sul piano probatorio, se l'oggetto di prova era l'affiliazione, venivano di colpo tagliate fuori come irrilevanti tutte una serie di catene inferenziali: per esempio, non era possibile dedurre la partecipazione dalla commissione di reati-fine.

Per provare l'affiliazione ci voleva la chiamata di correo di uno che fosse stato presente alla cerimonia o che lo avesse saputo da uno presente.

Sul piano sostanziale il partecipe come uomo d'onore lasciava fuori dalla partecipazione tutta una serie di figure affini (per esempio, il c.d. *avvicinato*) e di contributi causali e continuativi.

In questo stato di cose la cosa più logica da fare era quella di non rinunciare a nessuna *possibilità di prova*, cioè non rinunciare a nessuna inferenza probatoria.

E così è stato fatto.

¹ Il lavoro più profondo e imprescindibile rimane in materia quello di Costantino Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

La definizione di partecipazione è rimasta la stessa (colui che prende parte ad un'associazione con la coscienza e volontà di far parte di essa e di eseguirne il programma), ma nella sostanza processuale le cose sono cambiate.

Per provare la partecipazione o si prova che sei un uomo d'onore o si prova che hai dato un contributo causale rilevante.

Così dove non era possibile percorrere probatoriamente la strada principale (quella dell'affiliazione) si percorreva la strada tradizionale che si è sempre percorsa quando viene in ballo la partecipazione: desumere la partecipazione dalla commissione di reati-fine.

Chi ha mai dubitato in un processo di mafia che è partecipe chi ha commesso un omicidio per conto del capomafia?

Ma non è finita.

Provare il contributo non è sempre facile.

Rimane una terra di *punibilità non provabile*: quella dell'imprenditore, dell'amministratore, del politico che ha rapporti continuativi con la mafia.

Qui non c'è affiliazione e non c'è contributo.

Allora si scopre un concetto che andrebbe brevettato per i grandi servizi che ha reso nei processi: il concetto di *disponibilità*.

Formidabile idea quella del partecipe come colui che dà la propria disponibilità all'associazione! Non c'è bisogno di provare alcun contributo e non c'è bisogno di provare l'affiliazione.

La disponibilità non è – come il contributo – un episodio, ma una condizione che dura nel tempo: è permanente, come permanente è la condotta del partecipe.

È importante questa tecnica probatoria: a) la condotta di partecipazione è difficile da provare; b) si trova un equivalente funzionale: partecipazione = disponibilità; c) la disponibilità è molto più facile da provare: bastano relazioni continuative e stabili, manifestazioni di solidarietà, atteggiamenti di sollecitudine e simili.

In questo modo si sostituisce un elemento strutturale del reato difficile da provare con un equivalente funzionale più facile da provare.

Nei processi queste operazioni concettuali incontrano il fuoco di sbarramento delle difese: una disponibilità senza contributo è una disponibilità virtuale di fatto indisponibile, la disponibilità diventa uno stato mentale, la condotta di partecipazione si rifugia all'interno dell'uomo.

In definitiva, la vaghezza semantica della disponibilità agevola la prova, ma solo a costo di rompere la tipicità.

Le discussioni sulla *prova* della partecipazione alla fine hanno cambiato il

concetto di partecipazione.

L'ordine pubblico non è violato da qualifiche formali, ma da condotte sostanziali.

Non ha senso l'alternativa contributo sì-contributo no.

La partecipazione è azione, dunque è contributo.

Partecipare non significa essere iscritti nel libro-soci della cosca, ma prendere parte alle strategie dell'impresa. La partecipazione non è uno *status*, ma è condotta.

Da una prospettiva formale si muove verso una prospettiva funzionale: dalla mafia come *società* alla mafia come *impresa*, cioè un'*attività organizzata* in vista di certi fini.

Partecipe è chi *svolge una funzione* nell'impresa mafiosa.

Se un vantaggio ha la formula del 416 *bis* c.p. è proprio quella del riferimento non ad un accordo o ad un organigramma sulla carta, ma ad una impresa (“...*si avvalgono della forza di intimidazione* ...”).

In questa prospettiva va operato un riassetto della logica della prova: oggetto di prova non è dimostrare che l'imputato è uomo d'onore; piuttosto, l'essere uomo d'onore è invece un grave ed univoco indizio di essere partecipe all'associazione-impresa mafiosa.

In questo modo si verifica una progressiva convergenza tra fenomeno mafioso e criminalità organizzata. Il loro connotato comune è che entrambe esprimono una *impresa criminale*.

5. Con il passaggio dalla *partecipazione-status* alla *partecipazione-contributo*, la distanza tra partecipazione e concorso eventuale si è assottigliata.

Prima la distinzione era netta: la partecipazione era un *ruolo*, il concorso esterno era una *funzione*; la partecipazione era uno *status* che non ha bisogno di azioni; il concorso esterno era invece *azione* di un soggetto senza status. Dallo *status di socio* si passava alle *azioni del concorrente esterno*.

La difficoltà di provare l'affiliazione ha portato ad una svalutazione dei profili ritualistici e formali della partecipazione.

Ora partecipazione e concorso eventuale richiedono entrambi una condotta, che dia un contributo causale.

La differenza è che l'una richiede un'attività continuativa e l'altro può consistere in un solo episodico contributo.

Ma come è possibile che dalla condotta-contributo si arrivi a due approdi differenti: un contributo porta alla partecipazione e un contributo porta al concorso eventuale?

Il fatto è che si applicano catene inferenziali diverse.

Per esempio, viene provato che x è un killer che ha commesso un omicidio di mafia. Nessuno dubita che x debba rispondere anche di partecipazione: perché?

Perché noi applichiamo il criterio di inferenza secondo cui una cosca mafiosa ha un proprio stabile, organico gruppo di fuoco e se x uccide, vuol dire che fa parte di tale gruppo e quindi fa parte della cosca.

Un'attività continuativa (la partecipazione, appunto) la desumiamo da un singolo contributo.

Facciamo invece il caso di un consulente giuridico che aiuta una cosca ad acquistare una società in liquidazione in un'attività economica strategica. Qui c'è il contributo causale singolo e specifico. Ma noi qualificiamo 90 volte su 100 il consulente come concorrente eventuale e non come partecipe: perché?

Perché noi non riteniamo razionalmente fondato il criterio di inferenza per cui una cosca mafiosa ha al proprio interno un ufficio di consulenza finanziaria.

E questo dipende dalla vischiosità dei concetti (o preconconcetti) per cui per la cosca è essenziale il gruppo di fuoco, ma non un gruppo di consulenza.

Ma la mafia si evolve, il programma criminoso può riguardare anche attività lecite svolte con mezzi formalmente leciti, i profitti poi vengono destinati ad investimenti diversificati su mercati globali

Questo comporta un mutamento nella struttura dell'organizzazione mafiosa.

Al *nucleo operativo occulto*, che costituisce la struttura destinata all'attuazione del metodo mafioso, si è sovrapposta una possente *sovrastruttura finanziaria* (tipica della criminalità da profitto) che opera nei mercati legali con azioni formalmente legali.

L'impresa moderna – lecita o illecita che sia – ha bisogno di molte funzioni. È un problema di costi per l'impresa lecita, è un problema di sicurezza per quella illecita. decidere se internalizzare una funzione (cioè creare una struttura interna che svolga tale funzione) o esternalizzarla (servirsi di persone esterne alla propria struttura).

A questo punto che la medesima funzione sia svolta da chi sta dentro l'organizzazione o da chi sta fuori, ha poca importanza.

Questa considerazione avvicina ancor più partecipazione e concorso eventuale.

Non è la fungibilità o infungibilità delle funzioni che li distingue.

Ma allora perché si continua ancora a distinguere partecipazione e concorso eventuale?

Al fondo di tutta questa problematica c'è, inespressa e silente, una *pre-comprensione*: e cioè, che il concorso esterno sia un *quid minus* rispetto alla partecipazione.

Questa pre-comprensione è fuorviante.

Una graduazione di disvalore tra concorso esterno e partecipazione, a livello di tipicità normativa, è osteggiata dall'art. 110 c.p. Poi, a livello di realtà criminologica, non di rado il contribuente del concorrente esterno ha una carica di lesività più intensa della condotta di partecipazione.

Partecipazione e concorso eventuale non si distinguono per il diverso grado di disvalore delle rispettive condotte.

Quello che ancora distingue partecipazione e concorso eventuale è questo: il concorso eventuale è un contributo singolo, la partecipazione è un contributo singolo + la disponibilità a fornire ulteriori contributi per il futuro.

Questa disponibilità non va provata: la si desume automaticamente dalla qualità di socio.

Dunque, concorrente e partecipe non si distinguono per il contributo, ma solo per il fatto che la disponibilità per il futuro c'è per il secondo ma non per il primo.

Sul piano criminologico questa distinzione è infondata (nulla esclude che il concorrente eventuale sia disponibile anche in futuro per la cosca: anzi!).

Sul piano giuridico la distinzione si traduce nella partecipazione come reato permanente e nella condotta di concorrente eventuale come reato istantaneo.

La vera unica differenza rimane questa.

In questo quadro è giocoforza per la giurisprudenza cercare nel concorso eventuale un disvalore che consenta di avvicinarlo a quello della partecipazione.

Nasce così la teoria della fibrillazione, infondata giuridicamente (manca qualsiasi legame normativo) e criminologicamente: non è questione di fasi patologiche o fisiologiche (qualsiasi impresa prevede strategie e strutture per le fasi di crisi).

Più fondata concettualmente è la costruzione del concorso eventuale affermata dalle SS.UU. Mannino, secondo cui: a) il contributo del concorrente eventuale deve essere serio e concreto e deve avere inciso effettivamente e significativamente sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali; b) questo accertamento deve essere effettuato ex post sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità; c) il dolo deve investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice sia il contributo causale recato dalla

propria condotta alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione mafiosa, ben sapendo e volendo il concorrente esterno che il suo apporto è diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

La sentenza è certamente la frontiera giuridicamente più avanzata, in questo quadro normativo, nella delimitazione della figura e dei limiti del concorso esterno.

Ma presenta profili critici.

L'accertamento ex post dell'efficacia causale del contributo non si giustifica facilmente: non è nell'art. 110 c.p. In questo modo si differenzia il concorso eventuale in associazione mafiosa dagli altri concorsi eventuali nel reato.

Ma non si giustifica neppure sotto il profilo del disvalore della condotta: perché dovrebbe essere punibile il consulente che riesce a far ottenere un appalto ala cosca e non quello che fa le stesse cose del primo ma per cause esterne alla sua volontà non ci riesce? La condotta ha il medesimo disvalore ed è *propria* dell'agente sia in un caso che nell'altro.

Si fa dipendere la punibilità da un accadimento esterno che, rispetto alla condotta posta in essere, assume il carattere del fortuito.

O non si crede alle leggi di copertura e alle massime di esperienza plausibili poste a base di un giudizio ex ante di idoneità causale e allora si cerca la tranquillità dell'evento causato?

Anche sotto il profilo dell'evento c'è da discutere.

Le SS.UU. negano ogni legittimità alla teoria dell'aggravamento del rischio, vogliono la prova che la condotta del concorrente eventuale abbia determinato la conservazione o il rafforzamento dell'associazione.

Ma come si fa a provare che il contributo del concorrente esterno ha determinato la *conservazione* della cosca? Ritorniamo alla teoria della fibrillazione? Preso alla lettera tale criterio sarebbe talmente forte da relegare il concorso esterno ad evenienze marginali.

Per quanto ne conosciamo del fenomeno, quante volte è successo che un'associazione mafiosa ha corso il pericolo di disintegrarsi?

E veniamo al rafforzamento: come è dimostrabile empiricamente il rafforzamento?

Se io – aspirante concorrente eventuale – fornisco alla cosca pistole che al momento dell'azione omicidiaria si inceppano ho rafforzato o no l'associazione?

Se io, sempre dall'esterno, mi offro come killer e sbaglio bersaglio e magari mi faccio pure prendere e porto alla cattura dei complici non dovrei rispondere di concorso esterno?

Se vediamo le cose ex post, è l'evento che decide della liceità o meno della condotta (sono concorrente eventuale non per caratteri intrinseci della condotta, ma *secundum eventum*).

Se vediamo le cose ex ante è dal giudizio di idoneità causale che si desume il rafforzamento e non viceversa.

Se l'evento è quello *hic et nunc*, c'è sempre rafforzamento quando la condotta è idonea.

Il richiamo al procedimento logico dell'accertamento causale (leggi di copertura, giudizio controfattuale) è teoricamente corretto, ma empiricamente poco praticabile.

Quel procedimento logico funziona quando l'evento è definito con precisione nei suoi contorni naturalistici (morte, lesioni, per esempio).

Ma quando l'evento ha un alone indefinito di contorni ("conservazione", "rafforzamento") e quando non abbiamo a disposizione leggi scientifiche di copertura ma criteri di inferenza a probabilità logica medio-bassa (quale è il criterio di inferenza *al di là di ogni ragionevole dubbio* che ci permette di stabilire l'efficacia causale dell'azione dell'amministratore, del giudice, del consulente, dell'imprenditore colluso?), il procedimento logico della causalità mostra tutti i suoi limiti cognitivi.

Espressioni come "*patologia dell'associazione*" "*contributo necessario alla vita dell'ente*" sono tipiche formule di una *legislazione della giurisprudenza*: più che criteri legali, sono direttive, istruzioni al giudice (come nei sistemi anglosassoni ci sono le istruzioni alla giuria).

E come direttive, tali formule funzionano bene, quando la prova viene calata nel contesto e dal contesto acquista specificità e significato.

Ma poi, appena si consolidano nella prassi giudiziaria, quelle direttive cambiano funzione: da direttive di giudizio diventano elementi della fattispecie. Il *criterio di prova* diventa *elemento di fattispecie*. Il *normale* diventa *normativo*.

E a questo punto, avulsa dal contesto probatorio la formula non funziona più: diventa una formula vaga a contorni indistinti, con connotazioni intrise di valori e con denotazioni a scarsa definizione. Il risultato è la discrezionalità giudiziaria e, quindi, la tipicità processuale.

Alla fine, il contributo *indispensabile* alla vita dell'associazione si traduce *processualmente* in qualsiasi contributo *utile* alla stessa.

A mio avviso, a parte la chiarezza concettuale nell'inquadrare il problema, il vero *novum* delle SS.UU. sta in questo: escludere decisamente che la mera disponibilità concreti il contributo causale.

In questo modo si spazza via quella pericolosa terra di nessuno in cui attra-

verso il processo penale si tenta di espandere la tipicità sostanziale.

Incontri, colloqui, frequentazioni, manifestazioni di amicizia e solidarietà, vincoli parentali e simili vengono confinati nell'irrilevante penalistico.

E non è poco.

6. In attesa di un futuribile normativo quanto mai futuribile, occorre lavorare con il materiale normativo che abbiamo e gli attrezzi ermeneutici fornitici dal sistema.

Associazione, partecipazione e concorso eventuale sono correlati: la modificazione di un concetto si ripercuote sugli altri.

Quindi occorre procedere lungo tre direttrici:

a) il concetto di associazione mafiosa. La definizione di associazione mafiosa dell'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. è sovradimensionata. Nei processi non si processa la Mafia, si processano soggetti appartenenti a cosche, clan, 'drine. Le mafie ormai sono tante.

Non si può estendere il paradigma del 416 *bis*, comma 3, c.p. alle altre mafie. Nelle nuove mafie c'è meno territorio e più mercato, meno ritualismi e più contributi. Sono imprese in cui non contano gli organigrammi ma le funzioni.

La definizione di mafia è troppo attenta alla dimensione simbolica e troppo poco alla dimensione della provabilità processuale. Le fattispecie penali devono essere articolate in pochi elementi essenziali e provabili.

Più si aggiungono elementi, più ingombrante diventa la fattispecie e più macchinosa e disfunzionale diventa la prova (ma il principio di ragionevole durata del processo siamo sicuri che non abbia le sue ricadute anche sul diritto penale e sulla costruzione delle fattispecie incriminatrici?).

Inoltre, quella definizione colloca nell'irrilevante giuridico il fenomeno cruciale della genesi dell'associazione criminale. È questa la logica di uno scenario criminale statico, che è quanto di più contrario alla reale dimensione del fenomeno. Noi ragioniamo su un fenomeno guardando vecchie foto.

In questa prospettiva occorrerebbe elaborare una sequenza di fattispecie criminali del seguente tipo: a) associazione per delinquere; b) associazione per delinquere che si afferma usando il c.d. metodo mafioso; c) associazione mafiosa.

Sta di fatto che il fiorire di nuove mafie e di associazioni del crimine organizzato impone una *reductio ad unum*: due nozioni (mafia e crimine organizzato) non possono coesistere.

Alla fine, sfrondando la definizione di mafia si può giungere ad una defini-

zione di associazione criminale, sobria ed efficace, del tipo di quella americana: cioè di una struttura organizzata e perdurante volta a realizzare determinati fini.

Data la definizione ridondante di associazione mafiosa, il concorso esterno diventa pressoché inconcepibile: o è qualcosa di veramente eccezionale, enorme, salvifico (un termine di moda che evoca il concorrente eventuale quasi come un *deus ex machina*) o è nulla.

b) la partecipazione.

Data la definizione di associazione mafiosa, non può non derivarne una altrettanto sovradimensionata di partecipazione.

Per quanto si voglia svalutare l'elemento ritualistico e nel contempo valorizzare il contributo (esempio, reato fine), è chiaro che – con quella definizione – l'elemento ritualistico è ben più che un elemento di prova: è il fattore cruciale che permette di passare dalla prova del contributo allo status di socio. La sequenza logica è questa: a) se dai un contributo di un certo tipo sei socio; b) se hai lo stato di socio vuol dire che dai la tua disponibilità; c) la disponibilità è una condotta permanente; d) questa permanenza non ha fine se non nella morte o nel recesso-collaborazione.

Così abbiamo la sequenza: *contributo-status di socio-disponibilità-permanenza senza fine*.

Per quanti sforzi si voglia fare, la partecipazione è un reato permanente particolare rispetto agli altri reati permanenti: è un reato senza termine, un *reato a vita* che cessa solo con un rito processuale (quello della collaborazione-dissociazione) eguale e contrario a quello di iniziazione.

Semel mafiosus, semper mafiosus.

Ma qui bisogna uscire dall'equivoco: il contributo del partecipe è *condotta* di partecipazione o *prova* di partecipazione?

Se è condotta, il singolo contributo non può diventare una permanenza senza fine.

Se è prova, la partecipazione diventa uno status.

C'è in ogni caso una sproporzione, direi una incommensurabilità tra contributo causale del partecipe e reato a vita.

Sciogliere questo dilemma ha un'importanza cruciale.

Forse non si è meditato abbastanza sul reato permanente, che è una figura critica in cui la tipicità penale è determinata dal processo penale.

Con conseguenze anche paradossali. Infatti, in giurisprudenza si distingue tra contestazione aperta e contestazione chiusa del 416 *bis* c.p.

Se la contestazione è aperta, la permanenza cessa con la sentenza di primo grado; se è chiusa cessa con la data della contestazione.

Così un reato naturalisticamente unico -come la partecipazione ad associazione mafiosa- può spezzarsi in più reati permanenti riuniti dalla continuazione, a seconda del modo in cui una parte processuale (il pubblico ministero) ritiene di effettuare la contestazione.

Teoricamente il pubblico ministero potrebbe contestare un'associazione fino a metà gennaio dell'anno x e subito dopo iniziare l'azione penale per lo stesso reato associativo ma per il periodo da metà gennaio a metà marzo dello stesso anno.

Se la prima condanna passa in giudicato, la seconda condanna (per il periodo da metà gennaio a metà marzo) non viene assorbita dalla prima per *bis in idem* ma va in continuazione. Giurisprudenza pacifica!

A questo porta la teoria del reato a vita che cessa solo con il recesso del socio (Aggiungo: a questo porta il vedere l'associazione mafiosa come *società* e non come *impresa*, per usare categorie civilistiche).

È logico che il giudice non può giudicare per il futuro e quindi la permanenza della partecipazione non può andare oltre la sentenza di 1 grado.

Ma per il periodo successivo un nuovo reato di partecipazione deve essere basato su nuove prove.

Altrimenti, il meccanismo logico status di socio-disponibilità porta ad una moltiplicazione infernale di reati.

c) concorso eventuale.

Finché associazione mafiosa e partecipazione sono sovradimensionate è chiaro che si crea una incommensurabilità tra esse e concorso eventuale.

Sono realtà normative percepite con un forte dislivello di disvalore.

Se si ridimensionano le prime due nozioni e si riportano a quella più sobria di crimine organizzato, il *gap* di disvalore si assottiglia.

Bisogna essere coerenti.

Se il concorso eventuale è 110 c.p., si deve applicare il 110 c.p.

Per l'associazione dell'ultimo comma dell'art. 416 c.p. non ci sarebbero tante resistenze, come non ci sono nell'applicare la categoria del concorso eventuale a qualsiasi altro reato.

I profili di indeterminazione della figura del concorso eventuale non sono intrinseci al 416 o 416 *bis*, sono intrinseci al 110 c.p.

Se c'è contributo causale e c'è dolo, c'è quanto basta per il concorso eventuale.

Non si richiedono contributi megagalattici.

Se il contributo è minimo, ma pur sempre causale, c'è il 114 c.p.

In questa prospettiva va valorizzato il dolo. O meglio, l'unica parte di dolo che rileva processualmente: quella rappresentativa (nel processo la cosa più facile è derivare il *volere* dal *sapere*).

Se tu sai che la tua azione può favorire l'associazione criminale e -sapendo questo- dai ad essa il tuo contributo, non si vede perché tu non ne debba rispondere.

La *ratio legis* (normativamente imposta come canone interpretativo da quella norma negletta, quanto non vituperata, dell'art. 12 preleggi) degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. è chiara: bisogna fare terra bruciata intorno alla mafia.

Chi collabora con la mafia si pone dalla parte della mafia.

Che stia fuori o dentro conta solo ai fini della famosa disponibilità (nella realtà nulla esclude che il concorrente esterno si dichiari disponibile anche per il futuro: la disponibilità non è prerogativa esclusiva del socio; il fatto è che mancano criteri di inferenza processuali per affermarlo).

Ma forse, al fondo, il problema è un altro.

Il problema è che ora in questo Paese non sappiamo (o forse lo sappiamo) se non se ne può più della mafia, o dei processi di mafia.

prof. GAETANO INSOLERA
Università di Bologna

1. La domanda riguardante la necessità del concorso esterno per reprimere il fenomeno mafioso trova facile risposta nei fatti.

E nella storia, in vero recente, di questa elaborazione giurisprudenziale: nello scorcio degli ultimi trenta anni.

È noto come, almeno in epoca contemporanea [si deve a Costantino Visconti l'individuazione di due precedenti della Corte di Cassazione di Palermo, del 1875: C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 43 ss.], il ricorso alla figura del concorso esterno corrisponda a questa cronologia e riguardi inizialmente la repressione delle associazioni politiche [le prime pronunzie in materia si sono avute alla fine degli anni sessanta con riferimento alle associazioni criminali di tipo eversivo e alla diffusione del fenomeno della 'contiguità' dei soggetti che, seppur non appartenenti a dette associazioni, fornivano un qualche sostegno per l'organizzazione [Cass. Sez. I, 27 novembre 1968, Murther, in *Arch. pen.* 1970, II, 7]. Successivamente la

prassi si è arricchita di nuove ipotesi associative con riguardo, dapprima, alle associazioni terroristiche ‘interne’ [Cass. Sez. I, 7 giugno 1977, Cucco, in *CED Cassazione*, 1977; Cass. Sez. I, 5 marzo 1980, Paradisi, in *Foro it.*, 1980, II, 477; Cass. Sez. I, 14 febbraio 1981, Campione, in *Riv. pen.*, 1981, 442], di seguito alle organizzazioni criminali *ex art.* 416 c.p. e di stampo mafioso [Cass. Sez. I, 4 luglio 1987 n. 8092, Cillari, in *Riv. pen.*, 1988, 392; Cass. Sez. I, 1 aprile 1988 n. 4119, Proc. gen. A. Napoli, in *Riv. pen.*, 1989, 184; Cass. Sez. I, 15 settembre 1988 n. 9242, Barbella, in *Riv. pen.*, 1989, 612; Cass. Sez. I, 23 novembre 1992, Altomonte, in *Cass. pen.*, 1995, 45; Cass. Sez. I, 18 giugno 1993, Turiano, in *Mass. pen. Cass.*, 1993, fasc. 10, 103; Cass. Sez. I, 6 giugno 1994, Bargi, in *Giust. pen.*, 1995, II, 18] e, da ultimo, alle organizzazioni terroristiche internazionali [Cass. Sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia, in *Foro it.*, II, 2007, 77].

L’anticipazione della soglia di punibilità consentita dalla commistione tra concorso nel reato e partecipazione nel delitto associativo ha così contribuito alla fisionomia di un diritto di lotta alla criminalità, prima politica e poi comune, secondo modelli emergenziali [modelli definiti classici e non confondibili con un illegittimo diritto penale del nemico; v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico* in AA.VV. *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, 131 ss.].

In questo senso la “necessità” politico criminale di ricorrere ad una strumentazione normativa capace di colpire forme di contiguità – per le associazioni criminali politiche si parla di fiancheggiatori – utili alla vita del sodalizio criminale, ma non riconducibili alla figura della partecipazione, come dicevo, è espressa dall’evidenza del fatto stesso del diffondersi di questa elaborazione giurisprudenziale.

Essa consente di asciugare il mare in cui nuotano i pesci. La contestazione del concorso nel delitto associativo permette l’emissione di misure cautelari e l’adozione di modalità di indagine e probatorie speciali: l’immissione dell’indagato nel binario processuale rivolto alla criminalità organizzata implica il raggiungimento della massima efficacia repressiva offerta da un arsenale ininterrottamente accumulatosi negli anni. Quello di criminalità organizzata è concetto in perenne espansione – nella legislazione nazionale e sovranazionale – a partire dalla sua prima menzione nella direttiva n. 48 della Legge delega per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale. Nell’ottica del penalista il problema del concorso esterno è stato quindi, fin dall’inizio, non tanto quello della sua utilità o necessità per gli scopi della lotta alla mafia, riguardando piuttosto i rischi ad esso connessi sul piano del principio di legalità.

Occorre perciò abbandonare la fuorviante lettura “agonistica” che per lungo tempo ha contrapposto favorevoli e contrari sul piano tecnico-giuridico. Effettivamente da un punto di vista normativo, non sussistono ostacoli insormontabili alla integrazione tra clausola generale dell’art. 110 c.p. e delitti associativi [afferma, in questo senso, difficilmente confutabile. Di recente così, ad esempio, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, Torino, 2003, 240; G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1955].

Le posizioni ostili al concorso esterno, a cominciare da quella di Gaetano Contento, alla fine degli anni ’70 [G. CONTENUTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari, 2002, 109 ss. (significativo come nella raccolta postuma di scritti di Contento, il tema sia stato inserito nella sezione dedicata alla “difesa della legalità penale”)], erano animate da una fondatissima preoccupazione, sorretta da argomenti di natura dogmatico-costituzionale, verso l’effetto di amplificazione di uno strutturale difetto di determinatezza riguardante sia le fattispecie associative, sia quella di parte generale. Erano animate da una concezione del rapporto tra dogmatica e politica criminale che non rinunciava ai principi guida e ai limiti costituzionali nella scelta dei mezzi più efficaci per fronteggiare la criminalità [F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, 1988, ora in *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 1621].

Erano quindi e anzitutto coerenti con quella sensibilità che, a partire dagli anni ’70, si afferma in letteratura (e nella giurisprudenza della Corte costituzionale) per i principi di determinatezza e tassatività, quali aspetti fondamentali della legalità. Sensibilità che si rivolse anche alla formula dell’art. 110 c.p., con specifico riferimento alla funzione di tipicizzazione attribuita alla causalità nel concorso di persone [clima efficacemente ricordato di recente da G. VASSALLI, *op. cit.*, 1945].

Analogo, e in larga parte sovrapponibile, il problema posto dai delitti associativi [mi sia consentito rinviare a G. INSOLERA, *L’associazione per delinquere*, Padova, 1983]. Anche in questo caso, per lungo tempo, la tipicizzazione della partecipazione fa appello al paradigma causale. A ciò si aggiunga che tradizionalmente questa tipologia criminosa implica una forte anticipazione della tutela degli interessi e della punibilità. Ciò è ben espresso dalla clausola “per ciò solo” a cui è subordinata la configurabilità dell’archetipo punito dall’art. 416 c.p. Come è noto, le condotte associative sono punibili senza che abbia alcun rilievo un inizio di esecuzione del programma criminoso.

Ma la controversia sul concorso esterno ha anche un aspetto paradossale. Il

trattamento punitivo indifferenziato che, anche nella progettazione di riforma del concorso [M. DONINI, *Il concorso di persone nel progetto Grosso*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 315 ss.; G. VASSALLI, *op. cit.*, 1939 ss.], continua a caratterizzare il nostro sistema, porta a questa conclusione. La affannosa ricerca che dottrina e giurisprudenza compiono per trovare elementi distintivi sempre più chiari e precisi tra concorso eventuale e fattispecie tipica [G. VASSALLI, *op. cit.*, 2965], ricorda il mito di Sisifo. Il macigno che precipiterà a valle, qualunque sia la scelta, non cambierà infatti il suo peso sanzionatorio.

È in questi termini che il problema del concorso esterno continua a porsi. Basti consultare i manuali più recenti. Come una sostanza velenosa, il concorso esterno “va maneggiato con estrema cautela” [D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 476]. Anche dopo la sentenza Mannino “vi è il serio rischio che il riferimento alla categoria della causalità scada ad espediente retorico che nasconde, più di quanto non spieghi, la *ratio* decisoria che guida il giudice nel verificare il rilievo penale del concorso esterno” [G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2007, 530].

È questione non sopita, che, fin da principio, in chiave generale, ha riguardato la tollerabilità costituzionale della espansione della punibilità consentita dall'art. 110 c.p. ed il pericolosissimo vuoto descrittivo che scaturisce dalla sua combinazione con il delitto associativo [M. PAPA, *Un 'baco nel sistema'? Il concorso esterno nella associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.* 2003, 700].

2. Per fare un bilancio dell'impiego giurisprudenziale del concorso esterno, di evidente utilità sono i numeri, provenienti dalla Procura nazionale Antimafia, portati al convegno svoltosi a Palermo il 29-30 novembre 2007 [*Le mafie oggi in Europa: politiche penali ed extrapenali a confronto*. Su questi dati vedi anche F. CAVALLARO, *Concorso esterno: 7190 accusati, solo 54 sentenze*, in *Corriere della Sera*, 29 novembre 2007, 25]. Il dato che più colpisce è quello riguardante le indagini preliminari definite dal 1991 al settembre 2007 (il totale degli indagati in quel periodo è di 7190): a 5547 posizioni corrispondono 2959 tra richieste e decreti di archiviazione (ca. 53%), 1992 richieste di rinvio a giudizio (ca. 36%), la rimanente percentuale attiene a procedimenti definiti con sentenza.

Come interpretare questi dati?

Se colti nella prospettiva conclusiva delle indagini preliminari depongono per un *self restraint* della magistratura requirente nel maneggio di uno stru-

mento della cui pericolosità essa sembra quindi essere pienamente consapevole. D' altra parte il ricorso frequente a misure cautelari quando si versi in questo campo, comunque le ricadute dell'acquisito ruolo di indagato, a cui si aggiunge la immancabile risonanza mediatica, spesso proprio in ragione della posizione sociale dei "contigui", ci danno la percezione di come il costo per l'innocente di questo flessibile, e come tale, apprezzato strumento, se misurato nell'impatto sanzionatorio già insito nella sottoposizione al procedimento penale – connotato assai spesso dai tempi lunghissimi delle maxinchieste – possa essere estremamente elevato [di doppia lettura dei dati parla anche C. VISCONTI, opinione espressa a F. CAVALLARO, *cit.*].

Anche se si affronta un bilancio a partire dai numeri si torna al tema di fondo, messo in luce in precedenza: quello dei rischi a cui la pratica del concorso eventuale sottopone i principi di garanzia del diritto penale.

Ma forse interviene un'ulteriore riflessione, sempre in una logica che intenda valutare gli esiti di un tragitto storico.

Le ragioni dello scandalo, e delle resistenze che, fin dal principio, ha suscitato, anche in chi scrive, il ricorso al concorso eventuale nei delitti associativi, oggi trovano forse troppi obiettivi, troppi bersagli. I rischi per il principio di legalità ormai percorrono settori sempre più ampi e cangianti. Quello della contiguità alla mafia diviene quindi solo uno dei temi per chi voglia ancora rivendicare al diritto penale una funzione di credibile resistenza alle istanze della politica criminale.

Sul piano interno e sovranazionale la centralità acquisita dal tema della lotta alla criminalità organizzata sembra proprio aver "messo nell'angolo" le preoccupazioni per una maggiore precisazione, in chiave garantista, della disciplina della compartecipazione criminosa.

Basti in proposito constatare la progressiva commistione tra concorso nel reato e partecipazione nel reato associativo: si è così notato come l'ormai metabolizzata configurabilità del concorso esterno, dove l'evento è l'organizzazione e la vita del sodalizio, spinga a coglier il secondo termine del nesso eziologico anche nel concorso di persone, in fasi organizzative o preparatorie, con una generalizzata anticipazione della soglia di punibilità [ancora M. DONINI, *op. cit.*, *Il concorso cit.*, 326]. Un tragitto in cui le prassi giudiziarie hanno definitivamente accantonato l'idea di una limitazione nell'utilizzazione della autonoma incriminazione associativa, rinunciando ad una credibile distinzione dal concorso nel reato continuato. Un rapporto magmatico quello ormai stabilito tra delitti associativi e concorso, nel quale l'idea stessa di determinatezza è incompatibile con il sovrapporsi sistematico di soluzioni plurime convergenti

su fattispecie ormai decifrabili solo con il ricorso “ad un linguaggio da iniziati” (accanto al concorso eventuale, il favoreggiamento, l’art. 418 c.p., l’aggravante dell’art. 7 D.L. 152/91).

È in questo contesto che si assiste, ad esempio, alla, attuale, irresistibile fortuna della contestazione dell’associazione per delinquere nel contesto delle più disparate fenomenologie criminose concorsuali, dai delitti fiscali alla nuova criminalità politico amministrativa [in tema la interessante tesi dottorale di E. BASILE, *L’associazione per delinquere ‘nuova frontiera’ di contrasto alla criminalità organizzata*, Dottorato di ricerca in Diritto della impresa, Università commerciale “Luigi Bocconi” XX ciclo]. Con una scelta antitetica a quella che aveva caratterizzato l’accentramento a Milano dei processi di *Tangentopoli*. Si consolida in questo modo, quanto meno nella fase delle indagini preliminari, una fisionomia dell’art. 416 c.p. che rinuncia definitivamente alla identificazione di un autonomo oggetto di tutela e a requisiti di struttura del tipo criminoso ulteriori rispetto all’apparato organizzativo dell’esecuzione concorsuale, che ne giustifichi la incriminazione *per ciò solo*. Quelle dell’art. 416 c.p. sono principalmente prestazioni investigative e processuali. Non dissimili da quelle assicurate, contro la criminalità politica amministrativa, dal buon vecchio e indeterminato abuso di ufficio.

Riprendo una recente prospettazione: nell’ambito di un diritto penale ormai differenziato, se una disciplina della compartecipazione coerente con i principi può avere campo nell’ambito del perdurante nucleo di diritto penale classico rivolto a qualunque tipo di autore, ciò non si concilia con aree, in costante espansione, che, con diversa intensità (fino ad un diritto penale del nemico) si connotano come diritto penale di lotta. Sono ambiti nei quali il predominare di esigenze di neutralizzazione ed il commiato da un diritto penale delle garanzie, spesso corrisponde non solo alla tipologia delittuosa e degli autori, ma proprio alla pericolosità insita nella indispensabile modalità plurisoggettiva della realizzazione criminosa [M. DONINI, *Il diritto penale differenziato*, in *Crit. dir.*, 2006, 277 ss.].

Una riedizione in grande stile delle idee di scuola positiva sulla specialità della criminalità in concorso, adattate alle costanti novità del crimine nazionale e transnazionale. Che produce anche un nuovo lessico e nuovi concetti con cui dovrà misurarsi il vocabolario classico dell’illecito plurisoggettivo. Si pensi al gruppo criminale organizzato, il cui coinvolgimento dà luogo alla definizione di reato transnazionale previsto dall’art. 3 della L. 16 marzo 2006 n. 146, di ratifica della Convenzione ONU dedicata all’argomento. Se poi si fa riferimento alla definizione contenuta nell’art. 2 di questa ultima, il concetto, in

larga parte sovrapponibile a quello dell'art. 416 c.p., è tuttavia configurabile anche nel caso in cui la proiezione criminosa riguardi un solo reato. La Convenzione, per altro, contiene anche il termine "gruppo strutturato" (art. 2, lett. c) non recepito dalla legge di ratifica, che rimanda esclusivamente al carattere "non fortuito della sua costituzione".

Possono essere significative infine le vicende della teoria della *Joint Criminal Enterprise*, come elaborata dall'esperienza dei Tribunali internazionali *ad hoc* [E. AMATI, M. COSTI in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, 105]. Se questi possono apparire futuribili, anche sul piano del diritto positivo, quello della lotta al crimine organizzato è un mondo in costante ebollizione, che non manca di mostrare scorci paradossali.

Come quelli mostrati dalla recente L. n. 125 del 2008, che a distanza di poco più di due anni ha aumentato nuovamente i livelli sanzionatori dell'art. 416-*bis* c.p.: una esibizione muscolare ormai di stile nei confronti della opinione pubblica, per controbilanciare altre contestuali iniziative forse meno condivisibili della scontata necessità di combattere la Mafia. Ancora, ha aggiunto alla rubrica dell'art. 416-*bis* c.p. e all'ultimo comma la formula "anche straniera".

Sulla superfluità della addizione per la perseguibilità delle cd. mafie etniche, già si sono registrati i primi commenti [A. CORVI, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV. *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2008, 43 ss.]. Alla base della interpolazione intervenuta in sede di conversione del Decreto legge n. 92/2008, può forse scorgersi un malinteso parallelismo con la modifica dell'art. 270-*bis* c.p. operata dalla L. n. 438/2001.

Occorre allora chiedersi, volendo scartare l'ipotesi di una superfluità meramente simbolica della modifica, se ad essa si sia attribuita una funzionalità analoga a quella svolta nell'art. 270-*bis* c.p.

Ma, se così fosse, sorgono immediatamente interrogativi sulle possibilità di conoscenza, e quindi di prova, attribuibili al nostro sistema di giustizia penale. Ciò quando la ricostruzione non riguardi organizzazioni e finalità dell'art. 270-*sexies* (per altro anche in questo caso periclitante), ma il metodo mafioso della associazione e questo si estrinsechi nei più remoti angoli del globo. Una prospettiva che metterebbe a repentaglio requisiti minimi di legalità della nuova incriminazione.

Breve, nel contesto del diritto di lotta alla criminalità organizzata, il concorso eventuale nell'art. 416-*bis* c.p. costituisce ormai solo uno dei punti di crisi di fondamentali principi penalistici.

3. Uno sguardo ai precedenti della sentenza Mannino ci permette di ritenere certamente preferibile le soluzioni da essa adottate. In estrema sintesi, la prima decisione delle Sezioni Unite [Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry] anzitutto stabilisce la configurabilità di quella forma di manifestazione del reato associativo. Come nei successivi interventi, in vero, il delitto è quello, dotato di evidenti specificità, dell'art. 416-*bis* c.p. La sentenza, in sintonia con una impostazione sempre più sostenuta in letteratura, procede anzitutto ad una definizione del fatto di partecipazione, al quale successivamente agganciare la tipizzazione concorsuale alla stregua del generale paradigma causale. La Corte opta per una concezione cd. organizzatoria, scartando impostazioni che, invece, anche in questo caso facevano appello alla causalità (l'uso delle parole *far parte* nel solo 416-*bis* c.p. mostra una particolare connotazione del rapporto associato-associazione nel contesto mafioso "che si è tradotta normativamente in una maggiore tipizzazione del partecipe"). Su questo punto non si riscontrano particolari divergenze nel successivo arresto del 2002 [SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, II, 2003, 454]. Parimenti entrambe le decisioni individuano nell'associazione-organizzazione il secondo termine della relazione causale alla cui stregua definire il contributo concorsuale esterno: così superando la tesi che richiedeva un collegamento con le singole condotte previste dal delitto associativo. Le due decisioni si allontanano, invece, a proposito dei criteri di identificazione del contributo punibile del soggetto estraneo al sodalizio.

Criticata la sentenza Demitry per la contaminazione criminologica consistente nella necessaria "fibrillazione patologica" che deve aver colpito il sodalizio. La sentenza Carnevale torna al più consueto concetto della sufficienza di un contributo dotato di rilevanza causale ai fini della conservazione e del rafforzamento del sodalizio. Punto critico è tuttavia il riferimento alla sufficienza della sua idoneità.

Ancora una volta il problema rifluisce sulla causalità come criterio di tipizzazione del concorso di persone.

Giudizio *ex post* o *ex ante*, in concreto o in astratto? Un ventaglio di soluzioni affidato alla giurisprudenza. A ben vedere, forse, proprio nella sentenza Demitry, la contestualizzazione del concorso esterno nella sola situazione di fibrillazione patologica del sodalizio, costituiva un modo per prospettare la indefettibilità del contributo dell'estraneo.

È in questo contesto, nel quale il nodo è costituito dalla questione di base dei criteri di tipizzazione del concorso di persone nel reato, che interviene la sentenza delle SS.UU. 12 luglio 2005, Mannino, *cit.*

Essa affronta espressamente il problema della causalità sul versante generale della tipicizzazione del contributo punibile nel concorso eventuale. Quanto alle fattispecie associative detta i criteri per la identificazione della condotta di partecipazione, contribuendo infine ad una ridefinizione del concorso cd. esterno.

Quanto al primo profilo, più generale, il contributo concorsuale deve avere avuto “una reale efficienza causale” deve essere stato “condizione “necessaria” – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell’evento lesivo del bene giuridico protetto...”.

La nozione di partecipazione (interna) al reato associativo viene elaborata al di fuori di un paradigma causale – che renderebbe assai problematica l’identificazione del confine con il cd. concorso esterno – ricorrendo a moduli di tipo organizzatorio, dotati tuttavia di una corposità che riesce a stagliarli sia dal tradizionale requisito meramente psicologico della *affectio societatis*, sia dalla dimensione esangue e statica della semplice massa a disposizione potenziale. È sulla base di questi due punti di riferimento che le SS.UU. giungono quindi a confermare, ridefinendola, la configurabilità del concorso esterno.

L’accertamento causale del contributo *ex art.* 110 c.p. è prospettato dalle SS.UU., richiamando esplicitamente il precedente della sentenza Franzese del 2002 [Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, in *Foro it.* 2002, II, 601 ss.] che, in tema di responsabilità medica omissiva, aveva posto l’esigenza inderogabile di accertare il nesso causale alla stregua di un giudizio controfattuale “sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, universale o statistica”.

L’applicazione al tema del concorso esterno di questa formula tuttavia fa prospettare un inevitabile indebolimento del rigore nomologico delle regole di esperienza utilizzabili, con l’irrompere di apprezzamenti di tipo intuizionistico-valutativo non confondibili con riscontri empirici in senso stretto. l’uso del paradigma causale si ridurrebbe così ad una rassicurante convenzione linguistica, che cela la reale ragione decisoria del giudice. Ancora, il paradigma condizionalistico, da un lato espressamente riferito al fatto criminoso collettivo, in termini di conservazione e di rafforzamento dell’associazione, dall’altro alla lesione dell’interesse tutelato dell’ordine pubblico, ha suscitato perplessità a proposito della adattabilità di questi concetti alla struttura del rapporto causale. Ciò considerando la preesistenza del risultato, costituito dalla associazione, rispetto alla condotta di cui si predica parallelamente la indefettibile

necessità. Ma anche il prodursi dell'evento giuridico, la lesione dell'ordine pubblico, deriva di necessità dall'esistenza dell'intero sodalizio.

In termini più generali la posizione assunta dalle SS.UU. in tema di tipicizzazione del concorso di persone, sembra aggirare, se pure con risultati certamente apprezzabili sul piano garantistico, i nodi problematici da sempre individuati a proposito della applicazione del paradigma condizionalistico [G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86].

È una storia nota, che non è possibile ripercorrere in questa sede, quella della debolezza della convinzione di tipicizzare il contributo concorsuale attraverso il paradigma della *condicio sine qua non*. Il meccanismo concettuale di tipicizzazione affidato alla causalità, elaborato per operare in ambito monosoggettivo, entra in crisi quando deve definire la soglia di rilevanza concorsuale [G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 565 ss.]. Di recente, ad esempio, proprio a proposito della sentenza Mannino, Padovani ribadiva come “concorso e causalità sono due sfere blandamente, marginalmente interferenti”, riproponendo i problemi “classici” della individuazione, descrizione dell'evento [T. PADOVANI, *Relazione introduttiva*, in *Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Atti dell'incontro di studio, svoltosi a Padova il 2 dicembre 2006, Ed. Il poligrafo, Padova, 2006, 23 ss.]. Per Padovani la sentenza è comunque un monumento di sapienza giuridica: ma, come la *Cautio criminalis* di von Spee [*I processi contro le streghe (cautio criminalis)*, a cura di A. Foa, trad. di M. Timi, Roma, 2004] per la stregoneria, non può contestare il fenomeno che si dà per assunto – cioè il fluire indeterminato e atipico dei modi di ascrizione concorsuale della responsabilità – può solo imporre criteri di accertamento “immensamente rigorosi”.

Le ultime osservazioni ci portano al primo, evidente problema del concorso esterno, dopo la sentenza Mannino. Quello della tenuta dei suoi criteri [sulla giurisprudenza successiva alla sentenza Mannino, v. V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, relazione al citato convegno di Palermo i cui atti sono in corso di pubblicazione].

Già si colgono casi di “sterilizzazione” della portata garantistica della decisione che potrebbero preludere ad un *overruling* delle Sezioni unite. Essi contemporaneamente rivelano quella fragilità dei criteri, in punto causalità, di cui ho già detto. Ripropongono lo stucchevole balletto dell'ossequio formale alle Sezioni unite al quale corrisponde, in funzione di una specifica sottofattispecie, una soluzione in realtà dissenziente. È il caso ad esempio del magistrato

colluso [Cass. Sez. V, 15 maggio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112 con nota di A. CORVI]. Qualche spunto in tal senso anche nella recentissima sentenza Contrada [Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 3197 ss.]: “l’effetto rafforzativo per Cosa Nostra dell’apporto esterno di Contrada è elevato e deriva, come spiegano persuasivamente i giudici di merito, dalla semplice percezione in seno alla associazione della sola ‘disponibilità’ di una figura dello spessore del funzionario Contrada”.

4. La sentenza Mannino può giocare anche un ruolo nel dibattito da sempre aperto sulla opportunità di un intervento legislativo che mitighi l’effetto di moltiplicatore dell’indeterminatezza causato dall’assommarsi della debole tipicità dei delitti associativi a quella del concorso di persone.

Con la dimostrazione della possibilità di una delimitazione sufficientemente rigorosa dei confini della compartecipazione e del concetto di appartenenza al sodalizio, essa potrebbe infatti fornire supporto alla tesi che suggerisce di non intervenire con legge sul tema, continuando ad affidarsi al meccanismo di estensione della punibilità previsto dall’art. 110 c.p. e posto nelle mani del potere giudiziario. Penso però che, già in base alle osservazioni che precedono, non sia questa la strada da seguire: in un circolo vizioso si finirebbe con il riproporre quella strutturale flessibilità che fin dall’origine fece “apprezzare” il congegno giurisprudenziale di cui ci occupiamo [C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1190]. Il *beau geste* delle Sezioni Unite del 2005 non è riuscito ad imporsi nella giurisprudenza successiva e ciò è avvenuto perché sconta vizi di origine propri di entrambi gli istituti messi in gioco dal “concorso esterno” [rinvio a G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632 ss.].

L’ultima considerazione porta a scartare anche l’ipotesi di una definizione legislativa generale di ciò che debba intendersi per concorso esterno in associazione mafiosa: la clausola generale dell’art. 110, se resta tale, non vedo come possa prestarsi ad una delimitazione che può forse prodursi con la previsione di una o più fattispecie incriminatrici specifiche da considerare, alla luce della più recente esperienza, più bisognose e meritevoli di punizione [G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda*, cit., 697. Ma, in mancanza di limiti normativi, c’è chi teme il “concorso esterno nella contiguità”! Così S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 755].

È la proposta elaborata analiticamente da Visconti, enucleando, sulla base di una ricerca empirica, sottofattispecie di contiguità estranee alla partecipa-

zione, ma meritevoli di pena [*Contiguità*, cit., 483 ss. Ciò anzitutto attraverso l'individuazione del nucleo di disvalore della condotta di partecipazione nello stabile inserimento del soggetto nell'ente, aderendo così al modello organizzatorio. A questo deve accompagnarsi un 'numero chiuso' di condotte di contiguità punibili, con esclusione dell'applicazione delle norme sul concorso di persone alla fattispecie associativa. Infine, un diverso regime di punibilità, quanto a graduazione della pena, tra partecipazione e contiguità].

Fattispecie tipiche di favoreggiamento di soggetti contigui che, in ragione della sufficiente sedimentazione di paradigmi criminologici, da un lato potranno prescindere dalla dimostrazione di una effettiva efficienza causale [per l'individuazione di eventi intermedi che definiscano "con rigorosa precisione, il vantaggio, ancorandolo al verificarsi di risultati concreti, immediatamente percepibili e direttamente collegati alla condotta del colpevole" V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti*, in *Riv. pen.*, 2004, 927 ss., che estende la sua ipotesi anche all'art. 416 c.p.], dall'altro dovranno escludere una residuale operatività della clausola generale dell'art. 110 c.p. [un passo in questa direzione è quello compiuto con gli artt. 270-*quater* e *quinquies* c.p., dove vengono definite le figure dell'arruolatore e dell'addestratore. Esse assolvono alla funzione di sollevare l'accusa dall'onere di provare il nesso di causalità della condotta rispetto alla conservazione ed al rafforzamento dei fini perseguiti dall'organizzazione criminale].

Il presupposto indicato – l'identificazione di casi tipologici evidenziati dall'esperienza – se mancante, non consente di percorrere questa strada.

E l'eventuale obiezione che segnali il rischio di trovarsi impreparati di fronte all'emergere di nuove figure di contiguità non riconducibili a quelle delineate dal legislatore, sembra immemore della perenne disponibilità legislativa ad intervenire con la legislazione dell'emergenza. Anche a questo proposito occorre quindi ricordare come quello di riserva di legge sia principio costituzionale ancora vigente nel nostro sistema.

Antologia

prof. ELISABETTA ANTONINI
Università di Siena

EBBRI E DROGATI AL VOLANTE:
IL RECENTE GIRO DI VITE NELLA DISCIPLINA
DELLA CIRCOLAZIONE STRADALE

SOMMARIO: 1. Gli interventi del legislatore penale a tutela della integrità fisica nella circolazione stradale. – 2. L'evoluzione del quadro sanzionatorio per i reati colposi in violazione di norme del codice della strada e per guida sotto l'effetto di alcool o stupefacenti. – 3. Gli ultimi inasprimenti di pena per l'omicidio e le lesioni colpose gravi e gravissime commessi da guidatori in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti. – 4. Le altre linee di politica criminale per il contrasto dei c.d. reati stradali. – 5. La questione dell'accertamento dello stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti ed i problemi applicativi delle nuove disposizioni. – 6. Gli strumenti a presidio della effettività dei controlli: la riqualificazione come reato del rifiuto di accertamenti sullo stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti. – 7. I discutibili termini di configurazione della fattispecie di omicidio colposo aggravato dalla guida in stato di ebbrezza. – 8. La ricostruzione della nuova figura di omicidio colposo aggravato come reato complesso e le implicazioni sul versante sanzionatorio. – 9. La dubbia efficacia preventiva del ricorso al modello punitivo tradizionale e l'importanza del ruolo della prevenzione primaria.

1. *Gli interventi del legislatore penale a tutela della integrità fisica nella circolazione stradale*

La circolazione stradale rappresenta ormai da tempo uno dei settori in cui si registra il più alto numero di reati colposi contro la vita o l'incolumità individuale e la cronaca segnala che queste fattispecie di reato sono spesso commesse da soggetti che erano alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti¹, secondo quanto attestano anche le rilevazioni statistiche².

Nella costante ricerca di misure per promuovere sul piano nazionale la

¹ Gli studi criminologici rilevano la frequenza dei c.d. reati stradali commessi sotto l'influenza dell'alcool, riscontrando una contiguità delle caratteristiche dei loro responsabili con quelle dei criminali classici per una analoga riduzione della tendenza ad osservare le regole della convivenza sociale; in proposito cfr. G. KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985, p. 375 s.

² In base ai dati Istat gli incidenti stradali in alcune Province sono attribuibili nel 57% dei casi all'abuso di alcool e della percentuale del 2% degli incidenti dovuti nel 2006 ad alterato stato psicofisico del conducente (malore, sonno, alcool, droga), l'ebbrezza alcolica rappresenta il 70,1% (4246 incidenti).

sicurezza stradale – oggetto di grande attenzione anche a livello europeo³ – si è fatto ricorso a strategie integrate che, insieme alla adozione di misure di varia natura come la c.d. patente a punti⁴, hanno visto lo stesso legislatore penale intervenire più volte introducendo una serie di innovazioni sia nella normativa del codice della strada che nella disciplina delle fattispecie colpose previste dal codice penale a tutela del bene primario dell'integrità fisica⁵.

Se da un lato proprio il codice della strada è stato gradualmente interessato da un'ampia opera di depenalizzazione con l'orientamento verso un sistema di tutela di tipo sanzionatorio amministrativo⁶, è significativa, dall'altro, la scelta di mantenere il carattere di illecito penale delle figure di guida sotto l'influenza dell'alcool o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti quali condotte prodromiche rispetto a eventuali eventi lesivi della incolumità, la cui incriminazione rappresenta una forma di tutela anticipata per tale bene giuridico finale⁷, sottoponendole nel tempo a diverse riforme. La principale, dal punto di vista degli estremi costitutivi del reato, riguarda la riformulazione, ad opera del D.L. 3 agosto 2007 n. 117 convertito nella L. 2 ottobre 2007 n. 16, della unitaria figura contravvenzionale di guida senza patente sostituita da tre diverse ipotesi graduate sotto il profilo della severità

³ Fra gli altri provvedimenti, la Raccomandazione 2004/345/CE suggeriva agli Stati membri di predisporre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive per la guida in stato di ebbrezza e per le azioni volte ad impedire o rendere meno efficaci i controlli, insieme ad inasprimenti sanzionatori nell'ipotesi di gravi e ripetute infrazioni commesse dallo stesso conducente.

⁴ In proposito dall'analisi dei dati Istat emerge che soltanto nella prima fase applicativa iniziata nel 2003 la nuova regolamentazione ha avuto come effetto immediato una certa diminuzione degli incidenti a seguito di condotte di guida più prudenti, perdendo dopo qualche tempo di potenzialità deterrente anche a causa della lentezza delle procedure e delle carenze degli uffici preposti alla decurtazione, tanto che si stanno studiando delle modifiche correttive.

⁵ Sul punto sia consentito rinviare a E. ANTONINI, *Le linee di politica criminale in materia di reati colposi contro l'incolumità nell'ambito della circolazione stradale*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, 2008, p. 47 s.

⁶ Sul riferimento alla circolazione stradale come campo in cui anche la tutela di beni primari come la vita e l'integrità fisica è stata demandata agli strumenti amministrativi (a dimostrazione della insufficienza del richiamo all'interesse protetto per la qualificazione del reato rispetto all'illecito amministrativo), v. C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 12 e 75.

⁷ Per il riconoscimento della natura di pericolo astratto delle due contravvenzioni vedi, fra gli altri, V. MUSACCHIO, *Diritto penale della circolazione stradale*, Torino, 2007, p. 108 e F. CEI, voce *Codice della strada*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova, 2007, p. 750. Più in generale sull'inquadramento delle contravvenzioni nello specchio delle esigenze preventive, con un cenno anche alla circolazione stradale, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, I fondamentali*, Torino, 2008, p. 65 s.

della pena in relazione al tasso alcolemico, secondo le previsioni di cui alle lett a) (con tasso superiore a 0,5 e non superiore a 0,8g/l ammenda da 500 a 2000 euro), b) (con tasso superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 g/l arresto fino a tre mesi e ammenda da 800 a 3200 euro) e c) (con tasso superiore a 1,5 g/l arresto fino a sei mesi e ammenda da 1500 a 6000 euro) dell'art. 186, comma 2, cod. str., anche se è soprattutto il quadro sanzionatorio ad aver subito un progressivo inasprimento, non limitato alle sanzioni penali ma esteso alle sanzioni accessorie, con la previsione di ipotesi aggravate nel caso in cui il conducente in stato di ebbrezza o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti provochi un incidente stradale.

Quanto alle modifiche dei reati colposi contro la persona, già con la legge 11 maggio 1966, n. 296 erano state inserite negli originari art. 589 e 590 c.p., rispettivamente al comma 2 e al comma 3, delle previsioni che sanzionano più gravemente i reati di omicidio e di lesioni personali gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale (o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro), stabilendo l'aumento della pena editta- le minima fissata dal comma 1 dell'art. 589 c.p. (dai previsti sei mesi a un anno) e dal comma 2 dell'art. 590 (dai previsti un anno e sei mesi a due anni e sei mesi o multa da lire duecentoquarantamila a quattrocentottantamila per le lesioni gravi e dai previsti tre mesi a sei mesi o multa da lire seicentomila a un milione e duecentomila per le lesioni gravissime), proprio in considerazione del diffuso impatto sociale di queste specifiche ipotesi e della loro particolare rilevanza⁸. In proposito va ricordato che, specie dopo la riforma dell'art. 69, ultimo comma, c.p., si era posto il problema se le nuove ipotesi configurassero un reato autonomo o una circostanza aggravante, in questo caso ad effetto speciale, ma l'interpretazione si è orientata stabilmente nel secondo senso, cosicché la speciale circostanza aggravante risulta soggetta al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti⁹, venendo rimessa alla valutazione discrezionale del giudice la possibile elisione della sua efficacia aggravante.

Successivamente la L. 21 febbraio 2006, n. 102 (Disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali) ha rivisto ancora i limiti edittali di

⁸ In tal senso vedi, fra gli altri, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 2008, p.107.

⁹ Per la giurisprudenza, in conformità alla opinione unanime in dottrina, vedi inizialmente Cass. 30 novembre 1974, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1975, p. 1103; Cass. 19 giugno 1975, *ivi*, 1976, p. 703; Cass. sez III 5 luglio 1976, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p 429; Cass. 6 febbraio 1981, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 195 (con nota di A. GIUNTI, *Sulla natura giuridica dell'omicidio commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale o per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*) ed ancora, più di recente, Cass. 8 febbraio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1393.

queste fattispecie, innalzando il minimo (da un anno) a due anni di reclusione per l'omicidio colposo e stabilendo la pena della reclusione da tre mesi ad un anno o la multa da 500 a 2000 euro per le lesioni colpose gravi e la pena della reclusione da uno a tre anni per le lesioni colpose gravissime.

Da ultimo, di fronte alle preoccupanti manifestazioni di certe forme di criminalità stradale¹⁰, il Governo ha ritenuto di dover introdurre ulteriori modifiche che hanno toccato sia le fattispecie contravvenzionali del codice della strada che i delitti colposi del codice penale: nell'ambito del recente D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), secondo scelte di politica criminale che il Parlamento durante l'*iter* per la conversione, avvenuta con L. 24 luglio 2008, n. 125, ha sostanzialmente condiviso senza apportare dunque, su questa parte, variazioni significative al testo governativo, si è infatti provveduto ad un complessivo inasprimento delle sanzioni previste per le fattispecie contravvenzionali della guida sotto l'influenza dell'alcool – portando la pena dell'arresto nell'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 186, comma 2, cod. str. fino a sei mesi e fissandola nell'ipotesi di cui alla lett. c) tra il minimo di tre mesi e il massimo di un anno – e della guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti (art. 187 cod. str.) – la cui pena detentiva è stata equiparata alla più grave ipotesi di guida sotto l'influenza dell'alcool così come la pena pecuniaria ora compresa nella stessa forbice fra 1500 e 6000 euro – nonché per le fattispecie delittuose della c.d. fuga o della omissione di soccorso in caso di incidente (art. 189, commi 6 e 7, cod. str.) – con il raddoppio del minimo edittale, risultante così rispettivamente di sei mesi e di un anno¹¹ – mentre contestualmente sono state inserite nuove disposizioni per l'omicidio colposo e per le lesioni colpose gravi e gravissime.

In particolare, oltre ad un ritocco del massimo di pena edittale per il delitto di cui all'art. 589, comma 2, c.p., portato a sette anni, sono state aggiunte nell'art. 589 e nell'art. 590 c.p. delle previsioni – rispettivamente in un nuovo

¹⁰ Secondo stime di un recente studio della Commissione europea il 30% di omicidi colposi stradali in Italia è correlato con l'uso di alcool e dai dati del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti - Ced Motorizzazione relativi al 2007, sul piano nazionale, fra le infrazioni al codice della strada risultano 12.292 quelle di guida in stato di ebbrezza alcolica e 645 quelle di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, rispetto al numero più elevato di tutte (819.391) del superamento dei limiti di velocità

¹¹ La cornice edittale di queste fattispecie delittuose era già stata inasprita dalla L. 9 aprile 2003 n. 72 (Modifiche al codice penale e al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 in materia di omissione di soccorso) e il trattamento sanzionatorio complessivo reso più severo per la loro contemporanea sottrazione alla competenza del giudice di pace.

comma 3 e in un ultimo periodo del comma 3 – in base alle quali la pena detentiva per l'omicidio colposo cagionato con violazione delle norme della circolazione stradale subisce consistenti aumenti (che preciseremo nel § 3) così come per le lesioni colpose gravi (senza alternatività con la pena pecuniaria) e gravissime, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lettera c) cod.str. (cioè con tasso alcolemico superiore a 1.5 g/l) ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

A quest'ultimo proposito va rilevato che dal punto di vista letterale l'espressione utilizzata per definire il fattore aggravante, senza richiamo esplicito ad una condotta di guida, potrebbe autorizzare a ritenerlo integrato anche in ipotesi di commissione di un reato contro l'integrità fisica con violazione di qualsiasi norma del codice della strada da parte di un soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope¹², ma una lettura sistematica dei due nuovi elementi aggravanti inseriti nel n. 1 e n. 2 del comma 3 dell'art. 589 c.p. e nell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 590 c.p. porta a ritenere che anche l'inasprimento di pena in ragione delle condizioni di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope si riferisca implicitamente alla inosservanza del divieto di guida sanzionata dall'art. 187 cod. str. Che di tale norma non venga fatta menzione mentre la norma dell'art. 186 cod. str compare nell'altra ipotesi aggravante si spiega con il collegamento di quest'ultima soltanto allo stato di ebbrezza più intensa di cui alla disposizione della lett. c), che era perciò indispensabile richiamare e che fa intravedere l'attinenza della nuova fattispecie aggravata con la figura più grave di guida sotto l'effetto dell'alcool.

Bisogna riconoscere tuttavia che, letteralmente, l'aggravante si distingue da quella del comma 2 dell'art. 589 c.p. e del primo periodo del comma 3 dell'art. 590 c.p. soltanto per il particolare stato (ebbrezza alcolica o alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope) in cui si trova il soggetto al momento della commissione del fatto lesivo della integrità fisica con violazione delle norme di disciplina della circolazione stradale e la mancata specificazione di quelle che vietano la guida in determinate situazioni potrebbe legittimare una lettura della portata delle nuove circostanze aggravanti

¹² Su tale ipotesi interpretativa v. F. PICCIONI - U. NANNUCCI, *Il decreto sicurezza*, Rimini, 2008, p. 90 s., con l'esempio di un pedone che, sotto l'effetto di stupefacenti, attraversa, fuori dalle strisce pedonali o con semaforo rosso, costringendo un automobilista con diritto di precedenza ad una brusca sterzata, a seguito della quale si verifichi un incidente con esiti lesivi.

estesa non soltanto a chi guida nelle previste condizioni vietate ma anche a anche chi, obbligato ad osservare regole cautelari in materia di circolazione stradale, si renda responsabile, con la loro violazione, di un reato colposo contro l'integrità fisica essendo in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti¹³.

Ci sembra tuttavia che, anche senza basarsi a fini esegetici sulla c.d. *voluntas legis* pur chiaramente manifestatasi nel senso della introduzione di inasprimenti sanzionatori per i reati contro l'integrità fisica commessi da guidatori sotto l'effetto di alcool o stupefacenti, ma dal valore relativo, sia comunque una interpretazione teleologica e sistematica, da cui traspare la *ratio* oggettiva della norma, a far propendere per un ambito applicativo delle aggravanti limitato ai soli casi in cui i reati di omicidio o di lesioni personali colpose gravi o gravissime sono commessi in violazione degli art. 186, comma 2, lett. c) e 187 cod. str., che sanzionano la guida nelle particolari condizioni vietate.

Riesce fra l'altro difficile immaginare da quale altro tipo di condotta inosservante di norme del codice della strada tenuta da soggetti sotto effetto di alcool o stupefacenti potrebbe scaturire la realizzazione di eventi lesivi della integrità fisica¹⁴, salvo pensare semmai a quella inosservante di regole di generica prudenza – destinate a tutti gli utenti della strada – rintracciabili sulla base del principio informatore della circolazione stradale sancito dall'art. 140 cod. str.¹⁵, la cui violazione è ritenuta sufficiente dalla giurisprudenza per la sussistenza della circostanza aggravante dell'art. 589, comma 2, c.p., senza che sia dunque necessaria la violazione di una specifica norma del codice della strada¹⁶, in

¹³ Per questa interpretazione ancora diversa, cfr. R. BRICCHETTI, *Inasprimenti in materia di circolazione stradale illecita*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2008, p. 27.

¹⁴ Chi, come R. BRICCHETTI, *Inasprimenti*, cit., p. 27, sostiene l'interpretazione estensiva individua esemplificativamente quali destinatari del "precepto aggravatore" il pedone o il lavoratore di un cantiere stradale, ma non si vede come le regole cautelari del codice della strada che potrebbero gravare su di essi siano di contenuto tale che la loro inosservanza mentre si trovano sotto effetto di alcool o stupefacenti possa comportare la commissione di un omicidio o di lesioni personali colpose.

¹⁵ La norma – come già l'art. 101 del previgente codice stradale – prescrive che gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale.

¹⁶ *Ex plurimis* Cass. 29 gennaio 1974, in *Cass. pen.*, 1975, p. 1102; Cass. 17 febbraio 1977, *ivi*, 1978, p. 47; Cass. 13 novembre 1990, *ivi*, 1992, p. 408; Cass. 13 gennaio 1993, *ivi*, 1994, p. 940 Sulla tendenza giurisprudenziale a delineare in senso restrittivo la misura del rischio correlata alla violazione delle norme della circolazione stradale v. A.G. BUONINCONTI, *Il delitto di lesioni personali colpose*, in *I delitti di percosse e di lesioni*, a cura di F. Ramacci, Torino, 1997, p. 147 s.

contrasto però con parte condivisibile della dottrina¹⁷.

Ci sono comunque altri elementi sistematici a confortare l'interpretazione restrittiva, laddove il riformato art. 222, comma 2, cod. str. prevede – come vedremo – la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente nel caso di omicidio colposo commesso in violazione delle norme del codice della strada da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c) ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, con il ricorso alla stessa formula che non menziona la condotta inosservante del divieto di guida nelle predette condizioni, ma che evidentemente la sottintende, non avendo senso altrimenti la misura della revoca della patente¹⁸.

A chiusura delle misure di inasprimento del regime sanzionatorio dei reati colposi contro l'integrità fisica nell'ambito della circolazione stradale, per rendere effettiva la rilevanza aggravatrice delle previsioni in esame è stata dettata nell'art. 590-*bis* c.p. una speciale regola di computo delle circostanze, per cui ricorrendo la circostanza di cui all'art. 589, comma 3, ovvero quella di cui al comma 3, ultimo periodo, le concorrenti circostanze attenuanti (diverse da quelle previste dagli art. 98 e 114 c.p.), non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette aggravanti, secondo una prassi invalsa da diversi anni nella legislazione penale, in controtendenza alla estensione generalizzata del giudizio di bilanciamento risalente alla riforma del 1974¹⁹.

¹⁷ V., fra gli altri, G. MARINI, *I delitti di omicidio*, Torino, 1998, p. 116; O. DI GIOVINE, in *Reati contro la persona*, a cura di A. Manna, Torino, 2007, pp. 182 ss., che sottolinea come, occupando la colpa specifica in questa materia spazi concettuali piuttosto ampi, vista “la tendenza legislativa a normare la circolazione stradale in modo sempre più puntuale e dettagliato (oltre che straordinariamente frequente)”, occorre richiedere per il rimprovero a titolo di colpa che l'evento verificatosi sia del tipo di eventi che la regola cautelare mirava a prevenire (c.d. concretizzazione del rischio), per cui un giudizio sulla colpa specifica, “impregiudicato invece quello sulla colpa generica”, non potrebbe essere basato sulla violazione di norme quale l'art. 140 cod. str.

¹⁸ Sempre R. BRICCHETTI, *Inasprimenti*, cit., p. 27, deve ammettere che in relazione ai casi di omicidio colposo commesso da soggetti in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti con violazione di norme del codice della strada diverse da quelle che vietano la guida in simili condizioni – che a suo parere rientrerebbero, come si è detto, nelle nuove fattispecie aggravate – “non appare appropriata” la previsione della revoca della patente ora stabilita dall'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 222 cod. str., il quale disciplina le sanzioni amministrative accessorie all'accertamento di reati.

¹⁹ Come sottolinea F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 531, il quale richiama esemplificativamente disposizioni che tramite la stessa formula sottraggono al giudizio di comparazione con eventuali attenuanti circostanze aggravanti di cui si vuole evitare la vanificazione.

2. *L'evoluzione del quadro sanzionatorio per i reati colposi in violazione di norme del codice della strada e per guida sotto l'effetto di alcool o stupefacenti*

Anteriormente alle ultime modifiche legislative il grave fenomeno degli incidenti stradali, spesso con danni alle persone, originati da soggetti alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti o psicotrope risultava già sottoposto – salvo in caso di lesioni colpose per effetto della loro soggezione al particolare regime sanzionatorio del giudice di pace²⁰ – ad un trattamento piuttosto severo conseguente agli aumentati livelli edittali sia per le due ipotesi contravvenzionali del codice della strada, con il previsto raddoppio della pena in caso di causazione di un incidente stradale, sia per i delitti colposi contro la persona commessi in violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale; non va trascurato poi che ad avviso finora della giurisprudenza, in contrasto con qualche opinione dottrina, i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e i delitti di omicidio o lesioni colpose vanno considerati in concorso fra di loro²¹, con esclusione della possibilità di riconoscere il vincolo della continuazione²², per

²⁰ Torneremo sul punto più avanti. Anticipiamo che la Corte di Cassazione, con ordinanza 25 ottobre 2007 n. 59 (in G.U. 12 marzo 2008 n. 12), ha sollevato una questione di costituzionalità delle norme del D.lgs. 28 agosto 2004 n. 274 .in riferimento agli art. 3, 27, comma 3, e 32 Cost., ritenendo che la differente competenza del giudice di pace (per le di lesioni colpose commesse con violazione delle norme della circolazione stradale) e del Tribunale (per lo stesso reato connesso a colpa professionale o commesso violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale) comporti una diversificazione di trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole, in quanto si tratta di condotte offensive dello stesso bene giuridico dell'integrità fisica poste in essere da soggetti ugualmente titolari di una posizione di garanzia, né assicurati in egual misura la tutela del diritto alla salute con la previsione per il primo tipo di lesioni di una pena non adeguata alla gravità del fatto per entità e qualità e quindi non rispondente alle sue funzioni di dissuasione e rieducazione. L'accoglimento della questione si risolverebbe però in una pronuncia di sfavore, di dubbia ammissibilità.

²¹ In questo senso – nell'ambito dell'indirizzo poi consolidatosi sulla natura di circostanza aggravante della ipotesi di cui all'art. 589, comma 2, c.p. – Cass. 5 luglio 1976, cit. In dottrina vedi G. DE FRANCESCO, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 429 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona*, Padova, 2008, p. 106, per l'inquadramento in quella figura di reato eventualmente complesso, riportabile – secondo l'Autore – all'art. 84 c.p.

²² Da ultimo Cass. 29 novembre 2006, n. 3579, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1397 s. (con commento di V. B. MUSCATIELLO, *Il reato continuato: un surplus dogmatico con il segno meno*).

cui, in sede commisurativa, gravi episodi di criminalità stradale potevano risultare puniti con il cumulo delle pene e con le sanzioni accessorie previste dal codice della strada (sospensione o revoca della patente), oltre che con l'eventuale ulteriore sanzione amministrativa del lavoro di pubblica utilità, secondo il disposto dell'art. 224-*bis* cod. str.²³.

Nonostante ciò l'ultimo intervento riformatore – come afferma la Relazione di accompagnamento – è stato giustificato dall'opinione, maturata a seguito del ripetersi di omicidi o lesioni colpose cagionati da soggetti di ogni condizione sociale con l'inosservanza delle norme sulla circolazione stradale, specialmente di quelle sul divieto di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, che “le attuali risposte sanzionatorie siano sostanzialmente prive di adeguata efficacia deterrente e che pertanto si renda indispensabile un loro inasprimento, sia sul piano penale che su quello delle sanzioni amministrative accessorie”²⁴.

Nel corso dell'esame del provvedimento governativo per la conversione in legge, durante il quale si è insistito sull'“elevata lesività sociale” di tali tipologie di reato, questo indirizzo ha trovato ampio consenso²⁵, a parte qualche posizione scettica sulla utilità dell'inasprimento delle sanzioni anche di natura detentiva e il richiamo comunque – nella difficoltà di predisporre una normativa efficace evidenziata dalle continue modifiche in materia di reati nella circolazione stradale – all'esigenza di norme certe, chiare e di facile applicazione²⁶, ovvero, e più in generale, di auspicabili interventi organici a

²³ La novità di un eventuale obbligo del condannato alla reclusione per delitto colposo commesso con violazione delle norme del codice della strada è stata introdotta dalla L. 21 febbraio 2006, n. 102, prevedendo che sia rimessa alla discrezionalità del giudice l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria consistente – come l'analoga sanzione penale per i reati di competenza del giudice di pace - nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività per un tempo non inferiore a un mese (o a tre mesi in caso di recidiva ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.) né superiore a sei mesi,

²⁴ Si tratta di argomentazioni riprese testualmente dalla Relazione ad un disegno di legge (*Disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena*) presentato dal precedente governo nella scorsa legislatura (n. 3241 CD), contenente, fra le altre, disposizioni di modifica degli artt. 589 e 590 c.p. identiche a quelle inserite nel D.L. 23 maggio 2008, n. 92.

²⁵ Non solo nelle forze di maggioranza, ma anche fra l'opposizione (vedi l'intervento adesivo del Sen. D'Ambrosio nella seduta delle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia riunite del 3 giugno 2008).

²⁶ È l'opinione espressa da una esponente dell'opposizione, Sen. Magistrelli, nel dibattito parlamentare in Aula (seduta dell'11 giugno 2008), peraltro abbastanza povero sulla parte del provvedimento riguardante i reati stradali.

tutela della sicurezza stradale²⁷.

Le modifiche introdotte sono andate tutte nella direzione di un incremento delle pene detentive operato attraverso la rimodulazione delle cornici edittali o l'aggiunta di circostanze aggravanti, insieme ad un rafforzamento, per le fattispecie contravvenzionali del codice della strada, delle sanzioni accessorie.

3. *Gli ultimi inasprimenti di pena per l'omicidio e le lesioni colpose gravi e gravissime commessi da guidatori in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti*

Attualmente, per disposizione dell'art. 1 lett. c) del D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (con la modifica apportata in sede di conversione) il massimo edittale di pena per l'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale risulta – come detto – di sette anni, fermo restando il minimo edittale di due anni, mentre in un nuovo terzo comma aggiunto nell'art. 589 c.p. è stabilita in modo indipendente dalla misura ordinaria la pena da tre a dieci anni nell'ipotesi che il fatto sia commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c, cod. str. o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Inoltre è innalzato (dai dodici previsti) a quindici anni il massimo della pena irrogabile nel caso di omicidio colposo plurimo o di omicidio colposo anche plurimo in concorso con lesioni colpose anche plurime, disciplinato dalla disposizione – inserita con la L. 11 maggio 1966, n. 296 – dell'ultimo comma dell'art. 589 c.p., relativa ad una speciale ipotesi di concorso formale di reati²⁸.

Altrettanto per le lesioni personali colpose la stessa nuova previsione aggravante introdotta per l'omicidio colposo, sulla base del comma 3, ultimo periodo, dell'art. 590 c.p. comporta, in caso di lesioni colpose gravi, la pena da sei mesi a due anni – non più come alternativa a pena pecuniaria secondo quanto previsto nella prima parte dello stesso comma 3 – e in caso di lesioni colpose gravissime, la pena da un anno e sei mesi a quattro anni di reclusione.

Su quest'ultimo regime sanzionatorio incide poi la disposizione dell'art. 3 del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, che accomuna le lesioni colpose (gravi e gravissime) compiute con violazione delle norme sulla circolazione stradale,

²⁷ In questo senso vedi l'intervento in Commissione (seduta del 3 giugno 2008) di un altro esponente dell'opposizione Sen. Procacci.

²⁸ Per tale qualificazione vedi, fra i tanti, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 106 s.

quando ne è autore un soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c), cod. str. o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, ad altre fattispecie di lesioni personali (quelle connesse alla colpa professionale o compiute con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o determinanti una malattia professionale di durata superiore a venti giorni) già sottratte – ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) del D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 – alla regola della attribuzione (per le sole figure perseguibili a querela di parte) alla competenza del giudice di pace: a seguito del ritorno alla cognizione del Tribunale le fattispecie in questione non risultano allora assoggettabili al più mite sistema del giudice onorario, secondo cui nel caso di condanna si applica in luogo della pena detentiva la pena pecuniaria della specie corrispondente o la permanenza domiciliare ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e dove sono comunque previste, agli art. 34 e 35, speciali forme di definizione alternativa del procedimento. La modifica processuale implica quindi che il tipo di lesioni colpose aggravate dalla circostanza della loro commissione da parte di soggetti alla guida in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c), cod. str. o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope venga punito con pena detentiva, secondo una logica che continua a privilegiarla rispetto ad altre forme sanzionatorie.

Il fatto che il ripristino del più severo trattamento, nell'ipotesi di stato di ebbrezza, non sia generalizzato, ma riguardi i soli conducenti responsabili di lesioni personali che abbiano avuto al momento dell'incidente un tasso alcolico del più alto livello fissato nell'art. 186, comma 2 lett. c) cod.str crea una ulteriore frammentazione all'interno della figura delle lesioni personali colpose²⁹, continuando a riservare un regime sanzionatorio più favorevole, sulla base del minor grado alcolemico del loro autore, a condotte lesive dello stesso bene della integrità fisica e appartenenti ad una medesima tipologia di reati colposi aggravati dalla inosservanza di norme sulla circolazione stradale (nello specifico l'art. 186 cod. str.).

Mentre si era tentato di spiegare la precedente assegnazione delle lesioni colpose da incidente stradale al sistema del giudice di pace con l'apprezzamento del peculiare disvalore di azione espresso dalla negligenza realizzata in un settore di attività dal rischio diffuso – sia dal fronte dei soggetti che lo producono sia da quello delle potenziali vittime – che aveva orientato verso un superamento del conflitto tra le parti con la mediazione del giudice onorario,

²⁹ *Amplius* F. GIUNTA, *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1191 s.

privilegiando il risarcimento della vittima sulla punizione dell'autore del reato³⁰, non si comprende la logica retrostante al *revirement* soltanto parziale sulla regolamentazione della competenza e di riflesso sul trattamento sanzionatorio di queste fattispecie criminologiche di lesioni colpose in cui gli esiti lesivi dell'integrità fisica sono ricollegabili alla violazione di regole cautelari della stessa natura poste a fronteggiare un medesimo tipo di rischio, in questo caso talmente esteso da essere stato "socializzato" attraverso l'obbligo della copertura assicurativa³¹.

D'altronde, tenuto conto del previsto raddoppio della pena se il guidatore sotto l'influenza dell'alcool provoca un incidente, a prescindere dal livello di tasso alcolemico, sembra poco coerente che, con la traslazione della guida in stato di ebbrezza nella sola forma più grave all'interno delle fattispecie di lesioni personali come fattore di aggravamento, esclusivamente queste figure siano soggette ad un regime processuale e sostanziale tanto diverso, il quale può anche dipendere da fattori casuali determinanti un soglia alcolemica di poco superiore all'1,5 g/l; è pertanto concreta l'eventualità di disuguaglianze ingiustificate in sede applicativa e la disciplina introdotta, per come è agganciata al parametro di un determinato tasso alcolico, presenta pertanto profili di irragionevolezza sotto tale aspetto e a causa delle problematiche sul relativo accertamento, che poi approfondiremo.

Per completare il quadro delle modifiche riguardanti i reati colposi contro l'incolumità nell'ambito della circolazione stradale, questo particolare settore è stato interessato anche da un'altra disposizione di carattere processuale contenuta nell'art. 2-*bis* della L. 24 luglio 2005, n. 125 di conversione del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, che ha riformato l'art. 132-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, prevedendo la priorità assoluta nella formazioni dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi per alcuni selezionati in base a diversi criteri³², come i processi per certe categorie di reato o per determinate fattispecie elencate in ordine progressivo: l'inserimento dei processi relativi ai delitti commessi in violazione delle norme in materia di circolazione stradale (o di quelle sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro) nella lett. b) della norma – insieme ai processi per i

³⁰ In tal senso F. GIUNTA, *Il delitto di lesioni personali*, cit., p. 1195.

³¹ Su tale caratteristica F. GIUNTA, *Il delitto di lesioni personali*, cit, p. 1195.

³² Collegato alle nuove disposizioni l'art. 2-*ter* della L. 24 luglio 2005, n. 125 di conversione del Decreto legge detta misure per assicurare il celere svolgimento dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria. Per alcune prime perplessità cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *Guida dir.*, 2008 n. 32, pp. 101 ss.

delitti di cui al T.U. sull'immigrazione e ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni – fra quelli cui dare precedenza, subito dopo i processi relativi ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p. e ai delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, previsti alla lett. a), denota la finalità di una rapida definizione delle responsabilità penali e di una conseguente più celere risposta sanzionatoria per i delitti della circolazione stradale, valutati come carichi di speciale disvalore e avvertiti comunque come particolarmente allarmanti e pericolosi.

L'individuazione delle urgenze di politica criminale è però avvenuta attraverso un elenco di situazioni eterogenee e dal raggio di azione così ampio che viene pronosticato il rischio di una vanificazione della disciplina³³.

D'altro canto, procedendo con riforme settoriali e non organiche, spesso non coordinate fra di loro, lo stesso legislatore, proprio nella consapevolezza del problema della durata dei processi e delle difficoltà di ridurla in tempi più ragionevoli, si era già premunito, nel riformare la disciplina della prescrizione dei reati con la L. 5 dicembre 2005 n. 251, di stabilire il raddoppio dei nuovi termini per alcuni delitti fra i quali l'omicidio colposo di cui all'art. 589, comma 2 e 3, c.p., al fine di scongiurare il pericolo di estinzione di questo tipo di reati per decorso del tempo.

4. *Le altre linee di politica criminale per il contrasto dei c.d. reati stradali*

Le ultime modifiche legislative costituiscono l'ennesimo tentativo di contrastare, nell'ambito della criminalità stradale, quella ricollegabile ad incidenti occasionati soprattutto da guidatori sotto l'effetto di alcool o di sostanze stupefacenti, letta come un fenomeno criminoso che concorre ad originare il senso di insicurezza nella collettività. Come più volte in passato, si è fatto ricorso ancora ad un provvedimento di natura emergenziale che ha contemporaneamente introdotto novità riguardo tanto alle incriminazioni del codice della strada quanto alle fattispecie colpose del codice penale, con un generale inasprimento sanzionatorio, derivante non soltanto da aumenti delle pene edittali e dalla aggiunta di ulteriori fattispecie aggravate, ma anche dai ritocchi alle previste sanzioni amministrative accessorie e dalla introduzione, per alcune ipotesi, dello strumento della confisca obbligatoria del veicolo.

Più esattamente, in materia di sanzioni amministrative accessorie all'accer-

³³ In tal senso vedi, fra gli altri, S. LORUSSO, *Le novità del "pacchetto sicurezza" (seconda parte). I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1491.

tamento di reati, è stato corretto l'art. 222, comma 2, cod.str. (che già disciplina la sospensione della patente e la sua diversa durata a seconda della tipo di reato contro l'integrità fisica verificatosi), inserendo la previsione della revoca della patente da parte del giudice nel caso di omicidio colposo commesso da un soggetto alla guida in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c), cod. str. o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, mentre finora l'art. 130-*bis* cod. str. ha contemplato fra i casi di revoca della patente adottabili soltanto con provvedimento amministrativo dai competenti uffici del Dipartimento per i trasporti terrestri quello in cui il titolare abbia commesso, provocando la morte di altre persone, la violazione di una norma di comportamento del codice della strada in stato di ubriachezza e sia accertato un tasso alcolemico pari o superiore a 3 g/l ovvero sotto l'azione di sostanze stupefacenti³⁴; sempre in merito alla più grave ipotesi di guida sotto l'influenza dell'alcool disciplinata dal comma 2. lett. c) dell'art. 186 cod.str. e all'ipotesi di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti o qualora sia provocato un incidente è stato aggiunto che con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, anche nel caso che sia stata concessa la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con cui è stato commesso il fatto, ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p., salvo che esso appartenga a persona estranea al reato; la misura è ugualmente prevista nel caso di rifiuto dell'accertamento, di cui lo stesso D.L 23 maggio 2008, n. 92 ha ripristinato il carattere di illecito penale.

L'ultimo legislatore, pur senza discostarsi dalla ricorrente propensione ad incrementare le pene detentive di fronte alla recrudescenza di certi fenomeni criminosi, ha scelto di diversificare la sua strategia accompagnando in parte questo genere di inasprimento con la previsione di altre tipologie di sanzioni quale, soprattutto, la confisca obbligatoria del veicolo che, nel privare il soggetto del mezzo per la commissione del reato, potrebbe risultare efficace – stante il suo carattere di definitività – per prevenire la reiterazione del comportamento illecito³⁵ o comunque assumere, specie per le fattispecie contrav-

³⁴ In merito vedi G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *Il nuovo codice della strada*, Milano, 2008, p. 299 s.

³⁵ Tradizionalmente, nonostante i dubbi sulla vera natura della confisca in quanto, diversamente dalle altre misure di sicurezza, prescinde dalla pericolosità sociale dell'autore del reato, le viene riconosciuta comunque la stessa funzione di prevenzione dei reati quale misura basata sulla pericolosità della cosa, nel senso della probabilità che la cosa, lasciata nella disponibilità

venzionali di rifiuto degli accertamenti, una valenza essenzialmente punitiva³⁶. È stata così introdotta una misura inquadabile, dal punto di vista funzionale, in un modello di “sanzione di prevenzione mediante impedimento” consistente in sostanza nella frapposizione di ostacoli di tipo fisico-materiale fra l'autore della violazione e la ripetizione da parte sua dell'illecito, attinenti alle cose o ai mezzi che rendono possibile o agevolano la commissione del reato³⁷.

Non si è invece proceduto in una direzione più innovativa, tipo quella di introdurre la possibilità della sostituzione della pena restrittiva della libertà personale, a richiesta dell'interessato, con l'obbligo di svolgere una attività sociale gratuita in caso di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, secondo quanto originariamente previsto nel D.L. 3 agosto 2007, n. 117, ma poi eliminato dal Parlamento in sede di conversione nella L. 2 ottobre 2007, n. 160.

Nel complesso si è quindi proseguito, con qualche variante, nell'indirizzo avviato e portato avanti – peraltro nel contesto di altre misure dirette alla prevenzione degli incidenti stradali – dai ripetuti provvedimenti adottati in precedenza, insistendo su una linea di politica criminale che continua a fare affidamento soprattutto sulla capacità deterrente di pene detentive sempre più severe e per questo arrivando a stabilire soglie edittali inconsuete per i reati colposi, seppur gravi come l'omicidio.

del reo, costituisca un incentivo a compiere altri reati. In proposito v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, pp. 837 s.

³⁶ Per questa conclusione R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Confisca dei veicoli spesso obbligatoria*, in *Guida dir.*, 2008, n. 32, p. 105 s., che si interrogano se le nuove disposizioni valgano anche per i fatti di reato commessi prima della loro entrata in vigore, concludendo affermativamente, ove si riconosca la natura di misura di sicurezza, sulla base della interpretazione dell'art. 200, comma 1, c.p. secondo cui è possibile applicare una misura di sicurezza anche patrimoniale come la confisca per un fatto di reato per cui non era prevista purché il fatto costituisca reato anche al momento della sua commissione (Cass. sez. I, 11 marzo 2005, Rv. 232598), mentre se si ammette la natura sanzionatoria della misura, si dovrebbe propendere per la irretroattività.

³⁷ Sulla delimitazione di tali caratteri, effettuata nel tracciare dei modelli di sanzione punitiva riferiti anche alle funzioni, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 14 e 574, che, a proposito della tendenza alla crescente trasformazione in obbligatorie di ipotesi di confisca facoltative invece in base al codice penale, vi coglie decisi connotati punitivi di pena accessoria.

5. La questione dell'accertamento dello stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti ed i problemi applicativi delle nuove disposizioni

Di fronte al nuovo quadro sanzionatorio dei reati contro l'incolumità nella circolazione stradale ne va tuttavia verificata la reale tenuta, considerato che le nuove fattispecie aggravate sono costruite in modo da riproporre una serie di questioni già emerse nel momento applicativo della normativa coinvolta in materia e riguardanti specialmente, ma non solo, la prova dello stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

Riguardo all'accertamento alcolimetrico l'art. 186, comma 3 e 4, cod. str. dispone che gli organi della Polizia stradale possono sottoporre i conducenti ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili, finalizzati ad acquisire elementi utili per motivare l'obbligo a sottostare ad ulteriori verifiche con gli strumenti e le procedure stabilite dal Regolamento (art. 379 D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) e altresì che, in caso di esito positivo degli accertamenti preliminari o in ogni caso di incidente o quando si abbia altrimenti motivo di ritenere il conducente in stato di alterazione psico-fisica per effetto dell'alcool, gli stessi organi hanno la facoltà, anche accompagnandolo presso il più vicino ufficio o comando, di effettuare l'accertamento tramite l'apposito apparecchio (etilometro) che misura nell'aria alveolare espirata la concentrazione di alcool³⁸. I verbalizzanti che procedono all'accertamento o che documentano il rifiuto opposto dall'interessato sono tenuti in ogni caso ad indicare nella notizia di reato le circostanze sintomatiche della sussistenza dello stato di ebbrezza, desumibili in particolare dallo stato del soggetto e dalla condotta di guida, come prescrive lo stesso art. 379, comma 3, Reg. esec. cod. str. Il comma 5 dell'art. 186 cod. str. stabilisce inoltre che per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico viene effettuato, su richiesta della Polizia stradale, dalle previste strutture sanitarie che ne rilasciano certificazione.

A parte i limiti di assoggettabilità in quest'ultimo caso a prelievo ematico

³⁸ L'art. 379, comma 2, Reg. esec. cod. str. richiede che la concentrazione di alcool risulti da almeno due determinazioni concordanti effettuate ad un intervallo di cinque minuti. In caso di esito positivo dell'alcotest, la giurisprudenza (da ultimo Cass. 16 gennaio 2008 n. 8591, in *Guida dir.*, 2008 n. 14) lo ritiene costituire prova dello stato di ebbrezza, affermando che è onere dell'imputato fornire eventualmente la prova contraria attraverso la dimostrazione di vizi o errori di strumentazione o di metodo nell'esecuzione dell'inspirazione, senza che sia sufficiente la mera allegazione di difettosità o assenza di omologazione dell'apparecchio.

senza consenso dell'interessato e le problematiche sulle garanzie relative all'effettuazione dell'analisi del tasso etilico attraverso lo strumento previsto dall'art. 379 Reg. esec. cod. str. (alcotest)³⁹, trattandosi di un controllo sulla persona annoverabile come accertamento urgente e indifferibile, diverso dalla ispezioni personali, regolamentato dall'art. 354, comma 3, c.p.p.⁴⁰, la prova dello stato di ebbrezza necessaria ai fini della ricorrenza degli estremi del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool è sempre stata oggetto di questioni che sono aumentate nelle applicazioni giurisprudenziali specie quando l'unitaria figura dell'art. 186 cod. str. è stata riformulata dal citato D.L. 3 agosto 2007, n. 117 (convertito in L. 2 ottobre 2007, n. 160), con la previsione di tre distinte ipotesi diversamente sanzionate in rapporto al tasso alcolemico accertato.

Infatti, premesso che l'utilizzo della strumentazione tecnica da parte della Polizia stradale è facoltativo e che il conducente, salvo incorrere nelle sanzioni previste, può comunque rifiutare di sottoporsi agli accertamenti, si è andato affermando l'orientamento – basato su principi informatori del sistema processuale come l'assenza di prove legali e il libero convincimento del giudice – che lo stato di ebbrezza, quale stato di alterazione psico-fisica più lieve rispetto all'ubriachezza⁴¹, può essere provato con qualsiasi mezzo, purché non

³⁹ Quanto alla prima questione la giurisprudenza ammette il prelievo ematico coattivo effettuato a fini diagnostici nell'ambito di un protocollo medico di pronto soccorso (Cass. Sez. IV 9 dicembre 2004 n. 4862; v. anche Cass. Sez. IV 8 giugno 2006 n. 26783). Per l'affermazione – con conseguente esclusione di dubbi di legittimità costituzionale in rapporto agli art. 13 e 32 Cost. – che con l'etilometro non si effettua un trattamento sanitario, ma un controllo sulla persona non invasivo della sfera di integrità fisica e di autodeterminazione del soggetto in situazione legittimante l'attività di urgenza della polizia stradale, dovuta alla circostanza che il possibile stato di alterazione psicofisica derivante da uso di alcolici è una traccia di reato soggetta a modificazione irreversibile, vedi Cass. Sez. Un. 27 settembre 2005 n. 1299, in *Foro it.*, II, 1996, c. 646.

⁴⁰ Sotto l'aspetto della tutela del diritto di difesa, è riconosciuto il diritto del difensore ad assistere all'atto di accertamento della polizia giudiziaria, pur non essendo dovuto il preventivo avviso, con l'obbligo di deposito del relativo verbale, entro tre giorni, ai sensi dell'art. 366 c.p.p. (Cass., 22 febbraio 1996, in *Arch. giur. circ.*, 1997, p. 36), mentre il mancato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore in occasione dell'effettuazione dell'alcootest è considerata una nullità di natura "intermedia" da ritenersi sanata se non dedotta prima oppure immediatamente dopo il compimento dell'atto, ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.p. (da ultimo Cass., 12 novembre 2008, n. 42130, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1497 e già Cass., 18 settembre 2006, n. 2584, in *Cass. pen.*, 2008, p. 718; per la configurazione di una mera irregolarità rilevante ai soli fini della decorrenza del termine entro cui è consentito l'esercizio delle attività difensive, vedi invece Cass., 22 ottobre 2003, in CED, Cass. n. 226033). In tema cfr. M. BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcootest compiuto dalla polizia giudiziaria su un conducente di autoveicolo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 332 s.

⁴¹ A precisare il concetto di ebbrezza, inteso come situazione capace di determinare anche

contrario a divieti di legge, e non necessariamente e unicamente attraverso gli strumenti tecnici di accertamento previsti dal codice della strada e la procedura fissata nel relativo regolamento, ricorrendo ad elementi sintomatici (le condizioni del soggetto quali l'alito vinoso, l'eloquio sconnesso, l'andatura barcollante, o le modalità di guida o altre circostanze da cui sia desumibile lo stato di alterazione derivante dall'influenza dell'alcool, o ancora l'ammissione del conducente) fino a riconoscere che il giudice possa disattendere l'esito dell'etilometro sempre che fornisca una motivazione esauriente e logica del suo convincimento⁴².

Per attribuire efficacia probatoria agli elementi sintomatici la giurisprudenza di legittimità richiede comunque che siano significativi al di là di ogni ragionevole dubbio dell'assunzione di bevande alcoliche in quantità tale da poter affermare il superamento della soglia prevista ai fini della integrazione della fattispecie di reato (0,5 g/l ex comma 6 art. 186 cod. str.)⁴³.

Il principio, consolidato dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite⁴⁴, è stato rimesso in discussione quando la giurisprudenza di merito si è trovata ad applicare l'art. 186 cod. str., riformato non solo con la introduzione di distinte ipotesi di guida in stato di ebbrezza progressivamente più gravi a seconda del livello di tasso alcolico, ma anche con la depenalizzazione del rifiuto degli accertamenti; si sono allora delineati indirizzi contrastanti fino all'estremo fra quanti hanno ritenuto che un conducente opposti ad accertamento alcolemico non sia punibile nemmeno per guida in stato di ebbrezza, pur in presenza di elementi sintomatici di tale stato⁴⁵ e quanti hanno ribadito

soltanto una minore prontezza di riflessi ed attenzione alla guida, ha contribuito la giurisprudenza quando, ancora vigente l'art. 688 c.p. sulla contravvenzione di ubriachezza – poi depenalizzata dal D.Lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 – si poneva il problema del suo possibile concorso con la contravvenzione prevista dall'art. 186 cod.str. In tema vedi G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *Il nuovo codice della strada*, cit., p. 503 e 506; F. CEI, voce *Codice della strada*, cit., p. 751.

⁴² Cass. Sez. Un., 27 settembre 1995, n. 1299, cit., c. 641, che convalida l'orientamento maggioritario (espresso fra le tante da Cass. 22 febbraio 1985, in *Foro it. Rep.* 1986, voce *Ubriachezza e alcolismo*, n. 3) sulla utilizzabilità di dati esteriori connessi al comportamento del conducente rivelatori di uno stato di ebbrezza. Rispetto all'affermazione della non vincolatività dell'esito fornito dall'etilometro, N. DE FEO, M. MARCHESIELLO, *Codice della strada: illeciti amministrativi, procedure sanzionatorie e mezzi di impugnazione*, Rimini, 2001, p. 413 ss., la considerano una apertura a valutazioni sul peso della diversa resistenza soggettiva all'alcool, estranee al meccanismo di determinazione dello stato di ebbrezza.

⁴³ Cass., 12 ottobre 2005, n. 36922, in *Guida dir.*, 2005, n. 45, p. 57.

⁴⁴ Fra le ultime conformi, Cass., 29 luglio 2004, n. 32961; Cass., 6 ottobre 2004 n. 39057, entrambe in *Guida dir.*, 2008, n. 34, p. 96; Cass., 21 settembre 2007, *ivi*, 2007 n. 47, p. 79.

⁴⁵ Trib. La Spezia, 11 dicembre 2007, n. 1451, in *Giur. merito*, 2008, p. 815; Gip Trib.

che, se non è possibile accertare lo stato di ebbrezza con l'alcoltest ovvero se il tasso alcolemico non è stato misurato con gli strumenti stabiliti dalla normativa stradale, il giudice può ricorrere a fini probatori ad elementi sintomatici inequivocabili riferiti dalla Polizia stradale (nelle fattispecie alto vinoso, andatura barcollante, eloquio sconnesso, sbalzi d'umore, occhi arrossati e lucidi, difficoltà di movimento)⁴⁶.

La giurisprudenza di legittimità si è però subito pronunciata a favore di quest'ultimo orientamento, affermando che il principio ormai stabile secondo cui lo stato di ebbrezza può essere provato con qualsiasi mezzo resta valido anche dopo la riforma del 2007 che, con la riformulazione del comma 2 dell'art. 186 cod.str., si è limitata a determinare un diverso trattamento sanzionatorio della guida sotto l'influenza dell'alcool a seconda del valore del tasso alcolemico rilevato; se ne è dedotto che, nei casi in cui lo stato di ebbrezza e quindi gli estremi del reato siano riscontrati sulla base di indici sintomatici, senza che sia possibile accertare il tasso alcolemico, il problema riguarda solo il trattamento sanzionatorio, da individuare per il principio del *favor rei* in quello più favorevole⁴⁷. In altri termini, sempre secondo la Suprema Corte, la nuova configurazione della fattispecie in tre distinte ipotesi implica che la possibilità per il giudice di avvalersi delle circostanze sintomatiche della sussistenza dello stato di ebbrezza riferite dagli agenti nella notizia di reato, quando il conducente rifiuta l'esame alcolimetrico, sia circoscritta alla figura meno grave (di cui al comma 2 lett. a) dell'art. 186 cod.str.), essendo necessario per le altre due più gravi figure l'accertamento tramite strumenti tecnici del livello effettivo di alcool nel sangue⁴⁸.

Bergamo, 24 agosto 2007; Gip Trib. Bergamo, 31 agosto 2007; Trib. Aosta, 25 ottobre 2007, inedite.

⁴⁶ Trib. Trento, 13 dicembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, pp. 1393 ss., con nota di M. PASSIONE; Uff. I. P. Trapani, 16 novembre 2007, inedita.

⁴⁷ Cass., 20 marzo 2008, n. 15756, in *Guida dir.*, 2008, n. 20, p. 70, che ha annullato su ricorso della Procura generale presso la Corte di appello di Brescia la pronuncia del Gip Trib. Bergamo, 24 agosto 2007, cit.

⁴⁸ Cass., 11 aprile 2008, n. 19486, in *Guida dir.*, 2008, n. 34, p. 95 e in www.penale.it (con nota di F. MORELLI, *La guida in stato di ebbrezza alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*), che ha annullato sempre su ricorso della Procura generale presso la Corte di appello di Brescia la pronuncia del Gip Trib. Bergamo, 31 agosto 2007, cit.; Cass., 28 ottobre 2008, n. 43313, in www.cortedicassazione.it, che – nel propendere per la natura delle ipotesi di cui al comma 2 lett. a), lett. b) e lett. c) dell'art. 186 cod. str. quali figure autonome di reato, come già Cass., 3 giugno 2008, n. 28547, in *Guida dir.*, 2008, n. 39, p. 100 – ribadisce in linea di principio la validità delle ragioni alla base dell'indirizzo interpretativo emerso da tempo – e

Diversi sono i problemi che si presentano a proposito dell'accertamento dello stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, regolato dall'art. 187 cod.str. nella disposizione del comma 2 (analoga a quella del comma 3 dell'art. 186 cod.str.) concernente gli accertamenti qualitativi non invasivi preliminari e nei commi 3 e 4, dove – negli stessi casi del comma 4 dell'art. 186 cod. str. (esito positivo dei predetti accertamenti ovvero quando si abbia altrimenti ragionevole motivo di ritenere che il conducente si sotto l'effetto conseguente all'uso di stupefacenti ovvero in caso di incidente) – è previsto un sistema di controllo che esige conoscenze tecniche specialistiche per cui è stabilito che gli agenti di Polizia stradale accompagnano il conducente presso le indicate strutture sanitarie per il prelievo di campioni di liquidi biologici ai fini degli esami necessari ad accertare la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope e per la relativa visita medica. È inoltre disposto che su richiesta della Polizia stradale le strutture sanitarie effettuino altresì appositi accertamenti sui conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, estensibili contestualmente al tasso alcolemico.

Superati i dubbi di incostituzionalità prospettati in relazione ai diritti della persona garantiti dall'art. 13 Cost. riguardo alla facoltà attribuita agli agenti di polizia di eseguire l'accompagnamento sulla base di un fondato sospetto, trattandosi per la Corte costituzionale (sent. 194 del 1996) di una valutazione rimessa agli agenti operanti a tutela della sicurezza della circolazione e alle correlate finalità di prevenzione, su circostanze oggettive e sintomatiche da essi soltanto apprezzabili nel momento contingente, senza coartazione della libertà personale del conducente che può opporre il rifiuto ed essendo il prelievo ematico considerato, d'altronde, non lesivo della dignità o della psiche della persona perché ormai di ordinaria amministrazione nella prassi medica (già sent. 54 del 1986), la giurisprudenza unanime riconosce che lo stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti va provato necessariamente attraverso gli esami tecnico-specialistici su campioni di liquidi biologici in grado di individuare le sostanze; nonostante l'esclusione che siano perciò utilizzabili a fini di prova gli elementi sintomatici esterni rilevati dagli agenti della polizia stradale, validi solo a giustificare la loro decisione di disporre l'accompagnamento presso le strutture sanitarie per l'esame tecnico, si afferma l'esigenza di temperare il consolidato principio giurisprudenziale con quello del libero convincimento del giudice, negando, ad es., che l'assenza di accer-

riconfermato da ultimo da Cass. Sez. IV 12 febbraio 2009 n. 6210 – circa l'accertamento dell'elemento costitutivo del tasso alcolemico con le regole che informano il sistema delle prove.

tamenti tecnici comprometta il giudizio di responsabilità per una fattispecie relativa alla piena ammissione da parte dell'imputato di aver assunto sostanze stupefacenti e attribuendo rilevanza, agli effetti della condanna, purché adeguatamente motivata, alle risultanze del verbale degli agenti circa l'eloquio sconnesso del conducente e al referto ospedaliero attestante uno stato confusionale in soggetto sotto trattamento di psicofarmaci⁴⁹.

6. *Gli strumenti a presidio della effettività dei controlli: la riqualificazione come reato del rifiuto di accertamenti sullo stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti*

Come si evince da quanto sopra riferito, la scelta di rivedere nel 2007 la fattispecie dell'art. 186 cod. str. penalizzando un comportamento pericoloso per la sicurezza della circolazione e per la stessa incolumità delle persone come quello di guidare sotto l'effetto dell'alcool secondo un meccanismo che fissa l'entità delle pene in modo proporzionalmente crescente rispetto al tasso alcolico più elevato, oltre ad originare la controversia sulla natura di circostanze o di fattispecie autonome e quindi sulla possibile elisione o meno dell'aggravamento per effetto di un giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee⁵⁰, aveva già reso essenziale, ai fini della effettività delle nuove più severe sanzioni, l'accertamento – con la prevista strumentazione e procedura – dell'esatto tasso alcolico, reso impossibile dal rifiuto del conducente di sottoporvisi. Per questo era stata accolta con perplessità la contestuale depenalizzazione di tale condotta⁵¹.

⁴⁹ Cass., 21 settembre 2007, n. 38520, in *Guida dir.*, 2007 n. 43, p. 55. Fra le tante che comunque negano l'ammissibilità della condanna per il reato di cui all'art. 187 cod.str. sulla scorta di soli dati sintomatici v., da ultimo, Cass. sez.IV 16 settembre 2008, n. 39858, in www.penale.it

⁵⁰ Nel primo senso G. BELLAGAMBA, G. CARITI, *Il nuovo codice della strada*, cit., p. 499 ss.; diversamente R. BRICCHETTI, *Solo l'ammenda se l'ebbrezza è lieve*, in *Guida dir.*, 2007 n. 41, p. 41. La stessa giurisprudenza è tuttora divisa, anche se ultimamente quella di legittimità sembra orientarsi più decisamente per la ricostruzione in termini di tre distinte ipotesi di reato (Cass., 3 giugno 2008, n. 28547, Moranti, cit.; Cass., 28 ottobre 2008, n. 43313, cit), con l'argomento della mancanza di quella condizione necessaria, per riconoscere una circostanza, della presenza di elementi specializzanti rispetto alla fattispecie base, emergendo piuttosto un rapporto di incompatibilità tra le tre disposizioni; *contra*, nella recente giurisprudenza di merito, Gip Trib. Camerino 7 marzo 2008, in *Arch.giur.circ. e sinistri strad.*, 2008, p. 545, per la ragione che invece le disposizioni della lett. b) e c) dell'art. 186, comma 2, cod.str. rinviano al reato-base, specificandolo con l'aggiunta dell'elemento specializzante del tasso alcolico più elevato.

⁵¹ Cfr. E. FELICI, *Il test alcolimetrico tra il soggettivismo giudiziale e le suggestive scelte di po-*

Anche la disposizione del comma 2-*bis*, ugualmente inserita nell'art. 186 cod. str., per stabilire risposte sanzionatorie più "adeguate" alla gravità del fatto e precisamente il raddoppio delle pene nel caso in cui il conducente in stato di ebbrezza provochi un incidente stradale, essendo qualificata per opinione maggioritaria come circostanza aggravante in relazione alle conseguenze (non volute) che ne derivano⁵², rischia di rimanere priva di effetti in un eventuale giudizio di bilanciamento con altre circostanze attenuanti o limitarsi a produrre il raddoppio della sola pena pecuniaria prevista dalla lett. a) per l'ipotesi contravvenzionale meno grave, in assenza della verifica dell'esatto livello alcolemico.

Altrettanto l'accertamento del tasso alcolico diventa indispensabile per l'operatività delle ultime modifiche legislative nell'ambito dei reati della circolazione stradale determinate – come detto – dalla esigenza di inasprirne l'apparato sanzionatorio ritenuto privo di adeguata efficacia deterrente, iniziando da quelle riguardanti le fattispecie di guida sotto l'effetto dell'alcool (art. 186 cod. str.) o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti (art. 187 cod. str.), contrastate quali condotte pericolose per la sicurezza stradale e prodromiche all'eventuale causazione di reati contro la vita e l'incolumità individuale con un più articolato sistema di sanzioni penali e amministrative per arrivare, specialmente, a quelle in materia di reati colposi dovuti alla inosservanza delle norme del codice della strada. È su questo terreno infatti che in funzione di un rafforzamento della tutela del bene fondamentale della integrità fisica delle persone sono state apportate le novità più consistenti alle previste pene detentive; a parte l'aumento del massimo edittale per l'omicidio colposo aggravato ai sensi dell'art. 589, comma 2, c.p. – ferma restando però la soglia minima di pena – gli altri inasprimenti per questa fattispecie e per quella di lesioni colpose gravi e gravissime sono stati collegati alla introduzione, insieme al divieto di bilanciamento con eventuali attenuanti, di circostanze aggravanti incentrate sulla commissione del fatto da parte di guidatori in condizioni di alterazione psico-fisica per uso di alcool o sostanze stupefacenti, richiedendo però nel primo caso (di cui al n. 1 del nuovo comma 3 dell'art. 589 e al nuovo ultimo periodo del comma 3 dell'art. 590) la sussistenza di uno stato di ebbrezza alcolica grave, identificata per rinvio alla lett. c) del comma 2 dell'art. 186 cod. str. ovvero del più alto grado previsto corrispondente ad un tasso superiore a 1,5 g/l.

litica criminale del legislatore, in *Giur. merito*, 2008, p. 84; R. BRICCHETTI, *Depenalizzato il rifiuto ai test alcolemici*, in *Guida dir.*, 2007, n. 34, p. 43.

⁵² G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *Il nuovo codice della strada*, cit., p. 500.

Conseguentemente alla decisiva importanza del riscontro del preciso livello di alcolemia si è scelto di riconfigurare come reato – inquadrabile fra i reati c.d. di scopo (o senza offesa), appartenenti di solito al campo della mera prevenzione, da presidiare preferibilmente in via amministrativa – il rifiuto da parte dei conducenti di sottoporsi ad accertamento⁵³, dopo meno di un anno dalla sua depenalizzazione che, stando anche alla Relazione al D.L. 23 maggio 2008, n. 92, aveva ostacolato o comunque aperto a contestazioni la prova dello stato di ebbrezza e impedito condanne per guida in stato di alterazione psico-fisica da uso di sostanze stupefacenti a causa dell'impossibilità di accertarne altrimenti gli estremi.

Con l'assoggettamento della contravvenzione alle stesse sanzioni previste per la più grave fattispecie di guida in stato di ebbrezza di cui al comma 2, lett. c) dell'art. 186 cod. str. appare evidente il tentativo di rendere effettivi i controlli sul tasso alcolico dei guidatori⁵⁴ indispensabile per l'integrazione delle fattispecie più gravi dell'art. 186 cod. str. (lett. b e c) o della contravvenzione di cui all'art. 187 cod. str. e delle nuove fattispecie dell'omicidio e delle lesioni colpose derivanti dalla inosservanza delle norme della circolazione stradale aggravati se commessi da guidatori nello stato di ebbrezza della più alta entità o in condizioni di alterazione psico-fisica per uso di alcool o sostanze stupefacenti.

Questa opzione, che si affida alla supposta maggiore capacità dissuasiva di un apparato sanzionatorio comprendente anche pene detentive, non tiene nel dovuto conto che il conducente responsabile di un incidente con danni alle persone, richiesto di sottoporsi ai controlli sul suo eventuale stato di ebbrezza, potrebbe essere indotto lo stesso ad opporsi per non far risultare l'entità del tasso alcolico, integrante in ipotesi gli estremi delle fattispecie sanzionate più severamente, pur dovendo rispondere di un illecito sempre di natura penale ma punito con sanzioni più lievi⁵⁵.

⁵³ V. in proposito E. FELICI, *Il test alcolimetrico tra il soggettivismo giudiziale e le suggestive scelte di politica criminale del legislatore*, in *Giur. merito*, 2008, p. 785, n. 16. Sulla categoria dei reati di scopo e in generale sulle contravvenzioni come figura di confine fra penale e amministrativo cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 143 e 243.

⁵⁴ Per l'individuazione nella fattispecie di una finalità di tutela dell'ordine pubblico inteso come interesse generale ad evitare intralci all'attività dei pubblici ufficiali cui sono demandati compiti di prevenzione, accertamento o repressione dei reati, cfr. F. CEI, voce *Codice della strada*, cit., p. 752.

⁵⁵ Secondo P. GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, in *Guida dir.*, 2008 n. 32, p. 81, l'esiguità della sanzione sarebbe all'origine di

Di per sé quindi la nuova incriminazione del rifiuto dell'accertamento, anche se comporta conseguenze sanzionatorie di un certo spessore fino alla confisca obbligatoria del veicolo, non assicura il risultato di quella verifica che è essenziale ai fini della configurazione delle più gravi ipotesi di reato contro l'incolumità delle persone formulate dal recente legislatore, non scongiurando il rischio della loro elusione che vanificherebbe anche lo scopo di punire maggiormente i responsabili dei gravi reati di cui parliamo.

7. I discutibili termini di configurazione della fattispecie di omicidio colposo aggravato dalla guida in stato di ebbrezza

Sotto quest'ultimo profilo, scelta la soluzione di un inasprimento della pena attraverso il ricorso al meccanismo delle circostanze resta il dubbio se non fosse il caso di costruire la circostanza aggravante ex n. 1) dell'art. 589, comma 3, c.p. – così come l'analoga circostanza aggravante delle lesioni colpose – sulla commissione dell'omicidio da parte di soggetto postosi alla guida con qualsiasi livello di tasso alcolico superiore al consentito, in modo corrispondente a quella del n. 2, che ne avrebbe reso più certa l'incidenza sul trattamento sanzionatorio. Sebbene la restrizione dell'aggravante sia spiegabile con la cautela di sottrarre alle più severe sanzioni fatti che non rivelano manifestamente la non accidentalità dello stato di ebbrezza⁵⁶, ancorare l'effetto aggravatore soltanto ad una soglia più elevata di tasso alcolemico presenta il rischio di disparità applicative fra ipotesi di superamento minimo del tetto di 1,5 m/l e ipotesi di stato di ebbrezza casualmente appena più leggero, entrambe di analoga pericolosità.

D'altra parte, per come l'aggravante è configurata, sembra sufficiente, ai fini della ricorrenza dei suoi estremi, la verifica per inosservanza di norme della circolazione stradale (nella specie quelle sul divieto di guidare sotto l'effetto dell'alcool o di sostanze stupefacenti) di un incidente con esito mortale o lesivo della incolumità; il fatto che non sia richiesta esplicitamente una dipendenza causalistica dell'evento dallo stato di alterazione psico-fisica dovuta

possibili aggiramenti delle previsioni normative di aggravanti delle lesioni e dell'omicidio colposo, ma si può obiettare che non si giustificano pene più elevate per l'incriminazione del rifiuto degli accertamenti dovuta a ragioni strumentali individuabili, come si è detto, nella tutela della effettività dell'operato di controllo della Polizia stradale.

⁵⁶ Per R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Dieci anni se c'è omicidio colposo*, in Guida dir., 2008 n. 23, p. 73 s., la scelta del legislatore sarebbe segno di un certo equilibrio perché evita di "colpire nel mucchio" e lascia rientrare nell'applicazione dell'aggravante solo casi di un'intensità della colpa meritevole di un trattamento così severo.

all'assunzione di alcool o stupefacenti, se da un lato comporta una indubbia semplificazione sul piano probatorio⁵⁷, dall'altro conferma che l'inasprimento della pena viene fatto derivare da una valutazione di speciale gravità dei fatti di omicidio o di lesioni colpose occasionati da conducenti inosservanti della prescrizione cautelativa di non guidare quando a causa dell'assunzione di alcool o di stupefacenti si è in condizioni psico-fisiche alterate, corrispondenti, dunque, ad ipotesi di colpa specifica. Ed allora la rilevanza aggravante dovrebbe riguardare tutte le ipotesi di guida in stato di ebbrezza – come avviene per la guida sotto l'effetto di stupefacenti – senza escludere i casi di presumibile minore pericolosità, con tutti gli inconvenienti evidenziati compreso quello di costruire una figura basata su presunzioni astratte che nella dinamica concreta dei singoli incidenti stradali potrebbero trovare smentita.

Fra l'altro, il legislatore ha già mostrato di valutare più severamente la condotta di guida sotto l'effetto di alcool, con qualsiasi livello alcolemico superiore al consentito, per il fatto che abbia provocato un incidente stradale, quando ha delineato in questi termini la circostanza aggravante di cui al comma 2-*bis* dell'art. 186 cod. str o, parallelamente, quella di cui al comma 1-*bis* dell'art. 187 cod. str.: il diverso orientamento da ultimo seguito riguardo alla creazione di speciali fattispecie aggravate di reati colposi contro l'incolumità è dunque ancora una volta poco convincente anche dal punto di vista della razionalità interna del sistema.

8. *La ricostruzione della nuova figura di omicidio colposo aggravato come reato complesso e le implicazioni sul versante sanzionatorio*

Piuttosto c'è da fare un altro rilievo: a proposito dei nuovi fattori di aggravamento della pena per omicidio o di lesioni colpose si è parlato finora di circostanze del reato, tali essendo qualificate dal legislatore quando con l'aggiunta del disposto dell'art. 590-*bis* c.p. ha inteso preservarne l'efficacia aggravante attraverso il divieto di comparazione con eventuali attenuanti.

In realtà, poiché gli elementi in cui consistono le previsioni aggravanti configurano già di per se stesse reato – almeno stando all'interpretazione che ne abbiamo fornito – la loro traslazione all'interno delle fattispecie di omicidio e di lesioni colpose gravi e gravissime finisce per produrne la perdita di rilevan-

⁵⁷ Sempre secondo R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Dieci anni se c'è omicidio colposo*, cit., p. 75 la presunzione di una incidenza causale sarebbe poco compatibile con i principi che regolano la responsabilità penale.

za quali figure autonome per essere assorbite nella norma che contempla il reato componente entro la più ampia figura di un reato complesso *ex art. 84 c.p.* Si tratta in effetti di una unificazione legislativa di più reati che dà origine in questo caso a quel tipo di reato complesso in cui le singole fattispecie componenti vi rientrano una quale elemento costitutivo e l'altra quale circostanza, restando inalterato il titolo del reato base senza che a ciò osti il particolare che la fattispecie cui si aggiunge quale circostanza aggravante un elemento di per sé costituente reato sia già aggravata, perché ciò che conta è che siano riuniti almeno due o più reati in uno solo, sia esso semplice o circostanziato. Se è questo l'esito interpretativo corretto non c'è la temuta possibilità di vanificazione dell'effetto aggravante sulla pena che il legislatore ha inteso escludere con la speciale disciplina dell'art. 590-*bis*: in considerazione della maggiore gravità complessiva della figura risultante dalla fusione di più reati viene infatti stabilita una autonoma e più severa comminatoria edittale⁵⁸, superiore al cumulo materiale delle pene per i reati componenti⁵⁹, che vincola il giudice nel momento commisurativo della pena.

Questa ricostruzione circa i rapporti delle nuove previsioni dell'art. 589, comma 3, c.p. e dell'art. 590, comma 3 ultimo periodo, c.p. con l'art. 186, comma 2, lett. c), cod. str. o l'art. 187 cod. str., semmai, può riflettersi sul complessivo trattamento sanzionatorio applicabile ai casi di specie: una volta risolta la questione nel senso del concorso apparente di norme sulla base dell'art. 84 c.p.⁶⁰ – quale espressione del principio generale del *ne bis in idem sostanziale*⁶¹ – non soltanto risulta escluso il concorso fra i delitti di omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime e le contravvenzioni di guida in stato di eb-

⁵⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 467 s., nel sottolineare la disciplina unitaria del reato complesso e la sola esistenza nella nostra legislazione di ipotesi di reato complesso le cui pene sono stabilite in modo autonomo, evidenzia che – data la concentrazione del disvalore del fatto in un unico reato con l'assorbimento in esso del disvalore del reato minore – nella cornice edittale di pena per esso prevista è contenuta anche la pena del reato componente e per un principio di proporzione giuridica la sanzione per il reato complesso non può essere inferiore a quella di ciascun reato componente.

⁵⁹ Lo rilevano anche F. PICCIONI - U. NANNUCCI, *Il decreto sicurezza*, cit., p. 89, facendo il conteggio che risulterebbe dalla somma delle pene per i reati componenti rispetto alla pena unificata.

⁶⁰ Per la individuazione nel disposto dell'art. 84 c.p. del principio di consumazione o assorbimento valido quale altro criterio, oltre quello di specialità, a sciogliere il problema del concorso di norme, v. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 484 s.

⁶¹ In ordine al principio generale e alla sua desumibilità da diversi dati normativi, fra i quali l'art. 84 c.p., v. ancora F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 461 s.

brezza del più alto livello o di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti ma, vista la scomparsa dell'autonomo rilievo penale di quelle figure di reato del codice della strada, entrate a comporre quali elementi circostanziali aggravanti una diversa fattispecie delittuosa del codice penale, ne dovrebbe conseguire l'inapplicabilità a quest'ultima dell'apparato sanzionatorio peculiare riservato per legge ai reati di guida sotto l'effetto dell'alcool o di sostanze stupefacenti; in particolare dovrebbe risultare esclusa la sanzione della confisca obbligatoria dell'autoveicolo che rappresenta proprio la novità più significativa delle ultime modifiche al regime sanzionatorio di tali reati contravvenzionali.

Come si è detto, oltre agli aumenti dei livelli edittali delle previste pene detentive, per la più grave ipotesi di guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186, comma 2, lett. c) o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti ed altresì per i casi di derivazione di un incidente stradale dalla guida in ogni tipo di stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, si è introdotta la confisca obbligatoria del veicolo con il quale è stato commesso il reato, salvo che appartenga a persona ad esso estranea, puntando anche su questa misura per contrastare più efficacemente, attraverso un rafforzamento e una diversificazione delle loro conseguenze giuridiche, quelle condotte che nell'ambito della circolazione stradale possono essere altamente rischiose.

Considerato che i pur innalzati tetti delle pene detentive, anche per effetto dell'eventuale ricorso al c.d. patteggiamento, lasciano ipotizzare ancora un'ampia applicazione della sospensione condizionale – come è prassi nell'ambito dei reati colposi – verrebbe meno così una conseguenza giuridica penale come la confisca (con preventivo sequestro ex art. 213 cod. str.) altrimenti obbligata e particolarmente pregnante, per il suo carattere ablativo definitivo, su cui si è confidato, insieme alle previste sanzioni amministrative accessorie della sospensione o della revoca della patente, per scoraggiare e quindi prevenire più adeguatamente comportamenti illeciti alla guida di veicoli, ma anche per sanzionarli con misure più effettive e di maggiore rispondenza alle loro peculiarità.

9. La dubbia efficacia preventiva del ricorso al modello punitivo tradizionale e l'importanza del ruolo della prevenzione primaria

Di fronte ad una simile conclusione viene da chiedersi se non sarebbe stato meglio limitarsi a rendere più incisive le sanzioni per le fattispecie del codice della strada, evitando di insistere allo stesso tempo – salvo magari rendere ob-

bligatoria la sanzione amministrativa accessoria di un lavoro di pubblica utilità prevista invece ora come facoltativa dall'art. 224-*bis* cod. str. – su modifiche ulteriormente peggiorative del trattamento sanzionatorio dell'omicidio e delle lesioni colpose nella circolazione stradale.

Al di là infatti della loro problematica applicazione ed effettività per come congegnate, si tratta di una scelta di politica criminale che soprattutto rivela una chiara derivazione dall'accoglimento della controversa teoria della funzione generalpreventiva “negativa” ovvero mediante intimidazione delle sanzioni punitive, finora sperimentata senza molto successo anche in questo particolare campo.

Sono del resto noti i limiti e i problemi presentati da tale concezione, considerato che il ruolo della minaccia della pena come fattore di condizionamento dell'agire umano individuale risulta marginale dalle ricerche empiriche – peraltro discordanti sul rapporto tra tasso dei reati e severità sanzionatoria – e che l'affidamento esclusivo alla efficacia deterrente della pena orienta la politica criminale, specie di fronte allo sviluppo di determinati tipi di criminalità e conseguente aumento dell'allarme sociale, verso scelte di rigore crescente fino all'eccesso, nella aspettativa di una diminuzione dei reati per effetto della maggiore forza intimidativa degli inasprimenti di pena⁶².

Al proposito si parla di un paradosso del sistema penale che si dimostra fallimentare nel perseguimento della difesa sociale dal crimine, ma resta saldamente ancorato all'idea di una repressione con efficacia preventiva, continuando ciononostante ad essere socialmente valutato come unico strumento capace di contrastare il problema della criminalità⁶³.

In effetti, il rilascio in via principale di una delega al diritto penale del compito di arginare le condotte criminose attraverso un meccanismo di prevenzione di tipo retributivo viene accusato di implicare dei rischi: da una parte, che la logica secondo cui la prevenzione si basa sulla minaccia di una conseguenza giuridica con un contenuto di danno corrispondente alla negatività del reato porti a un progressivo innalzamento delle pene quando l'esperienza dimostra – come è stato detto di recente – che “gli ordinamenti più capaci di fare prevenzione non sono quelli che utilizzano il terrorismo sanzionatorio”, facendo

⁶² Sul punto v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 16 s. Per i problemi di costituzionalità delle cornici editali di pena eccessivamente elevate cfr. D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 76 s.

⁶³ M. PAVARINI, *Insicurezza da criminalità, riforma del sistema di giustizia criminale e scienza penale*, in *Ius17, Studi e materiale di diritto penale*, 2008, pp. 21 ss.

leva sul timore di subire un male, bensì quelli in grado di motivare, anche attraverso il momento sanzionatorio, ad un rispetto “per convinzione” dei precetti normativi, dall'altra parte, che venga trascurato, all'interno di una strategia politico-criminale ad ampio raggio, il ruolo della prevenzione primaria, rappresentata da interventi anteriori alla commissione del reato tesi a contrastare i fattori criminogenetici di natura culturale, sociale ed economica⁶⁴.

Optando per un orientamento che punti prioritariamente su questo tipo di attività preventiva riguardo agli eventi mortali o lesivi della integrità fisica a seguito di incidenti causati da conducenti in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, è ovvio che il loro ripetersi sia legato proprio all'abuso di alcool e al consumo di sostanze stupefacenti, diffusi non soltanto fra la popolazione giovanile ed entrambi potenzialmente in grado di innescare processi sfocianti in condotte criminose come anche quelle in esame.

Un sistema capace di fronteggiare tale genere di pericoli per la incolumità delle persone nell'ambito della circolazione stradale sarebbe quindi, anzitutto, quello di agire alla radice del fenomeno adottando politiche, inevitabilmente di lungo periodo, che scoraggino gli eccessi nell'assunzione di sostanze alcoliche o l'uso di sostanze stupefacenti, ma nella consapevolezza della complessità dei problemi e delle difficoltà di trovare soluzioni adeguate allo scopo servirebbe comunque l'ideazione di modi per far assimilare, attraverso programmi e iniziative mirate al rafforzamento di una cultura della sicurezza stradale, modelli comportamentali osservanti, ispirati al principio del *neminem ledere*⁶⁵ e, in sostanza, per promuovere l'adesione ai valori espressi in quelle norme destinate a tutelare preliminarmente beni primari come la vita e l'integrità fisica.

In questa ottica (e non esclusivamente a fini “repressivi”) può assumere importanza anche la intensificazione della attività di controllo di polizia sulle strade, che dove effettuata in modo più capillare sembra essere riuscita, suscitando negli automobilisti l'effetto psicologico di tenerla, a motivare ad un più corretto comportamento di guida e ad una autoregolamentazione nell'uso di alcolici, come dimostra il calo degli incidenti, di cui parliamo, registrato con

⁶⁴ L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1174 s. Dello stesso Autore, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in questa *Rivista*, 2007, p. 191.

⁶⁵ Dell'esigenza di una nuova cultura della guida e degli strumenti utilizzabili per la sua diffusione parla da tempo, fra gli altri, F. MANTOVANI, *Droga e alcool: pericolosi compagni di strada*, in *Droga ed alcool nella circolazione stradale*, Milano, 1995, p. 68 s., che lamenta l'insufficiente percezione sociale della pericolosità del reato stradale e del relativo autore (*Diritto penale, Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, cit., p. 106).

percentuali molto elevate in quegli Stati europei, come la Gran Bretagna, la Francia e la Germania, che hanno privilegiato una politica di prevenzione di questo tipo.

Nel nostro paese, senza tralasciare iniziative – di cui del resto una normativa europea prevede entro qualche anno l'adozione da parte degli Stati membri – riguardanti ad esempio l'obbligatorietà di *test* che accertino la negatività circa l'uso di stupefacenti o di alcool ai fini del conseguimento della patente di guida, sembra che si voglia invece perseverare in politiche preventive tradizionali; infatti dopo l'approvazione da appena qualche mese dei severi provvedimenti di natura penale per ridurre una delle principali cause di incidenti stradali individuata nella guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, se ne annunciano altri ispirati al principio della "tolleranza zero" nei confronti di chi guida sotto l'influenza dell'alcool, con la proposta di abbassare a 0,2 m/l la soglia di tasso alcolico consentita (anche se resta ancora da decidere se per fasce di età o solo per i giovani) insieme alla previsione di sanzioni più rigorose⁶⁶, considerate sempre uno strumento irrinunciabile seppure in un quadro più articolato di misure⁶⁷.

⁶⁶ Si tratta di provvedimenti su cui vi sarebbe una "convergenza bipartisan" che – come si è espresso recentemente il Presidente della Commissione Trasporti della Camera dei Deputati a margine di un Convegno sulle reti transeuropee – lascia pensare ad un ampio consenso per una rapida approvazione e che attualmente sono allo studio della medesima Commissione, cui sono state assegnate numerose proposte di legge di diversa iniziativa parlamentare in materia di circolazione e di sicurezza stradale. Riguardo al loro *iter* legislativo è stato scelto di iniziare l'esame da quella che vede fra i firmatari il presidente del principale gruppo di opposizione (A.C. 649) e che riprende in larga parte i contenuti di un disegno di legge, presentato nella XV legislatura dal precedente governo (A.C. 2480), già ampiamente discussi e modificati dai due rami del Parlamento con un sostanziale avvicinamento di posizioni delle forze politiche, senza arrivare all'approvazione definitiva per la chiusura anticipata delle Camere e dal cui testo provvisorio alcune parti sono state fatte entrare in vigore inserendole nel più volte citato D.L. 3 agosto 2007 n. 117 e nell'ultimo D.L. 23 maggio 2008, n. 92.

⁶⁷ Fra di esse – nell'ambito del Ddl. governativo (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) già approvato dal Senato ed ora all'esame della Camera (Atto C. n. 2180) – ne sono previste alcune correttive di quelle da poco interessate dal recente giro di vite per i guidatori ebbri o drogati.

prof. MARTA BERTOLINO
Università Cattolica del S.C. di Milano

IL “BREVE” CAMMINO DEL VIZIO DI MENTE. UN RITORNO AL PARADIGMA ORGANICISTICO?*

SOMMARIO: 1. Imputabilità e questioni probatorie fra diritto penale e processo. – 2. Fallacie probatorie delle neuroscienze in tema di vizio di mente. – 3. L'affidabilità scientifica delle neuroscienze per il giudizio di imputabilità. – 4. Per un diritto penale dell'uomo.

1. Imputabilità e questioni probatorie fra diritto penale e processo

La responsabilità penale è colpevolezza per il fatto, nel senso – come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale – di fatto che sia «espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali»¹. La rimproverabilità del fatto è a sua volta presupposto imprescindibile di una pena in funzione di risocializzazione. Come ricorda ancora la Corte costituzionale: «Il ristabilimento dei valori sociali “dispregiati” e l’opera rieducatrice ed ammonitrice del reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata “soggettiva antiggiuridicità” del fatto»².

Quella penale è dunque una colpevolezza strettamente ancorata al fatto, ma fortemente caratterizzata anche da coefficienti psichici di attribuibilità di esso all’autore, grazie alla valorizzazione del legame funzionale che intercorre fra illecito e autore. A questo rapporto non si può rinunciare; non si può rendere autonoma dal fatto la colpevolezza, accontentandosi di una colpevolezza per la condotta di vita, d’autore, dell’atteggiamento interiore. Come, nello stesso tempo, però non si può rendere autonomo dalla colpevolezza il fatto, accettando forme di responsabilità c.d. oggettiva. Il rispetto di questo legame è infatti garanzia di un diritto penale che tutela la dignità dell’uomo e addita il culmine del processo di umanizzazione dell’illecito penale.

Nell’ambito di questo processo, di maggiore umanizzazione e di personalizzazione della responsabilità, vanno collocate le cause di esclusione della col-

* Relazione per il Convegno *Le Neuroscienze e il diritto*, Milano 19 dicembre 2008.

¹ Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364.

² Corte cost. 24 marzo 1988, cit.

pevolezza, e, ai nostri fini, in particolare quelle che incidono sull'imputabilità del soggetto attivo del reato, la definizione della quale nei termini di capacità di intendere e di volere è rinvenibile nell'art. 85 c.p.

Queste premesse teoriche dovrebbero trovare la sede naturale della loro pratica attuazione nel processo penale, al quale è appunto attribuita la funzione cognitiva dell'accertamento dei presupposti sostanziali della responsabilità penale. Ma troppo spesso le premesse sostanziali sono piegate a logiche probatorie che portano a privilegiare il fatto impersonalmente inteso. «Ne conseguono effetti a catena in tutta la cultura dell'accertamento, ossessionata dal solo fatto e sempre paga di schemi essenzialmente obiettivi»³.

Ad arricchire il catalogo di questi schemi contribuiscono senza ombra di dubbio anche le neuroscienze, le cui conquiste scientifiche non sono ignorate dal diritto, nonostante la loro natura e la rapidità con la quale esse si sono imposte sembrino far vacillare la stabilità delle relazioni fra diritto e scienza⁴. In particolare, quando le neuroscienze vengono applicate al giudizio sull'imputabilità, anche le problematiche dell'autore rischiano di diventare vittima di un processo di oggettivizzazione e di standardizzazione, che affascina nella sua componente di garanzia della certezza dell'accertamento giudiziale, presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità penale. Ma tutto ciò implica anche il rischio di una 'processualizzazione' delle categorie dottrinarie sostanziali, nel senso della sostituzione degli elementi costitutivi del reato con canoni probatori, da cui consegue una confusione fra oggetto dell'accertamento e strumento dell'accertamento. In altri termini, per tornare all'elemento costitutivo della capacità di intendere e di volere, esso finisce con l'essere forgiato e assorbito dalla relativa questione probatoria, per la risoluzione della quale oggi si fa sempre più affidamento sulle neuroscienze. Il rischio però che tale operazione implica è di una risposta restrittiva e generalizzante, quando si tratta di valutare l'incidenza della infermità mentale su quella capacità.

Questo fenomeno della trasformazione giurisprudenziale delle categorie

³ DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1998, Torino, p. 73.

⁴ A proposito di queste relazioni, sottolinea JASANOFF, *Biology and the Bill of Rights: Can Science Reframe the Constitution?*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1987, p. 249 ss., come l'evoluzione giuridica necessitata dai cambiamenti scientifici si realizzi di solito attraverso un graduale processo di sviluppo. Gli ultimi progressi della scienza, in particolare della neurobiologia, hanno invece coinvolto in maniera repentina e sorprendente importanti categorie concettuali di profondo significato non solo culturale ma anche legale, come ad esempio quelle di personalità, di volizione, che trovano, tra l'altro, un riscontro costituzionale.

sostanziali a fini probatori finisce con il coinvolgere anche i principi, in particolare quello di colpevolezza e di rieducazione della pena allorché è in gioco la categoria delle scusanti. I principi si svuotano, perdono i loro connotati sostanziali garantistici: da principi guida, che assicurano fondamento ideologico, spessore culturale e prospettiva critica all'ordinamento penale, retrocedono a pure regole processuali, condizionate dalle vicende probatorie. Trasposto tutto ciò sul terreno dell'imputabilità, a dare contenuto alla categoria dommatica del vizio di mente finiscono con l'essere quegli istituti e quelle tecniche probatorie giudicate in grado di garantire l'accertamento delle verità fattuali. Ad essi oggi si vorrebbe infatti attribuire il primato della prova di qualsiasi verità di fatto, poiché, giustamente, «il diritto pretende di applicarsi ai fatti della vita, e ha senso se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti»⁵. Questo vincolo di realtà, che si traduce nel principio della verificabilità o falsificabilità delle ipotesi lungo le quali scorre l'accertamento giudiziale, è parte integrante del sistema penale ed è stato riconosciuto e reso vincolante dalla stessa Corte costituzionale nella nota sentenza sul plagio⁶. In tale decisione la Corte sancisce la necessità che «nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili». E conclude che «nella dizione dell'art. 25, che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili».

⁵ PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 955. A proposito della relazione fra prova giudiziale dei fatti e spiegazione positivistica di essi nella prospettiva delle scienze naturali e sociali, v., di recente, MENASHE, *Is judicial proof of facts a form of scientific explanation? A preliminary investigation of 'clinical' legal method*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2008, 12, p. 32 ss.

⁶ Con tale sentenza la Corte (Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96) ha infatti dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. per contrasto con l'art. 25 Cost. sotto il profilo del principio di tassatività-determinatezza della fattispecie.

Nemmeno le norme che disciplinano il giudizio sulla capacità di intendere e di volere si sottraggono al vincolo di realtà, nonostante finora la scienza psicopatologica non sia stata in grado di soddisfare le esigenze di certezza che da esso discendono. Si tratta infatti di provare fenomeni psichici, che, almeno fino a qualche anno fa, sembrava in molti casi estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico, mancando sicuri criteri diagnostici per qualificare e distinguere le diverse patologie psichiatriche ai fini della risposta penale. Con la conseguenza di accertamenti sull'infermità mentale incerti e affidati all'arbitrio del giudice, o, meglio, del perito.

In questo incerto panorama dell'imputabilità, ma lo stesso si può dire a proposito dell'elemento soggettivo del dolo e del suo coefficiente di intensità, tecniche diagnostiche come quelle per neuroimmagini rischiano di venire contrabbandate come le uniche risorse probatorie in grado di rispettare quel vincolo, in grado cioè di veicolare quella realtà e dunque di assicurare la verificabilità delle ipotesi prese in considerazione. Ciò comporta un monopolio giudiziale dell'applicazione delle norme e un'incidenza della prova sulle categorie sostanziali dell'imputabilità e del dolo, influenzando sui contenuti essenziali di essi.

Anzi, le neuroscienze applicate al diritto, soprattutto per l'accertamento dell'infermità mentale, sembrano addirittura superare le aspettative dettate dal vincolo di realtà. Le neuroimmagini del cervello, la rilevazione di danni ai lobi prefrontali spingono il giudizio di imputabilità per vizio di mente oltre il vincolo di realtà stesso, e così esse provano troppo. Al punto da far pensare che il giudizio sull'imputabilità possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento fattuale di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali. Ma, come è noto, questo accertamento non basta: è necessario, ma non è sufficiente per riconoscere il vizio di mente o al contrario per escluderlo. L'accertamento patologico attiene infatti al primo dei due piani in cui si struttura il giudizio di imputabilità nel codice penale. Al piano della diagnosi di infermità segue infatti quello relativo alla verifica dell'incidenza della patologia mentale sulla capacità di intendere e di volere. Un giudizio quindi particolarmente complesso, delicato ed esposto al rischio di facili sperequazioni applicative, anche perché, sotto il profilo dei suoi contenuti, è fortemente intriso di momenti valutativi.

Questi momenti valutativi sarebbero messi in pericolo da un acritico irrompere delle neuroscienze nel processo. Esse, sembrando fornire sicuri referenti naturalistici dell'imputabilità penale, piegano a loro favore la decisione sui criteri di scelta del modello scientifico al quale agganciare la spiegazione norma-

tiva. Ma – come è stato giustamente osservato – «vincolare la normativa sull'imputabilità ad un particolare paradigma scientifico non si risolverebbe nell'auspicato apporto di razionalità e di certezza, ma aggraverebbe la disparità di trattamento per tutti i casi non rientranti nel quadro esplicativo adottato»⁷. Di fronte dunque a situazioni «a più chiavi di lettura», la dottrina penalistica sottolinea come le scelte di lettura da adottare non debbano provenire «dai contesti scientifici di volta in volta implicati, ma piuttosto si ricavano dall'impiego normativo dell'imputabilità quale elemento necessario nell'insieme dei requisiti per l'attribuzione della responsabilità penale»⁸. In ultima analisi, occorrerebbe riconoscere alla componente normativa dell'imputabilità il ruolo primario nella individuazione delle condizioni di rilevanza della capacità di intendere e di volere. Ma questo non può tuttavia giustificare ancora un'astrazione della categoria dell'imputabilità, tale da sottrarla a quella verifica di realtà che si compie nel processo. Proprio perché essa implica un rinvio alla colpevolezza come rimproverabilità normativa del fatto illecito, il collegamento con la realtà empirica dei contenuti oggetto della prova processuale è garanzia dell'effettiva rimproverabilità o meno del fatto all'autore. Il problema è allora quello dei rapporti fra giudizio normativo e giudizio empirico-naturalistico dell'imputabilità, in particolare quando si tratta di individuare i confini dell'infermità mentale da assurgere a vizio di mente.

2. *Fallacie probatorie delle neuroscienze in tema di vizio di mente*

Per 'disciplinare' questi rapporti il legislatore del '30 offre un giudizio di imputabilità c.d. misto, che – come già si è anticipato – si struttura cioè su due livelli: patologico e psicologico-normativo. Il primo livello rappresenta il momento diagnostico, di accertamento e di inquadramento del disturbo psichico; il secondo è caratterizzato dall'indagine sulla rilevanza da attribuire a siffatto disturbo in ragione della sua incidenza sui processi intellettivi e volitivi dell'individuo, secondo però un modello che potremmo a sua volta definire bifasico. L'indagine circa la rilevanza del disturbo è di duplice natura: psicopatologica e normativa.

Quella psicopatologica compete all'esperto, il quale sulla base delle cono-

⁷ MILITELLO, *Imputabilità ed assunzione di stupefacenti fra codice e riforma*, in BRICOLA, INSOLERA (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Padova 1991, p. 141.

⁸ MILITELLO, *Imputabilità*, cit., p. 142.

scienze scientifiche a sua disposizione dovrebbe spiegare al giudice se, perché e come la diagnosticata infermità mentale abbia annientato o semplicemente compromesso la capacità di comprendere e quella di volere dell'imputato. Al giudice invece spetta in via esclusiva il compito di risolvere le questioni di responsabilità penale alla luce di tale verifica 'esperta', e che attengono all'interpretazione della disciplina codicistica, all'applicazione coerente e razionale delle categorie dommatiche coinvolte e alla rilevanza da riconoscere alle istanze politico-criminali. Dalla soluzione di tali questioni dipende l'ultima parola sulla capacità di intendere e di volere di colui che ha commesso il reato. Per non violare questo patto di 'esclusiva normativa' sulla imputabilità penale, che implica riconoscere «nel concetto dell'imputabilità la sua primaria componente normativa», occorre allora «sfuggire all'ipoteca metodologica di un distorto naturalismo»⁹.

Gli apporti delle neuroscienze rendono invece difficile questa fuga, con il rischio di una 'saturazione di empiria' di un modello esplicativo, quello dell'imputabilità, che lascia sì ampi spazi ai contributi delle scienze empiriche, ma che non potrà mai in essi esaurirsi. Potremmo definire questa posizione una necessaria esplicazione del principio generale di autonomia del diritto penale, il quale rifiuta qualsiasi sua subordinazione nozionale e funzionale ad altri rami dell'ordinamento o ad altre discipline, tale da fare del diritto penale un puro diritto sanzionatorio. In altre parole, quando il diritto penale richiama direttamente concetti o categorie tipici di altre discipline, come a proposito dell'infermità mentale nel giudizio di imputabilità, per esigenze specifiche della attribuzione penalistica di responsabilità, questi concetti inevitabilmente possono o devono essere forgiati in modo tale da rispondere a queste esigenze, naturalmente nel rispetto del vincolo di realtà.

E, ai fini del vizio di mente, la realtà fattuale del fenomeno infermità mentale non si esaurisce nella descrizione di una patologia funzionale del cervello, il primo piano del giudizio di imputabilità. Essa implica anche l'esame dell'incidenza patologica sulla capacità di intendere e di volere, il secondo piano del giudizio. Il modello offerto dalle neuroscienze finora non è stato in grado di assicurare questo esame, per la sua natura descrittiva e non anche esplicativa, poiché esso si limita a scoprire le correlazioni fra funzioni cerebrali e comportamento umano. Sotto questo punto di vista esso non rappresenta nulla di diverso dal modello diagnostico già offerto dal DSM, il più diffuso manuale diagnostico dei disturbi psichici, che nella versione più aggiornata dovrebbe tra

⁹ MILITELLO, *Imputabilità*, cit., p. 143.

l'altro arricchirsi dei nuovi Assi neuroevolutivo e genetico¹⁰.

Dei due modelli, uno, il DSM, descrive sindromi psichiche, l'altro le correlazioni fra funzioni e regioni cerebrali e comportamento umano. A tale ultimo proposito si è rilevato «come i dati forniti dagli strumenti di neuroimmagine abbiano carattere fondamentalmente correlativo, e come la loro interpretazione sia condizionata da conoscenze a priori derivanti da campi molto diversi, come la sperimentazione sull'animale»¹¹. Entrambi i paradigmi della malattia mentale sono dunque di tipo descrittivo e non interpretativo-esplicativo.

A differenza però da quello del DSM, il paradigma neuroscientifico è sembrato in grado di soddisfare l'attesa messianica di verità scientifica della prassi. Come emerge infatti da diversi studi americani¹², i giurati e i giudici provano una sorta di deferenza verso le macchine e le tecniche neuroscientifiche¹³ e rimangono quindi più facilmente 'abbagliati' dai pareri degli esperti che si fondano sui risultati delle neuroscienze a sostegno di un verdetto di "non colpevole per insanità mentale". E testimonianze esperte di questo genere sembrerebbero disponibili anche per i disturbi psichici più problematici al limite con la normalità, come i disturbi di personalità. Anche a proposito di queste patologie aumenta così il rischio che l'evidenza di un collegamento fra cambiamenti strutturali cerebrali e disturbi di personalità o anche psicopatie venga interpretata arbitrariamente come prova che il comportamento criminale trova la sua causa nella patologia mentale, che ha abolito o diminuito la capacità di intendere e/o di volere del soggetto. Dalle ricerche sperimentali sarebbe infatti emerso che i verdetti di non colpevolezza per insanità mentale in caso di disturbi di personalità aumentano notevolmente (dal 12% al 42,9%), quando viene fornita la prova che l'imputato ha subito un trauma cranico e attraverso neuroimmagini si evidenziano danni ai lobi frontali¹⁴.

¹⁰ Cfr. LANG, FIORINO, *Il disturbo di personalità nel DSM-V*, in CIPOLLA, BANA (a cura di), *Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Bruxelles, 2007, p. 93.

¹¹ CAPPÀ, *La neurologia delle funzioni mentali di ordine superiore*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà*, Milano, 2008, p. 54, il quale sottolinea come il fatto di osservare che un tipo di scelta economica determini «l'attivazione della amigdala non ci dice in fondo molto di più rispetto al constatare che i soggetti dimostrano un coinvolgimento emotivo, e trovare che un'area frontale mesiale si correla con compiti di scelta è ben lungi dall'esaurire il problema della libertà del volere».

¹² Cfr., da ultimo, GURLEY, MACUS, *The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses*, in *Behavioral Science and the Law*, 2008, p. 85 ss.

¹³ V. PARDO, *Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure*, in *American J. Crim. Law*, 2006, p. 304.

¹⁴ Così GURLEY, MACUS, *The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses*,

Alto è perciò il coefficiente di rischio di facili deduzioni causali pur in assenza di una spiegazione, ed altrettanto alto è il rischio che questi nessi causali siano erroneamente interpretati nei termini di determinazione al comportamento criminale. Questa determinazione causale viene, poi, spesso considerata di per sé scusabilità, secondo quello che viene chiamato il “fondamentale errore psicolegale”¹⁵. Ma la causalità in senso biologico non significa ancora la perdita della libertà, dato che quest’ultima può quantomeno essere intesa «come la possibilità di scegliere tra ipotesi di azione differenti su un ventaglio di possibilità limitate»¹⁶. E ciò è sufficiente per legittimare la responsabilità penale come responsabilità personale. D’altra parte, nemmeno il fatto di riconoscere che l’uomo è fondamentalmente una creatura computazionale, condizionata cioè dall’attività cerebrale nella elaborazione delle informazioni, autorizzerebbe a concludere che l’uomo sia un automa senza mente; anzi, al contrario, occorrerebbe affermare che comunque l’uomo possiede la facoltà di scegliere¹⁷.

Il modello delle neuroscienze sembra allora riproporci i limiti riduzionistici dei paradigmi naturalistici come quello medico-organicistico, secondo il quale la malattia mentale è una malattia di origine organica. Tuttavia, l’immagine della malattia mentale che le neuroscienze offrono è ancora più riduttiva di quella organicistica: è quella biologica, è quella dei processi neurali, è cioè quella della malattia di un uomo che è guidato dalle (e si esaurisce nelle) sue funzioni e nelle sue prestazioni biologiche. Dal modello della complessità, della spiegazione multifattoriale, integrata, della malattia mentale, si ritorna a quello della semplificazione, della spiegazione monofattoriale, monocausale di essa.

cit., 93; peraltro, dallo stesso studio sperimentale sarebbe anche emerso che, pur in presenza di evidenti prove neurologiche, la giuria arriverebbe comunque con una certa difficoltà ad un verdetto di “non colpevole per insania mentale”. E questo perché sulla decisione dei giurati una forte influenza sarebbe esercitata dalle loro stereotipate convinzioni circa il comportamento criminale.

¹⁵ Cfr. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in *University Pennsylvania Law School. Research Paper*, 2006, n. 06-35, p. 405 ss. Cfr. anche JASANOFF, *Biology and the Bill of Rights*, cit., p. 280, secondo la quale ai fini della responsabilità penale i contributi delle neuroscienze non porteranno al superamento del principio della libertà del volere, ma, almeno nell’immediato futuro, ad una domanda di affinamento della nozione di volizione e conseguentemente ad un più appropriato approccio alla questione della punizione del comportamento criminale.

¹⁶ MAURO, *Evoluzione, geni e libertà*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche*, cit., p. 152.

¹⁷ Così MONTAGUE, *Perché l’hai fatto. Come prendiamo le nostre decisioni*, Milano, 2008, p. XV s.

Notevoli sono però le conseguenze di questi sviluppi a livello della prova dell'incidenza del disturbo psichico sulla capacità di intendere e di volere, il secondo piano del giudizio di imputabilità. Un accertamento dell'infermità mentale rilevante ai fini dell'esclusione o riduzione della imputabilità che si risolvesse nella prova della presenza di patologie funzionali del cervello, come già anticipato, significherebbe infatti una oggettivizzazione e standardizzazione del secondo piano del giudizio di imputabilità. Cosa che mette a repentaglio la dimensione normativa dell'imputabilità, poiché la connotazione personalistica della responsabilità penale, rappresentata della colpevolezza come rimproverabilità del fatto di reato, esige una risposta alla domanda sul come e il perché dell'attivarsi del funzionamento cerebrale e sullo scopo di esso.

Nonostante le neuroscienze non siano ancora in grado di rispondere a questo interrogativo, dato che la scoperta delle correlazioni neurali dei fenomeni mentali non basta per spiegare come questi fenomeni siano possibili, in sede processuale la 'spiegazione neurale' della malattia mentale sembra invece sollevare dal difficile compito della comprensione esplicativa in termini soggettivi, individualizzanti, dei 'fatti' patologici oggettivamente verificati. In breve, la dimostrazione neuroscientifica di una qualsivoglia patologia mentale rischia di essere assunta già come prova della sussistenza di un vizio totale o parziale di mente. Ma non si può lasciare che dalla presenza o meno di un riscontro neurologico dipenda in maniera esclusiva o comunque preponderante la scusabilità del comportamento deviante, anche perché non è ancora provato che tutte le patologie mentali rilevanti ai fini dell'imputabilità abbiano sempre e comunque un riscontro di tal genere. Non sempre infatti il disturbo psichico e non tutte le tipologie di disturbo psichico sembrano lasciare una traccia cerebrale; si pensi, ad esempio, ai disturbi psichici di natura del tutto transitoria, come le reazioni a corto circuito. Ignorare tutto ciò significa affidare il giudizio sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agli strumenti di lettura dei processi cerebrali¹⁸.

Importanti indicazioni contro la tentazione di risposte generalizzanti di scusabilità del comportamento deviante sulla sola base del dato oggettivo patologico, ma che rischiano nello stesso tempo di essere riduttive, quando dall'ambito della scusabilità estromettono invece i soggetti la cui patologia men-

¹⁸ D'altra parte sembrerebbe che i giudici americani siano meno propensi a condannare alla pena capitale, in presenza di prove neurologiche di danni cerebrali tali da aver influito sulla capacità di volere dell'imputato, v., per es., la sentenza *People vs. Jones*, 620 N.Y. 2d. 656 (App. Div. 1994), 85 N.Y. 2d. 998 (1995).

tale non risulti ‘certificata oggettivamente’, si possono d’altra parte cogliere in una importante sentenza delle Sezioni unite della Cassazione¹⁹. In essa la Corte si pronuncia a favore di un’interpretazione del concetto di infermità in senso ampio, tale cioè da ricomprendere anche i disturbi al limite della normalità, come quelli di personalità, *borderline*, psicopatici, nevrotici. Cosa che fa alla luce di una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 85, 88 e 89 del codice penale. Questa lettura consente di affermare che ai fini del giudizio sull’imputabilità del soggetto che ha commesso un reato «non può non rilevare una situazione psichica che, inserita nel novero delle “infermità”, determini, ai fini della imputabilità, una incolpevole non riconducibilità di determinate condotte al soggetto agente, quale persona dotata “di intelletto e volontà”, libera di agire e di volere, cognita del valore della propria azione, che ne consenta la sua soggettiva ascrizione, senza che su tale sostanziale condizione possa fare aggio la mancanza (o la difficoltà) della sua riconducibilità ad un preciso, rigido e predeterminato, inquadramento clinico, una volta che rimanga accertata la effettiva compromissione della capacità di intendere e di volere». E, precisa ancora la Corte, «a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, dell’indispensabile apporto e contributo tecnico, di ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

Un accertamento complesso dunque che, sempre secondo la Corte, deve essere volto a verificare anche il nesso eziologico tra il disturbo mentale e il fatto di reato, e che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo. L’esame e l’accertamento di tale nesso eziologico – precisano infatti le Sezioni unite – si appalesa «necessario al fine di delibare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto ed ipotetico, ma reale ed individualizzato, in specifico riferimento, quindi, alla stessa sfera di possibile, o meno, autodeterminazione della persona cui quello specifico fatto di reato medesimo si addebita e si rimprovera; e consente, quindi, al giudice – cui solo spetta il definitivo giudizio al riguardo – di compiutamente accertare se quel rimprovero possa esser mosso per quello specifico fatto, se, quindi, questo trovi, in effetti, la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale (anche per la sua, eventuale, possibile incidenza solo “settoriale”), che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta: il

¹⁹ Cass. sez. un. 8 marzo 2005, n. 9163 in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 837 ss. con nota di BERTOLINO.

tutto in un'ottica, concreta e personalizzata, di rispetto della esigenza general-preventiva, da un lato, di quella individualgarantista, dall'altro».

3. *L'affidabilità scientifica delle neuroscienze per il giudizio di imputabilità*

Perché questo schema di giudizio non sia compromesso, non sia minato da cedimenti alle 'neurotentazioni', è necessario che il giudice non abdichi al suo compito fondamentale e cioè a quello di *gatekeeper* della scientificità dei mezzi di prova anche quando si tratta del vizio di mente. Le neuroscienze, e in particolare alcune di esse, sono infatti ancora scienze immature; primo compito del giudice diventa allora quello di valutare se la neurodisciplina, a fondamento del parere esperto sottoposto alla sua verifica, abbia raggiunto uno stadio tale di sviluppo da poter risultare scientificamente affidabile. A tal fine soccorrono ancora una volta i criteri elaborati a partire dalla nota sentenza americana, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*²⁰, che, come sostengono gli stessi esperti, devono essere assunti «come uno stimolo forte ad elevare il livello scientifico dei pareri che gli esperti presentano in Tribunale, ad agganciarlo alle competenze scientifiche esistenti, a stimolare i periti a documentarsi sugli strumenti in uso, a presentare i dati con metodo perché il nostro contributo possa essere realmente "utile"; e può esserlo, a nostro avviso, vuoi quando si è in grado di esprimere un parere fondato che dirime un dubbio, vuoi quando non lo si può fare per insufficienza di elementi, perché in entrambi i casi si aiuta il Giudice, che comunque dovrà esprimersi su quel caso, a farlo nel migliore dei modi»²¹.

Tuttavia, nella stima delle consulenze, perizie, pareri degli esperti i giudici non sempre sembrano essere attenti 'valutatori', essendo influenzati dalla percezione che essi hanno circa la natura scientifica o meno della *evidence* da va-

²⁰ Secondo la quale ai fini della decisione se ammettere o meno una prova scientifica come rilevante occorre che essa sia affidabile scientificamente non solo in base al criterio della «generale accettazione» da parte della comunità scientifica interessata, ma anche ad altri criteri; in particolare al criterio della controllabilità e falsificabilità e cioè che la teoria o la tecnica su cui si fonda la prova possa essere e sia stata «testata»; a quello secondo il quale la teoria o la tecnica deve avere avuto riscontro positivo nella comunità scientifica di riferimento e infine a quello del noto o potenziale margine di errore e degli standards relativi alla tecnica impiegata.

²¹ V. CATANESI, MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in CIPOLLA, BANA (a cura di), *Scienze giuridico-penali*, cit., p. 230.

lutare. Da recenti studi americani²² sarebbe emerso infatti che nello svolgere la loro funzione di custodi della scientificità del metodo e dei risultati delle testimonianze esperte i giudici risentono della percezione di scientificità che essi hanno della prova oggetto del giudizio di ammissibilità. Nel senso che quanto più forte è questa percezione, tanto più elevato è il numero delle caratteristiche relative all'esperto e alla prova che vengono prese in considerazione e tanto più elevato è anche il numero delle prove non ammesse. Gli stessi giudici tendono infatti ad essere più rigorosi nell'applicazione delle linee-guida *Daubert* alle prove che essi considerano scientifiche, in ragione, in particolare, della complessità di esse e del metodo quantitativo da esse utilizzato.

Ma le tradizionali testimonianze psicologiche/psichiatriche non appaiono rientrare fra queste prove. Sembra che i giudici le considerino dotate di un basso coefficiente di scientificità e questo perché: a) nella maggioranza dei casi tali testimonianze non si basano su metodologie quantitative (mentre quelle per neuroimmagini sono rappresentazioni computerizzate del cervello attraverso misurazioni numeriche di eventi fisiologici); b) il numero delle caratteristiche dell'esperto e delle prove prese in considerazione dai giudici è risultato più basso rispetto a quello di altre prove; c) quelle psicologiche/psichiatriche non sono perciò considerate complesse e, conseguentemente, sono state più facilmente accolte. Queste conclusioni sembrerebbero rispecchiare la realtà prasseologica, nella quale le testimonianze esperte di natura psicologico-psichiatrica troppo spesso si sottraggono alla verifica secondo i criteri di scientificità che valgono invece per le altre tipologie di pareri esperti. Con la conseguenza della loro ammissibilità anche quando esse siano fondate su valutazioni cliniche inaffidabili²³.

Alla fine, nel processo è il punto di vista personale sul tipo di prova, se scientifica, tecnica o espressione di altro sapere esperto, che influenza il giudizio di ammissibilità di essa ed il suo grado di affidabilità. Il modello scientifico di riferimento è dunque il risultato di «una sorta di “processualizzazione del metodo scientifico” che passa attraverso il contraddittorio tra gli esperti»²⁴. In altre parole, è il modello della scienza come costruzione sociale di es-

²² Cfr. MERLINO, MURRAY, RICHARDSON, *Judicial Gatekeeping and the Social Construction of the Admissibility of Expert Testimony*, in *Behavioral Science and the Law*, 2008, 26, p. 1887 ss. e ivi la bibliografia.

²³ Sottolinea tale aspetto, KULYNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence: A High-Tech Crystal Ball?*, in *Stanford Law Rev.*, 1997, 49, p. 1250, ivi la bibliografia.

²⁴ TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in DE CATALDO NEU-

sa che si va delineando in sede processuale²⁵. Di questo i giudici devono essere consapevoli per non rimanere vittima di illusioni di scientificità, come potrebbe accadere nel caso delle prove neurologiche. Esse, in quanto percepite come prove scientifiche, superato il vaglio di scientificità, assumerebbero una valenza probatoria tale da essere assunte come capaci di svelare verità incontrovertibili, anche in relazione alla capacità di intendere e di volere dell'imputato, con la conseguenza di un annullamento del contraddittorio come strumento di falsificazione. Come già ricordato all'inizio, infatti, «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano e infine si sovvertono»²⁶.

Perché questo non succeda, occorre allora particolare cautela da parte del giudice quando si tratta di fondare la propria decisione di incapacità per vizio di mente, e magari anche quella di pericolosità, sulla base delle 'testimonianze' offerte dalle neuroscienze. Se per un verso infatti prove di tal genere non potrebbero essere rifiutate adducendo semplicemente che si tratta di scienza c.d. "spazzatura" (*junk science*), per altro verso non sarebbe nemmeno auspicabile un'accettazione acritica di esse da parte dei giudici, in quanto esoteriche testimonianze. In breve: questi ultimi dovrebbero acquisire la capacità di distinguere l'uso corretto da quello scorretto delle immagini cerebrali, anche perché esse, a proposito dello stesso oggetto di indagine, possono offrire risposte diverse in ragione dei particolari parametri tecnici di volta in volta scelti per costruire l'immagine stessa²⁷.

Il compito di 'sostanziosi consumatori' di teorie e metodologie scientifiche, che con la sentenza *Daubert* è stato attribuito ai giudici, diventa allora ancora più impegnativo quando si tratta di metodologie probatorie come quelle delle

BURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, p. 69; cfr. anche CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in SCALFATI (a cura di), *Impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano 2006, p. 90 ss.

²⁵ JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p. 11 ss.

²⁶ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 535.

²⁷ Cfr. KULYNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence*, cit., p. 1254, la quale sottolinea come alla fine si possa arrivare a risultati molto differenti quando la stessa indagine cerebrale è svolta da diversi laboratori. Con la conseguenza che questa insita variabilità tecnica rende ancora più complicata la valutazione giudiziale della prova per neuroimmagini.

neuroscienze. Tali metodologie diagnostiche si prestano ad interpretazioni fuorvianti circa l'incidenza della infermità mentale sulla capacità di comprendere il significato di disvalore sociale del fatto e di controllo e di indirizzo del comportamento.

Per far fronte a questo grave inconveniente può forse soccorrere una dimensione metodologica del tutto peculiare, che assicura un duplice controllo di scientificità: la valutazione giudiziale dell'evidenza scientifica offerta dalle neurodiscipline dovrebbe tenere conto della struttura a due piani del giudizio di imputabilità, organizzandosi a sua volta su due livelli. Al primo livello, a cui corrisponde il piano medico-biologico del giudizio di imputabilità, compete l'indagine sulla affidabilità scientifica della prova tecnica, qual è quella per neuroimmagini, dalla quale emerge la presenza o l'assenza di un disturbo psichico. Nessun dubbio che in questa fase il giudice dovrebbe valutare la scientificità della prova secondo il protocollo riservato alle c.d. *hard science* e che nel processo si traduce nell'applicazione dei criteri *Daubert* e successivi. Ciò al fine di evitare il rischio di una sudditanza giudiziale facilmente insito nelle prove, che, come quelle neuroscientifiche, sono dotate di forza autoritativa. Al secondo livello, a cui corrisponde il piano psicologico-normativo del giudizio di imputabilità, compete la valutazione della c.d. prova inferenziale, alla quale il giudice non può comunque sottrarsi. Tale tipo di prova non rientra fra quelle di tipo autoritativo, ma ha natura persuasiva²⁸. Questo non significa che l'organo giudicante debba rinunciare a valutare attentamente la tenuta scientifica delle inferenze che l'esperto trae dalle prove neuroscientifiche a proposito della capacità di intendere e di volere del soggetto. Anzi, il giudice deve avere la piena consapevolezza che, a proposito di questa tipologia di prova, forte è il rischio che anche la competenza dell'esperto psichiatra o psicologo non sia adeguata ai fini di una corretta interpretazione delle nuove tec-

²⁸ Nel senso che, mentre rispetto al prova c.d. autoritativa il giudice può non essere in grado di capire e valutare il ragionamento esperto, ma comunque ritenere che ci siano buone ragioni per accettarne le conclusioni, nel caso di quella c.d. persuasiva il giudice, invece, accoglie o rifiuta le inferenze tratte dall'esperto, in quanto fondate su argomenti più o meno persuasivi. Ciò implica che colui che giudica ritiene di essere in grado di seguire il ragionamento specialistico; di soppesarne la fondatezza alla luce di altre prove e quindi di poterlo accettare o rifiutare in base al suo libero convincimento. Su questa distinzione ai fini della valutazione della prova scientifica, cfr., di recente, WARD, *English Law's Epistemology of Expert Testimony*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 582, e ivi la bibliografia, il quale distingue anche un terzo tipo di prova: quella che viene assunta come pura fonte di informazioni fattuali, poiché le inferenze che il perito trae da tali informazioni vengono dal giudice ignorate o comunque considerate inammissibili.

niche diagnostiche. È, questo, infatti, il campo delle c.d. *soft science*, delle scienze sociali o scienze umane, rispetto alle quali anche si impone dunque l'esigenza di «una razionalizzazione analitica della valutazione», in quanto occorre che «si chiarisca e si renda esplicito il contesto degli *standards* dai quali dipendono le inferenze e le valutazioni relative al singolo caso, e che questi stereotipi siano sottoposti a convalida scientifica»²⁹.

Seguire questa indicazione significa, in via generale, che anche per le scienze dell'uomo non ci si debba più accontentare di sbrigativi riferimenti a massime d'esperienza tratte dal senso comune, come anche la stessa Corte di cassazione ha ricordato³⁰; in via particolare, che non è possibile accontentarsi di facili deduzioni circa la capacità di intendere e di volere, quando il giudice chiede alla psichiatria e alla psicologia cliniche di valutare se lo stato di infermità diagnosticato con gli strumenti delle neuroscienze abbia danneggiato e in che misura quella capacità. Anche per questa valutazione il giudice deve infatti in primo luogo esigere dalla perizia psicopatologica scientificità del metodo, trasparenza metodologica, chiarificazione preliminare delle procedure peritali e delle conoscenze psicopatologiche che il perito intende seguire. E, in secondo luogo, il giudice deve esprimere il suo giudizio di affidabilità scientifica della prova dell'incidenza del danno cerebrale sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, utilizzando i parametri offerti a partire dalla sentenza *Daubert*. Un passaggio, questo, delicato e impegnativo per il giudice, per l'innegabile «gap deduttivo»³¹ fra le scoperte «scientificamente *hard*» derivanti dagli studi per neuroimmagini e il grado di rilevanza probatoria da riconoscere in sede processuale a queste scoperte cliniche sulla base dei parametri offerti dalle scienze *soft*.

²⁹ TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 232.

³⁰ Cfr. Cass. 19 aprile 2007, CED 236427, che, proprio in tema di valutazione delle conclusioni peritali circa l'imputabilità dell'agente affetto da un grave disturbo di personalità, ha perentoriamente affermato che non è consentito al giudice, «che si accinge alla valutazione dell'unico thema decidendi interamente appartenente alla valutazione medico-legale, dissentire da conclusioni rassegnate nell'ambito di tale scienza sulla base di considerazioni del tutto estranee ad essa e ricavate dalla comune esperienza». Con la conseguenza di «una intrinseca contraddizione del percorso argomentativo della decisione» e quindi del «vizio di illogicità della motivazione della sentenza». In dottrina, v. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 232 s.; ID, *La prova scientifica nel processo civile*, Relazione presentata al Convegno «Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche», Firenze, 7-8 maggio 2004, p. 6 ss., datt.

³¹ SHOWALTER, *Distinguishing Science from Pseudo-Science in Psychiatry: Expert testimony in the Post-Daubert Era*, in *2 Va. J. Soc. Pol. & L.*, 1995, p. 211.

La questione è dunque ancora una volta di natura metodologica. Sotto questo punto di vista occorre peraltro essere consapevoli del relativismo che ormai domina la scienza e in particolare quella psicopatologica, relativismo che impedisce giudizi di scientificità assoluti e generali riguardo a una scienza nel suo complesso. A questa conclusione metodologica è pervenuta la stessa sentenza *Daubert* e successivamente la decisione *KumhoTire Co. v. Carmichael*. Anzi, secondo una parte della dottrina americana tale conclusione rappresenterebbe il secondo importante principio, meno esplicito, ma non per questo meno fondamentale, sancito da *Daubert* per il controllo delle prove esperte, accanto a quello della responsabilità del giudice di *gatekeeper* del rigore scientifico. Il giudizio cioè deve riguardare il concreto compito da svolgere, con la conseguenza che quella di affidabilità non può essere intesa come una valutazione della singola disciplina scientifica considerata nella sua complessità e globalità³². È questo il c.d. *task-at-hand-approach*, per il quale l'affidabilità e la rilevanza della prova non possono essere giudicate secondo schemi astratti, ma devono essere vagliate sul campo, in sede cioè di concreta applicazione. Ciò significa che il giudizio di scientificità di un sapere come quello psicopatologico, in continua evoluzione, non può attualmente che essere di tipo operativo per i fini del processo penale.

Questa esigenza di una valutazione alla luce del 'compito da svolgere' in ragione delle particolarità del caso concreto sarebbe irrinunciabile, sia che si tratti di valutare la tenuta scientifica di pareri che applicano metodi di indagine appartenenti a discipline tecniche sia quando si abbia a che fare con metodi di indagine di pertinenza di una vera e propria scienza³³, indipendentemente dalla sua natura *hard*, come nel caso delle neuroscienze, ovvero *soft*, come per la psicologia o la psicopatologia. Quest'ultime considerate *soft sciences*, in quanto nella loro dimensione di scienze sociali e del comportamento utilizzano generalizzazioni inferenziali di natura comportamentale, che ai fini esplicativi vengono applicate al comportamento dell'individuo in ragione dell'appartenenza di quest'ultimo ad una classe o gruppo.

³² Il giudizio «must be made concerning the “task at hand”, instead of globally in regard to the average dependability of a broadly defined area of expertise», RISINGER, SAKS e al., *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science*, in *Cal. Law Review*, 2002, 90, p. 1 ss.

³³ Cfr. RISINGER, *Defining the “Task at Hand”: Non-Science forensic Science after Kumho Tire v. Carmichael*, in 57, *Washington & Lee Law Review*, 2000, p. 767, con riferimento alla grafologia.

Ciò di cui si sente la necessità, anche quando l'evidenza empirica è sostenuta da tecniche neuroscientifiche, è dunque uno schema concettuale, con il quale segnare i confini della valutazione giudiziale dell'imputabilità penale. Tale schema, come una carta nautica, dovrebbe guidare il giudice nel mare tempestoso dell'infermità mentale, al fine della decisione sul se e come l'attività cognitiva dell'individuo sia stata compromessa dalla disfunzione cerebrale, che le neuroimmagini si limitano a diagnosticare, ma non sono al momento in grado di spiegare.

Solo così il giudice esercita il ruolo irrinunciabile di consumatore, consapevole, attento e selettivo del sapere extragiuridico³⁴. Non bisogna infatti cedere alla tentazione di seguire pericolosi orientamenti di rinuncia al rispetto di precisi canoni di scientificità delle conoscenze extragiuridiche di natura psichiatrico-psicologica invocate nel processo come prove, affidandosi alla pseudoscientificità delle inferenze neuroscientifiche. In gioco è infatti il diritto costituzionalmente sancito a una risposta penale che rispetti il reale stato psichico dell'imputato al momento del fatto; il che implica anche il coraggio di rinunciare a questa risposta quando tale accertamento risulti scientificamente impossibile.

4. *Per un diritto penale dell'uomo*

Anche la psicopatologia forense moderna non può dunque ignorare la questione del fondamento scientifico delle sue risultanze psicopatologiche in tema di imputabilità penale e del fatto che esse devono essere sottoposte ad un giudizio esterno, che si potrebbe chiamare eteroreferenziale, di scientificità. A tal fine un consenso sempre più diffuso va quindi emergendo circa la necessità di elaborare linee-guida comuni, lo schema concettuale appunto a cui si è già fatto riferimento, per la valutazione giudiziale dei pareri esperti, in quanto prove scientifiche³⁵.

³⁴ Su questo compito del giudice, si rinvia in particolare a STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 456 ss.

³⁵ In proposito, v., per es., le *Linee-guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, elaborate nel corso del Seminario "La prova scientifica nel processo penale", promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa, 12-15 giugno 2008. Per una specificazione di queste linee-guida con particolare riferimento alle prove per neuroimmagini, v. KULYNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence*, cit., p. 1265 ss. A proposito del processo penale inglese, v., da ultimo, ROBERTS, *Drawing on Expertise: Legal Decision-Making and the Reception of Expert Evidence*, in *Crim. Law Rev.*, 2008, p. 443 ss, secondo il quale, poiché i cri-

Ai fini che qui interessano e alla luce delle considerazioni finora svolte si possono trarre già alcune direttive generali. Il giudice dovrà valutare caso per caso l'affidabilità probatoria della specifica teoria esplicativa dell'infermità o della specifica tecnica psicopatologica utilizzata, attraverso un'analisi bilanciata e combinata dei seguenti fattori, tratti appunto dalla sentenza *Daubert*: la verificabilità della teoria o della tecnica; la conoscenza del livello di errore ad essa relativo e la presenza di standards costanti di verifica; il fatto che la teoria o tecnica rimandi a dati o risultati di ricerche ad essa relativi accettati dalla comunità degli scienziati e pubblicati in riviste accreditate e infine che sia riscontrabile un'accettazione diffusa all'interno della comunità scientifica di tale teoria o tecnica. Si tratta pur sempre di un'applicazione dei criteri *Daubert*, ma meno puntuale e più flessibile secondo quanto indicato dalla successiva sentenza *Kumho*, che ha aperto la possibilità «per il giudice di esplicitare la più vasta “latitude in deciding how to test an expert’s reliability” valutando le caratteristiche delle prove dedotte nella specifica controversia»³⁶. Spetterà poi ancora al giudice sempre con riferimento al caso concreto valutare la forza probatoria di quella teoria o tecnica che risulta accreditata, corroborata cioè scientificamente, avvalendosi del suo potere discrezionale di valutazione delle prove, alla luce anche di una verifica circa la posizione e le competenze dell'esperto il cui parere è oggetto di valutazione. «In ogni decisione giudiziaria si verifica una fusione di scienza e coscienza, i cui elementi costitutivi sono difficilmente separabili». L'autorità della scienza infatti «non è mai assoluta e og-

teri *Daubert* potrebbero non essere del tutto soddisfacenti, sarebbe indispensabile la predisposizione di un corpo generale e condiviso di regole specifiche e consolidate, che indichino i principi in base ai quali disciplinare l'accoglimento delle prove esperte. A tal fine l'A. propone una riforma del processo penale inglese tale da consentire procedure specifiche di valutazione delle prove scientifiche, attraverso la presenza di un esperto (*a neutral expert*) che assista e collabori con il giudice per l'applicazione di tali regole. Ma le Corti inglesi, osserva ancora l'A., sono restie a promulgare direttive del genere di quelle americane della sentenza *Daubert*. Con la conseguenza di indicazioni vaghe, se non addirittura incoerenti e contraddittorie, sui criteri di ammissibilità delle prove esperte. Quanto all'esperienza americana, nel 2000 è stata aggiornata la disciplina relativa ai criteri da applicare per la valutazione della prova scientifica, previsti dalla *Federal Rule 702*, secondo la quale, tra l'altro, la testimonianza esperta è tale se si basa su fatti e dati sufficienti; se è il risultato di principi e metodi affidabili e se l'esperto ha applicato i principi e i metodi affidabili e pertinenti in relazione agli specifici fatti da provare. In proposito, v. da ultimo COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1188 ss.

³⁶ DONDI, *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come «expert witness testimony» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1150.

gettiva, ma sempre recepita dal giudice in una prospettiva di tutela assiologicamente orientata»³⁷.

Questo per quanto attiene al piano pragmatico. A livello di principi consegue che qualora l'interpretazione esplicativa del disturbo e della sua incidenza sulla capacità di intendere o di volere del soggetto in relazione a quel preciso fatto non risulti convincente, il giudice dovrà concludere per l'assoluzione di cui all'art. 530, 2° co. c.p.p. L'elaborazione del dubbio a favore della formula assolutoria sembra infatti l'unica strada praticabile³⁸. Così, né la pena può essere applicata né la misura di sicurezza dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario può essere ordinata nel caso in cui permangano dubbi sulla imputabilità totale o parziale dell'imputato³⁹.

In sintesi: fissato il principio che vi sono comunque delle regole giuridiche-guida fondamentali e vincolanti per il giudice e che esse sono valide per tutti i saperi extragiuridici, e quindi anche per quello psicopatologico che non può sottrarsi al rigore del metodo scientifico, spetterà al giudice decidere della affidabilità di tale sapere. E sarà lo stesso giudice che dovrà avere il coraggio di assolvere *ex art. 530, 2° co.*, tutte le volte in cui permanga un dubbio ragionevole sulle condizioni mentali del soggetto al momento del fatto. Come osserva

³⁷ SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche", cit., p. 24 ss. datt.

³⁸ Ciò sembrerebbe trovare conferma anche in recenti studi sperimentali sui sistemi giudiziari, che, come ad esempio quello scozzese, prevedono la possibilità di un verdetto di «non provato» (*Not Proven Verdict*), accanto a quelli di colpevole e di non colpevole. Quello di «non provato» è risultato un verdetto di compromesso, in grado di rispecchiare in maniera più soddisfacente lo stato di incertezza probatoria. Sarebbe infatti emerso che la maggior parte dei giurati che optavano per questo o per il verdetto di non colpevolezza si orientavano in tal senso in quanto ritenevano che le prove per condannare fossero insufficienti. Dunque, là dove è disponibile la terza opzione del *not proven*, essa viene preferita al verdetto di non colpevole, ma soprattutto prevale anche su quello di colpevole. Da questi studi sarebbe infatti emersa anche una notevole diminuzione nella percentuale delle condanne sulla base di prove "modeste". Ciò significa che, quando l'evidenza delle prove non è assoluta, il verdetto di non provato rappresenterebbe anche una valida alternativa alla condanna. Ma quest'ultimo risultato dimostrerebbe che in realtà i giurati non sono guidati da un modello razionale nelle loro scelte, secondo il quale se l'imputato può essere considerato colpevole in un contesto decisorio caratterizzato da una scelta binaria: colpevole o non colpevole, egli dovrebbe essere considerato tale anche quando diventa disponibile una terza alternativa decisoria, cfr. HOPE, GREENE e altri, *A Third Verdict Option: Exploring the Impact of Not Proven Verdict on Mock Juror Decision Making*, in *Law Hum. Behav.*, 2008, 249 ss. e ivi la bibliografia.

³⁹ Nella dottrina tedesca, cfr. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 809 e ivi la giurisprudenza richiamata.

la dottrina penalistica: «Intervenuto un tale serio dubbio sulla capacità di intendere e di volere, o il giudice lo risolve (per lo più con l'ausilio di un esperto...) accertandone l'infondatezza, oppure proscioglie: ciò deriva dalla centralità del principio di colpevolezza – che costituisce un caposaldo del diritto penale moderno – e del conseguente rilievo dell'imputabilità che ne è il presupposto»⁴⁰.

Si tratta, infatti, pur sempre della prova del “poter agire diversamente”, che, si è affermato, «non può ottenersi per il caso singolo che in via analogica»⁴¹. Procedimento di inferenza analogica che non implica che il giudice possa decidere sulla base di «un suo intimo convincimento “in libertà”»⁴². Piuttosto esso riflette la consapevolezza che il processo e in particolare quello penale non può correre il pericolo di essere trasformato «in una sorta di laboratorio, dominato dalla tecnica e neutrale rispetto ai valori che sono in gioco nella controversia e nei quali si rispecchiano i valori della società intera»⁴³.

Questi valori verrebbero invece negati qualora i risultati delle neuroscienze sfuggissero al “doppio controllo di scientificità” e servissero invece per suffragare teorie interpretative del comportamento umano in chiave riduttiva, tali cioè da svuotare di senso la stessa capacità di intendere e di volere e, conseguentemente, sul fronte del trattamento penale tali da privare la pena della sua funzione di risocializzazione a favore di interventi esclusivamente orientati ad una più efficace difesa sociale.

Arrivare a legittimare tali teorie sulla base dei risultati delle discipline neuroscientifiche significa accettare «un uso acritico e un po' “profetico” delle neuroscienze». Occorre invece evitare, come è stato giustamente osservato, che un tale uso «bruci nelle loro potenzialità» siffatte discipline⁴⁴. Cosa che invece si verificherebbe qualora si pensasse che il riconoscere che la corteccia prefrontale (CPF) «ha sempre più assunto il ruolo di via ultima comune per la volizione umana», poiché essa provvede «l'intera attività cognitiva, comportamentale di regole e modalità di scelte coerenti e di decisioni proficue»; e il ritenere che ancora la corteccia prefrontale rappresenta «il fulcro delle caratte-

⁴⁰ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2005, p. 7 ss.

⁴¹ ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in BERTOLINO, FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 921 s.

⁴² ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 922.

⁴³ DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 434 s.

⁴⁴ SAMMICHELI, SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica*, cit., p. 354.

ristiche intellettive, caratteriali, di personalità e stile di vita dell'individuo» implicano il negare l'unicità della volizione. Ma questa negazione non è possibile, semplicemente perché, se «i moderni tentativi di definizione funzionale della CPF forniscono una base interpretativa convalidata, la volizione rimane una espressione talmente elevata dell'uomo che la progressiva complessità neurobiologica della medesima altro non fa che sottolinearne l'unicità»⁴⁵.

L'orientamento prevalente è dunque a favore di un modello «non puramente computazionale, o deterministico, del dinamismo delle scelte umane»⁴⁶, che neanche le scienze del cervello sono state per ora in grado di scalzare. Le neuroscienze «ci offrono una messa di dati e di esperienze, certo, impressionanti; ma non ci danno alcuna idea di "come" queste esperienze vadano intese e vadano interpretate»⁴⁷. In breve: fintanto che il modello antideterministico non verrà falsificato, anche il diritto penale dovrà continuare a rimanere fedele al principio costituzionale dell'uomo come idoneo destinatario del precetto penale, in quanto dotato della capacità di autodeterminarsi. Nulla di astratto in ciò, «bensì la visione realistica di uomini in carne ed ossa all'interno di un concreto contesto storico, uomini forniti di diritti e rispettati come portatori di essi, ma vincolati altresì a dei doveri e, pertanto, diventati vere creature sociali»⁴⁸. Ebbene, per questo soggetto sociale il diritto penale non può accantonare il principio di responsabilità a favore di paradigmi semplificati di imputazione penale. La complessità della persona non giustificherebbe una scelta di tal genere, nemmeno quando a chiederlo fossero i nuovi scienziati dell'*uomo cerebrale*.

Fuori dalla questione dell'imputabilità penale, trattata fin qui, gli altri possibili apporti neuroscientifici mi sembra attengano a profili più strettamente

⁴⁵ SILANI, *La corteccia pre-frontale e le funzioni esecutive*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione*, cit., p. 71 ss. Sul problema dell'incidenza dei danni ai lobi frontali sulla capacità di controllo dell'individuo e sulla necessità di introdurre nelle Corti americane il *control o volition test* per l'*insanity defense*, cfr., da ultimo, REDDING, *The Brain-Disordered Defendant: Neuroscience and Legal Insanity in the Twenty-First Century*, in *American University Law Review*, 2006, 56, p. 51 ss., il quale osserva che «la legge dovrebbe consentire lo sviluppo di una "neurogiurisprudenza", che si adegui ai risultati delle moderne neuroscienze circa il ruolo delle disfunzioni cerebrali sul comportamento criminale di natura impulsiva».

⁴⁶ EUSEBI, *La condotta umana come volizione di eventi*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione*, cit., 16.

⁴⁷ BORGNA, *Neuroscienze e psichiatria*, in LENZI (a cura di), *Neurofisiologia*, cit., p. 207.

⁴⁸ GROSSI, "Oltre il soggettivismo giuridico moderno". *Lectio magistralis* tenuta all'Università Cattolica del S. Cuore di Piacenza, in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*, Piacenza, 27 febbraio 2007.

processuali. In particolare alla verifica dell'affidabilità della prova testimoniale; al controllo di veridicità delle dichiarazioni dell'imputato, ad esempio attraverso un'indagine circa la familiarità con la scena del crimine. Ma i contributi delle "nuove scienze" sembrano utili anche sul fronte opposto di chi giudica, e cioè per indagare e studiare i meccanismi di produzione della decisione giudiziale.

Si apre allora una finestra su un vasto terreno ancora da esplorare e coltivare. La questione è in particolare quale sia il modo migliore di una tale 'coltivazione', perché la 'produzione' che ne derivi rispetti l'uomo nella sua dignità e libertà.

LUCIA CORSO

Assegnista di ricerca nell'Università di Palermo

GIUSTIZIA SENZA TOGA. GIURIA, DEMOCRAZIA E SENSO COMUNE

SOMMARIO: 1. Giustizia e gente comune. – 2. Breve storia della giuria – 3. Giuria e democrazia. – 3.1. Processo e partecipazione politica. La giuria vista da Tocqueville. – 3.2. Giuria e legittimazione delle sentenze. – 3.3. Giuria e garanzia di libertà. – 3.4. Giudizio dei pari e giuria trasversale. – 4. Giurati indulgenti. – 5. Senso comune e giudizio. – 6. Conclusioni.

1. *Giustizia e gente comune*

L'idea di un giudizio – e di un giudizio penale in particolare – rimesso alla gente comune evoca in prima battuta una piazza urlante che incita ad acciuffare l'untore o l'euforia del pubblico di fronte alla ghigliottina. Anche nel mondo incivilito che sente ribrezzo per le scene cruente di impiccagioni o fucilazioni pubbliche, la giustizia della gente comune continua ad evocare le immagini delle *masse aizzate* efficacemente descritteci da Elias Canetti in *Massa e Potere* dove la partecipazione dei cittadini alle esecuzioni avviene attraverso i giornali: circostanza questa che aggrava la situazione in quanto i giornali sollevano i lettori dalla responsabilità del giudizio pur mantenendo intatto il morboso entusiasmo per la condanna¹.

Parimenti insidiosa appare una giustizia che seppure non somministrata dalla gente comune è tuttavia prona alle pressioni dell'opinione pubblica. Attuali sembrano le parole pronunciate più di quindici anni fa dal giudice della Corte Suprema americana Antonin Scalia che si diceva profondamente turbato dalla “pressione politica diretta alla Corte” e che constatava che “è molto triste che così tanti nostri concittadini ... ritengano che noi giudici dobbiamo prendere adeguatamente in considerazione i loro punti di vista, come se noi non fossimo impegnati ad accertare la legge oggettiva, ma piuttosto a perse-

¹ E. CANETTI, *Massa e Potere*, Adelphi, Milano, 2006, p. 62. Sul piacere di condannare, cfr. anche *Ibidem*, p. 358 che CANETTI spiega così: “Donde ha origine tale piacere? Si spinge via da sé qualcosa, si relega qualcuno in un gruppo di inferiori, e cioè presuppone che il sentenziante appartenga a un gruppo di migliori. Ci si eleva svilendo gli altri”.

guire una qualche forma di consenso sociale”².

Parziali rimedi al rischio che la giustizia persegua una qualche forma di consenso sociale piuttosto che risolvere la controversia applicando la norma rilevante con imparzialità e freddezza sono i principi di sottoposizione del giudice alla legge, di indipendenza ed autonomia della magistratura, di imparzialità del giudicante, dell’obbligo di motivazione: tutti rimedi volti, fra le altre cose, a smorzare la passione che accompagna ogni giudizio³ e dunque la possibile faziosità del giudice nonché a creare una cesura fra la sentenza e la comunità offesa.

A questi principi se ne aggiunge comunemente un altro: quello dell’accesso alla magistratura tramite concorso (art. 106 Cost.). Il criterio della competenza nella selezione dei magistrati si ispira alla considerazione di buon senso secondo cui per applicare la legge la si deve conoscere. Tuttavia la progressiva burocratizzazione della giustizia⁴ ha portato con sé implicazioni morali ben più ampie, già intuite da Max Weber un secolo fa, e che ci inducono a riporre audacissime speranze nei tribunali – specie in quelli più distanti possibile dai fatti interessati, quali i tribunali internazionali – e nello stesso tempo a nutrire sempre maggiori sospetti nei confronti della gente comune.

Ma fino a che punto è possibile quell’operazione che la Corte Costituzionale italiana ha definito di *spersonalizzazione* del giudicante?⁵ O non è forse vero, come peraltro riconosce la Corte Europea dei diritti dell’uomo, che i tribunali “non possono funzionare nel vuoto”⁶ o, come ormai in modo generico si riconosce nelle teorie dell’interpretazione giuridica, che il giudizio difficilmente prescinde dalle *precomprensioni* della persona fisica che giudica e comunque dal clima socio culturale in cui il tribunale si trova ad operare?⁷ Una

² *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), *dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 1000.

³ ARISTOTELE, *La politica*, Bari, Laterza, 1967, p. 71.

⁴ R. ROMANELLI, *Magistratura e potere nella storia europea*, in R. ROMANELLI (a cura di) *Magistrati e Potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 7-22.

⁵ Corte Costituzionale 13-20 maggio 1996, sentenza n. 155; cfr. anche Corte Cost., sentenza n. 335/2002, 8-12 luglio 2002.

⁶ CEDU, sentenza 5 dicembre 2002, ricorso n. 34896/97.

⁷ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. 128, 159; cfr. di nuovo la sentenza CEDU 5 dicembre 2002 nel passo in cui si afferma: “D'altra parte, si è d'accordo in generale nel pensare che i tribunali non possono funzionare nel vuoto: benché essi abbiano come unica competenza quella di pronunciarsi sulla colpevolezza o l'innocenza in merito ad un'accusa in materia penale, non risulta affatto che precedentemente o contemporaneamente, le questioni di cui vengono a conoscenza non possano

volta preso atto di questa semplice verità, e cioè che il giudizio non è sospeso nel vuoto ma va calato nel contesto in cui la controversia è sorta, diventa lecito chiedersi se possa esistere un sistema per avvicinare la sentenza alla comunità interessata senza per questo incorrere nel rischio del giudizio di una piazza irresponsabile. E se non possa risultare utile l'osservazione di Tocqueville secondo cui la vera virtù dei giudici è passiva, passiva anche di fronte ai cittadini in carne e ossa⁸.

Il diritto comparato ci offre un chiaro esempio di un istituto giuridico che consente di ancorare la sentenza al giudizio di cittadini comuni, pur nel rispetto delle regole procedurali e delle garanzie delle parti. Nel processo celebrato di fronte ad una giuria, uomini e donne comuni, non esperti di diritto, appartenenti a classi sociali, etnie, religioni variegata sono investiti di una delle scelte più drammatiche che l'appartenenza ad una comunità politica possa richiedere, e cioè quella di decidere della vita, della libertà o del patrimonio di altri concittadini, con un giudizio di colpevolezza o innocenza dell'imputato o di attribuzione di responsabilità di una delle parti⁹.

Dalla prospettiva di un sistema giuridico come il nostro, che si affida alla competenza di chi giudica (art. 106 cost.) e all'indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 104, comma 1, cost.), la fiducia nella capacità dei cittadini comuni di emettere verdetti equi appare un atteggiamento naif. Le intestazioni delle sentenze delle corti italiane che recitano che esse sono state pronunciate *in nome del popolo* sembrano formule di stile, così come quasi priva di significato appare, oggi, la previsione costituzionale contenuta all'art. 101, comma 1, che stabilisce che la giustizia è amministrata in nome del popolo¹⁰. È noto che i costituenti hanno demandato al parlamento la decisione su

dar luogo a discussione, o sulle riviste specializzate, o sulla grande stampa o presso il pubblico in generale (vedere, mutatis mutandis, Sunday Times (n°1) c. Regno Unito, sentenza del 26 aprile 1979, serie A n° 30, p. 40, § 65, e Papon c. Francia (dec.), n° 54210/00, 19 novembre 2001, non pubblicata). A condizione di non superare i limiti fissati ai fini di una buona amministrazione della giustizia, i resoconti dei procedimenti giudiziari, ivi compresi i commenti, contribuiscono a farli conoscere e sono quindi compatibili con l'esigenza di pubblicità dell'udienza enunciata dall'articolo 6 § 1 della Convenzione. Alla funzione dei media che consiste nel comunicare tali informazioni ed idee, si aggiunge il diritto del pubblico di riceverle".

⁸ A. de TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, Torino, UTET, 1991, pp. 123-124.

⁹ Per una più diffusa trattazione del tema, sia consentito far rinvio al mio, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹⁰ Faccio rinvio al mio, *Potere giudiziario e sovranità popolare. Dalla giustizia amministrata in nome del popolo alla giustizia amministrata dal popolo: sei modelli a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.

un'eventuale partecipazione diretta del popolo alla giustizia, che dunque non ha un rango costituzionale¹¹. È parimenti noto è che il ruolo dei giudici popolari nelle corti d'assise e d'assise d'appello è, nei fatti, piuttosto limitato rispetto a quello dei togati dei medesimi collegi¹².

Lo scetticismo nei confronti della partecipazione dei laici al processo, che a mio avviso riflette un più generico scetticismo nei confronti della capacità morale dei cittadini comuni, sembra condiviso anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo che in una sentenza del 2002, proprio con riferimento all'Italia, si lasciò sfuggire che il rischio di faziosità del giudicante per effetto della possibile suggestione degli organi di stampa sembra scongiurato quando “gli organi giudiziari che hanno trattato la causa” sono “interamente composti da giudici professionali”, i quali, a dire della Corte, “contrariamente ai membri di un giurì, ... godono di un'esperienza e di una formazione che permettono loro di fugare qualsiasi suggestione esterna al processo”¹³.

Curiosamente dall'altra parte dell'oceano, la Corte Suprema americana assume una posizione esattamente opposta in quanto vede nella giuria il principale baluardo dell'individuo contro un'accusa intenzionalmente persecutoria e contro un giudice troppo zelante o eccentrico o prono al volere dell'esecutivo ovvero influenzato dall'opinione pubblica¹⁴. Sicché la prospettiva è ribaltata: è il laico, il non esperto, l'individuo che giudica una volta o poco più nella vita che dà garanzie di giustizia; è il senso comune che aiuta a sconfiggere pregiudizi e umori e a temperare la rigidità della legge.

Per comprendere le affermazioni, dal nostro punto di vista sorprendenti, della Corte Suprema americana occorre ripercorrere sia pur brevemente la genesi storica del processo con giuria, per poi guardare al rapporto fra giuria e principio democratico e al giudizio di senso comune di cittadini che non sanno nulla di diritto. Questi gli argomenti che saranno oggetto delle pagine seguenti.

¹¹ Sul dibattito alla costituente sulla formulazione dell'art. 102, cfr. <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/102/index.htm?art102-016.htm&2>

¹² G. CONSO, *Séance d'Ouverture / Opening Session* in «Revue internationale de droit pénal», Vol. 72, 2001, pp. 15-18.

¹³ CEDU, sentenza 5 dicembre 2002.

¹⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

2. Breve storia della giuria

L'etimologia del termine "giuria" (*jury* in inglese) si spiega con l'originaria funzione dell'istituto. I giurati sono all'inizio degli individui chiamati a partecipare nei processi e ai quali è chiesto di pronunciarsi in modo veritiero (e cioè di giurare, da qui il termine) su alcuni fatti posti alla base del giudizio¹⁵. Sicché in origine il ruolo dei giurati è molto più simile a quello dei testimoni che a quello dei giudici.

La giuria fu introdotta in Inghilterra al tempo della conquista normanna¹⁶. Alla fine del regno di Enrico III, i giurati erano dodici cavalieri selezionati nell'ambito del distretto in cui era sorta la controversia da quattro cavalieri a loro volta scelti dallo sceriffo. Il meccanismo di selezione era finalizzato a prevenire scelte parziali effettuate direttamente dallo sceriffo. I giurati dovevano essere liberi e senza precedenti penali, imparziali e disinteressati¹⁷: né nemici, né amici dei contendenti. Tuttavia dai giurati non ci si aspettava assoluta ignoranza sui fatti della causa. Al contrario l'istituto della giuria, riflesso dell'idea di rimettere il giudizio alla comunità, presupponeva una conoscenza delle questioni su cui si sarebbe dovuto discutere nel corso del processo, nonché la conoscenza da parte dei giurati delle parti¹⁸.

Per scongiurare il rischio di parzialità o arbitrarietà, alle parti era attribuito

¹⁵ *Jury*, ad vocem, in *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn. 1990

¹⁶ *Jury* ad vocem, in *Encyclopaedia Britannica*, vol. 13, p. 205, Chicago, 1963.

¹⁷ Il criterio di selezione era guidato dalle seguenti massime: "*per quos rei veritas melius sciatur*"; "*qui melius sciant et velint veritatem dicere*"; cfr. F.W. MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, The Lawbook Exchange, Ltd, 2001, p. 621. Una prima ricostruzione completa del sistema inglese della giuria ci è fornita da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1765-1769), London 1787, il quale si ispira alle opere di E.Coke e di M. Hale. Blackstone rintraccia le origini delle giurie nella Magna Charta e comunque nella consolidata tradizione di common law sia nei processi penali che civili. Lo *sheriff* forma una lista di 48-72 nomi di possibili giurati, scelti fra i possedenti con un patrimonio che renda almeno 20 sterline l'anno. Per ogni singola causa vengono poi estratti a sorte un numero di cittadini non superiore a dodici. Blackstone illustra anche le cause di ricasazione dei potenziali giurati, nonché enumera i casi in cui la ricasazione può essere richiesta senza spiegazione (*peremptory challenge*). Il *Grand Jury* decide sull'ammissibilità dell'accusa (*true bill*) perché possa essere investita della questione la *petty jury*. Blackstone sottolinea il carattere orale del dibattimento inglese e la rilevanza della prova testimoniale, ascoltata *viva voce*. I giurati decidono sull'innocenza e sulla colpevolezza dell'imputato applicando il principio di diritto che è stato indicato loro dal giudice. Il giudice, infatti, sovrintende allo svolgimento del processo ed in casi più complessi può rimettere ai giurati solo una prima valutazione dei fatti, riservandosi di emettere il verdetto (*special verdict*). Ivi, III, pp. 360-377.

¹⁸ MAITLAND, *History of English Law*, cit. p. 622

il diritto di recusare qualche giurato con una pratica che è ancora presente in tutti gli stati americani (le cosiddette *challenges*).

Il passaggio dalla giuria testimone alla giuria giudice dei fatti è segnato dall'affermazione di due principi, quello dell'unanimità del verdetto¹⁹ e quello secondo cui il giudizio deve fondarsi solo sui fatti che sono stati provati nel corso del processo²⁰. La giuria alla fine del sedicesimo secolo non ha più poteri istruttori extra-processuali²¹: sulla base delle indicazioni fornite dal giudice che sovrintende il processo e formula il principio di diritto da applicare, i giurati emettono un giudizio sui fatti di causa.

Sebbene nella tradizione di *common law* la giuria sia il giudice dei fatti, a partire dal 1600 cominciò a fiorire una letteratura sul potere della giuria di pronunciarsi sul diritto²². Dal processo a Lilburne nel 1649 per tradimento ai processi per eresia contro i Quaccheri inglesi, molti furono gli scritti sul potere della giuria di disapplicare la legge, specie la legge che comprimeva la libertà di coscienza. Questa posizione fu ripresa nel corso della Restaurazione dai sostenitori della resistenza e della disobbedienza civile²³, specialmente di fronte all'accusa di diffamazione sediziosa (*seditious libel*)²⁴. La diffamazione sediziosa era un reato di *common law* che consisteva nel divieto di divulgazione per iscritto di fatti relativi ad organi di governo o ad individui che coprivano cariche pubbliche capaci di portare discredito su costoro. Sicché il reato era di fatto una censura. Nel 1670, nel processo intentato contro William Penn e William Mead, imputati di assembramento sedizioso, i giurati, discostandosi dalle istruzioni del giudice, ritornarono con un verdetto di non colpevolezza, di fatto "disapplicando" una consolidata regola di *common law*²⁵

¹⁹ Il principio si affermò verso la fine del quattordicesimo secolo, cfr. MAITLAND, p. 626.

²⁰ T.A. GREEN, *The English Criminal Jury Trial and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA-SCHIOPPA (a cura di), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Dunker & Humbolt, Berlin, 1987, p. 44.

²¹ *Ibidem*, pp. 44-45.

²² C. HILL, *Puritanism and Revolution: Studies in Interpretation of the English Revolution of the Seventeenth Century*, London, Oxford University Press, 1965, pp. 75-82; Q. SKINNER, *History and Ideology in the English Revolution*, in «Historical Journal», 8, 1965, p. 791-806; D. VEALL, *The Popular Movement of Law Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1970, pp. 99, 103, 156-59; cfr. anche T.A. GREEN, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Trial Jury, 1200-1800*; University of Chicago Press, Chicago & London, 1985, pp. 318-355.

²³ T. A. GREEN, *Verdict According to Conscience 1200-1800*; cit., p. 318 ss.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. ABRAMSON, *We the jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 71.

ed inaugurando la lunga storia di quella che verrà poi definita “l’annullamento della legge da parte della giuria” e cioè la *jury nullification*.

Nell’America coloniale, l’istituto della giuria aveva principalmente un carattere politico: sia perché assottigliava il potere dei giudici nominati dalla corona inglese; sia perché consentiva ai cittadini di partecipare attivamente ad una funzione di governo (vera e propria ossessione dei primi coloni).

L’ottimismo che pervase gli insediamenti nel New England del 1600 spiega la fiducia dei coloni nel buon giudizio dei giurati. I giurati venivano, almeno in origine, selezionati in prevalenza fra i membri di una congregazione ecclesiastica, sicché l’affiliazione religiosa era garanzia di moralità e di coscienziosità dei giurati²⁶. La partecipazione nei processi civili e penali offriva ai coloni del Massachusetts l’opportunità di mettere in pratica i precetti politico-religiosi cui i fondatori si ispiravano: principi che imponevano a ogni membro della comunità politica non solo una partecipazione attiva alla vita pubblica ma anche di rimanere vigili sulla condotta degli altri concittadini.

Il diritto ad un processo con giuria era pressoché riconosciuto in quasi tutte le colonie e arrivò indenne alla rivoluzione; ed anzi è possibile che l’eco suscitata da alcuni processi in cui i giurati locali disapplicavano in modo clamoroso le leggi inglesi abbia consolidato i sentimenti autonomisti delle colonie e affrettato il processo di indipendenza²⁷.

John Adams ci spiega che la giuria introduce nel “potere esecutivo [...]”

²⁶ Sul rapporto fra affiliazione religiosa e partecipazione politica nel New England del 1600 faccio rinvio al mio, *Spirito di Religione e Spirito di Libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 91 ss.

²⁷ Emblematico il processo a John Peter Zenger del 1735. Zenger, editorialista del *Weekly Journal* di New York, era stato accusato di diffamazione sediziosa per aver scritto che il governatore regio dello stato di New York aveva revocato l’incarico al presidente della Corte Suprema di New York perché costui gli aveva dato torto in una causa civile. In effetti la legge prevedeva una pena per chi avesse criticato chiunque ricoprisse una carica pubblica per iscritto. Al processo nessuno mise in discussione il fatto che il governatore avesse agito per ritorsione ma, come affermò il giudice nelle sue istruzioni ai giurati, la verità e fondatezza della critica non erano cause scriminanti, ed il reato era stato provato. La difesa dell’avvocato Hamilton girava tutta intorno ad un punto: i giurati devono guardare con i propri occhi, sentire con le proprie orecchie, e far uso della propria coscienza e capacità di giudizio per emettere un verdetto sulla vita, la libertà e la proprietà di loro compatrioti. Se la legge che sono chiamati ad applicare secondo le istruzioni dei giudici ripugna alle loro coscienze, una sola è la possibilità che si offre a un giurato coscienzioso: disapplicarla. Ed in effetti, Zenger fu assolto. Cfr. J. Alexander, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, p. 93.

una forma di potere popolare” così che “nessun uomo può essere condannato a rispondere con la vita, la libertà, la proprietà o la reputazione senza il contributo della voce del popolo”²⁸.

Durante il dibattito all’Assemblea Costituente di Filadelfia diventa chiaro che l’istituto della giuria non è soltanto una modalità di realizzare una democrazia partecipativa e, nel linguaggio dei fondatori, un governo libero; ma che la giuria è altresì garanzia di libertà: difesa dei cittadini dalla tirannia dei magistrati²⁹.

Non è un caso che il diritto alla giuria nei processi penali sia uno dei pochi diritti inseriti nel testo originario della Costituzione Americana (art. 3, sez. 2, comma 3). Il *Bill of Rights* si è limitato a confermarlo e ad ampliarne la portata (VI e VII emendamenti).

Anche la Francia illuminista plaude all’idea del processo con giuria. Montesquieu, di norma ricordato soltanto per l’affermazione secondo cui il giudice è la bocca della legge, in realtà aveva ben presente che il potere giudiziario poteva essere egualmente se non più pericoloso degli altri poteri. Proprio con l’intento di far sì che il “potere giudiziario, così terribile fra gli uomini, [...] diven[ga] per così dire, invisibile e nullo”³⁰, Montesquieu suggerisce tre rimedi mutuati dalla esperienza inglese. Il primo è quello della temporaneità della carica di giudice, il quale non deve appartenere ad un ordine professionale ma deve essere scelto fra il popolo³¹. Il secondo è quello che il giudizio deve essere reso dai “pari” dell’imputato, da uomini laici della sua stessa classe sociale: “perché l’accusato non possa sospettare di essere caduto nelle mani di persone inclini ad usargli violenza”³². Il terzo è che “nei casi d’accusa più grave, l’imputato deve aver la possibilità di scegliersi dei giudici o per lo meno di rifiutarne un numero così elevato che quelli che rimangono possano esser considerati come di sua scelta”³³.

Cesare Beccaria nei *Dei delitti e delle Pene*, tradotto in Francia nella seconda metà del settecento, riprende l’argomento: l’idea di affidare la giustizia pe-

²⁸ C.F. ADAMS (a cura di), *The Works of John Adams*, Boston 1850-1856, III, p. 481.

²⁹ HAMILTON, *Federalist n. 83*, su: <http://www.constitution.org/fed/federa83.htm>.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Charles de Secondat barone di MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, Parte I, Libro XI, Cap. VI, trad. it. (a cura di Sergio Cotta), Torino, UTET, 1996, p. 278.

³² *Ibidem*, Libro XI, Cap. VI, p. 279. Ad influire sul pensiero di Montesquieu sul punto non è stata solo l’esperienza dell’Inghilterra, ma anche la conoscenza delle istituzioni medioevali francesi, cfr. PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit. p. 16.

³³ *Ibidem*, p. 279.

nale ai laici risponde ad almeno due esigenze. Innanzitutto la giuria garantisce la moralità dell'organo giudicante, in quanto "è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione"³⁴. In secondo luogo l'idea di affidare il giudizio a dei pari – per metà pari all'accusato e per metà pari al reo – previene i rischi di parzialità e mette a "tacere quei sentimenti che ispira la disuguaglianza"³⁵. Infine, il buon senso promette buoni risultati: "se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessario chiarezza e precisione: per giudicare del risultato medesimo, non vi si richiede che un semplice buon senso, men fallace che il sapere di un giudice assuefatto a trovare rei, e che tutto riduce ad un sistema fittizio imprestato dai suoi studi"³⁶.

Sembra risentire dell'eco suscitata dagli scritti di Beccaria l'appassionata presa di posizione di Voltaire, che nel 1771 affermava che mai una giuria inglese si sarebbe macchiata delle atrocità commesse dai giudici togati francesi i quali "non hanno che l'orgoglio e l'ambizione nella testa, [...] e mancano di senso di giustizia e di umanità nel cuore"³⁷. E proprio con riferimento alla giuria, nel 1786 Gaetano Filangieri poteva scrivere che il "sistema inglese era il solo in Europa in cui l'innocente non trema quando è chiamato in giudizio"³⁸.

Nei dibattiti all'Assemblea Costituente francese si enfatizza l'aspetto democratico dell'istituto della giuria, mentre rimane sullo sfondo l'idea che la partecipazione dei laici alla giustizia possa aumentare le garanzie dell'accusato. La legge istitutiva della giuria penale emanata il 16 settembre 1791 legava alla natura democratica del giudizio dei giurati l'inappellabilità delle sentenze.

L'esportazione della giuria nel mondo è frutto della politica espansionistica britannica, che portò la giuria in Asia, Africa, e nel continente americano, e delle conquiste napoleoniche che hanno esportato la giuria nel continente europeo (in Belgio, in molti degli stati tedeschi, nei territori austro-ungarici, in Russia, in Italia, in Spagna, in Svizzera, Olanda e Lussemburgo).

Soppressa nei regimi totalitari e autoritari del novecento (dal nazismo allo

³⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XIV (VII dell'ed. vulgata) (ed. Francioni), Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, I, Milano, Mediobanca, 1984, pp. 59 ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ VOLTAIRE, *Complete Works*, Banbury Oxfordshire, 1975, D 17230, vol. 121, pp. 425, cit. da PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit., p. 24.

³⁸ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, libro III, parte I, 16, Milano, G. Galeazzi, 1784, p. 46; cit. in PADOA-SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit., p. 41.

stalinismo, dal fascismo, al franchismo), la giuria non è più tornata in auge in Europa. Oggi il sistema prevalente, in Francia, Germania, Italia, attribuisce ai giudici popolari (i giurati) una funzione marginale: essendo chiamati a giudicare all'interno di un collegio misto – composto cioè anche di giudici togati – e solo per processi riguardanti certi tipi di reati, comunemente i reati più gravi e quelli contro lo stato.

In Italia la giuria classica, già attuata dal primo codice italiano unitario, quello del 1865, e poi trasfusa con poche varianti nel codice di procedura penale del 1913, fu soppressa dal fascismo, per ritornare in vita solo sulla carta ad opera del decreto legislativo luogotenenziale del 31 maggio 1946 (il cosiddetto decreto Togliatti) che deliberò il ripristino della giuria (sebbene la mancata emanazione del previsto regolamento attuativo aveva poi bloccato l'operazione di recupero). La reintroduzione della giuria nell'ordinamento italiano fu argomento di vivace dibattito all'Assemblea Costituente. Lo schieramento delle sinistre (composto fra gli altri dagli onn. Terracini, Molè, Togliatti, Targetti alle cui considerazioni si associarono La Pira e Mortati) si battè per un riconoscimento di rango costituzionale all'istituto della giuria. Tuttavia la proposta di Togliatti, "Ogni cittadino ha diritto, nel caso di reati politici o di altri reati gravi preveduti dalla legge, a che una giuria popolare di cittadini partecipi al giudizio nelle forme previste dalla legge" non passò.

La formulazione definitiva dell'art. 102, comma 3, Cost. ("La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo alla amministrazione della giustizia") fu il risultato di un compromesso che, se da un lato vedeva la vittoria dello schieramento sfavorevole al ripristino della giuria, dall'altro conferiva una portata precettiva all'intervento diretto del popolo nell'esercizio della funzione giurisdizionale³⁹.

Parziali eccezioni al progressivo declino dell'istituto sono, fra gli altri, la Spagna, in cui la giuria è stata introdotta con una legge del 1995, e la Russia, dove l'istituto, soppresso durante il regime sovietico, è stato reintrodotta in alcuni progetti pilota nel 1993 e ha immediatamente suscitato perplessità e polemiche sia per i costi elevati che per l'aumento esponenziale del numero delle assoluzioni rispetto al passato.

³⁹ E. AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione* e ID., *Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella Costituzione italiana*, in E. AMODIO (a cura di), *I giudici senza toga*, Milano, Giuffrè, 1979, pp.1-101; A. AVANZINI, *Corte d'Assise (ordinamento italiano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, UTET, 1989, pp. 178-190; D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2004, pp. 104 ss.

La progressiva erosione delle prerogative della giuria tocca oggi anche l'Inghilterra: circostanza questa dovuta non soltanto alla più severa politica criminale attuata per combattere il terrorismo ma anche ai costi che l'istituto comporta⁴⁰.

Il lento declino del processo a giuria in Europa (pur con le eccezioni di Spagna e Russia) è stato accompagnato nel corso del novecento dalla crescente diffidenza nei confronti delle capacità morali dei cittadini comuni cui al contrario si è opposta una sempre maggiore fiducia nel *ruolo* istituzionale e nella scienza (emblematica mi pare al riguardo la proliferazione di esperti che affiancano il giudice nel processo). Da qui la problematica relazione fra giudizio imparziale e principio democratico. Eppure la recente riabilitazione (seppure tiepida) del senso comune⁴¹ impone di guardare alla giuria come a qualcosa di più che un semplice oggetto di antiquariato.

3. Giuria e democrazia

La Corte Suprema americana ha riempito centinaia di pagine sul rapporto fra processo a giuria e principio democratico sostenendo ad esempio che il processo con giuria è espressione dell'impalcatura democratica disegnata dalla costituzione degli Stati Uniti⁴² e che pertanto la giuria va selezionata con criteri non discriminatori in modo che il gruppo di cittadini convocati per il servizio rifletta per composizione la comunità da cui sono chiamati⁴³; ovvero che il processo con giuria realizza l'ideale della giustizia pubblica⁴⁴.

Ma che significa che il processo deve funzionare con le regole proprie della democrazia? Che significa il principio secondo cui le sentenze emesse dai tribunali ordinari debbano essere dotate di legittimazione democratica⁴⁵?

La prima questione che si pone è se abbia senso parlare di principio democratico all'interno di un'attività che in qualche modo si ispira ad un modello

⁴⁰ Legal Action Group (LAG), Final Briefing on ICCPR reperibile all'indirizzo: www.lag.org.uk/shared_asp_files/.

⁴¹ R. BOUDON, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008, pp. 351-381.

⁴² *Smith v. Texas*, 311 U.S. 128, 130, 1940.

⁴³ Fra le altre, *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217, 220, 1945; *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528, 1975; *Powers v. Ohio*, 499 US 410, 1991.

⁴⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 1968.

⁴⁵ La questione è diversa da quella dei limiti della cd. *judicial review* e cioè del sindacato di costituzionalità e dunque dei rapporti fra corti costituzionali e parlamenti.

scientifico. Se ciò che conta è la ricostruzione accurata di fatti e la corretta applicazione di norme di diritto il criterio di legittimazione può essere di tipo razionale o legale ma non rappresentativo e consensuale. Seguendo questa linea di pensiero, sarebbe dunque irrilevante l'aspetto rappresentativo della persona che giudica, così come sarebbe irrilevante se provenga dal popolo, se sia selezionato con sistemi non discriminatori ovvero se sia stato reclutato per nomina politica o tramite concorso pubblico. Secondo questo modello il giudizio è corretto secondo standard legali o razionali che nulla hanno a che vedere con la *volontà* né di chi giudica, né di chi il giudice rappresenta (*veritas non auctoritas facit iudicium*)⁴⁶.

Questo modello di giudizio è tuttavia smentito dai fatti. Che il giudice disponga di un qualche margine discrezionale nell'esercizio della sua funzione decisoria è un luogo comune generalmente ritenuto come vero e ampiamente discusso nella letteratura in materia di interpretazione del diritto⁴⁷. Molti sono gli atti di *scelta* che il giudice compie per giungere alla decisione, non solo nell'attività di individuazione ed interpretazione delle norme da applicare, ma anche negli altri momenti fondamentali della decisione, quali ad esempio la ricostruzione dei fatti contestati o la valutazione delle prove⁴⁸.

Soltanto ammettendo che *almeno alcune* delle valutazioni compiute dall'organo giudicante non siano totalmente vincolate ha senso discutere della rappresentatività del giudice o del giudizio, e ha senso chiedersi se l'affidamento del giudizio di fatto ai giurati anziché al giudice abbia qualche giustificazione.

La seconda questione è di tipo normativo. Ammessa anche la possibilità che le decisioni giudiziarie siano almeno in parte libere, ammessa anche un'ampia discrezionalità in chi giudica, è giusto o opportuno chiamare in cau-

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 2000, p. 553.

⁴⁷ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 1-38; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 18-19; R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto Giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20 ss.; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche: la problematica attuale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1999, p. 15 ss.; F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. 101 ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2001, p. 11; B. CELANO, *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 99-114.

⁴⁸ TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, cit. p. 13.

sa la volontà popolare per colmare le lacune di legge o le incertezze nella ricostruzione dei fatti? È giusto rimettere la decisione di un caso controverso o di una parte di esso a gente che non sa nulla di legge? Non sarebbe più corretto trovare un criterio di legittimazione delle pronunce che si fondi su ragioni relative al risultato (*outcome related reasons*), quale, ad esempio, la competenza di chi giudica (art. 106 Cost.), piuttosto che su ragioni relative alla procedura (*process related reasons*), quale ad esempio la circostanza che la pronuncia è stata emessa da un uomo del popolo estratto a sorte⁴⁹?

La Corte Suprema americana prospetta almeno quattro modalità di intendere il rapporto fra principio democratico e processo a giuria.

3.1. *Processo e partecipazione politica. La giuria vista da Tocqueville*

Il primo argomento è quello di Tocqueville che sottolinea i pregi dell'istituto indipendentemente dalla circostanza che il processo a giuria si concluda con una sentenza più corretta o giusta di quella che sarebbe stata emessa da un collegio togato: “il giurì, e soprattutto il giurì civile, serve a dare alla mente di tutti i cittadini una parte delle abitudini del giudice; e queste abitudini sono precisamente quelle che preparano meglio l'uomo ad essere libero. Esso diffonde in tutte le classi il rispetto per la cosa giudicata e l'idea del diritto. Togliete queste due cose, e l'amore per l'indipendenza non sarà altro che passione distruttiva. Esso insegna agli uomini la pratica dell'equità. Ciascuno, giudicando il suo vicino, pensa che potrà essere giudicato a sua volta. Ciò è vero soprattutto del giurì in materia civile; non c'è quasi nessuno che tema di essere un giorno l'oggetto di un procedimento penale ma tutti possono essere parti in un processo civile. Il giurì insegna ad ogni uomo a non sfuggire alle responsabilità dei propri atti; disposizione virile senza la quale non c'è virtù politica”⁵⁰.

A centocinquanta anni di distanza da queste considerazioni, il giudice Kennedy della Corte Suprema ribadisce che “la partecipazione ad una giuria è espressione di cittadinanza responsabile da parte di tutti i membri di una comunità, ivi inclusi coloro che altrimenti non avrebbero potuto avere l'oppor-

⁴⁹ Per una distinzione fra ragioni relative alla procedura, *process related* e ragioni relative al risultato, *outcome related*, cfr. J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406, p. 1372; per una diversa prospettiva cfr. J. RAZ, *Disagreement in Politics*, in *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998, pp. 45-46.

⁵⁰ TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, cit. p. 324.

tunità di contribuire alla vita pubblica”⁵¹. È la giuria che offre all’uomo comune la possibilità di partecipare all’amministrazione della giustizia⁵² e che diffonde nei cittadini il rispetto per la legge⁵³.

La giuria è dunque palestra di democrazia; e la partecipazione alla giuria è, secondo questo primo argomento, un diritto civile e politico più che uno strumento di efficienza ed equità giudiziaria. Questa posizione ricorda le parole di alcuni membri dell’Assemblea Costituente italiana che proponevano di inserire il diritto alla giuria nella sezione relativa ai diritti fondamentali e non in quella relativa all’ordinamento giudiziario⁵⁴.

Proprio perché la partecipazione alla giuria è innanzitutto un diritto politico – prima ancora che uno strumento di equità processuale – la selezione dei giurati non può essere discriminatoria. La sistematica esclusione di certe categorie sociali, definite su base razziale, religiosa, sessuale, culturale, economica, viola il principio di eguaglianza a prescindere dalla circostanza che l’imputato sia stato danneggiato dalla discriminazione. Ad esempio, la Corte Suprema ha affermato che “qualunque sia la sua razza, un imputato in un processo penale, ha interesse ad impugnare il sistema utilizzato per selezionare o la giuria d’accusa o la giuria processuale, sulla base del fatto che esso escluda arbitrariamente membri di una certa razza e di conseguenza viola la clausola del giusto processo”⁵⁵. Sicché anche un imputato bianco ha diritto ad impugnare la sentenza di condanna pronunciata da una giuria composta da soli bianchi e adducendo la sotto rappresentazione di neri, perché il principio secondo cui la composizione della giuria deve essere variegata e trasversale è posto non solo e non tanto nell’interesse delle parti ma della comunità intera⁵⁶. Allo stesso modo un uomo può impugnare una giuria selezionata con un sistema che discrimina contro le donne⁵⁷.

⁵¹ *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

⁵² *Idem*; cfr. anche *Duncan v. Louisiana*, 391, U.S. 145, 147-158 (1968). In *Balzac v. Porto Rico*, 1922.

⁵³ *Green v. United States*, 356 U.S. 165, 215 (1958) (Black, J., dissenting).

⁵⁴ Ad esempio Togliatti e Moro, <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/102/index.htm?art102-016.htm&2>.

⁵⁵ *Peters v. Kiff*, 407 U.S. 493, 1972.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528 (1975): “La partecipazione della comunità all’amministrazione della giustizia penale non solo è in linea alla nostra eredità democratica ma è altresì necessaria per la fiducia del pubblico nell’equità della giustizia penale. Un limite all’accesso alla funzione di giurato a vantaggio di alcuni gruppi specifici o l’esclusione di segmenti riconoscibili

Le implicazioni politiche di queste considerazioni non sono di poco conto. Nell'impalcatura democratica americana, ci dice la Corte Suprema, la giuria inietta una forma di democrazia diretta che rinvigorisce le istituzioni rappresentative elette. Il divieto di escludere nella fase di selezione quei gruppi che di fatto sono vittime di discriminazione (le minoranze, le donne, gli omosessuali, gli ebrei) implica il riconoscimento che la giuria deve essere composta in modo da compensare e riequilibrare un vizio di rappresentatività di cui anche gli organi politici possono essere affetti. La composizione della giuria è affatto diversa dalla composizione del congresso, quanto a provenienza economica, religiosa, etnica, sessuale. Questo stato di cose ricorda un po' l'affermazione di John Stuart Mill il quale proponeva di bilanciare un eventuale squilibrio a favore delle élite investendo delle questioni politiche coloro la cui scarpa fa male al piede⁵⁸: e non solo perché i meno fortunati potessero in questo modo avere l'occasione di esprimere il proprio dissenso ma per dare all'intera società l'opportunità di guardare alle cose da un'altra prospettiva.

3.2. Giuria e legittimazione delle sentenze

Il secondo argomento estende alle sentenze il modello di legittimazione comunemente utilizzato per le istituzioni rappresentative. Esso recita che una decisione è legittima nella misura in cui colui che è obbligato a seguirla, nonostante dissenta nel contenuto, possa comunque dire a se stesso: "ho partecipato o ho avuto il diritto di partecipare a prendere quella decisione"⁵⁹. L'obbligatorietà delle sentenze discende dalla circostanza che esse sono pronunciate da un gruppo di cittadini selezionati con modalità non discriminatorie fra tutta la popolazione di una certa contea: dal fatto, cioè, che la giuria è il riflesso della comunità cui anche le parti processuali (su cui grava l'obbligo della sentenza) appartengono. Naturalmente quanto più la giuria riflette per composizione (razziale, sessuale, religiosa, economica) la popolazione da cui è estratta, tanto più la sentenza sarà legittima. In questa luce si spiega l'insistenza della

che svolgono ruoli importanti nella comunità, non sono in linea con il concetto costituzionale del processo a giuria".

⁵⁸ L'argomento della "scarpa che fa male al piede" è stato chiaramente esposto da D. THOMSON, *John Stuart Mill and Representative Government*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1976, pp. 20 ss.; cfr. anche S. HOLMES, *Passioni e Vincoli*, trad. it., Torino, Ed. Comunità, 1995, p. 276.

⁵⁹ Secondo Jeremy Waldron questo è l'esempio classico di ragione relativa alla procedura (*process related reason*), cfr. WALDRON, *The core case against judicial review*, cit. p. 1386-87.

giurisprudenza nell'affermare che giurie che non rappresentano adeguatamente la società, perché, ad esempio, sistematicamente i neri o le donne sono sottorappresentati⁶⁰, non possono che emettere verdetti illegittimi.

Questo argomento disturba la radicata convinzione che la legittimazione del giudizio risiede non nella rappresentatività dei suoi autori ma nella correttezza della decisione (ad esempio per la conformità alla legge generale). Eppure già Tocqueville ci spiegava che la giuria diffonde il rispetto per la cosa giudicata in quanto si accompagna alla percezione che il giudizio è stato emesso da cittadini comuni.

Vi è dunque una dimensione psicologica nella definizione dell'autorità legittima: sicché un imputato nero farà più fatica ad accettare un verdetto di condanna pronunciato da una giuria di soli bianchi⁶¹.

Che, del resto, non si possa prescindere da una qualche dimensione psicologica anche per quel che concerne la legittimità delle sentenze dell'autorità giudiziaria, sembra affermarlo anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, ove afferma che non è sufficiente che il giudice sia imparziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma è altresì necessario che esso sia *percepito* come imparziale (*be seen as impartial*)⁶² dalle parti e dal pubblico in genere.

3.3. Giuria e garanzia di libertà

Nel Federalist n. 83 Hamilton asserisce di apprezzare il processo a giuria non tanto per l'aspetto democratico (*palladium of free government*) quanto piuttosto per le garanzie di libertà che l'istituto offre: costituendo una "barriera contro la tirannia dei magistrati"⁶³.

⁶⁰ Cfr. *Smith v. Texas*, 311 U.S. (1940); *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217, 220, (1945); *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 528 (1975); *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

⁶¹ H. FUKURAI & R. KROOTH, *Race in the Jury Box. Affirmative Action in Jury Selection*, State University of New York Press, Albany, 2003, p. 1; P.C. ELLSWORTH & S.R. SOMMERS, *White Juror Bias: An Investigation of Prejudice Against Black Defendants in the American Courtroom, in Psychology, Public Policy, and Law*, 7, 2001, pp. 201-229.

⁶² La giurisprudenza sul punto è copiosa, cfr. ad esempio, Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982; *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984; *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998; *Aydin v Turkey*, 25 September 1997; *Chahal v. Turkey*, 15 November 1996. Cfr. L. WILDHABER, *Judicial Impartiality under the European Convention of Human Rights*, su: <http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.12-2001/wildhaber-eng.htm>.

⁶³ A. HAMILTON, *Federalist* n. 83 su: <http://www.constitution.org/fed/federa83.htm>.

In linea a questa tradizione vanno lette le parole di Jefferson il quale, memore dell'avvertimento dell'amico Madison secondo cui il potere giudiziario non è un potere nullo ma un potere terribile, si lasciava sfuggire: "se dovessi essere costretto a scegliere se lasciare il popolo fuori dal potere legislativo o da quello giudiziario, direi sarebbe meglio tenerlo fuori da quello legislativo. L'esecuzione delle leggi è più importante che il farle"⁶⁴.

Muovendo dalla medesima preoccupazione, quella cioè di prevenire la tirannia dei magistrati, Montesquieu proponeva di affidare almeno una parte del giudizio a cittadini comuni che appartenessero alla stessa classe sociale dell'imputato: per scongiurare il rischio che l'imputato cadesse nelle mani di persone "inclinati ad usargli violenza"⁶⁵.

Nella sentenza *Duncan v. Louisiana*, il giudice White sottolinea il rapporto fra processo a giuria e garanzie per l'imputato utilizzando l'argomento classico che sta alla base del principio della separazione dei poteri: "Le norme sul processo a giuria nelle Costituzioni statali e federale riflettono una fondamentale scelta [dei costituenti] relativa all'esercizio dei poteri (*official power*) – e cioè la riluttanza ad affidare pieni poteri sulla vita e la libertà del cittadino ad un giudice o a un gruppo di giudici. La paura di un potere che non sia controbilanciato, che è tipica del nostro governo federale nonché dei governi statali per altri aspetti, si è tradotta nel diritto penale in questa insistenza sulla partecipazione della comunità nella determinazione del verdetto di condanna o di innocenza"⁶⁶.

Sicché la ripartizione del giudizio fra giurati (ricostruzione dei fatti) e giudice (individuazione del principio di diritto) costituisce una modalità di *controbilanciare* il potere della magistratura togata e dunque una garanzia contro un'applicazione della legge arbitraria e oppressiva. Una modalità che si sovrappone e si affianca a quella del principio di indipendenza della magistratura, principio che dunque non viene ritenuto una sufficiente garanzia nei confronti di una giurisdizione tirannica.

Ma la Corte Suprema si spinge oltre, formulando l'ipotesi che i giurati siano capaci di giudizi più corretti di quelli del giudice togato, in quanto, sebbene meno istruiti, sono tuttavia più simpatetici (*sympathetic*) nei confronti delle parti o della questione. In altri termini, i giurati sono capaci di calarsi meglio

⁶⁴ Letter of Thomas Jefferson to Abbé Arnoux, July 19, 1789, in *The Papers of Thomas Jefferson* (J.P. Boyd eds), Princeton, Princeton University Press, 1958, vol 15, pp. 282-283.

⁶⁵ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., p. 279.

⁶⁶ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

nella situazione che il processo intende ricostruire. Emblematico al riguardo il seguente passo:

“Coloro che hanno scritto le nostre costituzioni avevano appreso sia dalla storia che dall’esperienza quanto fosse necessario proteggere i cittadini da accuse infondate promosse solo per eliminare i nemici e da giudici troppo sensibili alle voci dei propri superiori. Gli estensori delle costituzioni si batterono per creare un potere giudiziario indipendente, ma insistettero perché si adottassero misure ulteriori contro azioni arbitrarie. Riconoscere all’accusato il diritto ad essere processato da una giuria di suoi pari (*peers*) ha significato attribuirgli una *salvaguardia da una pubblica accusa corrotta o eccessivamente zelante e da un giudice compiacente, prevenuto o eccentrico* [corsivo aggiunto]. Quallora l’imputato preferisse il giudizio di senso comune della giuria alla reazione di un singolo giudice più istruito ma forse meno empatico (*sympathetic*), avrebbe tutto il diritto di richiederlo”⁶⁷.

Secondo questo modo di vedere la legittimazione delle sentenze dei giurati si fonda su un argomento non legato alla procedura ma al risultato (*outcome related*)⁶⁸: cosicché il principio democratico della partecipazione del popolo alla giustizia non sembra antitetico al principio di imparzialità e correttezza del giudizio.

3.4. *Giudizio dei pari e giuria trasversale*

Dopo il verdetto di condanna, Stendhal fa pronunciare al suo Julien Sorel un’invettiva contro una giustizia umana insensibile e prevenuta: “Signori, non ho l’onore di appartenere alla vostra classe; voi vedete in me un contadino che si è ribellato contro la miseria del suo destino [...]. Ho meritato la morte, signori giurati. Ma quand’anche fossi meno colpevole, vedrei degli uomini che, senza essere trattenuti da quel che la mia giovinezza può meritare di pietà, vorranno punire in me e scoraggiare quella classe di giovani che, nati in una condizione inferiore e oppressi in qualche modo dalla povertà, hanno avuto la fortuna di procurarsi una buona educazione e l’audacia di mescolarsi a quella che l’orgoglio dei ricchi chiama società. Ecco il mio delitto, signori, ed esso sarà punito con tanta più severità, in quanto non sono affatto giudicato dai miei pari: non scorgo sui banchi dei giurati qualche contadino arricchito, ma

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. *supra* nota 49.

soltanto borghesi indignati”⁶⁹.

L'idea che debba esserci una certa affinità fra chi giudica e chi è giudicato ha una lunga storia. Non soltanto perché, come diceva Montesquieu, il giudizio dei pari è meno fazioso e prevenuto del giudizio di chi appartiene ad un'altra classe di individui⁷⁰, ma anche perché, per dirla con il giudice Byron White, è più empatico e dunque più giusto.

Per comprendere questo argomento occorre richiamare le parole che Rousseau mette in bocca al pedagogo dell'Emilio che spiega che vedere non significa sapere perché solo la capacità di “immaginare” vividamente le sofferenze delle parti coinvolte (o gli interessi in gioco) consente di formulare un giudizio. Simili considerazioni esprime Adam Smith quando dice che lo spettatore imparziale – e cioè colui che emette giudizi equi – deve stare alla giusta distanza, né troppo vicino alle parti, ma neanche troppo lontano: “se la passione è troppo acuta o troppo debole, lo spettatore non può prendervi parte. La pena e il risentimento per sventure e offese private possono facilmente, ad esempio, essere troppo acuti, e nella maggior parte degli uomini è così. Allo stesso modo, sebbene sia più raro, possono essere troppo deboli. Chiamiamo l'eccesso debolezza e collera, e il difetto stupidità, insensibilità, mancanza di vigore. Non possiamo prendere parte a nessuna di queste passioni ma restiamo confusi nel vederle”⁷¹.

Il principio secondo cui l'uomo “del luogo” comprende meglio i fatti e dunque li giudica meglio di quanto non faccia un giudice venuto da lontano è stato accolto anche dalla costituzione italiana⁷², sotto la formulazione del principio del *giudice naturale precostituito per legge* (art. 25, comma 1)⁷³, anche se la sua portata è stata ridimensionata dalla nostra giurisprudenza ordinaria e costituzionale: si è persa, infatti, la connessione col principio democratico se non altro perché la naturalità, oggi, è pacificamente riferita solo all'or-

⁶⁹ STENDHAL, *Il Rosso e il Nero*, trad. it., Milano, Garzanti, 1990, pp. 532-33.

⁷⁰ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., p. 279.

⁷¹ A. SMITH, *Teoria dei Sentimenti Morali*, Milano, BUR, 1995, p. 111.

⁷² CONSO, *Séance d'Ouverture/ Opening Session*, in *Revue internationale de droit pénal*, cit., p. 17.

⁷³ Sul principio del giudice naturale, la letteratura è molto ampia; cfr. ad esempio, F. CORDERO, *Connessione e giudice naturale*, in *La testimonianza nel processo penale* (Atti del Convegno di studio «Enrico de Nicola» - Problemi attuali di diritto e procedura penale, Foggia, 13-15 ottobre 1972), Milano, Giuffrè, 1976, p. 53 ss; R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, I, *Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1981; ID., *Giudice naturale*, in *Nss. D. I., Appendice*, III, Torino, 1982, pp. 966-976.

gano e non alle persone fisiche che lo ricoprono⁷⁴.

Nella giurisprudenza americana sul processo a giuria l'idea del giudizio dei "pari" continua ad avere qualche riconoscimento, sebbene ci si sia discostati dal significato originario. Se un secolo fa la Corte Suprema poteva affermare che l'esclusione di certi gruppi dalla giuria rendeva illegittimo il giudizio solo qualora l'imputato appartenesse ad uno dei gruppi discriminati (l'imputato nero di fronte ad una condanna di una giuria bianca; l'imputata donna di fronte ad una giuria di soli uomini), già dagli anni '70 del novecento l'orientamento è cambiato. Una giuria che non rifletta adeguatamente la comunità cui dà voce è illegittima indipendentemente dal fatto che l'imputato appartenga o meno al gruppo escluso. Un uomo, dunque, può impugnare una condanna pronunciata solo da uomini (per effetto di una selezione che ha discriminato sistematicamente contro le donne), così come un bianco può impugnare una condanna emessa da una giuria di soli bianchi.

L'appassionata difesa della Corte Suprema di una giuria variegata e composita e che rappresenti trasversalmente⁷⁵ la popolazione rispolvera l'argomento caro ai sostenitori della giustizia dei "pari", dei *peers*. Se è vero che il giudizio va raggiunto solo sulla base delle "prove e degli argomenti esposti dalle parti in giudizio, al di fuori di qualsiasi influenza esterna, sia essa consistita in una conversazione privata o in un pubblico scritto"⁷⁶, così come è vero che "se si accettasse l'idea che l'appartenenza razziale di un giurato possa influenzare il modo di costui di ricostruire il caso allora significherebbe dare rilevanza allo "stereotipo che la legge condanna"⁷⁷, altrettanto convincente è l'osservazione di Sandra O'Connor: "Non dobbiamo ingannare noi stessi che la profonda fiducia nell'idea secondo cui la razza non rileva alcunché abbia trionfato sulla

⁷⁴ La Corte costituzionale italiana, ad esempio, è stata piuttosto tiepida nel riconoscere alla *naturalità* un valore autonomo e ha ritenuto che la formula dell'art. 25, comma 1, del giudice naturale precostituito non sia che un'endiadi sicché *naturalità* è in ultima istanza sinonimo di precostituzione. Tale posizione è sempre stata ribadita e tenuta ferma dalla Corte: v., da ultimo, C. cost. 30 dicembre 1994, n. 460, in *Giur. cost.*, 1994, 3967; non così però la dottrina, cfr. A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1 ss. Secondo la giurisprudenza ordinaria italiana, il principio si applica solo all'organo e non alle persone fisiche che lo ricoprono: in tal senso è la giurisprudenza assolutamente consolidata della Cassazione: v. Cass. 22 aprile 1992, n. 4838, in *Foro it.*, 1993, I, 899. Analogamente v. pure *Comm. trib. centr.* 14 gennaio 1993, n. 186, in *Comm. centr.*, 1995, I, 64.

⁷⁵ Il cosiddetto *cross-sectional ideal*.

⁷⁶ *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717, 722 (1961); vedi anche *Patterson v. Colorado*, 205, U.S. 454, 462, (1907).

⁷⁷ *Powers v. Ohio*, 499 US 410 (1991).

dolorosa realtà sociale che attesta che, in certi casi, essa nei fatti rileva”⁷⁸.

La storia della giustizia penale americana, specie degli stati del sud, conferma la semplice verità espressa dalle parole del giudice O'Connor. E la storia del sistema giuridico statunitense insegna altresì che l'istituto della giuria ha offerto un contributo, seppure non sempre costante, al tentativo di porre rimedio a “quella dolorosa verità sociale” che l'appartenenza razziale “nei fatti rileva” anche in spregio a un principio di eguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge e all'ideale di una giustizia *colorblind*⁷⁹.

Il contributo di un giurato nero consiste innanzitutto nel contrastare i pregiudizi degli altri giurati nei confronti dei membri della propria razza, sia quando i neri sono imputati che quando sono vittime di violenza dei bianchi. Già nel 1865 il deputato repubblicano William Kelly, per esprimere tutto il suo sconcerto per il razzismo di certi stati del sud, patrocinava proprio l'ingresso dei neri nella giuria e a questo fine cita l'accorato appello pronunciato da una testata giornalistica di New Orleans dopo l'ennesima assoluzione di un bianco che aveva ucciso un ragazzino nero: “Perché non abbiamo rappresentanti nella giuria? Perché le nostre vite, l'onore, i nostri diritti devono essere rimessi nelle mani di uomini che giudicano senza prescindere da radicati pregiudizi? C'è giustizia per noi nelle loro mani?”⁸⁰.

In effetti, l'ingresso dei neri nelle giurie degli stati del sud ha via via posto rimedio al clima di assoluta impunità in cui la violenza dei bianchi nei confronti dei neri operava fino agli anni '60 del novecento⁸¹.

Ma le giurie miste possono altresì tutelare i neri quando essi sono imputati di un delitto: magari contribuendo a ricostruire i fatti con una prospettiva più ampia, anche qualora il giudizio non sia esplicitamente pervaso da odio razziale. I neri, ad esempio, sanno che non fermarsi allo stop della polizia non significa necessariamente nascondere qualcosa⁸²; sicché l'intervento di un giurato nero può servire a spostare il confine del “dubbio ragionevole” necessario per la condanna.

⁷⁸ *Brown v. North Carolina*, 479 US 940, 941 (1986).

⁷⁹ N. GOTANDA, *La nostra costituzione è cieca rispetto al colore: una critica*, in K. THOMAS, GF. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, Diabasis, 2005, pp. 27-69.

⁸⁰ Cong. Globe, 38th Cong. Seconda seduta, 289 (1865). Discorso del deputato Kelly il quale cita *Is there Justice for the Black?*, New Orleans Trib. Dicembre, 1864.

⁸¹ R. KENNEDY, *Race, Crime, and the Law*, Atlanta, Vintage USA Books, 1997, pp. 29-75.

⁸² V.P. HANS & N. VIDMAR, *Judging the Jury*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1986, pp. 131-148.

Allo stesso modo le donne possono avere qualcosa da aggiungere alla ricostruzione dei fatti: qualcosa che magari agli uomini sfugge. Emblematica rimane la posizione espressa alla metà dell'ottocento dall'attivista Elisabeth Cady Stanton di fronte al parlamento di New York: "Deve la madre disperata che, per salvare se stessa ed il bambino da sofferenze e disgrazie, ha posto termine ad una vita appena cominciata, essere trascinata in tribunale di fronte ad un giudice uomo e a una giuria di uomini per rispondere del proprio crimine? Come possono costoro giudicare l'agonia di un animo che ha prodotto un tale stravolgimento dell'istinto materno? Devono essere le leggi fatte dalla logica degli uomini a definire la violenza esercitata sulla natura morale ed affettiva che predomina, come si dice, nella donna?"⁸³

A quasi un secolo di distanza il giudice Douglas riprende quegli antichi argomenti: "isolare l'aula di giustizia da uno dei due sessi può in casi specifici non fare una grossa differenza. E tuttavia un certo sapore (*flavor*), una qualità distinta si perde se uno dei due sessi rimane escluso. Tale esclusione rende la giuria ancor meno rappresentativa della comunità di quanto sia se un gruppo socio-economico o razziale venga escluso"⁸⁴.

Il giudice non spiega in dettaglio in cosa questo *flavor* consista e tuttavia suggerisce che le donne sono creature "più spirituali" e hanno dunque una sensibilità maggiore per certi fatti: ad esempio per comprendere se l'attività di raccolta di fondi in nome di Gesù ad opera dell'imputata configuri o meno gli estremi della truffa⁸⁵.

Nel corso del novecento le corti americane sono state chiamate a pronunciarsi sulla legittimità di giurie composte solo da impiegati pubblici⁸⁶ o selezionate in modo discriminatorio nei confronti di candidati omosessuali⁸⁷, obesi, giovani, e così via⁸⁸. Pur nelle oscillazioni giurisprudenziali è rimasta ferma

⁸³ G. RITTER, *Jury Service and Women's Citizenship before and after the Nineteenth Amendment*, in *Law and History Review*, 20.3 (2002):

<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/20.3/ritter.html>.

⁸⁴ *Ballard v. United States*, 329 U.S. 187, 194 (1946).

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *United States v. Wood* 299 U.S. 123 (1936).

⁸⁷ *People v. Garcia*, California Court of Appeal, Fourth District 77 Cal.App.4th 1269, 92 Cal.Rptr.2d 339 January 31, 2000.

⁸⁸ *Weber v. Strippit, Inc.*, 186 F.3d 907, 911 (8th Cir. 1999) (sull'età), *cert denied*, 528 U.S. 1078 (2000); *Fisher v. Texas*, 169 F.3d 295, 305 (5th Cir. 1999) (religione); *United States v. Santiago-Martinez*, 58 F.3d 422, 423 (9th Cir. 1995) (obesità), *cert denied*, 516 U.S. 1044 (1996); *United States v. Pichay*, 986 F.2d 1259, 1260 (9th Cir. 1993).

l'idea della natura contestuale della decisione e specialmente la sua dipendenza dal modo di pensare delle persone (fisiche) che pronunciano il verdetto⁸⁹.

La Corte Suprema ci dice che per il giudice o per il giurato non è sufficiente introiettare la legge per assumere la posizione di equidistanza dalle parti che è richiesta dal principio di imparzialità; e che non è sufficiente uniformarsi al precedente giudiziario o alla legge scritta per arrivare alla decisione giusta.

Il requisito della trasversalità della giuria non è solo funzionale alla effettiva corrispondenza fra giudizio e volere della comunità ma è altresì lo strumento attraverso cui l'immaginazione di chi giudica si *espande*. È proprio l'espansione dell'immaginazione per effetto delle parole degli altri giurati (che magari hanno colto nell'istruttoria cose che sono sfuggite ad altri) che spiega come ogni singolo giurato, ogni suo stato mentale, ogni sua credenza, ogni suo sentimento, ogni sua memoria di esperienze pregresse, aggiunga un *sapore*, un *flavor* alla deliberazione e la scoli dalle anguste visioni di precedenti diventati obsoleti.

Il verdetto presuppone lo "sforzo collettivo di mettere insieme il puzzle della verità storica"⁹⁰, cosicché verdetti non unanimi o emessi da giurie troppo esigue possono essere ritenuti contrari alla costituzione⁹¹. Come ci dice il giudice Blackmun "più esiguo è il numero dei giurati e meno probabile che ciascun componente contribuisca criticamente alla soluzione del caso concreto [...]. La memoria gioca un ruolo importante nella deliberazione della giuria. Tanto più diminuisce il numero dei giurati, [...] tanto meno saranno i singoli componenti che ricordano ciascuno importanti porzioni delle prove e degli argomenti. Inoltre, minore è il numero dei giurati, maggiore è il rischio che la deliberazione sia condizionata dai pregiudizi: maggiore è dunque la probabilità che non si addivenga ad un risultato accurato. Dal confronto fra la deliberazione di un individuo singolo e quella di un gruppo emerge che la decisione del gruppo è più accurata in quanto i pregiudizi di ciascuno sono bilanciati da quelli degli altri, con la conseguenza che il risultato finale è più obiettivo"⁹².

⁸⁹ Sulla natura «contestuale» della decisione, cfr., M. L. MINOW & E.V. SPELMAN, *In Context*, in *South California Law Review*, 63, 1990, p. 1597 ss.

⁹⁰ *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972), *dissenting opinion* del giudice William Douglas.

⁹¹ Sul principio di unanimità cfr. See *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 288 (1930); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516, 519 (1905); *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 586 (1900); *Williams v. Florida* 399 U.S. 78, 79 (1970); *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 410-411 (1972).

⁹² *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 233 (1978).

Tutto ciò riecheggia l'ideale aristotelico secondo cui la saggezza espressa dal gruppo che delibera è superiore alla saggezza individuale, e ciò in quanto "ogni individuo fra i tanti possiede una propria porzione di virtù e saggezza e quando più individui si riuniscono essi diventano in qualche modo un solo uomo [...]. Alcuni comprendono una parte, altri un'altra parte, ed insieme essi comprendono l'intero"⁹³.

Si comprende, dunque, perché, durante la fase di selezione, vanno ricusati i candidati del *jury pool* astiosi e portatori di credenze impermeabili agli argomenti altrui, ma vanno invece in qualche modo incoraggiati coloro che, in ragione delle proprie esperienze, hanno sofferto⁹⁴: da costoro, infatti, è più facile attendersi un atteggiamento di quella che Martha Nussbaum chiama l'immaginazione partecipativa e che è lo strumento cui pervenire ad un giudizio imparziale. Nel processo a carico di un imputato nero un giurato nero può ad esempio ricordare agli altri giurati che spesso le indagini condotte da poliziotti bianchi sono faziose e approssimative; ed in questo modo insinuare un dubbio nel giurato bianco (e dunque ampliarne l'immaginazione) che ha più difficoltà a prefigurarsi una simile esperienza.

Siamo agli antipodi di quell'atteggiamento espresso anche dalla Corte Costituzionale italiana secondo cui l'imparzialità del giudice è essenzialmente la sua spersonalizzazione; sicché il divieto per il giudice di pronunciarsi due volte all'interno dello stesso processo non "riguarda tanto la capacità del giudice di rivedere sempre di nuovo i propri giudizi alla luce degli elementi via via emergenti nello svolgimento del processo, quanto *l'obbiettività* della funzione del giudicare"⁹⁵.

Il giudice costituzionale americano coglierebbe in una posizione del genere, al peggio, la malizia dello spirito di casta, e al meglio un atto di fede nella burocrazia.

4. *Giurati indulgenti*

Nel diciottesimo secolo Thomas Jefferson notava che il senso comune di dodici uomini onesti aumenta le probabilità di una decisione giusta. Beccaria sosteneva che per la ricostruzione dei fatti processuali basta "buon senso,

⁹³ ARISTOTELE, *Politica*, libro 3, sez. 1281.

⁹⁴ *People v. Garcia*, California Court of Appeal, Fourth District 77 Cal.App.4th 1269, 92 Cal.Rptr.2d 339 January 31, 2000.

⁹⁵ Corte Cost., n. 155/1996.

men fallace che il sapere di un giudice assuefatto a trovare rei⁹⁶.

Per il giudice White il giudizio di senso comune dei giurati è la migliore garanzia contro una pubblica accusa faziosa o eccessivamente zelante o contro un giudice eccentrico o sensibile ai richiami dell'opinione pubblica⁹⁷.

Queste osservazioni ci stupiscono perché l'equazione che comunemente operiamo quando ci affidiamo ad una magistratura togata è di tenore opposto. Se le garanzie per l'imputato sono strettamente connesse alla fedele sottoposizione del giudice alla legge⁹⁸ e all'imparzialità di giudizio e se l'imparzialità di giudizio segue alla spersonalizzazione dell'organo⁹⁹, allora, quanto maggiore è la spersonalizzazione dell'organo (e cioè la sua appartenenza ad una struttura burocratica), tanto maggiore è la probabilità di un giudizio equo e corretto. Questo modo di ragionare riflette, peraltro, alcuni luoghi comuni sul giudizio dei non esperti: comunemente ritenuti sensibili alle pressioni dell'opinione pubblica¹⁰⁰, pieni di pregiudizi, stupidi e soprattutto vendicativi e giustizialisti.

Ad un'analisi più accurata dell'istituto, tuttavia, molti di questi pregiudizi non reggono.

Quasi tutti gli studi empirici sul funzionamento della giuria in America, dalla pionieristica analisi condotta negli anni cinquanta e sessanta dall'Università di Chicago¹⁰¹, fino alle indagini più recenti¹⁰², dimostrano sistematicamente non soltanto una maggiore mitezza dei giurati rispetto al giudice toga-

⁹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 59.

⁹⁷ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁹⁸ FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penal*, cit., p. 553.

⁹⁹ Corte Cost., n. 155/1996, cit.

¹⁰⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 dicembre 2002.

¹⁰¹ H. KALVEN E H. ZEISEL, *The American Jury*, Boston, Little Brown, 1966.

¹⁰² HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 97-112; S.M. KASSIN & L.S. WRIGHTSMAN, *The American Jury on Trial. Psychological Perspectives*, Bristol, PA, Taylor & Francis, 1988, pp. 169-188; HASTIE (ed.), *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 2004, pp. 136-174; N.J. FINKEL, *Commonsense Justice. Jurors' Notion of the Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, pp. 63-78; cfr. anche, D.J. DEVINE, L.D. CLAYTON, B.B. DUNFORD, R. SEYING, J. PRYCE, *Jury decision making: 45 years of empirical research on deliberating groups*, in *Psychology, Public Policy, & Law*, 7, 2001, pp. 622-727; M. ALLEN, E. MABRY, & D.M. MCKELTON, *Impact of juror attitudes about the death penalty on juror evaluations of guilt and punishment: A meta-analysis*, in *Law & Human Behavior*, 22(6), 1998, pp. 715-731; B. MYERS; E. GREEN, *The Prejudicial Nature of Victim Impact Statements: Implications for Capital Sentencing Policy*, in *Psychology, Public Policy, & Law*, 10, 2004, pp. 492-515.

to, ma anche la intelligenza di costoro nel comprendere le istruzioni di diritto del giudice nei casi difficili. Nell'ambito del cosiddetto *Chicago Jury Project*, i professori Kalven e Zeisel, responsabili della ricerca, hanno sottoposto a circa 560 giudici un questionario relativo a circa quattromila casi celebrati di fronte ad una giuria. Nel questionario è stato richiesto ai giudici: (a) come ha deciso la giuria (assoluzione, condanna, nessun risultato); (b) come avrebbe deciso il giudice se il caso non fosse stato deciso davanti ad una giuria; (c) in cosa i giudici pensassero risiedesse la differenza fra il giudizio dei giurati e quello proprio.

Lo studio è stato poi arricchito da parecchie interviste effettuate a giurati nonché, nella misura in cui ciò fosse possibile, dalla registrazione di ciò che è avvenuto dietro le porte chiuse della deliberazione dei giurati.

Questi i risultati dell'indagine: nel 5,5% dei casi le giurie non hanno espresso un verdetto, non avendo raggiunto l'unanimità (*hung juries*). Eliminati i casi di *hung juries* – ipotesi che non si dà per i giudici – i risultati dimostrano che nel 78% dei casi i giudici avrebbero deciso come i giurati. Nel 64% dei casi il giudice avrebbe condannato come la giuria; nel 14% dei casi il giudice avrebbe assolto come la giuria¹⁰³. Ma le conclusioni più interessanti riguardano il 22% dei casi rimanenti, quelli cioè in cui non vi è accordo fra giurati e giudici. Il disaccordo, infatti, non è al 50%: nel 19% dei casi i giudici avrebbero condannato mentre la giuria ha assolto; solo nel 3% dei casi il giudice avrebbe assolto mentre la giuria ha condannato¹⁰⁴.

Indagini successive sono pervenute a conclusioni simili¹⁰⁵. I risultati attestano dunque che la giuria è più *indulgente* del giudice togato. La giuria è stata più indulgente nel 19% dei casi mentre il giudice togato solo nel 3% dei casi. Vi è dunque uno scarto *di indulgenza* del 16% in favore della giuria. Perché?¹⁰⁶

Kalven e Zeisel hanno distinto tre casi: casi in cui il disaccordo concerne soltanto i fatti; casi in cui il disaccordo concerne fatti e valori; casi in cui il disaccordo concerne essenzialmente i valori. Il disaccordo è distribuito pressappoco così: 34% soltanto fatti; 42% fatti e valori; 24% soltanto valori¹⁰⁷.

¹⁰³ KALVEN E ZEISEL, *The American Jury*, cit., p. 56, tavola 11.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 58, tavola 12.

¹⁰⁵ HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 245-251.

¹⁰⁶ N.J. FINKEL, *Commonsense Justice. Jurors' Notion of the Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 52.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 52.

Sul disaccordo relativo alla ricostruzione dei fatti, Kalven e Zeisel hanno prospettato due ipotesi: che i giurati siano più diffidenti rispetto al giudice sull'attendibilità delle prove offerte dall'accusa (ipotesi della credibilità) e che essi tollerino un minor margine di dubbio per pronunciare una condanna (ipotesi del ragionevole dubbio)¹⁰⁸.

Qualora poi il disaccordo riguardi valori e fatti insieme (quando, ad esempio, non si dubita che la condotta sia stata posta in essere, ma è controverso il valore da attribuire a tale condotta: legittima difesa? stato di necessità? etc..), Kalven e Zeisel formulano la cosiddetta "ipotesi liberatoria" (*liberation hypothesis*): "il sentimento fa da guida alla soluzione di dubbi che nascono dalla valutazione delle prove; i dubbi sulla valutazione delle prove offrono una condizione favorevole alla risposta al sentimento. La vicinanza alle prove rende possibile che la giuria risponda al sentimento *liberandolo* dalla disciplina sulle prove [...]. Questo punto è fondamentale per comprendere la psicologia della giuria e del processo a giuria. Noi sappiamo da altre parti del nostro studio sulla giuria, che la giuria di rado consapevolmente e esplicitamente dà precedenza al sentimento rispetto alla lettera della legge. Piuttosto essa cede al sentimento nell'apparente processo di risolvere dubbi relativi alle prove. La giuria, dunque, è capace di mettere in atto la sua rivolta contro la legge sotto l'etichetta della risoluzione delle questioni di fatto"¹⁰⁹. La *battered woman syndrome*, sindrome da donna maltratta, ha giustificato, ad esempio, una serie di assoluzioni di donne che erano arrivate ad uccidere il marito abusante; così come è stata accolta la tesi della legittima difesa anche quando il marito è stato ucciso nel sonno¹¹⁰.

L'indulgenza dei giurati è ancora più evidente in quei casi in cui la lettera della legge stride con il loro senso di giustizia e che possono sfociare di tanto in tanto nella cosiddetta *jury nullification*: che consiste sostanzialmente nell'assoluzione anche qualora sia provata incontestabilmente la colpevolezza dell'imputato alla luce di una norma di legge. Si pensi ai cosiddetti *merciful*

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 165.

¹¹⁰ FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., pp. 240 ss; la letteratura sul tema è piuttosto ampia: A. BROWNE, *When Battered Women Kill*, New York, Free Press, 1987, pp. 11 ss; C.K. GILLESPIE, *Justifiable Homicide: Battered Women, Self Defense and the Law*, Columbus, Ohio State University Press, 1989; C.P. EWING, *Psychological Self-Defence: A Proposed Justification for Battered Women Who Kill*, in *Law and Human Behavior*, vol., 14, n. 6, Dec., 1990, pp. 579-594; N.J. FINKEL, K.H. MEISTER, D.M. LIGHTFOOT, *The Self Defence Defence and Community Sentiment*, in *Law & Human Behavior*, vol. 15, n. 6, 1991, pp. 585 ss.

killings, omicidi per pietà o eutanasia: casi chiari in cui gli stessi imputati non contestano i fatti ma che spesso culminano con un'assoluzione¹¹¹.

La maggiore mitezza della giuria non vale soltanto nei confronti del giudizio che avrebbe espresso il giudice togato ma anche in relazione ai sondaggi di opinione¹¹². Così ad esempio, nelle settimane e negli anni successivi all'assoluzione per ragioni di infermità di John Hinckley Jr., che aveva attentato alla vita del presidente Reagan, due americani su tre erano favorevoli all'abolizione dell'infermità di mente dalle cause scriminanti. Ancora oggi nei sondaggi l'infermità è un concetto cui gli intervistati guardano con estrema diffidenza e che interpretano, comunque, in maniera piuttosto rigorosa. Tuttavia le assoluzioni per causa di infermità sono sempre più frequenti e anche per ragioni che difficilmente trovano posto nei manuali di psichiatria: cause di infermità sono state riconosciute l'intossicazione da *junk food*, l'aver assunto troppa quantità di zucchero (*sugar high*), la sindrome premestruale (*pms*)¹¹³.

Stessa cosa in materia di severità delle pene. La legislazione in materia di recidiva ha ricevuto il plauso di gran parte della popolazione della California; e tuttavia le giurie sono particolarmente riluttanti a condannare di fronte alla prospettiva che venga inflitta una pena che si avverte sproporzionata. Con la conseguenza che non di rado gli imputati che rischiano di vedere aumentare la propria condanna per effetto della norma sulla recidiva vengono assolti¹¹⁴.

Se più di un secolo fa Gustav Le Bon attribuiva ai giurati una spiccata intuizione morale, di gran lunga superiore al giudizio sclerotizzato della casta dei magistrati¹¹⁵, oggi addirittura si imputa all'atteggiamento spesso troppo compassionevole della giuria (il *bleeding heart*) la progressiva deresponsabilizzazione della società americana¹¹⁶.

¹¹¹ P. MITCHELL, *Act of Love: the killing of George Zygmank*, New York, Knopf, 1976, p. 195; KASSIN & WRIGHTSMAN, *The American Jury on Trial. Psychological Perspectives*, cit., p. 157; FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., p. 127.

¹¹² A.W. SCHEFLIN, "Mercy and morals : the ethics of nullification", in LEVINE AND KLEINIG, eds, *Jury ethics : juror conduct and jury dynamics*, Boulder, Co., Paradigm, 2007, pp. 131-72.

¹¹³ Cfr. HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., pp. 179 ss.; FINKEL, *Commonsense Justice*, cit., pp. 279 ss.; cfr. anche J.Q. WILSON, *Moral Judgement: Does the Abuse Excuse Threaten out Legal System*, New York, Basic Books, 1997, pp. 22 ss., in cui tuttavia l'autore paventa il rischio di un'eccessiva deresponsabilizzazione della società americana per effetto dell'atteggiamento benevolo dei giurati.

¹¹⁴ N. FINKEL, al., *Recidivism, Proportionality, and Individualized Punishment*, in *American Behavioral Scientist*, 39, 1996, pp. 474-487.

¹¹⁵ G. LE BON, *Psicologia delle Folle*, Milano, TEA S.p.A., 2004, pp. 207-215.

¹¹⁶ WILSON, *Moral Judgement*, cit., pp. 89 ss.

5. Senso comune e giudizio

Il senso comune dei giurati va innanzitutto definito in negativo.

In una prima accezione esso è lo sguardo di chi si trova investito di una funzione pubblica in via occasionale: e cioè il *fresh look* (lo sguardo ingenuo) di chi non soltanto non è vincolato da precedenti ma che altresì non fa del giudizio un lavoro di routine.

Significative sono al riguardo le parole che lo scrittore Chesterton pronunciò dopo aver servito come giurato, esperienza questa che, a suo dire, lo avvicinò come mai prima di allora alla sofferenza umana: “Molti legalisti hanno affermato che la giuria di gente incompetente deve essere soppiantata da un giudice istruito. [...] Tuttavia] più si guarda alle cose, e meno le si vede, e più impara una cosa e meno la conosce... [C]he su un uomo istruito debba essere riposta più fiducia sarebbe inconfutabile se fosse vero che chi studia qualcosa e la pratica ogni giorno riesca a comprenderne sempre di più il significato. Ma non è così. Anzi costui comprenderà sempre meno il significato [...]. È un’impresa terribile assegnare ad un uomo il giudizio sugli altri uomini. Ma è qualcosa a cui ci si può abituare, come ad altre cose terribili [...] la cosa orribile degli uomini di legge, anche dei migliori, dei giudici, dei magistrati, degli avvocati, dei detective, dei poliziotti, è non che essi siano malvagi (che al contrario alcuni sono buoni), non che essi siano stupidi (molti di loro sono intelligenti), ma è semplicemente che essi si sono abituati a giudicare [...]. Essi non vedono un prigioniero dietro le sbarre; tutto ciò che vedono è il solito uomo al solito posto. Non vedono la spaventevole corte di giustizia, vedono soltanto il loro posto di lavoro”¹¹⁷.

La giuria è l’antidoto al progressivo ispessimento della capacità di giudizio di chi giudica per professione. È l’occasione per immettere nel processo un sentimento che difficilmente può essere descritto: “quel sentimento” ci dice Chesterton, “che avvertii io quando fui chiamato a giudicare”¹¹⁸.

L’occasionalità del giudizio dei giurati ne accresce il senso di responsabilità. Sedere nella giuria è un’esperienza molto difficile. Come ha riconosciuto anche la Corte Suprema “può essere difficile per un giurato improvvisamente trovarsi a decidere se mandare un altro essere umano in prigione, così come può essere altrettanto difficile concludere con la propria coscienza per l’asso-

¹¹⁷ G.K. CHESTERTON, *Tremendous Trifles*, 1909, ch. XI, (The twelve men) http://www.cse.dmu.ac.uk/~mward/gkc/books/Tremendous_Trifles.txt .

¹¹⁸ *Ibidem*.

luzione”¹¹⁹. Non sono pochi i casi in cui i giurati riferiscono di periodi di esaurimento e particolare stress dopo aver pronunciato il verdetto¹²⁰.

Tuttavia, è proprio questo senso di responsabilità, unito alla circostanza di non dover dipendere da nessuno, che spinge i giurati a guardare oltre i dogmi giuridici. Del resto la giurisprudenza americana riconosce che alla giuria – in quanto coscienza della comunità – è concesso di guardare oltre la logica¹²¹, così come pacifica è la considerazione che i giurati possono farsi guidare nella formulazione del giudizio non soltanto dal principio di diritto e dall’esperienza ma anche dalla *simpatia*: perché se così non fosse le persone dichiarate colpevoli di un certo reato sarebbero trattate come membri di una massa senza volto ed indifferenziata cui infliggere alla cieca la pena di morte¹²².

Il *fresh look* dei giurati si contraddistingue, dunque, non solo per lo scarso dogmatismo ma anche per una più accentuata partecipazione empatica¹²³: quella che, ad esempio, consente di dilatare le cause scriminanti o prestare più attenzione all’elemento soggettivo del reato. Ma anche quella che spinge a diffidare delle consulenze tecniche, quando la personalità dei consulenti non sembra convincente.

In una seconda accezione il senso comune dei giurati è lo sguardo di chi non ha alcuno spirito di casta: uno spirito che si manifesta non soltanto nella resistenza a superare precedenti magari diventati obsoleti, ma anche nella tendenza del giudice ad appiattirsi sull’accusa.

Una simile intuizione sembra confermata anche da alcuni giudici: come il giudice Fortas che riconobbe che “i giudici tendono a fare il callo ai casi. Essi tendono, dopo qualche anno, a nutrire dei sospetti nei confronti dell’imputato. [...]Tendono ad acquisire una mente un po’ da pubblico ministero. Questa è la giustificazione fondamentale della giuria”¹²⁴.

Nella *Psicologia delle folle*, Le Bon difende appassionatamente la giuria

¹¹⁹ *Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172, 187 (1997); cfr. anche T.E. PETTYS, *The Emotional Juror*, in *Fordham Law Review*, 76, 2007, p. 1637; disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1038641>.

¹²⁰ M.K. MILLER & B.H. BORNSTEIN, *Juror Stress: Causes and Interventions*, in *T. Marshall L. Rev.*, 30, 2004, pp. 237, 241.

¹²¹ *U.S. v. Spock*, Federal Reporter, 2nd Series, 1969, 416, 165-194. vedi anche HANS & VIDMAR, *Judging the Jury*, cit., p. 42.

¹²² *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, 304 (1976).

¹²³ PETTYS, *The Emotional Juror*, cit., pp. 1637 ss.

¹²⁴ A.W. SHEFLIN, *Jury Nullification: the Right to say*, in *Southern California Law Review*, n. 45, pp. 168 ss. (1972), p. 213.

proprio sulla base di questo argomento: “Conoscendo la psicologia delle caste e quella delle altre categorie di folle, non vedo nessun caso in cui, accusato a torto di un delitto, io non preferirei aver a che fare con dei giurati piuttosto che con dei magistrati. Con i primi, avrò assai probabilità di essere riconosciuto innocente, e ne avrò assai poche con i secondi. Temiamo la potenza delle folle, ma assai più quella di certe caste. Le une possono lasciarsi convincere, le altre non si piegano mai”¹²⁵.

È sulla base di queste premesse che la Corte Suprema può affermare che il comune senso di giustizia dei non esperti (di diritto) può offrire un antidoto efficace ad un giudice imbevuto “dell’ideologia della legge” e può arrivare a sostenere che una giuria composta da soli impiegati pubblici desta forti sospetti di faziosità: perché la debolezza umana, quella che spinge gli uomini a ‘piegare le docili giunture delle ginocchia, là dove il profitto segue l’adulazione’¹²⁶ pervade tutti i settori; anche quello degli impiegati e funzionari pubblici che possono avere qualche difficoltà a mettere la propria dipendenza dallo stato totalmente fuori dal giudizio¹²⁷.

In una terza accezione, il senso comune dei giurati è il sentimento di giustizia diffuso all’interno di una comunità che magari si è gradualmente discostato (superandolo) dalla legge scritta. Come riconobbe una corte federale “le giurie consultive possono essere utili ...alle conclusioni della Corte. Dal momento che le giurie consultive presuppongono la partecipazione della comunità e possono dunque incorporare la visione pubblica della moralità e della *common law* che cambia, il loro uso è particolarmente adatto quando si devono definire gli standard di giustizia della comunità (*community standards*)”¹²⁸.

Infine, il senso comune dei giurati è esattamente l’opposto di quello che sembrerebbe alla lettera. Non è il comune sentire di una maggioranza che tipicamente fa sentire la propria voce, ma è il sentimento di chi di rado interviene nelle questioni pubbliche: è il sentimento dei neri che chiedono giustizia quando sistematicamente i bianchi accusati di violenza contro i neri vengono

¹²⁵ LE BON, *Psicologia delle Folle*, cit., p. 215.

¹²⁶ La citazione è tratta dall’*Amleto*, Atto 3, scena 2, in William Shakespeare, *Amleto, Otello, Macbeth, Re Lear*, trad. it. a cura di A. Meo, Milano, Garzanti, 1974, p. 54. Così l’intero verso: “Perché si dovrebbe adulare il povero? No, la lingua zuccherata lecchi l’assurda pompa e pieghi le docili giunture le ginocchia là dove il profitto segue l’adulazione”.

¹²⁷ *Frazier v. United States*, 335 U.S. 497, 520. *Dissenting Opinion* del giudice Jackson.

¹²⁸ *National Ass.’n For Advance of Colored People (NAACP) v. Acusport Corp.*, 226 F.Supp. 2d 391, 398 (E.D.N.Y., 2002).

assolti¹²⁹; è il sentimento dei consumatori feriti o uccisi da prodotti nocivi; è il sentimento delle donne abusate; o dei risparmiatori truffati. Per dirla con John Stuart Mill, è il sentimento di coloro la cui scarpa è più stretta degli altri.

6. Conclusioni

La giuria è un istituto umano che come tale non può che avere luci e ombre. È costosa, rallenta i processi e inoltre *impone* una partecipazione civica che non sempre è in linea ai principi di uno stato liberale in cui la partecipazione politica è al più un diritto ma non un dovere. Per non tacere la circostanza che molte pronunce bizzarre di giurie americane, sia nei processi penali che nei processi civili, hanno suscitato parecchio sconcerto¹³⁰.

L'obiettivo di questo breve scritto, tuttavia, non è quello di promuovere l'introduzione anche in Italia di un istituto diffuso altrove (e peraltro innestato in un sistema processuale affatto diverso): operazione questa che richiederebbe un'analisi di tutt'altro tenore e specialmente uno studio sulla compatibilità fra l'istituto e alcuni principi della nostra costituzione – fra cui l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

L'obiettivo è molto più limitato, e consiste nel contrapporre la fiducia riposta dalla cultura filosofico-giuridica americana sul *common sense* a due caratteristiche che nella nostra società pervadono spazi molto più ampi dell'attività giurisdizionale: e cioè la profonda diffidenza nei confronti della capacità di giudizio (politico, giuridico o morale) dei cittadini comuni cui si accompagna un sottile disprezzo per il senso comune¹³¹.

In linea ad una lunga tradizione filosofico politica, la Corte Suprema americana ci spiega che i costituenti hanno dimostrato riluttanza a consegnare la vita, la libertà e il patrimonio dei cittadini interamente nelle mani di magistrati di professione¹³² o della classe politica; e che per questo hanno disegnato un sistema che consentisse (ma anche imponesse) ai cittadini comuni di far senti-

¹²⁹ T.D. MORRIS, *Free Men All: the Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1974, pp. 73 ss ; cfr. anche D.A.J. RICHARDS, *Abolitionist Political and Constitutional Theory and the Reconstruction Amendments*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 25, 1992, p. 1187.

¹³⁰ Si pensi ai casi O.J. Simpson o Rodney King.

¹³¹ Per questa analisi, cfr. BOUDON, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, cit., pp. 15-56.

¹³² *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 1968.

re la propria voce. La Corte ci dice altresì che l'occhio vigile del cittadino comune – investito per una sola volta nella vita di un compito grave e solenne – mette al riparo l'imputato non solo da un'accusa faziosa o assetata di giustizia (*overzealous*), ma anche da un giudice togato diventato apatico ovvero eccessivamente sensibile alle lusinghe dell'opinione pubblica o alle pressioni di superiori e colleghi¹³³. Ci dice infine che la voce dei cittadini comuni può contribuire a smussare la rigidità di una legge¹³⁴ divenuta obsoleta e magari fare da propulsore per innovazioni legislative o giurisprudenziali¹³⁵.

Anche prescindendo da un giudizio di merito sul processo con giuria, le considerazioni filosofico-politiche che hanno fatto da sfondo all'istituto nel corso della storia rimangono attuali. Quando si consente la partecipazione di laici – di non esperti – alla giustizia, implicitamente si riconosce che ogni cittadino può essere in linea generale dotato di buon senso: può essere, cioè, in grado di formulare dei giudizi fondati su un sistema di ragioni sufficientemente convincenti per imporsi¹³⁶ senza dunque essere vittima di pregiudizi, passioni, pulsioni psicobiologiche, o condizionamenti sociali. Questo buon senso di ciascuno – che combinato al buon senso di altri dà origine al senso comune¹³⁷ – non soltanto non è qualitativamente diverso dalla conoscenza scientifica¹³⁸, ma in alcuni casi è superiore al giudizio di chi giudica per professione, che magari si è ispessito, sclerotizzato o imbrigliato in dogmi.

Il principio democratico che abbiamo ereditato dal periodo dei Lumi si

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ K. GREENWALT, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 238-240, che su queste basi giustifica la *jury nullification*.

¹³⁵ Cfr. ad esempio, *Edmund v. Florida*, 458 U.S. 782, (1982); *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, (1987); cfr. anche *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992). Cfr. N.J. FINKEL, K.B. DUFF, *Felony-Murder and Community Sentiment: Testing the Supreme Court's Assertions*, in *Law and Human Behavior*, 15(4), Aug., 1991, pp. 405-429; cfr. anche N.J. FINKEL et al., *Right to die, euthanasia, and community sentiment. Crossing the public/private boundary*, in *Law and Human Behavior*, 17(5), Oct. 1993, pp. 495 ss. Cfr. anche A.D. LEIPOLD, *Rethinking Jury Nullification*, in *Virginia Law Review*, 82, 1996, p. 298 secondo cui i frequenti casi di *nullification* sono una delle ragioni che stanno dietro la pronuncia della Corte Suprema che ha ritenuto la pena di morte contraria all'ottavo emendamento.

¹³⁶ BOUDON, *Elogio del senso comune*, cit., p. 354.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Questa posizione è comune ad alcuni filosofi e scienziati. Ad esempio Albert Einstein ha sostenuto che conoscenza ordinaria e conoscenza scientifica differiscono per livello e non per natura. Qualcosa di simile ha detto Karl Popper quando afferma che la conoscenza scientifica è il prolungamento del buon senso. Cfr. J. CONANT, *Science and Common Sense*, Yale University Press, New Haven, 1951, p. 173; cfr. anche BOUDON, *cit.*, p. 384.

fonda sull'assunto che ciascun individuo ha la facoltà di disporre di un controllo ultimo sulle decisioni che lo riguardano, direttamente o indirettamente: cosa che presuppone la capacità di comprensione e giudizio di ciascuno sull'operato dei rappresentanti politici nonché sulle questioni oggetto di decisione da parte di questi ultimi. Questo vale anche per l'attività giurisdizionale¹³⁹. Ed in questa luce vanno lette quelle norme costituzionali che ancorano l'amministrazione della giustizia alla volontà popolare (art. 20 della Legge Fondamentale tedesca; art. 101, comma 1, Cost. italiana) e che si traducono, fra le altre cose, nel principio di pubblicità delle udienze o dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali¹⁴⁰.

Tuttavia l'idea che il *fresh look*, lo sguardo fresco dell'uomo comune, può essere un antidoto sia al giudizio ottuso di chi fa un lavoro di routine che al giudizio accecato da pregiudizi e passioni del rappresentante politico fazioso è qualcosa in più. Il *common sense* dei giurati – e comunque dei cittadini investiti del compito di pronunciarsi su una questione pubblica – è un giudizio del tutto particolare: è un giudizio che per dirla con il giudice William Brennan è impregnato di realismo e umanità¹⁴¹.

Si può dissentire o meno da queste considerazioni; però le riflessioni elaborate dalla cultura giuridica illuminista sulla giustizia senza toga possono comunque risultare utili per scrollarci di dosso alcuni dogmi o pregiudizi: quello, ad esempio, che l'imparzialità del giudizio discende dalla spersonalizzazione dell'organo; quello secondo cui i principi di autonomia e indipendenza della magistratura siano sufficienti a mettere al riparo i cittadini dal pericolo paventato da tutti i classici del pensiero del politico liberale, e cioè la tirannia dei magistrati; quello secondo cui il giudizio tecnico (e sempre più tecnico) possa soppiantare fino a far scomparire il giudizio di senso comune.

Ma il contributo più fertile che ci viene dalle riflessioni di filosofi e giuristi sulla giuria è sull'antropologia che l'istituto presuppone. Contro il pregiudizio antropologico comunemente imputato ai maestri del sospetto Marx, Freud e Nietzsche, ma che ha radici ben più profonde, l'essere umano di cui parlano i

¹³⁹ HAMILTON, *Federalist Papers*, n. 83.

¹⁴⁰ Corte cost. nn. 65 del 1965, 12 del 1971, 16 e 17 del 1981, 212 del 1986, 50 del 1989, n. 69 del 1991; cfr. anche R. GUASTINI, *Sovranità popolare, legge, giurisdizione* in M. Bessone (a cura di) *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 215.

¹⁴¹ *California v. Brown*, 479 U.S. 538 (1987), dissenting opinion del Justice William Brennan; cfr. anche LEIPOLD, *Rethinking Jury Nullification*, cit., p. 298.

classici del pensiero politico illuminista ma anche la Corte Suprema americana non è soltanto dominato dalle passioni, da pulsioni cieche, da oscure forze economiche, da risentimenti atavici. È piuttosto un individuo, che di certo è capace di errore e che è anche tentato dall'ambizione di potere¹⁴², ma che tuttavia sa ascoltare i suoi simili, è capace di rivedere il proprio punto di vista¹⁴³, e specialmente sa accostarsi alle questioni pubbliche con l'occhio dell'osservatore imparziale di Adam Smith¹⁴⁴: né troppo vicino da essere obnubilato dall'interesse personale, ma neanche troppo distante (o, per dirla con la Corte Costituzionale italiana, spersonalizzato) da essere indifferente alle sorti di coloro che ne subiranno il giudizio.

¹⁴² HAMILTON, *Federalist Papers* n. 51.

¹⁴³ *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223, 233 (1978).

¹⁴⁴ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

prof. dr. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Università Jaime I de Castellón, Spagna

IMMUNITÁ POLITICHE E PRIVILEGI
NEL PROCESSO PENALE SPAGNOLO.
INAMMISSIBILI VIOLAZIONI DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA
D'AVANTI ALLA LEGGE^(*)

SOMMARIO: 1. Eccessiva protezione del potere politico nel sistema penale spagnolo. – 2. La irresponsabilità del Capo dello Stato. – 3. La protezione speciale riservata al Presidente del Governo ed ai Ministri. – 4. I privilegi dei parlamentari. – 5. La palese violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

1. *Eccessiva protezione del potere politico nel sistema penale spagnolo*

L'ordinamento giuridico spagnolo contempla numerosissimi privilegi di natura processuale penale.

Se poniamo l'attenzione anche soltanto alle tipologie di "foro speciale" (*aforamientos*), vale a dire a quelle regole di competenza che assegnano la cognizione di reati perpetrati da uomini politici o alti funzionari di ogni ordine a tribunali diversi e superiori rispetto a quelli chiamati a giudicare le controversie ordinarie, siamo di fronte a più di 2.000 casi. Se prendiamo in considerazione anche altri settori, quali quello giudiziario o fiscale, la cifra sale fino a 10.000. Se poi teniamo conto anche dei membri delle forze di polizia e dei corpi di sicurezza (più di 200.000 e anche ad essi è riservato un "foro speciale"), la cifra appare veramente scandalosa. Si tratta di un autentico sproposito che non trova riscontro nell'ordinamento di nessun paese col quale condividiamo valori culturali e politici.

La riserva di "foro speciale" non si comprende senza una previa spiegazione di quale sia la regolamentazione che il diritto sostanziale prevede per la inviolabilità e l'immunità parlamentare, punto di riferimento necessario, sebbene non unico.

In Spagna l'immunità, nella sua accezione generica, comprende tanto la inviolabilità quanto l'immunità, due istituti che condividono natura e fondamento giuridico. La sua fonte più importante è costituita dal Diritto parlamentare. Si tratta di privilegi di cui godono gli appartenenti a determinate

* Traduzione dallo spagnolo a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

istituzioni pubbliche ed alte cariche, nonché determinate autorità e funzionari pubblici eletti e non eletti. Hanno carattere sia oggettivo sia soggettivo e, di fatto, comportano l'impossibilità del normale svolgimento del processo penale nei casi tassativamente determinati.

L'inviolabilità protegge la libertà di espressione del parlamentare o del soggetto che ne beneficia durante lo svolgimento delle sue funzioni, impedendo che questi sia sottoposto a processo penale per le opinioni manifestate nell'espletamento del suo mandato.

L'immunità, intesa in senso stretto, a differenza della inviolabilità, implica invece l'impossibilità di perseguire penalmente il soggetto nel periodo in cui ricopre la carica pubblica, per i delitti commessi nell'esercizio delle sue funzioni, salvo che la Camera di appartenenza, quando si tratta di un parlamentare, ne dia espressa autorizzazione.

Una tale protezione privilegiata è prevista dalla nostra Costituzione in più punti. Ma la Costituzione non costituisce l'unica fonte normativa al riguardo. Numerose norme legislative, infatti, prendono a modello le disposizioni costituzionali, sviluppando e prevedendo nuovi e diversi ambiti di protezione. Ecco dunque una rassegna delle fonti normative qui rilevanti:

1. La Costituzione Spagnola del 1978 regola la inviolabilità e la irresponsabilità del Re (art. 56.3 e 62.4), la inviolabilità dei Deputati e Senatori (art. 71.1), la loro immunità e la riserva di "foro speciale" (*aforamiento*) (art. 71.2 e 3), nonché la responsabilità penale del Capo del Governo e dei Ministri (art. 102).

2. Molte leggi di rango inferiore, solitamente legge organiche¹, prevedono privilegi processuali per le alte cariche, autorità e funzionari pubblici diversi da quelli già citati. Mi limiterò ad elencarne alcuni: Parlamentari delle Comunità Autonome, magistrati del Tribunale Costituzionale, magistrati e giudici ordinari, pubblici ministeri, il difensore civico sia quello statale sia quello delle Comunità Autonome e i membri della polizia (polizia nazionale, *guardia civil*, polizia delle Comunità Autonome e polizia locale). In Spagna, per tutti questi soggetti, la competenza a giudicare spetta ad un Tribunale superiore rispetto a quello che, per gli stessi reati, sarebbe il giudice naturale precostituito per legge.

¹ La *ley orgánica* è una legge che deriva direttamente dalla Costituzione ed è strumentale ad una sua migliore applicazione. Per essere approvata, esige una maggioranza qualificata, come prevede l'art. 81.2 della Costituzione spagnola. [N.d.T].

3. È altresì ampia la lista dei privilegi processuali di cui godono gli stranieri per reati commessi in Spagna: ambasciatori, consoli, magistrati dei tribunali internazionali e sopranazionali, difensori del popolo, membri delle forze di pace *etc.*

La sussistenza del principio del “foro speciale” è conseguenza della immunità costituzionalmente garantita, che comporta l’alterazione delle regole della competenza per materia, per territorio e funzionale, con il risultato che un Tribunale legislativamente predeterminato – e solo quello – è competente a giudicare coloro che godono delle immunità.

La giustificazione di un simile meccanismo risiede nell’esigenza di evitare che il perseguimento penale di coloro che godono di immunità siano affidati al capriccio e all’irresponsabilità dei cittadini. Secondo questo modo di pensare, i delicati e prestigiosi compiti di natura politica e giudiziaria esercitati da molti soggetti caricati di pubbliche funzioni andrebbero posti al riparo dalle c.d. “vendette politiche”. In pratica, si ritiene che la delicatezza delle questioni proposte debba essere giudicata da organi superiori di giustizia in grado di dare risposte più adeguate.

Secondo la prevalente dottrina, il principio del “foro speciale” non vulnera il principio del giudice naturale precostituito per legge, perché le norme indicano previamente dinnanzi a quale tribunale trova adeguata protezione ciascun soggetto che gode della immunità.

Dal canto suo, la giurisprudenza concorda nel ritenere che competente a giudicare un deputato sia il Tribunale Supremo, mentre quello competente a giudicare il presidente di una Comunità Autonoma sia il Tribunale Superiore di Giustizia della Comunità stessa. Ciò implica che in Spagna vi siano circa 225.000 soggetti che potrebbero essere giudicati secondo il principio del “foro speciale” (*aforamiento*): una cosa inammissibile dal punto di vista costituzionale, come cercherò di dimostrare nelle pagine che seguono.

La trattazione, svolta in prospettiva penale e processuale, riguarderà solo le alte cariche, autorità e funzionari pubblici spagnoli.

2. *La irresponsabilità del Capo dello Stato*

Nella “inviolabilità” e nella “irresponsabilità” della figura del Re di Spagna (art. 56.3 e 64.2 Cost.) è unanimemente compreso anche il concetto di “immunità” assoluta del Re stesso, intesa come impossibilità di perseguire penalmente il monarca; ciò determina, quindi, la totale assenza di qualunque

previsione giuridica concernente la responsabilità penale del Re e la procedibilità nei suoi confronti (in applicazione del principio *princeps legibus solutus est* o nella versione moderna del costituzionalismo inglese, *the king can do not wrong*). Dal momento che gli atti del monarca sono controfirmati dal Presidente del Governo o dai suoi ministri, su di essi ricade la responsabilità amministrativa e penale degli stessi.

Questa concezione classica è oggi posta in discussione, dal momento che il Diritto Internazionale pubblico, ormai da qualche anno, non tollera più la impunità dei delitti commessi per mano di un Capo di Stato di qualsiasi nazione. Dunque, è necessario distinguere fra il Re come Capo di Stato spagnolo e gli altri Capi di Stato stranieri, ai quali tuttavia non ci riferiamo nella presente trattazione.

Per quanto attiene dunque alla Spagna, il mantenimento della previsione di una inviolabilità assoluta è incompatibile con i principi costituzionali. Il Re può commettere un delitto ed esserne responsabile: certamente non qualsiasi delitto, ma qualcuno fra quelli più gravi. È giuridicamente inammissibile che, se il Re ordini egli stesso – o al capo del Governo – di compiere un crimine barbaro come potrebbe essere un delitto di genocidio a danno dei gitani, possa andare esente da responsabilità. Giuridicamente, non dovrebbe sussistere problema alcuno: andrebbe destituito politicamente dalla carica di Capo di Stato e sottoposto a processo penale. Si ritiene peraltro, nonostante manchi una norma *ad hoc*, che il giudizio dovrebbe svolgersi dinnanzi al Tribunale Supremo).

Questo esempio pone in luce l'esigenza di non lasciare impuniti i delitti perpetrati contro i diritti umani commessi dal Capo dello Stato, neppure se l'impunità trovasse la sua giustificazione in norme costituzionali.

Solo così trova spiegazione il fatto che la Spagna abbia ratificato il Trattato che istituisce la Corte penale internazionale e regola il suo statuto, posto che i delitti più gravi perpetrati contro l'umanità sono posti in essere quasi sempre da Capi di Stato (art. 27).

Si configurerebbe una responsabilità penale, oltre che sicuramente la destituzione dalla carica, che in linea di massima non comporterebbe una modifica costituzionale, salva comunque la necessità imprescindibile di regolamentare la materia con legge organica in ossequio (art. 57.5 Cost. spagnola). Ciò non è ancora accaduto ed una modifica di tale portata potrà tuttavia essere effettuata sempre che, naturalmente, la Spagna rimanga un Paese democratico.

Sebbene il diritto penale non sia ancora intervenuto a disciplinare la materia della inviolabilità del Re, è comunque inammissibile che la figura del Capo

dello Stato risulti inviolabile nel diritto interno, quando tale previsione non trovi rispondenza nel diritto internazionale.

3. *La protezione speciale riservata al Presidente del Governo ed ai Ministri*

Un caso specifico di protezione è previsto per il *premier* e per i membri del Governo dall'art. 102, comma 2, della Costituzione, con riferimento a due tipologie di delitti che nuocciono in modo gravissimo all'ordine democratico.

Si prevede, infatti, la necessaria sussistenza di una condizione di procedibilità per procedere penalmente contro ogni membro del Governo in ordine ai delitti di *tradimento* ed *attentato alla sicurezza dello Stato*. La richiesta di autorizzazione (*supplicatorio*) deve provenire almeno da un quarto dei componenti il Congresso e può essere presentata con l'approvazione della maggioranza assoluta di questo.

La previsione, contenuta nell'art. 102 della Costituzione, configura un sistema giurisdizionale che prevede una fase preliminare a livello parlamentare. La norma fissa tre tipologie di perseguibilità, oltre alla sottoposizione al "foro speciale" e alla inapplicabilità della prerogativa regia della grazia a tali alte cariche.

Le tre tipologie sono concepite in funzione del possesso o meno della qualifica di parlamentare del soggetto interessato, nonché della sussistenza di una dei due segnalati tipi di delitto.

Non entreremo nel merito del procedimento relativo alla richiesta di autorizzazione che si svolge nel Parlamento spagnolo. Piuttosto, prima di trattare della perseguibilità dei delitti commessi dalle alte cariche dello Stato che sono giuridicamente responsabili, conviene rispondere a una domanda che si è posta più volte (e con particolare urgenza nel 1995) nelle discussioni in tema di immunità: chi fa effettivamente parte del Governo secondo il diritto spagnolo?

a) *Requisito personale specifico*

Al riguardo, la Costituzione spagnola esige un concreto requisito soggettivo: essere Presidente del Governo o membro del Governo. Infatti, l'art 102 della Costituzione si applica al Presidente del Governo, o ad un membro del Governo (il Presidente appunto, il Vicepresidente, i ministri e "gli ulteriori membri previsti dalla legge" art. 98 Cost.). Sorge però un problema interpretativo quando si deve dare un senso alla locuzione "gli ulteriori membri previsti dalla legge". La dottrina costituzionalista è giunta alla conclusione, dopo

alcuni anni di discussione, che tali soggetti semplicemente non esistono, perché la legge 50/1997 (*Ley del Gobierno*) non ne ha previsti altri. Pertanto, il Governo risulta formato solo dal Presidente, dai Vicepresidenti (se vi sono) e dai ministri. Altri soggetti, pur contigui alla compagine ministeriale (come, ad esempio, il Segretario di Stato) sono esclusi.

C'è poi un problema che investe quella parte dell'art 102, comma 2, Cost. spagnola che influenza il diritto penale sostanziale. Quelli commessi dal Presidente del Governo e dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni, sono delitti governativi e ministeriali che non trovano riscontro nel Codice Penale. Si tratta di figure indeterminate, da identificare secondo criteri elaborati in sede interpretativa. Sono stati identificati due gruppi di delitti punibili: il tradimento e l'attentato alla sicurezza dello Stato.

b) *Perseguibilità del delitto di tradimento*

L'art. 102, comma 2, della Costituzione regola espressamente le modalità di svolgimento del giudizio a carico del Presidente del Governo e di alcuni dei suoi ministri (da soli o congiuntamente) per il delitto di tradimento, commesso nell'esercizio di funzioni pubbliche.

Il termine "accusa" è utilizzato dal costituente in modo improprio, (qui va inteso piuttosto come "addebito provvisorio"), dal momento che il nostro processo penale, a differenza di quello anglosassone o statunitense (tanto quello federale, come dei singoli Stati), non inizia con la formulazione di un'accusa, bensì con il primo atto di investigazione diretto contro il supposto autore del fatto illecito (art. 299 e ss. *Ley de enjuiciamiento criminal* del 1882).

Detto questo, la domanda alla quale rispondere è: cos'è il delitto di tradimento applicato a queste alte autorità e dove trova la sua regolamentazione?

Il Codice penale vigente regola come tali i delitti compresi fra gli art. 581 e 588 (previsti nel Titolo XXIII dedicato ai delitti di tradimento e contro la pace o la indipendenza dello Stato nonché ai delitti relativi alla difesa nazionale), e specialmente quello previsto dall'art. 588, dove vediamo sanzionati con pena detentiva da 15 a 20 anni i responsabili dell'esecutivo che, in difformità da quanto prevede la Costituzione, dichiarino guerra o firmino la pace. Dunque, tale forma di tradimento è configurabile qualora l'autorità comprometta, con una modalità costituzionalmente illegittima, l'integrità territoriale e l'indipendenza della Spagna. Il delitto di tradimento non dovrebbe coincidere qui con l'indurre taluno a dichiarare guerra contro la Spagna o nell'accordarsi a tal fine con una potenza straniera, come pur potrebbe dedursi dall'art. 581. Così descritte, queste condotte si addicono ai cittadini comuni, mentre il reato pro-

prio qui in discussione dovrebbe consistere solo nel fatto del Presidente del Governo (o di un ministro) che realizzi la condotta tipica di dichiarare la guerra o firmare la pace senza osservare le formalità previste dalla Costituzione. Un tale delitto politico trova oggi, a mio avviso, un unico riscontro nella condotta tipica sanzionata dall'art. 588 del Codice Penale.

c) *Perseguibilità dell'attentato alla sicurezza dello Stato*

L'art. 102, comma 2, della Costituzione prevede una regolamentazione espressa, la stessa riservata al tradimento, per il giudizio a carico del Presidente del Governo o alcuno dei Ministri (da soli o insieme) accusati di "un qualsiasi delitto contro la sicurezza dello Stato". Delitto che sia commesso nell'esercizio delle rispettive funzioni.

A differenza di quanto accade per il tradimento, il Codice Penale non regola nominalmente i delitti contro la sicurezza dello Stato, benché vi siano fattispecie che vi si riferiscono direttamente, come gli art. 589 e 596, comma 1, posti a tutela della pace e della indipendenza dello Stato (dall'art 589 al 597 del Codice Penale), o, indirettamente, i delitti contro la difesa nazionale (art dal 598 al 603 Codice Penale). Inoltre, gli articoli dal 472 al 543 prevedono i c.d. delitti contro la Costituzione, il cui bene giuridico si identifica con l'ordine costituzionale.

L'ulteriore domanda che deve qui porsi è: cos'è mai un delitto contro la sicurezza dello Stato? A grandi linee, senza troppo entrare in dettagli che risulterebbero eccessivi nell'economia di questo breve resoconto, si può dire che rilevano qui le condotte poste in essere dal Presidente del Governo e dai ministri, capaci di pregiudicare l'indipendenza e la sicurezza dello stato o tali comunque da risolversi in un attentato ai valori costituzionali, realizzato opponendosi o provocando l'inosservanza alle leggi poste a tutela di quei valori. Lo stesso vale per qualsiasi condotta capace di porre fine al regime democratico.

Tali disposizioni rinviano a una quantità e varietà di comportamenti che, tuttavia, difficilmente rientrano fra quelli che potrebbero essere commessi dal *premier* o dai ministri. Fortunatamente non abbiamo casi pratici da citare, cosicché è necessario uno sforzo di fantasia. Si realizzerebbe una delle fattispecie in discorso se i soggetti ai quali ci stiamo riferendo appoggiassero o sostenessero un progetto di golpe o, attraverso di esso, volessero realizzare una guerra. In definitiva, compiere un delitto contro la sicurezza dello Stato, significa sovvertire l'ordine costituzionale. L'art. 102, comma 2, Cost. spagnola predispose un meccanismo speciale di tutela della convivenza democratica e dell'ordine costituzionale. Questa è la sua *ratio*.

Benché la Costituzione non dica altro in proposito, i casi citati non sono gli unici che potrebbero portare a un'incriminazione del Presidente del Governo o dei Ministri. Esistono altri due casi che riguardano membri del Governo privi della qualifica di parlamentari.

L'art. 102, comma 1, della Costituzione, dal momento che non opera distinzioni come invece fa il comma 2, permette di giungere alla conclusione che il Presidente del Governo, i Vicepresidenti ed i Ministri possono commettere anche delitti diversi da quelli previsti, come ad esempio, l'omicidio, la violenza, la guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche ecc. L'importanza dell'art 102, comma 1, risiede nel fatto che, per la perseguibilità di tali delitti, non è prevista alcuna condizione di procedibilità, come invece richiede il comma 2 per i delitti di tradimento ed attentato, limitandosi ad individuare la competenza a giudicare in capo alla sezione penale del Tribunale Supremo.

L'espressione "se del caso" dell'art. 102, comma 1, Cost. o è un errore dogmatico, oppure – bisogna riconoscerlo – è oggi priva di rilievo, dal momento che la riserva di "foro speciale" ricorre sempre, senza eccezione alcuna.

Essa non ha senso in nessuna delle due supposizioni perché l'unico Tribunale competente per giudicare il presidente del Governo, i Vicepresidenti e i Ministri, in un sistema come il nostro informato al principio del "foro speciale", è la sezione penale del Tribunale Supremo: il gioco dei privilegi processuali non tollererebbe, per cariche così alte, un giudice di competenza inferiore.

In questi casi, del tutto realistici e assai frequenti nella pratica, la soluzione dipenderà dalla circostanza che il membro del governo sia o meno un parlamentare, sebbene in pratica non esista alcuna differenza in ordine alla riserva di "foro speciale", essendo competente in entrambi i casi lo stesso tribunale.

A livello teorico, tuttavia, conviene mantenere tale distinzione perché il Ministro che sia pure parlamentare gode, in ragione della immunità, di un maggior privilegio rispetto ad altro Ministro privo di quella qualifica.

Pertanto si ha:

1. Perseguibilità dei delitti diversi quando il *premier* o il Ministro ricopre anche la carica di parlamentare: se è parlamentare si applica la disciplina relativa ai Deputati o ai Senatori dello Stato.

2. Perseguibilità dei delitti diversi quando il *premier* o il Ministro non ricopre la carica di parlamentare: in questo caso, mai verificatosi con riferimento al *premier* (dal 1978 tutti i presidenti del Governo sono stati dei parlamentari e così dovrebbe continuare ad essere), la unica questione che si pone è quale tribunale sia competente a giudicare. Anche in questo caso la risposta è la

stessa: competente è la sezione penale del Tribunale Supremo, come si deduce da un'interpretazione sistematica del citato art. 102. Tutti gli altri delitti, diversi da quelli sin qui analizzati e commessi dal Presidente del Governo, dai Vicepresidenti o dai Ministri potrebbero essere giudicati dal Tribunale del *Jurado*. Pensiamo, ad esempio, ad un ministro accusato di omicidio volontario. Questo prevedono gli art. 1.1, a), 1.2, a) e 2, II della legge del 1995 sul Tribunale del *Jurado*, sebbene né il Procuratore generale dello Stato, né il Tribunale Supremo così lo interpretino. Si ritiene che competente a giudicare sia, per l'appunto, il Tribunale Supremo, non il Tribunal del Jurado presso il Tribunale Supremo. Ma, vien da chiedersi, se davvero è indiscutibile il valore superiore di tale giudizio, perché mai si è istituito un Tribunale del *Jurado* presso il Tribunale Supremo?

4. I privilegi dei parlamentari

L'articolo 71, comma 1, Cost. spagnola garantisce ai Deputati ed ai Senatori la "inviolabilità" (*inviolabilidad*) per le opinioni manifestate nell'esercizio delle loro funzioni" così come la loro immunità. La dottrina ritiene che questi costituiscano casi di autentica inviolabilità ed immunità, la cui disciplina processuale penale si individua negli art. dal 750 al 756 della *Ley de enjuiciamiento criminal* e nella legge del 9 febbraio del 1912 sulla giurisdizione dei procedimenti speciali nei giudizi contro Senatori e Deputati. Legge che, bisogna aggiungere, costituisce una normativa antiquata ed in parte incostituzionale.

In entrambi i casi competente a giudicare è sempre la sezione penale del Tribunale Supremo.

L'immunità protegge i parlamentari dalla detenzione e, per poter incriminare e sottoporre a processo penale un membro del Congresso o del Senato, è necessario ottenere l'autorizzazione a procedere da parte della Camera di appartenenza (Camera dei Deputati o Senato).

La inviolabilità dei nostri Deputati e Senatori garantisce una protezione, come prevede l'art. 71 della Costituzione, per "le opinioni manifestate nell'esercizio delle loro funzioni".

La giurisprudenza costituzionale dilata la portata del termine "opinione", al punto da ricomprendervi anche i voti espressi nell'esercizio delle proprie funzioni.

Si pone allora il problema di determinare con esattezza quali delitti possano commettere i nostri parlamentari, la cui condotta tipica si sostanzia nell'esprimere opinioni e voti. In altre parole, si tratta di capire quali delitti si pos-

sano commettere “con l’uso della parola”.

Delimitare concettualmente quest’ambito è importante perché la inviolabilità dei parlamentari non offre protezione dinnanzi a qualsivoglia delitto commesso da un Deputato o del Senatore. Nessuno può collocarsi al di fuori della legge e tanto meno della legge penale. Di conseguenza, il diritto costituzionale, il diritto penale (come quello processuale penale) non possono essere interpretati in modo tale da condurre, in violazione del principio costituzionale di uguaglianza (art. 14 Cost. spagnola), a configurare in capo ad alcuni soggetti una completa irresponsabilità per le loro azioni. L’inviolabilità, infatti, prevede la concessione di una protezione penale che tuttavia è limitata.

In dottrina si ritiene che l’inviolabilità penale copra i seguenti delitti commessi dai parlamentari:

a) Delitti di opinione: la inviolabilità penale riguarda solamente le opinioni e i voti espressi dal Deputato o dal Senatore (disciplina che costituisce un riflesso del sistema tedesco). Questa previsione coincide altresì con l’ambito della inviolabilità costituzionale, perché, secondo il nostro *Tribunal Constitucional*, tutto ciò che riguarda le prerogative parlamentari va interpretato restrittivamente, in quanto l’inviolabilità non opera con riferimento a qualsiasi condotta, anche di rilievo politico, posta in essere dal parlamentare. Secondo la dottrina costituzionalista, compito del parlamentare è di contribuire alla formazione della volontà espressa dalle Camere. Così, i parlamentari, nell’esercizio delle loro funzioni utilizzano la parola, in forma sia scritta sia orale, quando manifestano le proprie opinioni ed intervengono nei dibattiti che si tengono in seduta plenaria o nelle commissioni, o presentano emendamenti, formulano richieste, interpellanze o presentano mozioni scritte, nonché quando votano, perché nel voto si concretizza la parola usata per argomentare.

In alcuni casi il Tribunale costituzionale spagnolo ha riconosciuto la possibilità che l’inviolabilità operi anche al di fuori del contesto parlamentare. Questo accade in primo luogo quando, volendo riferire attraverso la stampa ciò che è successo in Parlamento, si raccolga l’opinione del deputato o del senatore. In tal caso non fa alcuna differenza se la notizia sia riportata dal giornalista o sia il parlamentare a riferirla direttamente all’organo di stampa.

L’inviolabilità opererebbe inoltre, in modo maggiormente discutibile, quando le opinioni siano espresse durante le conferenze stampa dei gruppi parlamentari e dei suoi massimi dirigenti, perché, nel nostro ordinamento, il gruppo parlamentare non è organo avente una propria autonoma figura. In tal senso si ritiene tuttavia che la prerogativa della inviolabilità venga concessa

quando la conferenza stampa è stata convocata formalmente dalla Camera e non direttamente dal gruppo.

Al di fuori di tali ambiti, l'attività del parlamentare non è inviolabile, neppure quando egli effettui il suo intervento in qualità di personaggio pubblico, di politico, di autorità o di funzionario pubblico. Senza dubbio, non opera neppure quando questi intervenga in qualità di privato cittadino. Ciò implica che in questi casi non sia immune e pertanto non possa sottrarsi alla perseguibilità penale per i reati commessi, in relazione ai quali, tuttavia, in quanto deputato o senatore, beneficerà pur sempre del "foro speciale", dovendo essere giudicato dinnanzi al Tribunale Supremo.

Detto in altre termini, l'invulnerabilità non copre qualsivoglia figura di reato, ma solo quelle consistenti in dichiarazioni che manifestano un giudizio o una volontà. I delitti coperti da invulnerabilità saranno quindi quelli il cui fatto tipico corrisponda a dichiarazioni di tal fatta.

L'elenco è necessariamente limitato. Vi rientrano:

1. l'ingiuria ai danni di privati cittadini o autorità (art. dal 208 al 210 e 492 e ss del Codice Penale)
2. la calunnia commessa ai danni di privati cittadini o autorità (art. da 205 a 207 e 492 e ss. del Codice penale)
3. la minaccia (art. da 169 a 171 del Codice penale)
4. la falsa accusa o denuncia (art. 456 del Codice Penale)
5. le diverse ipotesi di falsità documentali (art. da 309 a 399 del Codice penale)
6. l'usurpazione di pubbliche funzioni (art. 402 del Codice Penale)
7. la scoperta e rivelazione di segreti che concernono la vita privata (art. dal 197 al 201 del Codice Penale)
8. la distruzione di documenti (art. 413 del Codice Penale)
9. l'infedele custodia di documenti (art. 414 e ss. del Codice Penale)
10. fra i delitti di terrorismo, l'apologia o l'istigazione a commettere delitti di terrorismo (art. 578 del Codice Penale), nonché il delitto di esaltazione del terrorismo (art. 578 del Codice Penale), sebbene vi siano seri dubbi che in questi casi si tratti di indurre o incitare a commettere un delitto
11. l'apologia di genocidio nazista (art. 607.2 del Codice Penale).

I più ricorrenti, comprensibilmente, sono i delitti contro l'onore, vale a dire, l'ingiuria e la calunnia (anche quest'ultima, in Spagna, è classificata come delitto contro l'onore, anziché contro l'amministrazione della giustizia).

Per i motivi già sottolineati debbono escludersi dalla inviolabilità tutti gli altri delitti previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, con la conseguenza che moltissimi reati (con le eccezioni che subito diremo) sono perseguibili penalmente.

In particolare, è estranea al campo della inviolabilità quella condotta che associ alla manifestazione di una opinione un altro atto, magari violento, come accade nel delitto di violenza privata (*coacciones*).

Come ultimo esempio di delitto non coperto da inviolabilità parlamentare possiamo citare l'art 410 del codice penale che sanziona il rifiuto di eseguire una sentenza giudiziale da parte del presidente di un Parlamento della Comunità Autonoma o dei membri del Consiglio (sentenza del Tribunale Supremo del 10 novembre del 2006, caso dello scioglimento da parte del parlamento basco di Sozialista Abertzaleak, Repertorio Aranzadi num. 6537).

b) Si danno poi altri delitti rispetto ai quali la Camera competente può considerare conveniente negare l'autorizzazione a procedere, concedendo l'immunità. Bisogna ricordare, infatti, che l'immunità riguarda non solo i delitti di opinione, ma anche quelli per i quali la camera competente non concesse l'autorizzazione a suo tempo richiesta dal magistrato.

Nel periodo franchista il diniego dell'autorizzazione a procedere veniva frequentemente opposto a fronte dei delitti di traffico, ma il parlamento non era eletto democraticamente e questa citazione deve essere considerata niente più che un aneddoto.

Oggi, con l'avvento della democrazia, se il Congresso dei deputati decidesse di non concedere l'autorizzazione a procedere, ad esempio, nei confronti di un deputato accusato di maltrattamenti e violenza contro le donne, l'immunità sarebbe fatta valere in modo contrario alle disposizioni costituzionali, perché nessuno è autorizzato a picchiare la propria compagna nell'esercizio delle sue funzioni. Lo stesso varrebbe se il Senato negasse l'autorizzazione nei confronti di un proprio membro accusato del delitto di traffico di influenze.

La difficoltà che qui sorge, risiede nell'individuare quale strumento di tutela effettiva possa accordarsi alla vittima di tali delitti che, in modo così aberrante, sono coperti dalla immunità penale. Oggi, l'unica strada percorribile sembra essere "il ricorso di *amparo*"² dinnanzi al Tribunale Costituzionale.

² Il *recurso de amparo* è un'azione, dotata di particolari requisiti di rapidità ed efficacia, che tutti i cittadini possono esperire dinnanzi al Tribunale Costituzionale a tutela dei propri

c) Delitti commessi dai parlamentari delle Comunità Autonome: un'ultima precisazione s'impone con riferimento al fatto che la Costituzione non prevede espressamente la inviolabilità dei parlamentari delle Comunità Autonome (sebbene questa sia prevista degli Statuti delle Comunità) e neppure la loro immunità.

Probabilmente il costituente pensava che sarebbe stato superfluo dotare ogni comunità di una propria assemblea legislativa, o forse voleva estendere a tal punto le prerogative parlamentari, o, al contrario, riteneva pacifico che i parlamentari delle comunità costituissero parte integrante del potere legislativo statale. Sia quel che sia, oggi abbiamo che:

1. tutti gli Statuti delle Comunità Autonome prevedono per i propri parlamentari un'inviolabilità in tutto simile a quella prevista dall'art. 71, comma 1, della Costituzione per Deputati e Senatori dello Stato. Così, data la similitudine, debbono ritenersi valide anche per i parlamentari delle Comunità le considerazioni sin qui fatte.

2. non tutti gli Statuti, tuttavia, prevedono una immunità con uguale contenuto ed estensione, ciò che ha indotto una parte della dottrina a sostenere che ci troviamo dinnanzi ad una semi-immunità in relazione alla quale non opererebbe il meccanismo dell'autorizzazione a procedere.

5. La palese violazione del principio costituzionale di uguaglianza

Siamo convinti che molti dei privilegi delle alte cariche, autorità e funzionari pubblici, descritti in queste pagine, così come sono regolamentate oggi nel sistema spagnolo rappresentino un *vulnus* al principio di uguaglianza processuale stabilito dall'art. 14 Cost. e, pertanto, dovrebbero essere espunti dall'ordinamento il prima possibile. Farò riferimento soltanto alla riserva di "foro speciale" per dimostrare questa conclusione perentoria, lasciando da parte le argomentazioni sostanziali che riguardano la possibile incostituzionalità di determinati casi di inviolabilità e delle numerose ipotesi di immunità.

Si può sostenere che la riserva di "foro speciale" violi l'art. 14 della Cost. per quattro ragioni, principalmente:

a) La prima è di natura dogmatica ed ha a che fare con un esagerato svilup-

diritti fondamentali di rango costituzionale, una volta esaurita le serie dei ricorsi ordinari (art. 161.1, lett. b Cost. spagnola)[N.d.T.].

po dell'immunità, soprattutto dell'immunità parlamentare. Anche nei Paesi che prevedono uno o due casi di riserva di "foro speciale", dottrina e giurisprudenza lamentano che, nella pratica, vengano oltrepassati i limiti del privilegio accordato dalla immunità, con il risultato che quest'ultima sta divenendo uno strumento per assicurare a taluni l'impunità.

Cosa penseranno quando leggono quel che succede in Spagna? Non basta che i soggetti protetti dalla immunità siano protetti da una detenzione che potrebbe in realtà celare scopi politici?

La protezione loro accordata in Spagna si spinge sino al semplice avvio di un procedimento penale, nonché ad un qualsiasi atto processuale in grado di procurare un minimo turbamento all'esercizio delle loro funzioni. Tale protezione finisce così per spingersi ben oltre alla reale necessità di tutelare le responsabilità connesse con l'attività di politici e funzionari: vi rientrano, indifferentemente, la querela, la detenzione, gli atti di indagine preliminare, l'assegnazione della competenza al tribunale più elevato in grado, la convocazione di riunioni parlamentari o di gruppo segrete per decidere circa le autorizzazioni, le modalità di rendere deposizioni nel processo, la custodia cautelare, il modo di formulare accusa o *procesamiento*³ e, infine, il proscioglimento predibattimentale "nel merito"⁴. E ciò non solo con riferimento ai delitti, ma anche in caso di contravvenzioni.

Inoltre, in Spagna, i giudici continuano a godere del sistema della riserva

³ Nel processo penale spagnolo, il *procesamiento* è un'ordinanza di imputazione formale attraverso la quale il giudice decide sulla imputazione di uno o più delitti nei confronti di una persona ed in virtù della quale, in pratica, si conclude la fase di preparazione dell'istruttoria. Tale ordinanza è prevista soltanto con riferimento ai processi penali per i delitti più gravi (quelli puniti con una pena detentiva superiore ai 9 anni) ed in tal caso costituisce un atto necessario e prodromico alla fase del giudizio. Il *procesamiento* non implica necessariamente la colpevolezza dell'imputato, ma esige che il giudice che lo dispone nutra un serio convincimento sulla fondatezza delle accuse. [N.d.T.].

⁴ La figura del *sobreseimiento libre* non coincide perfettamente né con l'istituto dell'archiviazione né con quello del proscioglimento predibattimentale proprio del processo penale italiano. Anche il processo penale spagnolo può terminare senza che vi sia necessità di celebrare un giudizio, qualora manchi un requisito essenziale perché possa aprirsi questa fase o perché la causa possa continuare. Infatti, a differenza del proscioglimento predibattimentale, il *sobreseimiento libre* può essere definito come quella decisione giudiziaria (si tratta di un'ordinanza e non di una sentenza) che pone fine al processo pronunciandosi nel merito, dopo che si sia conclusa la fase preliminare del processo, ma prima che sia dichiarato aperto il dibattimento. Il *sobreseimiento libre* equivale a una sentenza assolutoria, ha efficacia di giudicato e viene pronunciata sul presupposto dell'impossibilità di sostenere l'accusa perché il fatto non è punibile o perché l'imputato non l'ha commesso. [N.d.T.].

del “foro speciale”, anche quando sono collocati in pensione, mentre il processo a loro carico si sta ancora svolgendo. Cosa, a mio avviso, inammissibile ed espressione di un censurabile corporativismo. L’immunità rende coloro che ne beneficiano, al contempo, giudici e parte dei propri atti, sicché non vi può essere un controllo *a posteriori* su di essi.

b) La seconda ragione ha natura politica e trae la sua origine dalla mancanza di fiducia nei tribunali, da parte di coloro che ricoprono i gradi più alti del potere dello Stato (ma nemmeno troppo alti, perché in Spagna sono soggetti alla riserva di “foro speciale” persino gli appartenenti alla polizia locale).

Bisogna inoltre ricordare che molte personalità non immuni godono tuttavia della riserva di “foro speciale”.

Indubbiamente, il fatto che le alte cariche, autorità e funzionari pubblici siano protetti da tale riserva trova giustificazione nell’opportunità di evitare che il processo a loro carico sia istruito da un magistrato giovane ed inesperto, fresco di nomina, magari in un piccolo tribunale e che, tuttavia, è il giudice naturale precostituito per legge, dotato della competenza per materia, territorio e funzionale prevista dall’art. 24, comma 2 Cost. spagnola. Inoltre, occorre evitare che a emettere la sentenza di merito sia un qualsivoglia tribunale di provincia, senza dubbio competente, ma del quale sono ignote le motivazioni che i membri potrebbero nutrire contro tali personalità.

No, tutti debbono essere giudicati dal Tribunale Supremo ed alcuni dal Tribunale superiore di giustizia della Comunità Autonoma di appartenenza. In breve, nessuna persona influente vuole per sé quel sistema di giustizia che ha contribuito a costruire per la gente comune.

Non è forse questo un *vulnus* al principio di uguaglianza processuale? La cosa peggiore è constatare come non manchino i teorici pronti a difendere un simile, criticabile sistema. Si maschera la verità dei fatti quando si afferma che la protezione offerta dal “foro speciale” sia tesa non già a tutelare le persone *uti singuli*, bensì le istituzioni da esse rappresentate, che non potrebbero funzionare senza il loro contributo di valore tanto elevato quanto socialmente importante. Queste stesse hanno stabilito un divieto di rinuncia al foro speciale (cioè alla immunità), che non trova riscontro in alcuna norma di legge, e la cui possibile spiegazione risiede nella necessità che tutti si uniformino ad una tale previsione, a fronte del fatto che, tale rinuncia, costituisce l’unica possibilità di conservare ciò che rimane del decoro, finché non cambi l’assetto istituzionale.

c) La terza ragione è di natura giuridica, dato che con la riserva di “foro speciale” si attribuisce competenza a certi tribunali che, altrimenti, non vedrebbero nemmeno giustificata la propria esistenza come organi giurisdizionali. Se il giudizio a carico delle alte cariche, di autorità e funzionari pubblici delle Comunità Autonome, non spettasse alla Sezione Civile o Penale del Tribunale superiore di giustizia delle Comunità Autonome, questi organi giurisdizionali (17 in tutto il Paese) non avrebbero ragione di operare. La riserva di “foro speciale”, serve dunque a creare posti di lavoro.

Con riferimento al Tribunale Supremo, la vasta competenza a conoscere dei delitti commessi dai privilegiati ai quali è assicurata la riserva in esame, distoglie il Tribunale dai suoi alti compiti, come quello di assicurare l’uniformità della giurisprudenza, cosa impossibile da perseguire nei giudizi di unica istanza. Giustificare il foro speciale facendo leva sull’art. 14 del Patto internazionale dei diritti civili e Politici del 1966 significa ignorare il motivo per il quale nacque, nella Francia rivoluzionaria, la Corte di cassazione e le ragioni che giustificano nei tempi moderni l’esistenza di un tribunale supremo.

d) La quarta ragione, infine, è puramente pragmatica. Essa ruota intorno ai benefici, anche di natura istituzionale ed interistituzionale, ai quali si ritiene possa portare la riserva di “foro speciale”. Benefici che consisterebbero nell’evitare inutili conflitti nel seno delle istituzioni presso le quali operano i titolari del privilegio.

Quando un gran numero di alte cariche, autorità e funzionari pubblici sono protetti dalla riserva di “foro speciale”, come succede in Spagna, coloro che ne sono favoriti pensano a svolgere i loro compiti in modo libero, perché il controllo giornaliero del loro lavoro praticamente non esiste. Così, essi compaiono davanti al Tribunale supremo per un atto svolto nell’esercizio delle loro funzioni, a condizione che il fatto punibile assuma connotazioni di particolare chiarezza e rilevanza; cosa questa che permette ai beneficiari del privilegio di svolgere il proprio lavoro nell’indipendenza e nella garanzia del normale funzionamento della istituzione.

Conseguentemente, tali soggetti svolgono i propri compiti con un senso di stupefacente autostima e di fiducia in se stessi, che li fa sentire davvero importanti; e si sa che i grandi non soffrono i quotidiani problemi che assillano la gente comune.

Sul piano simbolico la ripercussione del fenomeno è enorme, al punto che fra gli spagnoli si è diffusa e consolidata l’idea che un’autorità pubblica è importante proprio perché soggetta alla riserva di “foro speciale”; si pensa per-

ciò che appartenga al gradino più basso dell'organizzazione pubblica chi, viceversa, non gode di tale beneficio.

Per tale motivo vi sono anche tante tipologie di riserva legate alla professione, al di là della sfera politica. Che spiegazione dare, altrimenti, del fatto che in Spagna godono di tale riserva anche i giudici di primo grado, titolari e supplenti, cui sono confidate funzioni di straordinaria importanza dal punto di vista sociale? Dobbiamo accontentarci di queste scarse considerazioni? Se così fosse, tutti i giudici, supplenti o no, nordamericani, inglesi, tedeschi, italiani, francesi e portoghesi, per concentrarci sui paesi che maggiormente interessano la dottrina spagnola, dovrebbero godere di tale privilegio. Invece così non è, salvo un particolare caso in Germania, che peraltro non realizza un vero e proprio foro speciale, dal momento che la sanzione prevista può costare al giudice il pane e non il carcere.

La pratica degli *aforamientos* costituisce una burla per il sistema di giustizia spagnolo: è evidente che non si vuole applicare al potente il trattamento previsto per la gente comune.

Questi rilievi non vanno considerati irreali, esagerati o frutto di posizioni insostenibili, né, tanto meno, possono essere tacciati di radicalismo o di estremismo.

Il diritto comparato dimostra che è possibile limitare i casi di “foro speciale” *ratione officii*, ad uno, massimo a due casi: al Capo dello Stato, nei casi sopra elencati, e al Presidente del Governo ed a nessun altro. Certo è che per realizzare questo proposito, in Spagna, sarebbe necessario modificare la Costituzione. E quand'anche una tale riforma non si facesse e ci si limitasse a sopprimere tutte le riserve che la Costituzione non prevede, il risultato sarebbe che la riserva di foro speciale resterebbe in vigore solo in favore di tre tipi di soggetti istituzionali: il Presidente del Governo, i Ministri del Governo, e i parlamentari dello Stato (Deputati e Senatori), complessivamente 600 persone. Non uno in più. Senza bisogno di riformare la Costituzione, già si farebbe un grande progresso. Eppure resteremmo distanti dalle regole vigenti in altre democrazie occidentali.

Perché è possibile che in USA non vi sia un solo caso di riserva di “foro speciale”? A cosa si deve il fatto che in Germania nemmeno il *Bundespräsident* gode di un foro speciale? Come mai, in Spagna, siamo arrivati a prevedere un privilegio per centinaia di migliaia di persone?

Se ci riflettiamo seriamente dobbiamo ammettere che, nei paesi con i quali siamo soliti compararci, le istituzioni pubbliche, anche le più elevate, funzionano perfettamente senza “foro speciale”. Questo perché un privilegio simile

è considerato inaccettabile dalle loro costituzioni politiche improntate (come la nostra, del resto) al principio di uguaglianza: un principio non solo riconosciuto, in astratto, quale valore supremo dell'ordinamento giuridico, ma concretamente attuato nelle relazioni fra individuo e autorità. Cosa che noi spagnoli non vogliamo, non sappiamo o non possiamo fare.

Per questo le riserve di "foro speciale", salvo quelle espressamente previste nella Costituzione spagnola, sono illegittime, tutte, senza eccezioni. Però, spingendoci oltre, potremmo riformare anche la Costituzione e lasciare sopravvivere le sole riserve previste per il Re (con le necessarie sfumature) e per il Presidente del Governo, quest'ultima senza necessità di alcuna ulteriore precisazione. Esercitare senza intralci la carica di Capo di Stato e di *premier* sono ragioni solide per giustificare questa protezione.

La deplorabile situazione spagnola deve cambiare il prima possibile, nel rispetto del vero significato del principio di uguaglianza processuale, in senso più democratico e progressista di quanto oggi accada. L'esempio tedesco, stupefacente nella sua semplicità, è assolutamente valido per mostrare le conseguenze pratiche che ci si deve aspettare da una regolamentazione coerente col principio di eguaglianza. A meno che optare per una diversa soluzione non comporti il rischio di un'autentica destabilizzazione democratica.

Se non si giungerà a un cambiamento, la sensazione che i cittadini spagnoli hanno, cioè che nel loro paese il potere sia associato all'impunità, e che il principio di uguaglianza, se esiste, si applica alle persone insignificanti, crescerà al punto da indurre il convincimento generalizzato che lo Stato di diritto versi, per tale motivo, in serio pericolo.

Nota bibliografica

Per un'analisi approfondita dei temi qui brevemente illustrati e una lista completa degli autori che se ne sono occupati si rinvia a J.L. GÓMEZ COLOMER - I. ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

In particolare, possono essere consultati i seguenti testi:

1. Dottrina costituzionale, amministrativa ed internazionale:

A.M. ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

- M. ALBA NAVARRO, *Prerrogativas parlamentarias y Jurisprudencia constitucional*, Cuadernos y Debates - Serie Minor, núm. 9, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996.
- P. BIGLINO CAMPOS, *La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos*, en Fernando SÁINZ MORENO (Coord.), "La Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid 2001, págs. 201 y ss.
- J.M. BRETAL VÁZQUEZ, *Notas sobre la inmunidad parlamentaria*, Revista Española de Derecho Constitucional 1985, núm., 15, págs. 205 y ss.
- R. CARNERERO CASTILLA, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Ed. Iustel, Madrid 2007.
- A. CARRO MARTÍNEZ, *La inmunidad parlamentaria*, Revista de Derecho Político 1981, núm 9, págs. 95 y ss.
- M. CAVERO GÓMEZ, *La inmunidad de los diputados del Parlamento europeo*, Revista de las Cortes Generales 1990, núm. 20, págs. 7 y ss.
- M.F. CLAVERO ARÉVALO, *Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias*, en SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO (coord.), "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Ed.Civitas, Madrid 1991, t. III, págs. 2113 y ss.
- A. COUCEIRO TOVAR, *Responsabilidad criminal, Ministerio Fiscal y Antejjuicio*, Foro Gallego, año 1994, núm., 187, págs. 7 a 37.
- L.M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*, Cuadernos y Debates - Serie Minor, núm. 2, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996.
- A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *La inmunidad parlamentaria en la actualidad*, Revista de Estudios Políticos 1977, núm. 215, págs. 207 y ss.
- IDEM, *Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles*, Revista Española de Derecho Constitucional 1984, núm. 12, págs. 9 y ss.
- IDEM, *Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 1986, núm. monográfico 10, págs. 175 y ss.
- IDEM, *Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, en O. ALZAGA VILLAA-MIL (Dir.), "Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978", Edersa, Madrid 1989, vol. VI, págs. 305 a 385.
- P. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Ed. Civitas, Madrid 1990.

- IDEM, *La extensión de la inviolabilidad parlamentaria*, Revista General del Derecho 1986, págs. 1197 y ss.
- E. GARCÍA, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Ed. Tecnos, Madrid 1989.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (3ª ed.), Ed. Civitas, Madrid 1983.
- R. GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1999.
- J. GARCÍA MORILLO, *Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria*, en Cuadernos y Debates, núm. 46 dedicado a “Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia constitucional”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 73 y ss.
- M. GARCÍA-PELAYO, *El “status” del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional 1981, núm. 1, págs. 11 y ss.
- M. GERPE LANDÍN, *La inmunidad parlamentaria y la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica de Cataluña 1994, núm. 1, págs. 115 y ss.
- J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El control jurisdiccional de los actos del Jefe del Estado*, en Sebastián Martín-Retortillo (coord.), “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”, Ed. Civitas, Madrid 1991, t. III, págs. 1989 y ss.
- A. JUANES PECES, *El privilegio del fuero*, en “Actualidad Jurídica Aranzadi”, año X, n° 441, págs. 1 a 5.
- E. LINDE PANIAGUA, *Artículo 66. Las Cortes Generales*, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), “Comentarios a la Constitución española de 1978”, Cortes Generales - Ederesa, Madrid 1998, t. VI, págs. 96 y ss.
- M.I. MARTÍN DE LLANO, *Inmunidad parlamentaria versus igualdad ciudadana*, Teoría y Realidad Constitucional (UNED) 2006, núm. 18, págs. 321 y ss.
- L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El “amplio margen de libertad” en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional 1984, núm. 11, págs. 321 y ss.
- IDEM, *Inmunidad parlamentaria y separación de poderes*, en Cuadernos y Debates, núm. 46 dedicado a “Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia constitucional”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 9 y ss.
- L. MARTÍNEZ ELIPE, *Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento*, Revista de las Cortes Generales 2002, núm. 55, págs. 29 y ss.
- M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La inmunidad parlamentaria en Derecho español*, Ed. Universidad, Valencia 1996.

- J.M. MORALES ARROYO, *La determinación del período de vigencia del estatuto de diputados y senadores*, Revista de las Cortes Generales 1990, núm. 19, págs. 43 y ss.
- P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco*, Revista de Estudios Políticos 1985, núms. 46-47, págs. 237 y ss.
- A. OBREGÓN GARCÍA, *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Ed. Civitas, Madrid 1996.
- J.L. PEÑARANDA RAMOS, *Artículo 71. La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias*, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), "Comentarios a la Constitución española de 1978", Edersa, Madrid 1998, t. VI, págs. 322 y ss.
- R. PUNSET BLANCO, *Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias*, Revista Española de Derecho Constitucional 1981, núm. 3, págs. 93 y ss.
- IDEM, *Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas*, Revista de las Cortes Generales 1984, núm. 3, págs. 123 y ss.
- A. REINOSO Y REINO, *Notas sobre la inmunidad parlamentaria*, Boletín de información del Ministerio de Justicia 1978, núm. 1121, págs. 3 a 7.
- SENÉN HERNÁNDEZ, *Inviolabilidad e inmunidad en el Parlamento europeo*, Revista de las Cortes Generales 1986, núm. 9, págs. 319 y ss.
- J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en Sebastián Martín-Retortillo (coord.), "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría", Ed. Civitas, Madrid 1991, t. III, págs. 837 y ss.

2. Dottrina penale:

- E. DE URBANO CASTRILLO, *Inviolabilidad parlamentaria y Derecho Penal*, Actualidad Jurídica Aranzadi", AÑO XVII, n° 720, págs. 1 a 6.
- J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, *La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 1982, núm. 64, págs. 25 y ss.
- J.L. GONZÁLEZ CUSSAC - M. CUERDA ARNAU, *Aproximación al Derecho penal parlamentario: Inviolabilidades*, Cuadernos de Derecho Público 1997, núm. 1, págs. 101 y ss.
- H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *La inmunidad del Jefe de Estado*, en M. GARCÍA ARÁN - D. LÓPEZ GARRIDO (coords.), "Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, págs. 163 y ss.

- M. LÓPEZ GIL, *Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*, Actualidad Penal 2000, núm. 5, págs. 91 y ss.
- J.M. PERIS RIERA, *Prerrogativas parlamentarias y Parlamentos Autónomos*, Ed. Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia 1988.
- L. PORTERO GARCÍA, *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Ed. Universidad, Málaga 1979.
- IDEM, *La responsabilidad del Jefe del Estado*, Revista General del Derecho 1982, núms. 448-449, págs. 4 y ss.
- L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios*, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), "Comentarios a la legislación penal", vol. I (Derecho Penal y Constitución), Edersa, Madrid 1982, págs. 289 y ss.
- IDEM, *Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios*, en "Estudios en honor al Prof. O. Pérez Vitoria", Ed. Bosch, Barcelona 1983, t. II, págs. 843 y ss.
- F. SOTO NIETO, *La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados*, Revista Jurídica española La Ley 1987, núm 1627, págs. 927 y ss.

3. Dottrina processuale:

- A. CALDERÓN CEREZO, *El proceso penal contra aforados*, en F. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (Dir.), "Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal", Revista del Poder Judicial, Número especial XIX, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, págs. 461 a 495.
- A. DEL MORAL GARCÍA, *Comentarios a los arts. 750 a 756 LECRIM*, en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), "Enjuiciamiento Criminal", Ed. Trivium, Madrid 1998, t. II, págs. 2663 y ss.
- V. FAIRÉN GUILLÉN, *Norma constitucional, inculpación, procesamiento, suplicatorios (la Constitución como norma procesal)*, Cuadernos de Política Criminal 1994, núm. 52, págs. 45 y ss.
- J. FLORS MATÍES, *La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Constitución, composición, competencia y especialidades procesales*, en "Revista Valenciana d'Estudis Autònoms" 1997, num. 18, págs. 185 y ss.
- V. GIMENO SENDRA - C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN - J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales*, Ed. Bosch, Barcelona 2000, t., VI, págs. 1 y ss.
- J.L. GÓMEZ COLOMER, *Altos funcionarios y protección procesal penal (un intento de aclaración)*, en "Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal", Ed. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid 1998, págs. 327 a 345.

- A. JUANES PECES, *El privilegio del fuero*, AJA de 1 de junio de 2000, págs. 1 y ss.
- R. LACUEVA BERTOLACCI, *La imputación de jueces, magistrados y fiscales por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo*, Noticias Jurídicas (revista electrónica), octubre 2002.
- M. LÓPEZ GIL, *Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español*, Actualidad Penal 2000, núm. 5, págs. 91 y ss.
- J.M. LUZÓN CUESTA, *Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Fiscales del Tribunal Supremo*, Actualidad Jurídica Aranzadi 1992, núm. 42, págs. 1 y ss.
- M.J. MAGALDI PATERNOSTRO, *Procedimientos especiales y actuación de oficio del juez: Análisis del procedimiento especial para el enjuiciamiento de diputados y senadores*, en A. DE PREGO DE OLIVER TOLÍVAR (Dir.), "Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales", Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. CGPJ, Madrid 1995, págs. 355 y ss.
- M. MARCHENA GÓMEZ, *Procesos penales contra aforados*, en J. SAAVEDRA RUIZ (Dir.), "Cuestiones de Derecho Procesal Penal", Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. CGPJ, Madrid 1994, págs. 405 y ss.
- J.A. MARTÍN PALLÍN, *Momento procesal para pedir el suplicatorio en las causas contra Diputados y Senadores (Comentario al auto del Tribunal Supremo, Sala 20 de 7 de noviembre de 1991)*, Actualidad Jurídica Aranzadi 1991, núm. 29, págs. 1 y ss.
- J. MONTERO AROCA, *Los privilegios en el proceso penal*, en F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Coord.), "La criminalidad organizada ante la Justicia", Ed. Universidad, Sevilla 1996, págs. 107 y ss.
- IDEM, *La reforma de las Salas de lo Civil y Penal*, Poder Judicial 1991, núm. 24, págs. 103 y ss.
- R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Especial consideración del suplicatorio y del momento para solicitarlo*, Actualidad Jurídica Aranzadi 1997, núm. 317, págs. 1 y ss.
- P. SAAVEDRA GALLO, *Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal*, Revista Universitaria de Derecho Procesal 1987, núm. 0, págs. 57 y ss.
- F.C. SAINZ DE ROBLES, *Los presupuestos procesales privilegiados (Sentencia del TC 189/1989 de 13 de noviembre)*, Tapia 1989, núm. 49, págs. 4 y ss.
- A. SÁIZ ARNÁIZ, *Aforamiento y doble grado de jurisdicción*, Revista Parlamento y Constitución 2001, núm. 5, págs. 71 y ss.
- J.F. VALLS GUMBAU, *Las competencias penales de los Tribunales Superiores de Justicia*, Poder Judicial 1989, núm. 13, págs. 57 y ss.

- C. VIANA BALLESTER, *La inviolabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de enero de 2004*, Revista de Derecho y Proceso Penal 2004, núm. 12, págs. 235 y ss.

dott. MARIO LA ROSA
Assegnista di ricerca nell'Università di Messina

I “CRIMINI CONTRO L’OSPITALITÀ”: VECCHI E NUOVI PARADIGMI DI DIRITTO PENALE

Ospitare l'altro presso di sé, tollerare la presenza dei senza terra, dei senza dimora, su un “suolo ancestrale”, così gelosamente – così malvagiamente – amato, è questo il criterio dell'umano? Incontestabilmente.

LÉVINAS, *À l'heure des nations*, Paris, 1988, 114.

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Identità al singolare o al plurale? – 2. I “crimini contro l’ospitalità”. – 3. Vecchi paradigmi: le “misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”. - 3.1. Gli immutati profili di criticità dell’art. 3, legge n. 654/75, alla luce della riforma dei reati di opinione. - 3.2. L’aggravante della “finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso”. - 3.3. Le recenti applicazioni giurisprudenziali: anche esse discriminatorie? – 4. Nuovi paradigmi: il c.d. “pacchetto sicurezza” tra illegittimità costituzionale e comunitaria. - 4.1. L’espulsione dello straniero *ex art. 235 c.p.* - 4.2. La circostanza aggravante di cui all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p. – 5. Conclusioni.

Introduzione

Recenti fatti di cronaca hanno riportato in primo piano il tema dell’integrazione: il raduno anti-islamico di Colonia¹, l’uccisione “per futili motivi” di Abdoul Salam Guiebre avvenuta a Milano, la strage di Castelvoturno ad opera dei Casalesi, per finire con le ripetute manifestazioni di violenza nei confronti di rom e romeni². Dietro questi episodi si nasconde un profondo e radicato disprezzo per chi è di razza, religione, cultura diversa dalla “nostrana”³.

¹ Opportunamente boicottato non solo dagli esercizi di ristorazione dietro lo slogan “niente birra per i nazisti”.

² Per un resoconto degli episodi degli ultimi mesi v. BONINI, *Il microrazzismo quotidiano*, *La Repubblica*, 25 ottobre 2008, 43 ss.

³ Le frasi ingiuriose “macché moschee, gli immigrati vadano a pregare e pisciare nel deserto”, “negri di merda”, “sporco negro”, sottintendono un sottile pensiero condiviso e riassunto

Il clima nel quale si vive, l'aria che si respira fungono da vera e propria "incubatrice del razzismo"⁴; occorre porvi un argine che non è solo di natura politico-istituzionale, ma anche e soprattutto culturale⁵, altrimenti si corre il rischio "di passare da una società multirazziale a una società multirazzista"⁶ o, in altri termini, ad un "razzismo istituzionale e civile"⁷.

L'odio, l'avversione verso chi è straniero possono dipendere da vari fattori. Così, «esiste una xenofobia che è il risvolto di un fanatismo nazionalista, come nel fascismo, ed esiste un razzismo invidioso come quello antisemita, che è al tempo stesso un modello e un'eccezione agli altri razzismi: ma quello del nostro mondo privilegiato, invecchiato e persuaso d'essere democratico, è la paura e la rabbia per una povertà giovane e selvaggia. Esattamente quella che gli italiani migranti, "oliva", incarnavano agli occhi degli americani "bianchi"»⁸. Parole che ben riassumono le plurime radici dell'intolleranza verso chi è straniero e denunciano altresì la smemoratezza, più o meno consapevole, di chi siamo stati noi, italiani, nelle persone dei nostri padri⁹. Allo stesso modo, il diffuso disprezzo verso gli zingari, tanto da farne un vero e proprio "caso"¹⁰, trova una sua giustificazione antropologica nella fissità, nell'immobilismo dell'uomo occidentale, il cui orizzonte non collima con quello del nomade¹¹.

La chiave di volta per superare quest'incomunicabilità tra due mondi fisicamente così vicini, di fatto così separati, sta tutta nel mettersi nei panni dell'altro, nel pensare che non è un "selvaggio" da civilizzare¹², ma una persona

nel vecchio detto meneghino "*minga sùn mi che sùn rasista, lè lù che lè negher!*". Così PIRANI, "*Mica sono io il razzista, è lui che è negro*", *La Repubblica*, 22 settembre 2008, 21.

⁴ RODOTÀ, *L'incubatrice del razzismo*, *La Repubblica*, 23 settembre 2008, 31.

⁵ RICCARDI, *Convivere*, Roma-Bari, 2006, 135, sottolinea come «ci troviamo innanzi ad un fenomeno straordinario di cui va presa viva coscienza: mai nella storia gli uomini e le donne sono stati così alfabetizzati come ai nostri tempi, quindi comunicatori e potenzialmente fruitori di idee nuove e di cultura...» "di una cultura condivisa"».

⁶ Così ALLAM, *La solitudine dell'occidente*, 2ª ed., Milano, 2006, 173.

⁷ L'espressione è di PROSPERI, *Il vento della violenza*, *La Repubblica*, 27 settembre 2008, 35, il quale denuncia la scarsa attenzione dell'informazione per la morte di Marian Danilà, ragazzo romeno di 14 anni, morto carbonizzato a Sesto San Giovanni.

⁸ SOFRI, *Sì, gli zingari eravamo noi*, *La Repubblica*, 8 giugno 2008, 29.

⁹ Per un affresco di storie di italiani migranti v. STELLA, *Odissee*, Milano, 2004.

¹⁰ In argomento v., di recente, AA.VV., *Il caso zingari*, a cura di IMPAGLIAZZO, Milano, 2008.

¹¹ AIME, *Gli specchi di Gulliver*, Torino, 2006, 12, afferma: "i nomadi, visti dall'immobilità di una casa, ci appaiono sfuggenti, fuori luogo, precari sempre, come se mancasse loro qualcosa".

¹² TODOROV, *La peur des barbares*, Paris, 2008. Nel considerare la "barbarie" contrapposta alle "civiltà", l'A. rileva come l'essere o meno "barbaro" si risolve in una questione di "punto di vista". La barbarie, infatti, rappresenta un tratto dell'essere umano, pertanto è illusorio sperare

di cui si ha bisogno per definire meglio se stessi¹³. Identificarsi con lo straniero aiuta a comprenderne meglio l'umanità e la complessità, ed elimina la diffusa abitudine di guardare a lui solo come ad un problema¹⁴. Emblematica, in tal senso, è la storia di Ashley Baia, ripresa da Barack Obama nell'intervento, ormai celebre, a Philadelphia¹⁵. Ashley, giovane bianca di 23 anni, sostenitrice della campagna elettorale del neo presidente degli Stati Uniti, a soli nove anni si è trovata a dover assistere la madre ammalatasi di cancro, la quale, poco dopo, perse il lavoro e successivamente anche l'assistenza sanitaria.

«Durante la tavola rotonda spiegò che appoggiava la nostra campagna per sostenere i milioni di bambini americani che desiderano aiutare i loro genitori e si trovano nella necessità di farlo.

Ashley avrebbe potuto fare una scelta diversa. Probabilmente in più di un'occasione si è sentita dire che la causa dei problemi di sua madre sono i neri che vivono dell'assistenza sociale e sono troppo pigri per lavorare, oppure gli ispanici che entrano illegalmente in America. Ma lei non ci ha creduto: ha cercato invece alleati nella sua lotta contro l'ingiustizia»¹⁶.

che un giorno finalmente scompaia. Non sono le persone o i popoli ad essere "barbari" o "civili", piuttosto lo sono i comportamenti o gli atteggiamenti degli esseri umani. L'A. afferma che "il barbaro non è assolutamente colui che crede che la barbarie non esiste, è piuttosto colui che crede che una popolazione o un essere umano non fanno parte a pieno titolo dell'umanità e che, per questo, meritano un trattamento che egli si rifiuterebbe in modo assoluto di applicare a se stesso" (p. 79). In questa chiave di lettura è possibile individuare un punto fermo: "il contrario della barbarie è praticare l'ospitalità" (p. 32). Guardare attraverso gli occhi di un altro è un modo di distaccarsi dal "fondo della barbarie" per avvicinarsi "all'orizzonte della civiltà" (p. 40).

¹³ Il saggio di BIANCHI, *Ero straniero e mi avete ospitato*, Milano, 2006, si apre con un pensiero del poeta Jabès, *Uno straniero con, sotto il braccio, un libro di piccolo formato*, Milano, 1991, pp. 11 e 61, che ben sintetizza quanto affermato in testo: «Lo straniero ti permette di essere te stesso, facendo di te uno straniero. (...) La distanza che ci separa dallo straniero è quella stessa che ci separa da noi. La nostra responsabilità di fronte a lui è dunque solo quella che abbiamo verso noi stessi. E la sua? La nostra stessa»; o, ancora, con altre parole, «lo straniero ci abita: è la faccia nascosta della nostra identità (...). Lo straniero è in noi stessi. Se noi fuggiamo lo straniero e lo combattiamo, noi combattiamo contro il nostro inconscio (...). Lo straniero vive in me, dunque noi tutti siamo stranieri». Così, testualmente, KRISTEVA, *Étrangers à nous-mêmes*, Paris, 1988, pp. 9, 283-284, ancora citata da BIANCHI, op. cit., 113.

¹⁴ SPINELLI, *Ricordati che eri straniero*, Magnano (BI), 2005, 10 ss., rileva come nel porre allo straniero domande quali "che ne è della tua giustizia? Dei tuoi diritti e dei tuoi doveri? Del tuo stato? Delle tue norme giuridiche?", noi non facciamo altro che rivolgerle a noi stessi. «A lui dobbiamo il riesame di quel che siamo ma anche l'opportunità di mettere una certa distanza fra noi e le nostre certezze, di scoprirci potenzialmente estranei noi stessi al mondo».

¹⁵ OBAMA, *Sulla razza*, Milano, 2008.

¹⁶ OBAMA, op. cit., 59.

Non si tratta di imporre qualcosa con la forza, certi di possedere un'idea di bene cui chi è diverso da noi deve soggiacere, la c.d. "tentazione del bene"¹⁷, quanto piuttosto di "viaggiare"¹⁸ verso l'altro. «Nel conoscere, nel comporre alterità, connessioni, distanze, prossimità e meticciami, si esercita quell'arte del convivere, frutto di realismo politico e di speranza umana e religiosa. È il realismo di fronte ad un mondo al plurale. È la speranza che non si ripeta l'impazzimento della pluralità del conflitto. È la realizzazione di una civiltà fatta di tante civiltà – se si vuole usare quest'espressione – o di tanti universi culturali, religiosi e politici»¹⁹, che è "l'idea del nostro tempo"²⁰.

L'umanità vive e si nutre proprio della presenza di un altro diverso da me²¹. Non è un caso che il termine *xénos* in greco assuma una duplice veste: sta ad indicare ora l'estraneo, ora l'amico²².

Per fare questo passo occorre vincere la paura di cui è affetto il paese Italia²³, e non solo, prendendo maggiore consapevolezza della fonte della paura²⁴. Non sono gli altri la ragione delle nostre insicurezze, ma è il momento

¹⁷ TODOROV, *Memoria del male, tentazione del bene*, Milano, 2001.

¹⁸ MAGRIS, *L'infinito viaggiare*, Milano, 2005, XIII, "viaggiare non vuol dire soltanto andare dall'altra parte della frontiera, ma anche scoprire di essere sempre pure dall'altra parte".

¹⁹ Così, efficacemente, RICCARDI, *Convivere*, cit., 156.

²⁰ L'espressione è, ancora, di RICCARDI, *Paolo uomo dell'incontro*, Milano, 2008, 59.

²¹ ALLAM, *La solitudine*, cit., 142.

²² Lo rileva opportunamente, ancora, BIANCHI, op. cit., 113 s. SPINELLI, op. cit., 16 ss., invece, richiama la dicotomia straniero e nemico, riassunta nell'unico termine latino *hostis*, che, secondo lo stesso Cicerone, ha perduto il suo originario significato di "forestiero" per assumere quello di "colui che porta la guerra", il nemico pubblico. È interessante la chiave di lettura proposta dall'A., la quale vede nello straniero di oggi, non il mero ospite/pellegrino, ma il "nemico interno", ossia il migrante che vive appieno nella nostra società e ci interpella in qualità di titolare di diritti che reclama anche in terra straniera.

²³ DIAMANTI, *La metà del paese ostaggio della paura*, *La Repubblica*, 6 novembre 2007, 25; ZANUTTINI, *Ecco perché Roma teme gli immigrati molto più delle altre capitali mondiali*, *il Venerdì di Repubblica*, 19 settembre 2008, 20 ss. V., tuttavia, il recente Rapporto Demos che segnala come dopo le elezioni l'oggetto della paura sia mutato, il connubio criminalità comune/immigrazione ha "perso terreno" (la criminalità comune è ritenuta fonte di insicurezza dal 31% degli italiani (nel 2007 dal 40%), l'immigrazione dal 36% (nel 2007 dal 51%). Adesso "fa più paura" la crisi economica. Il merito di questa contrazione della paura riferita alla relazione criminalità comune/immigrazione è da attribuirsi alla televisione. Nell'anno in corso, infatti, gli sbarchi sulle nostre coste sono aumentati. Ciò dimostrerebbe come "non sono i fatti ad aver cambiato le opinioni... ma le opinioni si sono separate dai fatti". Così DIAMANTI, *Come si fabbrica l'insicurezza*, *La Repubblica*, 23 novembre 2008, 18. Sul punto v., altresì, POLCHI, *Contrordine la paura è svanita*, ibidem, 22 novembre 2008, 1 e 21.

²⁴ BAUMAN, *Paura liquida*, 4ª ed., Bari-Roma, 2008.

storico nel quale viviamo ad ingenerare un senso di disorientamento che ci porta a facili semplificazioni e soluzioni, per cui straniero è sinonimo di delinquente e, di conseguenza, minore immigrazione equivale a maggiore sicurezza²⁵. Si tratta di una semplificazione che tradisce la stessa realtà delle cose. Paradossalmente invociamo sicurezza in una società tra le più sicure, perché confondiamo la sicurezza con uno stato psicologico di sostanziale turbamento determinato dal constatare evoluzioni, cambiamenti nell'ambiente che ci circonda e che vorremmo immobile, sempre uguale a se stesso²⁶. Purtroppo facciamo fatica a relazionarci con un mondo più complesso di quanto si creda ed al tempo stesso ricerchiamo soluzioni semplici, immediate, senza fare tesoro della storia, che insegna come, proprio nei momenti di crisi sociale, lo Stato nazionale sfoghi la sua ansia di maggiore sicurezza sulle popolazioni nomadi²⁷.

1. *Identità al singolare o al plurale?*

Il termine "globalizzazione"²⁸ forse più di altri definisce il tempo nel quale viviamo e rimanda all'immagine di un mondo pieno di connessioni di varia natura, umana, informatica, logistica. In tale contesto, apparentemente votato ad una maggiore integrazione, riemergono con vigore forze identitarie che nell'affermare la loro purezza finiscono per emarginare "l'impuro", quando addirittura non lo distruggono con il ricorso alla violenza. Tale separazione si riflette come un *boomerang* sul paese accogliente. Si pensi, per tutti, ai noti episodi nelle *banlieus* parigine o agli attentati londinesi, entrambi avvenuti nel

²⁵ RICCARDI, *Introduzione a Il caso zingari*, cit., 9 ss.; e diffusamente ID., *Convivere*, cit., 126 ss.

²⁶ URBINATI, *Se i governi alimentano le paure dei cittadini*, *La Repubblica*, 8 ottobre 2008, 38.

²⁷ Sempre attuale il racconto di CHATWIN, *Le vie dei canti*, 13^a ed., Milano, 2007.

²⁸ Per tutti BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, 11^a ed., Bari-Roma, 2008.

Nota RICCARDI, *Paolo*, cit., 32 ss., come, sebbene con tale termine s'intenda riferirsi ad un particolare momento storico che si apre con la caduta del muro di Berlino, la fine dell'impero sovietico, l'affermazione del libero mercato e l'abbattimento delle frontiere, non si tratti della "prima globalizzazione della storia". Invero, ogni impero ha in sé l'anima "buona" della globalizzazione. Si pensi, per tutti, all'impero romano che ha fatto delle "vie di comunicazione" una delle sue priorità, e che ben esemplifica la realtà al plurale (di lingue, culture) che connota il mondo "globale" di oggi. Mentre allora "vigeva una politica inclusivista verso gli stranieri",...oggi, "in un mondo esposto a tutti i venti, non si vive nudi e senza identità", ma la si afferma in modo aggressivo, secondo la logica dell'uno contro l'altro e non dell'uno accanto all'altro.

2005, che hanno visto come protagonisti giovani nati e cresciuti in Francia e in Inghilterra²⁹; o, ancora, alle recenti manifestazioni di protesta promosse dagli immigrati, in seguito alla strage di Castelvoturno. Accanto al razzismo sta nascendo un altro fenomeno: “la rabbia nera”³⁰.

Non ci si rende conto che «ogni identità, anche nazionale, non coincide con le sue frontiere, ma si colloca in un tessuto più grande e conosce al suo interno varie composizioni»; ecco perché «...l'omogeneità e la purezza sono spesso un'invenzione, come quella che ha preceduto la nascita o l'identificazione di alcune nazioni»³¹. È questa l'esperienza di molti paesi europei nei quali si contano già tre generazioni di immigrati, su tutti la Germania e la Francia.

Per tale ragione non risponde a verità parlare di identità al singolare³², ma piuttosto occorre porsi la seguente domanda: «siamo più fedeli all'identità di una cultura coltivando la differenza da sé (con sé) che costituisce l'identità oppure mantenendo l'identità in cui questa differenza si mantiene, insieme con le altre?»³³.

Una risposta che sia credibile deve necessariamente provenire da un'umanità che in sé è espressione di più nazionalità, lingue, culture, pertanto è condivisibile il pensiero di Amin Malouf, scrittore libanese trasferitosi successivamente in Francia, il quale afferma che «l'identità non si suddivide in compartimenti stagni, non si ripartisce né in metà, né in terzi. Non ho parecchie identità, ne ho una sola, fatta di tutti gli elementi che l'hanno plasmata, secondo un “dosaggio” particolare che non è mai lo stesso da una persona all'altra. (...) L'identità non è data una volta per tutte, si costruisce e si trasforma durante tutta l'esistenza»³⁴. Non a caso, spesso, si assiste ad un mutamento di identità, nel senso che uno stesso soggetto in un dato momento storico si identifica più con una parte di sé, per esempio la religione, e successivamente

²⁹ ALLAM, *La solitudine*, cit., 127 s., definisce tali ragazzi “prodotto della generazione *borderline*”, che, vivendo in un società nella quale assistono impotenti a corruzioni, atti autoritari, disoccupazione, disuguaglianze, finiscono per trovare una risposta al loro bisogno di “scuotere l'ordine costituito”, una loro identità proprio nell'appartenenza a gruppi integralisti di matrice islamica. Così, anche, MALOUF, *L'identità*, 2ª ed., Milano, 2002, 100.

³⁰ Così LERNER, *L'infedele*, 29 settembre 2008.

³¹ Così RICCARDI, *Convivere* cit., 62.

³² SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, 20 ss. Da ultimo, TODOROV, *La peur*, cit., 82 ss.

³³ DERIDDA, *L'autre cap*, Paris, 1991, 17.

³⁴ MALOUF, *L'identità*, cit., 8 e 29.

cambia prospettiva prediligendo affermare la sua appartenenza ad una data nazione³⁵.

2. I “crimini contro l’ospitalità”

Questa formula si pone alla nostra attenzione considerando in primo luogo la riflessione di Khaled Fouad Allam³⁶, il quale, a sua volta, si muove sulle orme di Lévinas³⁷, ormai un “classico” contemporaneo sull’importanza dell’alterità e, dunque, dell’ospitalità³⁸.

Già dopo la prima guerra mondiale, e in modo più marcato dal secondo dopoguerra, migranti, rifugiati, esiliati, in tutto il mondo, invocano la concessione di uno spazio da parte del paese ospitante. Tale richiesta non è unicamente volta all’ottenimento di luoghi fisici nei quali insediarsi, ma auspica un cambiamento di visione socio-politica orientata all’accoglienza.

In questo contesto trovano terreno fertile i “crimini contro l’ospitalità”, che «gli ospiti e gli ostaggi del nostro tempo devono sopportare, giorno dopo giorno incarcerati o espulsi, dai campi di concentramento ai campi di detenzione, di frontiera in frontiera, vicino a noi o lontano da noi»³⁹.

Tali “crimini” non vano confusi col “delitto di ospitalità”, commesso da chi, vigenti in Francia i decreti e le ordinanze negli anni 1928-1945, garantiva ospitalità a stranieri irregolari. Com’è noto, di recente, il legislatore italiano con il provvedimento “misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, meglio conosciuto come “pacchetto sicurezza”, ha riproposto il “delitto di ospitalità” all’art. 5 *bis* del d.lgs. n. 286/98⁴⁰.

³⁵ SEN, op. cit., 40 s.

³⁶ ALLAM, *La solitudine*, cit., *passim*.

³⁷ LÉVINAS, *Totalité et Infini*, Le Haye, 1980.

³⁸ Di recente si segnala un saggio inedito di RICOEUR, *La condizione di straniero: punti fermi per l’accoglienza*, in *Vita e Pensiero*, 5/2008, 45 ss., nel quale l’autore sottolinea come la condizione di straniero (*sub specie* visitatore, immigrato, rifugiato) sia un effetto inevitabile della globalizzazione, che si traduce in una sorta di “diritto di visita” dal cui rispetto si saggia l’ospitalità di un paese. Per un’anticipazione v. *Corriere della sera*, 4 novembre 2008, 45.

³⁹ Testualmente DERIDDA, *Adieu à Emmanuel Lévinas*, Paris, 1997, 132.

⁴⁰ Art. 5-*bis*: “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ad uno straniero, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia la disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. Per un primo commento v. AMATO, *Punito chi dà alloggio agli irregolari*, in *GD*, 2008, 32, 90 s.; ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in *DPP*, 2008, 1370 ss.; MASERA, *Immigrazione*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di MAZZA e VIGANÒ, Torino, 2008, 21 ss.

Entro la cornice lata ed atecnica di “crimini contro l’ospitalità”, ci si soffermerà dapprima sulle disposizioni della legge n. 205/1993, avente ad oggetto “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”, che rappresentano il primo, significativo, intervento legislativo nel nostro ordinamento – in questo senso qualificabile come “vecchio” paradigma di diritto penale – teso a fronteggiare manifestazioni/episodi a carattere razzista⁴¹; successivamente si tratterà dei recenti provvedimenti contenuti nel “pacchetto sicurezza”, che costituiscono, invece, il paradigma di un nuovo diritto penale, il diritto penale dell’inaccoglienza, quando non dell’intolleranza⁴².

Un “nuovo” diritto penale che, nell’intento di raggiungere un livello di sicurezza “rassicurante”⁴³, produce, invece, un effetto contrario a quello auspicato, cioè maggiore insicurezza⁴⁴.

Tra vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale i punti di contatto non mancano: costituiscono manifestazioni di legislazione penale simbolica⁴⁵ e, conse-

⁴¹ Da un punto di vista “cronologico” è bene precisare come il “primo” atto normativo in materia di discriminazione razziale sia la legge 13 ottobre 1975, n. 654, con cui l’ordinamento italiano ha dato attuazione alla Convenzione ONU sulla “eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale”, aperta alla firma il 7 marzo 1966. Per una rassegna, anche in chiave storica, delle leggi in tema di discriminazione razziale e religiosa v. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *QDPE*, 2000, 269 ss.

⁴² LIVI BACCI, *La vita agra degli immigrati*, *La Repubblica*, 12 novembre 2008, 35, il quale prende in esame alcune delle misure contenute nel disegno di legge (A. S. 733) di completamento del c.d. “pacchetto sicurezza”. Per tutte si tengano presenti l’autorizzazione agli enti locali di avvalersi di “ronde” di cittadini a sostegno dell’attività statale di mantenimento dell’ordine pubblico e l’istituzione presso il ministero dell’interno di un registro apposito per i “senza fissa dimora”.

⁴³ Cfr. l’accezione di “sicurezza” cui si è fatto cenno nell’introduzione.

⁴⁴ PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *DPP*, 2008, 1077, pur manifestando tra le righe un certo scetticismo per le misure contenute nel c.d. “decreto sicurezza”, rimanda alla verifica empirica per un giudizio definitivo sul provvedimento.

⁴⁵ In argomento v. HASSEMER, *Derecho penal simbolico y protection*, in *Pena y Estrado*, 1991, 29 ss.; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1001 ss.; BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche nel diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, II, Milano, 1990, 19 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *RIDPP*, 1994, 28 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, *passim*; DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di STORTONI e FOFFANI, Milano, 2004, 149 ss.; BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *IP*, 2003, 491 ss. Da ultimo, con particolare riferimento alla tutela penale nel settore dell’economia e della pedopornografia, v. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, II, 925 ss.; PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa ai beni*

guentemente, fanno emergere con forza profili d'illegittimità costituzionale che attengono al rispetto dei canoni di precisione⁴⁶, materialità/offensività⁴⁷, ragionevolezza/proporzione⁴⁸, ma, soprattutto, del principio di uguaglianza⁴⁹.

3. Vecchi paradigmi: le "misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa"

Immediatamente e concordemente criticate in dottrina⁵⁰ per il loro "scollamento" dalle regole di una corretta redazione delle fattispecie incriminatrici, le disposizioni in tema di "discriminazione, odio e violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi" ben esemplificano quel modo di legiferare che coniuga «in maniera tanto esemplare, quanto deprecabile, i difetti dell'insipienza sul piano tecnico, della discutibilità sul piano dei principi e dell'ineffettività

giuridici, ibidem, 1267 ss.; e COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, ibidem, 1108 ss. e in *RIDPP*, 2006, 864 ss.

⁴⁶ Sul principio di precisione cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2ª ed., Milano, 2006, 42 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, 119 ss. In chiave critica v., per tutti, MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*. Da ultimo, con uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale, PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 49 ss.

⁴⁷ Per tutti MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*. Nella manualistica, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, 201 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, 5ª ed., Padova, 2007, 179 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, 4 ss.

⁴⁸ Tra i contributi più recenti v. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 259 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, 3ª ed., Torino, 2006, 313 ss.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza in un caso facile*, in *RIDPP*, 2007, 100 ss.; e MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, ibidem, 739 ss. Sul punto, nell'ottica costituzionalistica, per tutti, D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*.

⁴⁹ Sul tema la bibliografia è amplissima. Fondamentale BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, *passim*; ed, ancora, BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, *passim*. Infine, tra i costituzionalisti, SPADARO, *Uguaglianza*, in *Enc. Filosofica*, XII, Milano, 2006, 11837 ss.; CERRI, *Eguaglianza (Principio di)*, in *Il Diritto*, V, Milano, 2007, 721 ss.

⁵⁰ DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93 conv. con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *LP*, 1994, 174 ss.; STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 14 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 90 ss. Tra i primi commenti v., altresì, LUINI, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica*, in *Riv. pen.*, 1993, 87 s.

sul piano dei risultati»⁵¹. Questo giudizio, seppure formulato a caldo, ha trovato piena conferma nelle sporadiche applicazioni giurisprudenziali del Decreto legge n. 122/93, convertito con modifiche dalla legge n. 205/93. Negli ultimi anni, però, ed anche alla luce dei recenti episodi cui si è fatto cenno in apertura del presente lavoro, le previsioni in esame sono riemerse in superficie, in particolare le figure chiave dell'intero provvedimento, la "Discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" (art. 1) e la "Circostanza aggravante" (art. 3).

Come rilevato⁵², le due disposizioni marciano all'unisono, sebbene sia chiara la diversa natura giuridica e il differente ambito d'intervento. Mentre la prima rimanda ad un'altra previsione, l'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, nella quale confluiscono più norme incriminatrici⁵³, e punisce, "*salvo che il fatto costituisca più grave reato, ai fini dell'attuazione... della convenzione, ... chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero, in qualsiasi modo, incita alla discriminazione o all'odio, o incita a commettere o commette atti di violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali etnici, nazionali o religiosi*"; la seconda, come si evince chiaramente dalla rubrica, è un'aggravante applicabile a reati punibili con pena diversa dall'ergastolo, purché "*commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso*".

⁵¹ Testualmente MOCCIA, op. cit., 90 ss., il quale denuncia, per un verso, il ricorso alla tecnica del rinvio, nota comune alla "perenne emergenza" che contraddistingue l'ordinamento penale italiano, per altro verso la superfetazione legislativa, vista l'inutilità di una fattispecie associativa (art. 3, comma 3, legge n. 654/75) che ricalca nella sostanza la figura generale di cui all'art. 416 c.p., discostandosene solo per gli scopi, e riproducendo in altra sede i medesimi nodi problematici legati al rispetto dei principi di sufficiente determinatezza, materialità e offensività. Addirittura, rileva l'A., ne amplifica la dissonanza laddove si osservi come l'estensione della punibilità a "gruppi" e "movimenti" incida su un profilo distintivo dell'associazione rispetto al mero concorso di persone nel reato, ovvero la stabilità dell'organizzazione, e, di conseguenza, consenta di reprimere il semplice accordo cui non segua la commissione del fatto di reato, introducendo così una deroga alla disciplina di cui all'art. 115 c.p. Sul punto, v., altresì, le conclusioni formulate da Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2001, Gariglio e altri, in *DPP*, 2001, 1378; e Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, Aliprandi e altri, ibidem, 986, in merito alla conformità a Costituzione delle disposizioni in esame.

⁵² DE FRANCESCO, op. cit., 181 s. e 184 ss. Si veda, inoltre, *infra* par. 3.2.

⁵³ Riprendendo la classificazione proposta da autorevole dottrina, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 454, si tratterebbe di una *disposizione a più norme* (o norma mista cumulativa), non anche di una *norma a più fattispecie* (o norma mista alternativa).

3.1. *Gli immutati profili di criticità dell'art. 3, legge n. 654/75, alla luce della riforma dei reati di opinione*

Con la legge n. 205/93 si segna un momento di svolta nell'ambito dei delitti di opinione a carattere discriminatorio, in quanto muta il baricentro dell'intervento penalistico. La tutela dell'ordine pubblico, messo in pericolo da "eventuali adesioni in forma diffusa ai contenuti del messaggio istigatorio", cede il passo al rispetto della dignità della persona, da proteggere contro ogni forma di discriminazione⁵⁴. L'ordine pubblico assume un ruolo secondario dinanzi alla dignità della persona e, contestualmente, si riducono gli spazi della libertà di manifestazione del pensiero⁵⁵. Tale orientamento di fondo si evince in modo chiaro da alcuni indici testuali che determinano un ampliamento dello spettro applicativo delle fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, richiamate dall'art. 1 della legge n. 205/93.

In questo senso depongono, infatti, l'inciso "anche ai fini dell'attuazione della disposizione di cui all'art. 4 della Convenzione⁵⁶"; l'introduzione del fattore "religioso" tra i "motivi" alla base dell'incitamento alla commissione o della commissione stessa di atti di discriminazione; la scelta del termine "motivi", ovvero moventi, in sostituzione della precedente formula linguistica "perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale"⁵⁷; l'inclusio-

⁵⁴ Di questo avviso DE FRANCESCO, op. cit., 180 s., il quale trova conferma di ciò, per un verso, nell'estensione dello spettro applicativo della disposizione anche al compimento di atti discriminatori; per altro verso, nell'attenzione riservata dal provvedimento in questione a fenomeni a carattere discriminatorio anche in altri punti dello stesso (per tutti v. il comma 3 dell'art. 3, legge n. 654/74, e la circostanza aggravante di cui all'art. 3, legge n. 205/93); e, da ultimo, PICCOTTI, *Diffusione di idee «razziste» ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, commento a Trib. Verona, 24 febbraio 2005, n. 2203, in *Giur. mer.*, 2006, 394 ss. Sul punto v., altresì, i contributi di ZAVATTI, TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Rass. it. crim.*, 1995, 565 ss.; FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *RIDU*, 1997, 32 ss.; MOLTEDO, *Conflitto sociale e intervento penale nei confronti delle condotte di indole razzista*, in *Crit. dir.*, 1999, 50 ss.; DE BERNARDI, *Osservazioni sulla legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, nota a Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2002, Orrù, in *Giur. it.*, 2004, 620 ss.; e, da ultimo, AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di RIONDATO, Padova, 2006, 93 ss.

⁵⁵ VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 140, definisce la legislazione in tema di discriminazione razziale un "nitido esemplare di restrizione penalistica al diritto tutelato dall'art. 21 Cost."

⁵⁶ Il riferimento è alla Convenzione sulla discriminazione razziale citata in nota 41.

⁵⁷ DE FRANCESCO, op. cit., 177, nel manifestare apprezzamento per quest'opzione linguisti-

ne del compimento di atti a carattere discriminatorio tra le condotte punibili al comma 1, lettera a)⁵⁸.

Adeguate allo spirito della legge non è la formulazione delle norme. Si pensi, per esempio, alla condotta di “*diffusione*” resa ancora più indefinita dalla precisazione “*in qualsiasi modo*” o alle “*idee fondate sulla superiorità*” da riferire a concetti come “*razza*⁵⁹” o “*etnia*” privi di definizione normativa. Si assiste ad una “vera e propria progressione di indeterminatezza”⁶⁰ che rischia di rendere vani i chiari intenti legislativi e di ampliare oltremodo l’ambito di operatività delle fattispecie. A dispetto della funzione specificativa che dovrebbero svolgere, in modo da contenere la già estesa criminalizzazione della manifestazione del pensiero, le aggiunte di cui sopra lasciano, invece, aperte vie di incriminazione difficilmente circoscrivibili⁶¹.

Di recente, alcuni dei “termini” sui quali si sono concentrati i rilievi critici della dottrina sono stati “rimaneggiati” dalla legge 24 gennaio 2006, n. 85, che

ca, sottolinea come, «in tal modo, la rilevanza della condotta non sarà più subordinata alla condizione (...) che la discriminazione venga perseguita a danno di persone “perché appartenenti” a un determinato gruppo, essendo invece sufficiente che la “motivazione” del comportamento discriminatorio risulti comunque qualificata da un atteggiamento di intolleranza nei confronti di razze, culture o religioni diverse dalla propria». A titolo esemplificativo l’A. prende in esame il caso di un soggetto che ponga in essere atti di discriminazione razziale nei confronti di appartenenti alla sua stessa razza o etnia, i quali abbiano diffuso idee “basate sul rispetto e sull’uguaglianza di tutte le razze umane”.

⁵⁸ Diffusamente sugli indici cui si è fatto riferimento in testo, ancora, DE FRANCESCO, op. cit., 174 ss.

⁵⁹ Sul punto v., di recente, Trib. Verona, 24 febbraio 2005, cit., 1956 ss. I giudici di merito affermano come «la nozione di razzismo (...) indichi l’esistenza di razze diverse ed in specie di alcune considerate “inferiori” rispetto ad altre considerate “superiori”, secondo determinate scale di valori, e sia ravvisabile anche quando l’argomento della disuguaglianza biologica abbia ceduto il passo all’assolutizzazione delle differenze fra le culture ed, in specie, delle identità e differenze razziali, etniche, culturali, nazionali di un gruppo con rifiuto del cosiddetto meticciamento o mescolamento ed alla incitazione alla difesa attiva nei confronti degli esponenti delle culture estranee, percepite come nemico da combattere».

Sul tema v., da ultimo, gli sviluppi della *Critical Race Theory* (CTR), per la quale la razza non sarebbe “un dato biologico”, quanto piuttosto “una costruzione sociale”. Essa, cioè, sarebbe semplicemente un’elaborazione che funge da parametro per “l’istituzione e la riproduzione di gerarchie sociali”. Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 287 ss.; RIVA, *Differenza «razziale» ed eguaglianza di opportunità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 553 ss.; VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 161 ss. Sulla razza come strumento di lotta al terrorismo v. GOLDONI, *Il Racial profiling come misura antiterrorismo*, in *QG*, 5/2006, 1023 ss.

⁶⁰ ALESIANI, *I reati di opinione*, Milano, 2006, 119.

⁶¹ STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 16 s.

è intervenuta sia sui comportamenti materiali che integrano gli illeciti di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3, comma 1, legge n. 654/75, sia sul trattamento sanzionatorio⁶².

Per quanto concerne il disposto della lettera a), la condotta di "propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" prende il posto della "diffusione in qualsiasi modo".

Questa scelta linguistica si presta a due letture.

a) La più coerente con la *ratio* che anima la riforma dei reati di opinione, ossia garantire maggiori spazi alla libertà di manifestazione del pensiero⁶³, rileva un ridimensionamento della portata applicativa della fattispecie rivolta a comportamenti qualificati da "una maggiore intensità e pregnanza espressiva"⁶⁴.

Per fare chiarezza sul punto, sembra opportuno richiamare quanto affermato dalla Suprema Corte⁶⁵ in merito al rapporto tra la norma incriminatrice che punisce la riorganizzazione del disciolto partito fascista (artt. 1 e 2 della legge n. 645/52), realizzata, tra l'altro, mediante la "propaganda razzista", e la previsione che vieta la costituzione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra le proprie finalità "l'incitamento alla discriminazione razziale" (art. 3, comma 3, legge n. 654/75)⁶⁶.

«Tra le condotte di "propaganda razzista" e di "incitamento alla discriminazione razziale" sembra di poter cogliere solo un diverso contenuto istigatorio. Entrambe riconducibili infatti alla sfera dell'istigazione "indiretta" per il fatto di integrare un "principio" di azione" ovvero di essere caratterizzate dalla netta prevalenza di momenti emotivi e irrazionali, le due condotte si differenziano per il

⁶² PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, 746, scorge dietro le novità linguistiche introdotte dalla legge n. 85/06 un chiaro intento politico di matrice "leghista" teso ad influenzare, ove possibile, l'esito di un procedimento, cui si darà conto nel prosieguo, che vede tra gli interessati un noto esponente della Lega Nord condannato in primo grado al momento dell'entrata in vigore della novella.

⁶³ Di recente riassume i termini della questione nell'ottica penalistica VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., *passim*.

⁶⁴ Così VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *FI*, 2006, V, 223. Dello stesso avviso, tra gli altri, CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 «Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione»*, in *QDPE*, 2006, 448 s.; PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *IP*, 2006, 715 s.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812, in *Jurisdata*.

⁶⁶ Per approfondimenti sui rapporti tra queste fattispecie associative, v. per tutti, DE FRANCESCO, op. cit., 188 ss; e, di recente, AMBROSETTI, *Beni giuridici*, cit., 95 ss.

loro porsi come antecedenti più o meno immediati di fatti criminosi. Con questa differenza: mentre la “propaganda” identifica in sé un’azione volta a diffondere un’idea e a far proseliti, l’incitamento fa nascere e alimentare lo stimolo che spinge all’azione di discriminazione, e, quindi, realizza un fatto ontologicamente più grave.(...) Ne consegue che, se si ritiene di non poter riconoscere attraverso la propaganda razzista la ricostruzione del disciolto partito fascista, la propaganda può acquistare rilevanza sul piano penale solo come forma di incitamento, punibile ai sensi della legge n. 205 del 1993».

Prima della riforma del 2006 la condotta penalmente rilevante può, dunque, svilupparsi attorno a due poli: da un lato, la *diffusione in qualsiasi modo di idee*, ossia la “generica” comunicazione ad un numero indeterminato di persone; dall’altro, *la propaganda*, diversamente qualificata rispetto alla diffusione per essere “diretta a influenzare l’intelletto delle persone a cui è rivolta e, solo in via subordinata, la volontà”⁶⁷, purché si realizzi in forme organizzate o assuma le note tipiche dell’*incitamento* alla discriminazione.

La legge n. 85/06 sposta in avanti il baricentro dell’incriminazione: la mera diffusione d’idee razziste diviene pienamente lecita, purché non raggiunga la soglia della “istigazione indiretta”, la propaganda, invece, è punita a prescindere da ulteriori fattori di pericolosità.

Nel senso di una maggiore affermazione della libertà di manifestazione del pensiero, a discapito della tutela penale della dignità della persona⁶⁸, depono altresì il mantenimento della “scelta differenziale” – operata nel 1993 in seno alla stessa lett. a) – di ricollegare la condotta di propaganda di idee fondate sul-

⁶⁷ GALLO, MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 90.

⁶⁸ Sul rapporto “conflittuale” tra dignità umana e libertà di manifestazione del pensiero nell’ottica costituzionalistica v., da ultimo, SALAZAR, I «destini incrociati» della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma della laicità, in *QDPE*, 2008, 67 ss.; e AMBROSI, Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe, in *Quad. cost.*, 2008, 519 ss. In chiave comparatistica cfr. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’uguaglianza e difesa dello Stato*, in AA.VV., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di DI GIOVINE, Torino, 2005, 103 ss.; ID., *Libertà di pensiero e tutela delle identità religiose. Introduzione ad un’analisi comparata*, in *QDPE*, 2008, 43 ss.; GIANFREDA, *Il «Racial and Religious Act 2006»: il dibattito parlamentare e il testo approvato*, ibidem, 2006, 407 ss; SCAFFARDI, *Istigazione all’odio e società multietnica: il Canada e «l’hate speech»*, in AA.VV., *Eguali ma diversi*, a cura di ROLLA, Milano, 2006, 171 ss.

Per un quadro complessivo della disputa avente ad oggetto la natura giuridica del diritto all’uguaglianza e, conseguentemente, l’ammissibilità di un giudizio di ragionevolezza rispetto ad atti di autonomia privata *discriminatori* v., di recente, CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, 2405 ss.

la superiorità o sull'odio solo alla dimensione *razziale o etnica*, mentre la condotta di istigazione alla commissione, o la commissione stessa di atti discriminatori, tanto ai motivi *razziali o etnici*, quanto ai motivi *religiosi o nazionali*⁶⁹.

b) Più convincente è l'interpretazione che vede nell'utilizzo del termine "propaganda" un mero intervento *di facciata*, non risolutivo, dunque, nell'ottica di lasciare "l'aberrazione delle idee fondate sulla superiorità razziale o sull'odio etnico...al confronto dialettico ed alla discussione più che alla coercizione penale"⁷⁰, soprattutto quando la manifestazione espressiva sia diretta ad un numero indeterminato di persone, come nel caso di un pensiero contenuto in un libro o in un articolo. Sia la condotta di diffusione che di propaganda – come confermato dall'interpretazione data all'art. 272 c.p., prima dell'intervento abrogativo ad opera della stessa legge n. 85/06⁷¹ – richiedono la necessità di una comunicazione a più persone. Inoltre, un'eventuale riduzione dell'ambito di operatività della fattispecie di "propaganda di idee" sarebbe contraria agli impegni assunti dall'Italia al momento della sua adesione alla Convenzione ONU del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, che all'art. 5 obbliga gli Stati contraenti a punire "ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale"⁷².

A loro volta, tanto "l'incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" (lettera a, comma 1), quanto "l'incitamento a commettere atti di provocazione alla violenza per motivi razziali

⁶⁹ Ancora DE FRANCESCO, op. cit., 177 ss.

⁷⁰ Così PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in DPP, 2006, 1205. Dello stesso avviso ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 120; SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1975 n. 654; L. 24 febbraio 2006 n. 85)*, in AA.Vv., *Discriminazione razziale*, cit., 170 s.; GAMBERINI, INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in D&G, 2006, 6, 93, i quali ritengono si possa al più spingere l'interpretazione di questa scelta linguistica nel senso dell'esclusione del negazionismo tra le condotte punibili.

⁷¹ ALESIANI, op. cit., 120 s., rileva la contraddittorietà della scelta legislativa del 2006 di riprendere il verbo "propagandare" per descrivere la condotta penalmente rilevante, quando, contemporaneamente, si procede all'abrogazione della fattispecie di propaganda sovversiva ex art. 272 c.p.

⁷² PELISSERO, op. cit., 1205 s.; CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo*, in AA.Vv., *Discriminazione razziale*, cit., 156 s.

Sul punto, di recente, cfr. la Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, 28 novembre 2008, *sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, in GU L 328 del 6.12.2008, pp. 55-58.

etc...” (lettera b)⁷³, vengono riproposti nella nuova veste di “*istigazione*”. La scelta del termine non colora diversamente la condotta, la quale rimane nella sostanza immutata⁷⁴, a meno che non s’intenda spostare, conformemente a quanto è avvenuto per altri delitti di opinione, la soglia della punibilità dal pericolo astratto al pericolo concreto⁷⁵. Destava, infatti, perplessità la resistenza della Suprema Corte a qualificare il delitto di incitamento a commettere violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, di cui all’art. 3, comma 1, lett. b), come reato di pura condotta e di pericolo astratto⁷⁶.

Al riguardo, pare opportuno sottolineare l’indefinitezza del termine “*istigazione*” – nota comune peraltro anche alla propaganda, all’apologia –, che ha dato vita nella prassi ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dal legislatore al giudice, cui spetta stabilire gli esatti confini della condotta puni-

⁷³ Non varia, invece, la terza modalità di cui alla lettera a), ossia la commissione diretta di atti di discriminazione. Così come si mantiene inalterata la “*commissione*” di violenza e di atti di provocazione alla violenza di cui alla lettera b). Continua, pertanto, a essere indubbio il significato da attribuire alla locuzione “*atti di provocazione*” alla violenza, che nei contenuti non sembra discostarsi di molto dalla condotta di “*incitamento*” (oggi “*istigazione*”). Sul punto, DE FRANCESCO, op. cit., 187 s., sottolineava come l’unica ragione possibile del non utilizzo di termini identici sembrerebbe quella di evitare agevoli vie di fuga per coloro i quali, volendo trovare una giustificazione al loro comportamento aggressivo, avessero dapprima “provocato” soggetti appartenenti ad un diverso gruppo razziale, che, a loro volta, avessero reagito in modo violento.

⁷⁴ PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *GD*, 2006, 14, 28, sottolinea come forse nel pensiero del legislatore «l’istigazione denoti in forma più pregnante e univoca la direzione finalistica dell’espressione verbale; o, all’inverso, che l’incitamento implicasse una intensità provocatoria maggiore dell’istigazione. Nel primo caso l’intento sarebbe restrittivo, nel secondo estensivo». Dello stesso avviso, GAMBERINI, INSOLETTA, op. cit., 93; PELISSERO, op. cit., 1205. In giurisprudenza v., di recente, Cass. pen., Sez. III, dep. 28 marzo 2008, n. 13234, in *DPP*, 737 s. e, per esteso, in *D&G ordine* del 19.04.08, con commento di RISPOLI, nella parte in cui si dice che “la sostituzione del verbo incita con istiga ha un valore meramente terminologico data la sostanziale equivalenza dei due termini”.

⁷⁵ VISCONTI, *Il legislatore*, cit., 223; NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione* (l. 24.2.2006 n. 85), in *LP*, 2006, 411.

⁷⁶ «...a nulla rileva che l’incitamento non risulti raccolto dalle persone presenti al fatto, non essendo il conseguimento di tale effetto richiesto dalla norma incriminatrice, che si limita a prevedere un reato di pura condotta e di pericolo astratto». Così, Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, in *CP*, 1999, 983 ss., con nota di FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*.

Riassume i termini della questione ALESIANI, op. cit., 122 s. e, diffusamente, 183 ss., la quale, in una prospettiva *de iure condendo*, auspica l’abrogazione di tutte le figure speciali di istigazione, ritenendo sufficiente una sola previsione a carattere generale. Per una rilettura dei *reati di provocazione* alla luce dei principi costituzionali v., ancora, ALESIANI, op. cit., 260 ss.

bile. Inoltre, essendo le fattispecie di "istigazione" in senso lato caratterizzate da una forte connotazione politica, esse presentano ulteriori elementi di distonia rispetto ai principi generali in materia penale. Nella misura in cui gli atti che si collocano in una fase *preparatoria* divengono penalmente rilevanti si derogano, infatti, all'indice del pericolo di un'offesa ad un bene giuridico, come riassunto nel parametro dell'idoneità dall'art. 56 c.p.⁷⁷.

In questo contesto, nel quale si inserisce appieno l'istigazione a commettere atti di provocazione alla violenza per motivi razziali etc..., occorre, dunque, richiamare lo sforzo interpretativo operato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, una volta preso atto dell'ingombrante riconoscimento del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero.

È stato evidenziato come il giudice delle leggi, piuttosto che procedere ad un bilanciamento tra interessi contrapposti, ha preferito rifugiarsi nel *pericolo concreto*, addivenendo ad una soluzione di compromesso. Fanno da battistrada le sentenze n. 65/1970⁷⁸ e n. 108/74⁷⁹, aventi ad oggetto rispettivamente i delitti di apologia e di istigazione all'odio fra classi sociali, previsti agli artt. 414, comma 3, e 415 c.p.⁸⁰. Con la prima, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità, la Corte afferma che "*l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ult. comma, non è...la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti*"; con la seconda, dichiara illegittimo l'art. 415 c.p. "*nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità*"⁸¹.

⁷⁷ STORTONI, *Tra codificazione e decodificazione*, in PADOVANI, STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, 34. In argomento v., per tutti, PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 112 ss. e 273 ss.

⁷⁸ Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65., in *Giur. cost.*, 1970, 955 ss.

⁷⁹ Corte cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Giur. cost.*, 1974, 773 ss.

⁸⁰ In argomento v., per tutti, DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 164 ss.; Id., voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in DDP, VII, Torino, 1993, 292 ss.; e SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, 173 ss.

⁸¹ Per un recente quadro ricostruttivo della giurisprudenza costituzionale sui reati di opinione v. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico* (art. 21 Cost.), in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 239 ss. Lo stesso A. in, *Riforma dei reati*, cit., 746. Id., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in QG, 4/2006, 756, critica il legislatore del 2006, che avrebbe lasciato intatte proprio le figure chiave della istigazione e della apologia di delitto, le quali, addirittura, nel contesto della legislazione antiterrorismo subiscono un "potenziamento", vista la nuova aggravante introdotta all'art. 414 dal d.l. n. 144/05.

Si è assistito, dunque, ad una decostruzione dell'originaria struttura della fattispecie, la quale mantiene la qualificazione di reato di pericolo, che da requisito implicito diviene elemento essenziale del fatto⁸².

A ben guardare, nella rilettura prospettata dalla Corte costituzionale il pericolo non si riferisce all'evento, ma qualifica il comportamento, ossia "investe direttamente le condotte apologetiche, istigative, vilipendiose o di propaganda, che devono essere in sé pericolose"⁸³. Purtroppo, però, la maggiore adesione al principio di offensività, che si cela dietro la scelta di mutare la "morfologia" dei reati di opinione in questione, spesso viene vanificata dall'indeterminatezza che contrassegna tanto la condotta, quanto il secondo termine della relazione, cui va riferito il comportamento pericoloso. Nelle fattispecie di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale o di disfattismo politico, per esempio, si è dinanzi a macroeventi⁸⁴.

Quando, invece, «la clausola di pericolo accede ad un "fatto base" incapace di segnalare di per sé una relazione di pericolosità con l'evento temuto empiricamente fondata» – come nel caso dell'apologia o dell'istigazione a delinquere –, essa, addirittura, «rischia di dissimulare una "pilatesca" deresponsabilizzazione del legislatore: questi rimette al giudice un accertamento concreto destituito in partenza di plausibili canoni di verificabilità, aprendo la strada ad incertezze sul piano applicativo incompatibili con il principio di tassatività della fattispecie»⁸⁵. Il requisito dell'idoneità della condotta, nel caso di specie, si ricollega ad un evento che è meramente eventuale, pertanto si auspica, in chiave di riforma, una riformulazione della fattispecie nella quale il pericolo,

⁸² ALESIANI, *I reati*, cit., 193, cui si rinvia per un quadro ricostruttivo del processo di trasformazione che ha interessato i reati di opinione mutandone la struttura (in part. pp.194 ss.). Invero, l'A. denuncia un diverso atteggiamento da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. La prima si è sempre mossa in modo compatto verso un "recupero" della pericolosità concreta, la seconda, invece, rispetto ad alcune fattispecie, talora ha mantenuto una lettura ancorata alla pericolosità presunta.

Sul tema dei reati di pericolo la bibliografia è amplissima. V., per tutti, ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, *passim*; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 560 ss.; ID., *Manuale di diritto penale*, cit., 171 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 198 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2007, 216 ss.

⁸³ Così PELISSERO, *Reato* cit., 129.

⁸⁴ PELISSERO, op. ult. cit., 129 ss., cui si rinvia, insieme ad ALESIANI, op. cit., 194 ss., per approfondimenti.

⁸⁵ Così, efficacemente, DE VERO, *Istigazione*, cit., 299. Nello stesso senso PELISSERO, *Reato*, cit., 340 ss. e, da ultimo, ALESIANI, op. cit., 202 ss.

oltre ad essere un elemento costitutivo del fatto tipico, sia in "rapporto di stretta contiguità temporale...con un evento lesivo"⁸⁶.

Riprendendo le fila del discorso, e rivolgendo l'attenzione più nello specifico alle fattispecie di *propaganda* "di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" e di *istigazione* a commettere "atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" o "atti di provocazione alla violenza per motivi razziali...", è bene tenere a mente il bene giuridico da esse tutelato, onde evitare di cadere in facili assimilazioni con gli altri reati di opinione.

In apertura del presente paragrafo si è sottolineato come la legge n. 205/93 abbia determinato un cambiamento di prospettiva in seno alle disposizioni in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, le quali sono spiccatamente orientate alla tutela della dignità della persona, che assurgerebbe a unico interesse protetto, sì da "rendere effettiva l'uguaglianza tra gli uomini"⁸⁷.

L'ordine pubblico assumerebbe un ruolo di quasi-comprimario, a voler essere oltremodo generosi. Pertanto, rispetto ai delitti *propaganda* e di *istigazione* in esame, la questione circa la struttura del reato (pericolo astratto *versus* pericolo concreto) ed i relativi problemi di accertamento, non avrebbero ragione di essere, concentrandosi il disvalore delle condotte sulla dignità delle persona⁸⁸. Tale ricostruzione, apprezzabile in quanto ancora la punibilità all'offesa

⁸⁶ Per approfondimenti si veda, ancora, diffusamente ALESIANI, op. cit., 211 ss., la quale, sempre in un'ottica *de iure condendo*, richiama anche il contributo della *clear and present danger doctrine* di matrice nordamericana. Per tale teoria è legittimo il ricorso alla sanzione penale per punire manifestazioni del pensiero, da cui possano derivare atti o fatti contrari a Costituzione, solo quando l'illecito realizzabile sia collegato *in via immediata* alla manifestazione della parola. L'A., facendo tesoro della presente elaborazione giurisprudenziale, ritiene utile qualificare il pericolo (requisito espresso della fattispecie) con l'aggettivo *imminente*, da preferire ad *attuale* o *immediato*, in quanto "individua con maggiore precisione il *collegamento temporale* che deve essere accertato fra la manifestazione della parola e il pericolo per l'interesse protetto in base alle *circostanze concrete*" (p. 241). A completare il quadro di riforma dell'esistente, l'A. suggerisce anche la riformulazione della nozione di pubblicità, *ex art. 266 c.p.* (v., per approfondimenti p. 242 ss.).

⁸⁷ Così, PICOTTI, *Diffusione*, cit., 1968, il quale, sulla base delle acquisizioni in tema di razza, specifica i contenuti dell'interesse protetto, che andrebbe individuato nel "*diritto di ciascuno alla differenza, vale a dire ad essere come si è, per natura ed appartenenza ad una determinata razza, etnia, nazione o religione*", dunque nel diritto alla non discriminazione.

⁸⁸ Ancora PICOTTI, op. ult. cit., 1967 e 1970 s., afferma che le fattispecie di *propaganda* "di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico" e di *istigazione* a commettere "atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" determinerebbero un'esposizione al pericolo *concreto* del "diritto alla dignità di uomini", riferibile tanto al singolo persona fisica, quanto al gruppo di appartenenza destinatari del discorso razzista. *Contra* VISCONTI,

di un bene “reale e concreto” – nell’ottica di agevolare l’accertamento di un danno “giuridicamente misurabile e risarcibile” e come tale legittimante la costituzione anche da parte di enti rappresentativi del gruppo etnico preso di mira –, al contempo finisce con l’estromettere del tutto la libertà di manifestazione del pensiero da un eventuale giudizio di bilanciamento tra beni⁸⁹.

La libertà di manifestazione del pensiero, in altri termini, si troverebbe di fronte ad un valore di rango così elevato, come si evince dalla lettura degli artt. 2 e 3 della Costituzione⁹⁰, da esser costretta a cedere il passo, senza spazio alcuno per il bilanciamento⁹¹.

Invero, come si avrà modo di vedere nel prosieguo prendendo in esame anche la giurisprudenza⁹², il diritto sancito all’art. 21 Cost. rappresenta un valore comprimibile ma non fino al punto di essere messo da parte, riducendo i margini della democraticità di uno Stato. Pertanto, merita di essere presa in considerazione una recente riflessione⁹³ che, nel valorizzare il dettato dell’art 3, comma 2, Cost. – nella parte in cui impegna la Repubblica a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona

Aspetti penalistici, cit., 156, per il quale una lettura in questi termini del reato di propaganda sarebbe eccessiva, troppo incentrata sul profilo identitario di una data comunità. L’A. sottolinea la sovrapposizione che verrebbe a crearsi con “il modello di diffamazione di gruppo”, ma soprattutto evidenzia come l’offesa alla dignità umana, percepibile se la diffamazione è nei confronti di una persona fisica, divenga poco tangibile se vengano chiamati in causa intere collettività.

⁸⁹ Così, VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 155 ss., cui si rinvia per approfondimenti.

È noto come l’art. 21 della Cost. indichi espressamente un solo limite alla libertà di manifestazione del pensiero: il buon costume. Tuttavia ad esse si aggiungono altri limiti c.d. impliciti, espressione di valori la cui indiscutibile rilevanza costituzionale discende non da previsioni, ma dai principi generali dell’ordinamento. È il caso dell’onore, della reputazione e della *privacy*, del diritto d’autore, del segreto professionale etc. Sul punto, da ultimo, v. PACE, *sub* art. 21, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, 88 ss.; MANETTI, *ibidem*, 276 ss.; SALAZAR, *I «destini incrociati»*, cit., 67 ss.; AMBROSI, *Libertà di pensiero*, cit., 524 ss.; e, tra i penalisti, per tutti, VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 51 ss.

⁹⁰ SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, reperibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, afferma che «la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

⁹¹ Così PICOTTI, *Diffusione*, cit., 1967 s.

⁹² Cfr. *infra* par. 3.3.

⁹³ SALAZAR, *op. cit.*, 83 s.

umana..." –, riconosce all'ordinamento il potere di pretendere dai cittadini una rinuncia *totale* all'esercizio del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, quando sia funzionale al superamento di quei "pregiudizi sociali che gravano sull'appartenenza religiosa, oltre che su quella etnico culturale", *a fortiori* quando è razziale. Tale lettura porta con sé due corollari: il primo è che «le norme sull'*hate speech* configurano fattispecie riconducibili alla regola-eccezione che governa il rapporto tra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 Cost.; in quanto tali, *la loro ratio non può essere assimilata a quella sottesa alle previsioni sugli altri reati di opinione*». Il secondo è che «la ragionevolezza del bilanciamento deve essere apprezzata alla luce di una particolare situazione di fatto»⁹⁴, dove per situazione di fatto va inteso tanto il contesto storico (nei primi anni '90 ha inizio, almeno in Italia, il fenomeno migratorio), quanto il contesto sopranazionale nel quale è inserito il nostro ordinamento (adempimento di obblighi di matrice comunitaria e internazionale *ex art. 117, comma 1, Cost.*)⁹⁵.

Alla luce di queste considerazioni appare criticabile la scelta di garantire maggiori spazi, almeno sulla carta, alla libertà di manifestazione del pensiero quando entri in gioco la dignità della persona, come nel caso di discorsi animati da idee o da odio di natura razziale, religiosa, etnica etc.; non sembra, infatti, che in Italia si sia raggiunto un apprezzabile livello di integrazione delle minoranze etniche. Altrettanto eccessiva, quando non fuori "contesto" (sopranazionale), sarebbe stata un'abrogazione secca della "propaganda razzista", motivata dall'essere "reato d'opinione allo stato puro", privo cioè di alcun *legame di parentela* sia con i delitti contro l'onore, aggravati *ex art. 3, legge n. 205/93*, sia con l'istigazione alla commissione di atti di discriminazione razziale⁹⁶.

Si passi, infine, a considerare la legge n. 85/06 sotto il profilo sanzionatorio. La prima notazione è una conferma del giudizio, già espresso, di una disciplina solo apparentemente orientata al principio di sussidiarietà⁹⁷.

⁹⁴ Così, testualmente, SALAZAR, *op. cit.*, 83.

⁹⁵ Sposa questa lettura VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 158 s.

⁹⁶ Tale è il pensiero di SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in RIDPP, 2007, 737, il quale si attendeva, dalla riforma dei reati di opinione, proprio l'abrogazione del delitto di "propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza o sull'odio razziale o etnico".

⁹⁷ Condiviso è il pensiero sull'ineffettività che continuerà a contraddistinguere le fattispecie oggetto di riforma e sul poco coraggio del legislatore, il quale avrebbe potuto, in maggiore aderenza al principio di *extrema ratio*, depenalizzare taluni dei settori novellati, tanto più che nel nostro ordinamento il destino delle pene pecuniarie è l'ineseguibilità, quando – nella peggiore,

Questo preciso intento di politica criminale, che permea l'intera riforma dei reati di opinione, tesa nel complesso all'abbattimento sanzionatorio, si risolve, in effetti, spesso in una bagatellizzazione dell'offesa⁹⁸. Nell'ipotesi di cui alla lettera a), infatti, la pena prevista non è più la reclusione fino tre anni, bensì la reclusione fino ad un anno e sei mesi o, in alternativa, la multa fino a 6 mila euro. Se tale intervento è da apprezzare con riguardo alle condotte contemplate nella lettera a), in quanto ne rispecchia meglio il differente disvalore rispetto a quelle più gravi di cui alla lettera b), persistono tuttavia elementi di contraddittorietà interna al sistema nella scelta legislativa di equiparare sul piano sanzionatorio la diffusione, l'incitamento e la commissione di atti di discriminazione⁹⁹. Già nel contesto legislativo previgente era stata sottolineata¹⁰⁰ l'irragionevolezza di tale soluzione, in quanto contraria al principio di proporzione della pena, sollevando così dubbi di legittimità costituzionale. La legge n. 85 del 2006 addirittura fa di peggio, poiché, nell'avvicinare i limiti edittali, restringe i margini di esercizio del potere discrezionale del giudice¹⁰¹.

La novella, infine, si presta ad un ulteriore rilievo, che attesta ancora una volta la "schizofrenia" del legislatore. Il trattamento sanzionatorio previsto alla lettera b) (reclusione da 6 mesi a 4 anni) resta immutato, quando avrebbe dovuto essere quanto meno ritoccato verso il basso secondo le linee guida della riforma.

ma altrettanto probabile, eventualità – il reato non si prescriva. Così PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 965 ss. e 1204 ss.; PADOVANI, *Un intervento*, cit., 23; VISCONTI, *Il legislatore*, cit., 223 s.; ALESIANI, op. cit., 131 ss.; GAMBERINI, INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, 2006, 135 ss.; Id., *Vilipendio alla bandiera*, cit., 92 ss.; NORDIO, *Reati d'opinione: occasione persa. Una riforma senz'anima (liberale)*, in *D&G*, 2006, 6, 8 s.; SPENA, op. cit., 732 ss.

⁹⁸ Per questi rilievi critici v., tra gli altri, PELISSERO, op. cit., 1206, e PULITANÒ, *Riforma dei reati*, cit., 745. Da ultimo, seppur riferito alla politica di governo per contrastare il fenomeno della prostituzione, v. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, in *DPP*, 2008, 1335 ss.

⁹⁹ Tra gli altri, ALESIANI, op. cit., 120 s.

¹⁰⁰ STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17.

¹⁰¹ Così, puntualmente, PELISSERO, op. cit., 1206.

3.2. *L'aggravante della "finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso"*

L'aggravante della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso" si discosta dalla disciplina generale di cui all'art. 69 c.p. in tema di concorso eterogeneo di circostanze. Essa, infatti, non soggiace al regime del bilanciamento, eccezion fatta per il concorso con l'attenuante *ex art.* 98 c.p.

Si è già accennato che l'aggravante in esame presenta dei punti di contatto con le fattispecie di cui all'art. 3, legge n. 654/75, sicché si rende necessario chiarire quali siano i confini e le zone di intersezione con i delitti di discriminazione razziale, etnica e religiosa.

La questione non si limita alla opzione interpretativa concorso apparente di norme *versus* concorso di reati, che ha già dei riflessi significativi sul piano sanzionatorio, ma è funzionale anche all'applicazione delle peculiari misure accessorie previste dal comma 1 *bis* dell'art. 3, legge n. 654/75 (obbligo di prestare attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità; obbligo di rientro nella propria dimora e di non uscita secondo orari determinati; sospensione della patente di guida, passaporto o di altri documenti di identificazione, nonché divieto di detenzione di armi proprie; divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale per elezioni politiche o amministrative)¹⁰², le quali scattano solo in caso di condanna per uno degli illeciti penali *ex art.* 3, comma 1, cit.

Quando si è dinanzi ad un comportamento animato da discriminazione, che tuttavia integra già di per sé un'autonoma ipotesi di reato di opinione, sembra pacifico concludere per l'applicazione della mera circostanza aggravante di cui all'art. 3, legge n. 205/93, sulla base del criterio di specialità¹⁰³.

¹⁰² Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a DE FRANCESCO, *op. cit.*, 192 ss.; e FORNARI, *sub art. 1, D. L. 26 aprile 1993 n. 122*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO e PALIERO, 2^a ed., Padova, 2007, 1039 s.; LEOTTA, *sub art. 1, D. L. 26 aprile 1993 n. 122*, in AA.VV., *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di RONCO e ARDIZZONE, Torino, 2007, 1612 ss.

¹⁰³ DE FRANCESCO, *op. cit.*, 184 s., sottolinea come una conclusione di tal fatta potrebbe risultare dubbia quando "la singola fattispecie circostanziata (ad es. una contravvenzione)" venga punita "con una pena complessivamente meno grave rispetto a quella contemplata nell'art. 1 d.l. 122/93 per qualsiasi 'atto' con contenuto discriminatorio". In queste ipotesi la logica imporrebbe un rovesciamento delle regole. Ciò tuttavia non sembra possibile, altrimenti dovrebbe seguirsi il medesimo parametro nella situazione inversa, ovvero quando la fattispecie circostanziata sia più grave rispetto alla figura contemplata nell'art. 1, d.l. n. 122/93. Il criterio del-

La situazione, però, muta in presenza di fatti connotati dalla “violenza” e sorretti dal “motivo” razziale, etnico o religioso, che per la loro intensità diano luogo a delitti quali le lesioni o l’omicidio. Spesso, «le manifestazioni di pensiero razziste si uniscono e si confondono con comportamenti materiali i quali integrano ipotesi di reato non di opinione, quali la violenza privata, le lesioni volontarie, l’estorsione, l’incitamento o l’istigazione a commettere (o il compiere) atti concreti e specifici di discriminazione»¹⁰⁴. In questi casi è prospettabile un concorso di reati, stante un “rapporto di interferenza tra fattispecie parzialmente eterogenee” (atto di violenza per motivi razziali cui si affianca la lesione del bene giuridico integrità fisica in misura più o meno intensa)¹⁰⁵.

3.3. *Le recenti applicazioni giurisprudenziali: anche esse discriminatorie?*

Da una rapida ricognizione della giurisprudenza in tema di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa emerge subito una vuoto temporale che abbraccia gli anni 1993-2004, nel corso dei quali si registra una quasi completa quiescenza delle disposizioni in esame¹⁰⁶, che, invece, negli ultimi anni ri-guadagnano l’attenzione della prassi.

La propaganda e l’istigazione al compimento di atti di discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa *ex art. 3, comma 1, lett. a)*, legge n. 654/75, addirittura, entrano in gioco congiuntamente in una nota vicenda giudiziaria, che ha visto tra i protagonisti il sindaco di Verona, Flavio Tosi, condannato in primo grado¹⁰⁷, in concorso con altri, per avere diffuso idee basate sulla superiorità della razza e l’odio razziale nei confronti degli zingari Sinti presenti sul territorio veronese, e per aver incitato i pubblici amministratori del comune di Verona al compimento di atti di discriminazione razziale.

Le modalità con cui si sarebbero realizzate le condotte incriminate vanno

l’assorbimento non può entrare in gioco, diversamente muta l’assetto della disciplina, precludendo l’applicazione delle “misure accessorie” previste, come detto, solo per i reati di cui art. 1, d.l. n. 122/93.

¹⁰⁴ AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe*, in AA.VV., *Discriminazione razziale*, cit., 37.

¹⁰⁵ Così, ancora, DE FRANCESCO, *op. cit.*, 185.

¹⁰⁶ Eccezion fatta per Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812 e Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7421, entrambe cit.; e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino, sez. I pen., 13 gennaio 1997, Cupani, in *QG*, 2/1997, 478 ss., con nota introduttiva di CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*.

¹⁰⁷ Trib. Verona, 24 febbraio 2005, cit.

dalla raccolta di firme per sostenere una petizione, all'affissione di manifesti¹⁰⁸, sino alla resa di dichiarazioni di vario genere, "al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata"¹⁰⁹.

In parziale riforma della pronuncia del Tribunale di Verona, la Corte d'Appello di Venezia ha ritenuto integrati gli estremi della sola condotta di propaganda, non anche dell'istigazione, poiché il contenuto della petizione di per sé non poteva considerarsi illecito¹¹⁰, e dunque non qualificabile come incitamento alla commissione di atti di discriminazione razziale ed etnica.

Da ultimo, la Suprema Corte¹¹¹ ha annullato la sentenza impugnata rinviando ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia¹¹², in ragione di una evidente contraddittorietà nella motivazione. I nervi scoperti sui quali si sono appuntati i rilievi della III sezione attengono: a) al significato da attribuire al termine discriminazione; b) alla "scissione" della condotta tenuta dagli imputati.

a) Seguendo l'*iter* argomentativo sviluppato dai giudici di legittimità, occorre preliminarmente definire il concetto di "discriminazione", mutuato dalla Convenzione ONU "sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale" del 1966 e recepito nel nostro ordinamento dal D. lgs. n. 215/03, attuativo della direttiva europea 2000/43/CE sulla "parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica". «L'espressione *discriminazione razziale* sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale od etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e

¹⁰⁸ Sui quali poteva leggersi lo slogan "No ai campi nomadi. Firma anche tu per mandare via gli zingari".

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

¹¹⁰ La petizione era indirizzata all'amministrazione comunale perché procedesse allo "sgombero immediato dei campi nomadi abusivi e provvisori" presenti nella città di Verona e, contestualmente, alla non realizzazione di eventuali ulteriori insediamenti nomadici in terra scaligera.

¹¹¹ Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

¹¹² Di recente la Corte di Appello di Venezia si è pronunciata di nuovo condannando il sindaco Tosi a due mesi di reclusione e a tre anni di divieto a partecipare a competizioni elettorali (entrambe sospese) per aver commesso il delitto di "propaganda razzista". V. *La Repubblica*, 21 ottobre 2008, 15.

culturale e in ogni altro settore della vita pubblica»¹¹³.

Alla luce di ciò, poiché le condotte e le affermazioni degli imputati si sarebbero basate non *sulla qualità del soggetto* (*zingaro, nero, ebreo etc.*), ma piuttosto *sui comportamenti* (“dove arrivano ci sono furti”), secondo la Corte non potrebbe parlarsi di discriminazione¹¹⁴. Inoltre, si sottolinea, è necessario contestualizzare le dichiarazioni (nel caso di specie era in corso “una competizione politica particolarmente accesa”), onde evitare, come spesso accade – per esempio in caso di intercettazioni –, di estrapolare da un discorso affermazioni che, considerate nel contesto di riferimento, assumerebbero ben altro significato. E, per finire, sarebbe anche opportuno non confondere la dichiarazione discriminatoria con un’affermazione che è espressione di un pregiudizio. Questo, almeno così sembra, è il senso del seguente passaggio della sentenza:

*«quando la discriminazione non si manifesta all'esterno per mezzo di un'esplicita dichiarazione di superiorità razziale o di odio nel significato letterale del termine, ma è frutto di un pregiudizio, quale ad esempio quello prima evidenziato (“dove arrivavano c'erano furti”), devono essere valutate tutte le circostanze temporali ed ambientali nelle quali quel pregiudizio è stato espresso, al fine di verificare l'effettiva sussistenza di un'idea discriminatoria fondata sulla diversità e non sul comportamento, si deve cioè stabilire se nella medesima situazione un altro soggetto appartenente a diversa religione, etnia, razza ecc., sarebbe stato o no trattato in maniera diversa e se il diverso trattamento sia stato determinato da un'idea di superiorità razziale o di odio etnico religioso, ecc. e non da altre ragioni, eventualmente anche censurabili. Insomma il giudice deve valutare la condotta dell'agente nel complesso, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, al fine di individuare la vera finalità ispiratrice della discriminazione ed escludere il reato quando questa non sia stata determinata da superiorità razziale o da odio etnico, religioso, ecc.»*¹¹⁵.

¹¹³ Sulla dimensione *oggettiva* e *soggettiva* della definizione normativa di “discriminazione” v. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo*, in AA.VV., *Discriminazione razziale*, cit., 147 ss. Per un quadro delle forti di diritto internazionale ed europeo in tema di discriminazione razziale, xenofobia e odio religioso v., per tutti, PICCHIO FORLATI, *La lotta contro la discriminazione alle luce del diritto internazionale ed europeo*, ibidem, 1 ss.

¹¹⁴ «La discriminazione per l'altrui diversità è cosa ben diversa dalla discriminazione per l'altrui criminalità. In definitiva, un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso». Così, testualmente, Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit.

¹¹⁵ Ancora, testualmente, Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit. Di segno contrario pareva essere, invece, Cass. pen., Sez. III, dep. 21 dicembre 2005, n. 46783, in *D&G online* del

Queste argomentazioni fungerebbero da filtro, alla stregua dei criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di esercizio del diritto di cronaca, in modo da bilanciare la dignità della persona, da un lato, e la libertà di manifestazione del pensiero, dall'altro¹¹⁶. Ai fini della punibilità della propaganda razzista non sarebbe sufficiente, pertanto, "l'oggettiva offensività del linguaggio d'odio", ma "occorrerebbe invece saggiare fino in fondo l'eventuale sussistenza di non meglio precisati elementi di contesto", caratterizzati da un'indeterminatezza di fondo che li pone "a cavaliere tra la causa di giustificazione, l'elemento soggettivo, il movente o la scusante"¹¹⁷. È possibile cogliere, in seno alla giurisprudenza, «un vero e proprio disagio, quello cioè prodotto da una impostazione di fondo che nel valorizzare la dignità umana quale contraltare legittimante il sacrificio della libertà di parola, finisce per condurre al totale oscuramento degli interessi, non solo individuali, sottesi a quest'ultima»¹¹⁸.

b) Il profilo che attiene alle condotte incriminate viene trattato dai giudici cronologicamente e logicamente prima della questione di cui alla lettera a). La scelta di esaminarlo qui in seconda battuta non è casuale, ma è dettata dal fatto che, nel quadro complessivo della pronuncia di legittimità, esso viene oscurato dalla ricostruzione fornita in merito a cosa debba intendersi per discriminazione, e all'angolo prospettico dal quale è opportuno valutare se di discriminazione possa parlarsi. Ciò premesso, è condivisibile quanto sostenuto dalla Suprema Corte circa la discutibile doppia valenza attribuita dai giudici di secondo grado alle condotte tenute dagli imputati. Se, infatti, si ritiene che la petizione non integri nei contenuti alcun comportamento illecito di istigazione, stante la legittimità di una raccolta di firme (finalizzata allo sgombero dei campi nomadi abusivi nel territorio comunale e volta ad evitarne la realizzazione di nuovi, dunque non diretta ad allontanare definitivamente gli zingari

22.12.2005, che, nel confermare la condanna a 4 mesi per un barista il quale si era rifiutato di servire il caffè a clienti extracomunitari adducendo che essi erano stati causa di continui disordini quando abusavano nel bere, ha colto nelle scuse dell'esercente "un tentativo postumo ed inadeguato di giustificare una condotta abituale che non aveva altre più plausibili e legittime motivazioni".

¹¹⁶ Così VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 144 ss., il quale sottolinea come, il Tribunale, a differenza dei giudici di grado superiore, nel porre l'accento sulla "dignità della persona" non trascuri di richiamare espressamente anche la "pace" ed la "pubblica tranquillità", in qualità di beni salvaguardati dalla fattispecie e rispetto ai quali andrebbe accertata l'esistenza del pericolo concreto di lesione.

¹¹⁷ Ancora VISCONTI, op. ult. cit., 148.

¹¹⁸ Così, testualmente, VISCONTI, op.cit., 149.

Sinti da Verona), non si comprende come, in seconda battuta, si possa cogliere nella petizione e nella sua pubblicizzazione attraverso manifesti l'intento "più vasto di propagandare idee dirette a mandare via gli zingari in quanto tali e comunque a discriminarli nei termini previsti dalla norma". Giustamente – si rileva – è contrario ad ogni logica considerare "illecita la propaganda e lecito il contenuto della petizione". Allo stesso modo contraddittorio è qualificare la petizione come "un dato ulteriore rispetto alla condotta" di diffusione, quando trattasi di modalità, come nel caso delle dichiarazioni o dell'affissione dei manifesti, attraverso cui si realizza la "propaganda"¹¹⁹.

Ferma restando l'incongruità della motivazione d'Appello e, dunque, anche il corretto annullamento della sentenza con rinvio, è evidente come il messaggio che emerge dalla decisione della Cassazione è il seguente: "Se sono ladri legittimo discriminare i nomadi"¹²⁰, *in quanto basato su un pregiudizio fondato!*

Sul punto è bene rilevare come in una pronuncia del Tribunale di Torino del 1997 si affermi l'esatto contrario, e precisamente che «a volte alla base di un tale atteggiamento differenziato può esserci la diffidenza per il diverso, od anche il collegamento aprioristico di certe caratteristiche negative ad un certo colore della pelle. Quasi si verificasse una sorta di determinismo tra la razza e la propensione a commettere un certo tipo di reati. È da ritenersi che ogni condotta che comporti un atteggiamento diverso su differenti serie di soggetti, con conseguenze negative per una e positiva per un'altra, esclusivamente in dipendenza della loro "razza" e dei pregiudizi a questa collegati rientri nella dizione della norma citata»¹²¹.

Spostando l'attenzione sul versante della circostanza aggravante c.d. "della

¹¹⁹ Ancora Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2008, cit., che precisa, riprendendo la tesi dell'accusa, come «i due reati sono diversi e non devono necessariamente concorrere tra loro perché colui il quale commette o incita a commettere atti di discriminazione non deve necessariamente propagandare l'incitamento e viceversa chi propaga idee discriminatorie non deve necessariamente commettere atti discriminatori. Nella fattispecie, però, i due reati erano stati commessi in un unico contesto ed erano tra loro collegati tanto è vero che nello stesso capo d'imputazione erano stati accorpati in un'unica contestazione». Tale impostazione, tuttavia, regge nella misura in cui si ritenga illecita nei contenuti la petizione, cui la propaganda era strumentale; diversamente la coerenza logica del costruito viene a cadere.

¹²⁰ Così *La Repubblica*, 30 giugno 2008.

¹²¹ Trib. Torino, sez. I pen., cit., 482. Nel caso di specie gli imputati vengono condannati per aver impedito a cittadini extracomunitari l'accesso in un locale, nel quale, però, gli artisti chiamati ad esibirsi erano africani.

finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale o religioso" ex art. 3, legge n. 205/93, destinata anch'essa ad essere dimenticata e riemersa solo di recente¹²², si prende atto dell'incertezza nella quale versa la giurisprudenza di legittimità circa l'esatta definizione del termine "odio" ed il corretto accertamento della "finalità" specifica che contraddistingue l'aggravante.

Sul punto la Suprema Corte¹²³ ha affermato che il legislatore avrebbe attribuito «rilevanza all'odio non in quanto semplice movente dell'azione ma appunto in quanto costituente finalità esterna della medesima, posta in rapporto di equivalenza con quella di discriminazione, giacché, altrimenti, avrebbe adoperato l'espressione "motivi", indicativa non delle finalità, ma delle pulsioni interne dell'agentes»¹²⁴. Pertanto, ai fini della configurabilità dell'aggravante, non basta accertare in capo al soggetto attivo un mero sentimento di antipatia, insofferenza, rifiuto, ma piuttosto si richiede che «per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed 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».

È evidente come i giudici cerchino qui di ancorare l'aggravante alla "concreta" pericolosità della condotta, nel caso di specie delle espressioni ingiuriose "sporche negre"; ma proprio l'indefinitezza dei termini impiegati determina un'applicazione disomogenea dell'aggravante. La Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, limitatamente all'aggravante *de qua* riferita al reato d'ingiuria. Poco tempo dopo, però, nell'ambito di un altro procedimento e in presenza dei medesimi fatti, la Corte opererà per la soluzione opposta, in ragione di un "disconoscimento dell'uguaglianza" ovvero di una "affermazione d'inferiorità sociale o giuridica altrui"¹²⁵.

¹²² Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295; Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381; Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, n. 11919, in *Crit. dir.*, 2006, 373 ss., con commento di D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*; e di FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *RIDPP*, 2007, 1455 ss.

¹²³ Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, cit.

¹²⁴ FERLA, op. cit., 1466, denuncia l'atteggiamento della Corte, la quale si avvale di una definizione di odio priva di alcun riconoscimento normativo sia nella Convenzione ONU di New York, che nella legge n. 205/93.

¹²⁵ Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, cit.; e Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, n. 11919, cit.

Secondo codesta pronuncia non occorre collegare l'espressione ingiuriosa a ulteriori, potenziali manifestazioni di odio o discriminazione altrui, perché l'offensività è insita già nel reato-base. È corretto, allora, affermare che la finalità non coincide con i motivi che sottintendono l'agire discriminatorio, altrimenti si darebbe rilevanza ad una componente intrinsecamente soggettiva, ma che il disvalore va colto nel "dato culturale che lo connota". Sicché «l'espressione "sporco negro", che combina la qualità negativa del dato razziale, è frequente ed inequivoca nel particolare significato assunto nell'insieme. A riprova, non ha equivalenti: non risulta adottata in occidente alternativamente l'espressione "sporco giallo", né in Africa o in Cina "sporco bianco". Perciò significa lo spregio non occasionale dell'attributo, che si rapporta nell'accezione corrente ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola "razza", che inquina il costume sino al punto da radicare manifestazioni di gruppo»¹²⁶.

Dinanzi al disorientamento che al momento connota la giurisprudenza di legittimità è comprensibile il timore di chi¹²⁷ sottolinea il rischio di facili generalizzazioni, che potrebbero condurre ad un'indiscriminata applicazione della aggravante in parola. Voler prescindere tanto dall'atteggiamento psicologico dell'agente, quanto dal contesto nel quale si realizza il comportamento dispregiativo, potrebbe comportare una vera e propria "criminalizzazione della parola". Peraltro, ancorare l'applicazione dell'aggravante al mero dato oggettivo male si concilierebbe con gli orientamenti oramai consolidati in tema di colpevolezza, che hanno trovato pieno riconoscimento anche in materia di circostanze con la legge n. 19 del 1990¹²⁸.

Purtroppo, ancora una volta, si deve prendere atto della radice di tale situazione d'incertezza, ossia la scarsa aderenza al canone della precisione, che nel caso di specie interessa direttamente il termine "finalità", il quale può qualificare la condotta ora in senso soggettivo, ora il senso oggettivo¹²⁹.

¹²⁶ Così, alla lettera, Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, cit.

¹²⁷ FERLA, op. cit., 1469.

¹²⁸ Così, ancora, FERLA, op. cit., 1469 s. In argomento, nella manualistica, v., per tutti, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 3^a ed., Milano, 2004, 649 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 428 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 416 ss.

¹²⁹ Per ulteriori sviluppi, anche alla luce delle recenti proposte di riforma legislativa, v. FERLA, op. cit., 1470 ss.

4. Nuovi paradigmi: il c.d. "pacchetto sicurezza" tra illegittimità costituzionale e comunitaria

La XVI legislatura si è aperta all'insegna dello slogan "più sicurezza per tutti"¹³⁰, tradottosi in alcuni provvedimenti, subito oggetto di dure critiche, nei confronti degli immigrati presenti in territorio italiano. Ci si riferisce al Decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 – "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" -, come convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125¹³¹, meglio conosciuto sotto la denominazione "Pacchetto sicurezza", il quale conferma il *trend* ormai consolidato nella produzione normativa degli ultimi anni, che ricorre troppo spesso al diritto penale come rimedio buono per tutti i mali.

Anche la precedente legislatura si è contraddistinta, sul finire, per interventi di questo tipo, promossi dal "partito dei sindaci" per fronteggiare il fenomeno dei lavavetri al semaforo, giustamente ribattezzato "una forma malamente dissimulata di mendicizia", come tale "perfettamente lecita"¹³². Non entrando nel merito della questione emersa in punto di diritto circa il conflitto tra norme di rango differente¹³³, è possibile comunque cogliere in codeste previsioni un malcelato contenuto discriminatorio, che sembra caratterizzare sempre più spesso l'operato dell'esecutivo¹³⁴.

¹³⁰ Sul richiamo alla "sicurezza" quale bene "diffuso", riferibile non più e non solo ai settori dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, ma anche a nuovi ambiti, i più disparati, dal terrorismo all'informatica, dai luoghi di lavoro ai mercati finanziari, etc., e sulla trasformazione del diritto penale in diritto penale della prevenzione v., da ultimo, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *CP*, 2008, 3335 ss.

¹³¹ Per una trattazione complessiva della legge 24 luglio 2008, n. 125, v., di recente, AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., *passim*; AA.VV., *Il decreto sicurezza*, a cura di SCALFATI, Torino, 2008, *passim*; AA.VV., *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, 2008, *passim*.

¹³² SIMONI, *Lavavetri, stato di diritto e altri fastidi*, in *www.osservazione.org*.

¹³³ Sul punto v. i contributi di RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqua e il Sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *RIDPP*, 2008, 133 ss.; GIUNTA, *I lavavetri e la legalità*, in *Crit. dir.*, 2007, 42 ss.; PEPINO, «*Guerra ai poveri*» e *giurisdizione*, commento a Sindaco di Firenze, ord. 25 agosto 2007, n. 2007/00774 (Divieto di esercizio del mestiere girovago di "lavavetri"); ord. 11 settembre 2007, n. 2007/00833 (Tutela dell'incolumità pubblica nelle strade cittadine e agli incroci semaforici); e Trib. Firenze, Sez. GIP, decreto 20 settembre 2007, giudice Ferrante, in *QG*, 5/2007, 1071 ss.

¹³⁴ Si pensi alle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3676, 3677 e 3778 del 30.05.2008, che, tra le misure urgenti di protezione civile per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni di Lazio, Lombardia e Campania, prevedono l'identificazione di rom, adulti e bambini, attraverso le impronte digitali. Sul punto v. la Risoluzione del Parlamento Europeo approvata il 10 luglio 2008, in *QG*,

Coerenti con tale clima politico appaiono allora alcune disposizioni del c.d. “Pacchetto sicurezza”, sulle quali ci si soffermerà tra breve, ora di riforma dell’esistente, ora di nuova fattura, che ruotano intorno allo straniero, talvolta addirittura indistintamente considerato (comunitario e non)¹³⁵.

Secondo la chiave di lettura qui proposta in apertura, tali norme rappresentano un “nuovo” paradigma di “crimini contro l’ospitalità”: “nuovo”, in quanto l’attore della discriminazione non è più il privato, come nel caso degli illeciti di cui agli artt. 1 e 3 della legge n. 205/93¹³⁶, ma direttamente lo Stato.

L’attenzione si concentrerà prima sull’espulsione dello straniero *ex art. 235 c.p.*, poi sull’aggravante della “clandestinità” di cui all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., per metterne in luce i profili di dubbia conformità al dettato costituzionale e alla normativa comunitaria, avendo come principale riferimento il canone dell’uguaglianza.

4/2008, 215 ss., con nota introduttiva di CAPUTO, *L'emergenza «comunità nomadi»*; e i commenti di RODOTÀ, *La schedature etnica*, *La Repubblica*, 1 luglio 2008, 35 s., il quale sottolinea come «l’evasione dalla scuola dell’obbligo è dell’8 per cento su scala nazionale e arriva al 16 per cento nelle grandi città del Sud. Isolare in questo universo soltanto i rom significa operare una selezione su base etnica, che viola l’eguaglianza e ferisce la dignità. Quando, nel 1949, si scrisse la Costituzione della nuova Germania, si volle che il suo primo articolo fosse così concepito: “la dignità umana è inviolabile”....Il principio di dignità, che dovrebbe essere la misura e il limite di ogni intervento legislativo, viene cancellato da qualche circolare ministeriale»; e PROSPERI, *La banalità del razzismo*, *ibidem*, 37, che nota come il metodo della rilevazione delle impronte sin dalla sua prima applicazione, nel 1897, abbia assunto un ruolo chiave nell’ambito della selezione tra “razze” buone e “razze” cattive, nell’ottica di eliminare proprio quest’ultime, in quanto troppo lontane dalla cosiddetta “normalità”. Più di recente si considerino rispettivamente il Ddl S. 1028, 17 settembre 2008, avente ad oggetto l’istituzione delle c.d. “classi – ponte” per l’alfabetizzazione di bambini stranieri che non conoscono la lingua italiana (v. BENEDETTI, *Si alle classi separate*, *Il Corriere della sera*, 15 ottobre 2008, www.corriere.it) e l’emendamento al Ddl S. 733, 3 giugno 2008, (il 2° “pacchetto sicurezza”), respinto alla Camera e ripresentato dalla Lega Nord per l’esame in aula a Palazzo Madama, con cui s’intende abrogare il comma 5 dell’art. 35, d. lgs. n. 286/98, il quale prevede la gratuità delle cure urgenti ed essenziali anche agli stranieri non iscritti al SSN, privi di permesso di soggiorno, e privi di risorse economiche, e non impone alcun obbligo di segnalazione ai medici, salvo i casi di obbligatorietà di referto, come per i cittadini italiani. (*Lega Nord contro le cure agli immigrati*, *il sole24ore*, 13 novembre 2008, www.sole24ore.com).

¹³⁵ Per un primo commento “a caldo” v. FRIGO, *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *GD*, 2008, 33, 11 ss.

¹³⁶ Cfr. *supra* par. 3.

4.1. L'espulsione dello straniero ex art. 235 c.p.

Scorrendo il testo della legge 24 luglio 2008, n. 125, ci si misura subito con l'art. 1, che interviene sulla disciplina in tema di espulsione dello straniero, *sub specie* misura di sicurezza, ampliandone lo spettro applicativo.

La precedente formulazione dell'art. 235 c.p. disponeva l'espulsione laddove lo straniero fosse stato condannato "ad una pena non inferiore ad anni dieci di reclusione"; adesso è sufficiente la condanna alla reclusione "per un periodo superiore ai due anni".

Inoltre, il nuovo testo si caratterizza per la previsione di una duplice modalità di applicazione della misura, a secondo che il destinatario sia o meno un cittadino comunitario. Alla "espulsione" si affianca "l'allontanamento".

È noto come l'adesione all'Unione Europea abbia immediatamente posto al centro della discussione la questione interpretativa legata all'esatta nozione di "straniero", in qualità di soggetto destinatario del provvedimento di espulsione. L'art. 4 c.p., norma definitoria di "cittadino italiano", da cui *a contrario* si risaliva alla nozione di "straniero", risultava alquanto inadeguata, stante il suo ancoraggio al territorio dello Stato nazionale. Lo stesso d. lgs. n. 286/98, senza dubbio più in linea con gli impegni di matrice comunitaria nel restringere la categoria suddetta ai soli cittadini extracomunitari ed agli apolidi, non è risolutivo della *querelle* in quanto ricollega la nozione all'applicazione del solo Testo unico sull'immigrazione¹³⁷. Sulla scorta di queste argomentazioni "l'allontanamento" rappresenterebbe una *nuova misura di sicurezza*¹³⁸, come tale meritevole di un riconoscimento espresso anche nell'art. 215 c.p., che invece tace sul punto annoverando al comma 3, n. 4, la sola espulsione.

Tralasciando il nodo interpretativo, la cui risoluzione si presenta di scarso rilievo pratico¹³⁹, è probabilmente nel vero la lettura che coglie dietro questa "duplicazione" di misure di sicurezza un preciso intento legislativo «di brandire l'arma dell'espulsione contro "certi" cittadini comunitari "promossi" in

¹³⁷ Riassumono la problematica RICARDI, VIZZARDI, *sub art. 235 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, 2^a ed., Milano, 2006, 1791 s. Sul punto v., da ultimo, anche MASERA, *Immigrazione*, cit., 32 ss.

¹³⁸ PELISSERO, *Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in DPP, 2008, 1351.

¹³⁹ PELISSERO, op. ult. cit., 1351 s., ricollega il *novum* legislativo al profilo delle successione delle leggi penali nel tempo. L'art. 199 c.p., come noto, consente di applicare l'allontanamento dal territorio dello Stato anche per fatti commessi da cittadini comunitari prima dell'entrata in vigore del "pacchetto sicurezza".

sede europea...nonostante il brutto voto “in condotta”»¹⁴⁰.

Di fronte a questa riforma, la prima considerazione da farsi attiene alla trasformazione, invero già in atto, della misura di sicurezza dell'espulsione da strumento ultimo, in linea col canone della sussidiarietà del diritto penale, a mezzo di ordinaria amministrazione della giustizia¹⁴¹. In merito si ritiene “costituzionalmente censurabile” la scelta irragionevole di prevedere quale possibile indice di pericolosità una condanna superiore ai due anni, soprattutto se si tiene conto dello scarto considerevole tra vecchia e nuova disciplina¹⁴².

Un ambito applicativo così esteso funge certamente da cartina al tornasole dello spirito securitario che anima il “pacchetto sicurezza”, eppure, una volta passati alla fase dell'accertamento della “pericolosità sociale”, potrebbe subire un consistente ridimensionamento.

Pur lasciando alla prassi la risposta definitiva sul punto, è indubbio che la sorte dell'espulsione dello straniero è legata alla “pericolosità sociale”¹⁴³. Avendo presente l'estrema genericità della nozione e, conseguentemente, gli ampi margini di discrezionalità di cui dispongono gli organi giudicanti, una delle soluzioni interpretative potrebbe riportare i “nuovi” spazi di cui dispone l'art. 235 c.p. entro margini di tollerabilità¹⁴⁴.

Non si possono, tuttavia, escludere *a priori* mutamenti di rotta che conducano al ripristino della situazione *quo ante* (precedente, cioè, alla pronuncia di Corte cost., n. 58/1995), ossia ad una “nuova” pericolosità presunta, seppur

¹⁴⁰ Così, testualmente, VIGANÒ, VIZZARDI, “Pacchetto sicurezza” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei, in *DPP*, 2008, 814.

¹⁴¹ VIGANÒ, VIZZARDI, op. ult. cit., 813, nel rilevare come già un precedente legislativo (la modifica dell'art. 15 d.lgs. n. 186/98 in seguito all'entrata in vigore della legge n. 189/2002, meglio conosciuta come legge “Bossi-Fini”) avesse ampliato la gamma delle fattispecie presupposto per l'applicazione dell'espulsione dello straniero (taluno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p.), sottolineano quanto si sia abbassata la soglia di rilevanza penale al di sopra della quale è possibile incappare nella misura di sicurezza suddetta, tenuto conto, peraltro, degli effetti derivanti dalla nuova aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis*, c.p.

¹⁴² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., Appendice di aggiornamento, 6.

¹⁴³ Da ultimo v. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, *passim*.

¹⁴⁴ Di questo avviso, in considerazione dell'atteggiamento di *self restraint* che, successivamente all'affermazione del divieto di presunzioni di pericolosità sociale (v. Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 58, in *DPP*, 1995, 476.), ha contraddistinto l'operato dei giudici nell'applicazione delle misure di sicurezza, VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 816; e GATTA, *Modifiche in tema di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato*, in AA.Vv., “Decreto sicurezza”, cit., 51. Quest'ultimo sottolinea l'incompatibilità tra la concessione della sospensione condizionale della pena e l'espulsione dello straniero, stante la previa prognosi di segno positivo che sta alla base della causa estintiva della pena.

in forma mascherata, ove si dichiarino “pericolosi” gli stranieri irregolari, giustificando tale assunto sulla base della loro clandestinità, rilevante come “condizione di vita” *ex art.* 133, comma 2, c.p.¹⁴⁵.

A sostegno di una lettura in tal senso si richiama la nuova circostanza aggravante, introdotta all’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., e costruita intorno alla presenza irregolare dello straniero sul territorio nazionale. Così come la violazione della disciplina amministrativa in tema di ingresso o permanenza nello Stato italiano determina un aggravamento sanzionatorio sganciato dall’offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, e giustificato da esigenze di prevenzione¹⁴⁶, anche l’applicazione dell’espulsione dello straniero *ex art.* 235 c.p. si regge su una presunzione o quasi-presunzione di pericolosità fondata sul mero indizio della clandestinità¹⁴⁷.

Si potrebbe assistere, pertanto, ad un’altra trasformazione della misura di sicurezza in esame, la quale assume le vesti di una vera e propria “pena accessoria”. Il provvedimento di espulsione, non prevedendo per sua natura¹⁴⁸ valutazioni *in itinere* circa la cessazione della pericolosità sociale, si risolve, infatti, in una misura definitiva¹⁴⁹.

Ulteriori perplessità si condensano attorno al rispetto dei vincoli di diritto comunitario, rilevanti solo ai fini dell’applicazione della misura dell’allontanamento.

In ambito europeo il quadro normativo di riferimento trova il suo primo indicatore negli artt. 48 e 56 del Trattato CEE (oggi artt. 39 e 46 Trattato CE), disposizioni chiave rispettivamente della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento di attività. La disciplina in esse contenuta va coordinata con la direttiva CEE 64/221, in tema di trasferimento e soggiorno degli stranieri, e con la direttiva 2004/38/CE sul “diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari”¹⁵⁰. Quest’ultimo provvedimento ha trovato attuazione nell’ordinamento italiano con il d.lgs. n. 30/07, a sua volta modificato dal d.lgs. n. 32/08¹⁵¹.

¹⁴⁵ PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1353 s. e 1357. Id., *Pericolosità sociale*, cit., 299 s.

¹⁴⁶ Per approfondimenti v. *infra* par. 4.2. e, per tutti, MASERA, *Immigrazione*, cit., 7 ss.

¹⁴⁷ Così PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 300.

¹⁴⁸ L’immigrato non si trova più sul territorio italiano.

¹⁴⁹ PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1354 s. e 1357, cui si rinvia per ulteriori sviluppi in merito al profilo della durata della misura dell’espulsione dello straniero.

¹⁵⁰ Cfr., sul punto, VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 814 s.; e PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1352 ss.

¹⁵¹ Per un primo commento CAPUTO, *La nuova disciplina del diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario*, in DPP, 2008, 784 ss.

Il punto critico insiste sempre sulla “*pericolosità sociale*”, il cui contenuto dovrebbe arricchirsi delle indicazioni provenienti dalla normativa appena richiamata, in particolare dall’art 27, comma 2, della direttiva 2004/38/CEE, come recepito nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 30/07 all’art. 20, comma 4. Tale disposizione statuisce che “i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, ne’ da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell’interessato che rappresentino una minaccia concreta e attuale all’ordine pubblico o alla pubblica sicurezza”.

Degno di attenzione è, inoltre, l’inciso posto a chiusura dello stesso comma quarto, nel quale si legge che “l’esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l’adozione di tali provvedimenti”. Quest’ultimo riferimento testuale è utile ai fini del nostro discorso, in quanto dovrebbe escludere qualsivoglia presunzione di pericolosità e, conseguentemente, “automatismi tra pronuncia penale e provvedimento di allontanamento”¹⁵². Occorrerà, pertanto, valutare se in concreto la condotta del reo assuma i contorni di un *pericolo serio e attuale*¹⁵³ per “l’ordine pubblico” e “la sicurezza pubblica”.

Nel constatare l’estrema genericità di tali concetti¹⁵⁴, va segnalata la significativa impostazione¹⁵⁵ tesa a recuperare la reale pericolosità di dati comporta-

¹⁵² CAPUTO, op. ult. cit., 786.

¹⁵³ Così PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1353. Sviluppi ulteriori in VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 814 s., i quali richiamano anche l’art. 28, comma 1, direttiva 2004/38/CEE, recepito dall’art. 20, comma 5, d.lgs. n. 30/07 (“Nell’adottare un provvedimento di allontanamento, si tiene conto della durata del soggiorno in Italia dell’interessato, della sua età, della sua situazione familiare e economica, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell’importanza dei suoi legami con il Paese di origine”).

CAPUTO, op. ult. cit., 787, denuncia il mancato richiamo espresso, nell’art. 20, comma 4, d.lgs. n. 30/07, dell’ulteriore requisito della “sufficiente gravità” previsto nell’art. 27 della direttiva 2004/38/CEE, che tuttavia potrà essere considerato al momento del giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità.

¹⁵⁴ La nozione di “sicurezza pubblica” manca di un’elaborazione giurisprudenziale in sede comunitaria e si trova “stretta” tra “l’ordine pubblico” e la “sicurezza dello Stato” da cui va distinta. Essa va riferita a “comportamenti eversivi e destabilizzanti” che mettano in pericolo la comunità locale. Tuttavia, cede il passo alla “sicurezza dello Stato” quando, secondo l’enunciato del comma 2 dell’art. 20, d.lgs. n. 30/07, “la persona da allontanare appartiene ad una delle categorie di cui all’articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali”; “all’ordine pubblico” laddove venga in essere “una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività”. Così CAPUTO, op. ult. cit., 786 s.

¹⁵⁵ PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1357.

menti alla luce del principio di proporzionalità e orientata a "sterilizzare gli effetti della riforma legislativa"¹⁵⁶.

La difformità a suddetto canone interpretativo di alcuni delitti contro la personalità dello Stato (per tutti il Vilipendio alla bandiera), suscettibili di dar corso all'allontanamento dello straniero *ex art.* 312 c.p., paralizza l'applicazione della misura di sicurezza in quanto essi non costituiscono in concreto un pericolo per "la sicurezza dello Stato". Una lettura di uguale segno, in cui la proporzionalità funge da filtro ulteriore, dovrebbe orientare anche la valutazione di comportamenti che coinvolgono "l'ordine pubblico" e "la sicurezza pubblica".

Pertanto, i beni giuridici appena richiamati andranno "intesi nella loro accezione materiale" ovvero, quando il destinatario del provvedimento di espulsione sia uno dei soggetti indicati all'art. 20, comma 6, d.lgs. n. 30/07, si richiederà una prognosi rispetto a "reati di particolare gravità, tali da compromettere la sicurezza dello Stato o turbare gravemente l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza"¹⁵⁷.

Si resta così ancorati al *principio d'interpretazione conforme* al diritto dell'Unione, che nel caso di specie interessa una fonte di primo pilastro¹⁵⁸.

Il quadro sin qui tracciato consente di cogliere due costanti:

a) tanto il dettato costituzionale quanto la normativa comunitaria non lasciano spazi a presunzioni di pericolosità. Il rischio correlato ad eventuali, inammissibili, deroghe a tale punto fermo è di riproporre un "nuovo" diritto penale d'autore¹⁵⁹, come tale contrario, tra gli altri e per tutti, al principio di

¹⁵⁶ L'espressione è di MASERA, *Immigrazione*, cit., 34.

¹⁵⁷ Così, ancora, PELISSERO, op. loc. ult. cit., il quale richiama come modello di riferimento l'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 30/07, nel quale si individua uno *standard* di pericolosità ne "i motivi di sicurezza pubblica".

¹⁵⁸ V. tuttavia i passi avanti compiuti anche in ambito di terzo pilastro con la nota pronuncia CGCE, Grande sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, in *DPP*, 2005, 1178 ss. Tra i primi commenti cfr. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de justice, sécurité et liberté*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, 1 ss.; FLETCHER, *Extending "in direct effect" to the third pillar: the significance of Pupino*, in *Eur. Law Rew.*, 2005, 862 ss.; CHERUBINI, *L'obbligo d'interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *DPP*, 2005, 1437 ss. Da ultimo sul tema dei rapporti tra fonti statali e fonti comunitarie v. AA.VV., *Diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 2008, *passim*.

¹⁵⁹ Da ultimo FLORA, *Verso un moderno diritto penale d'autore?*, in *RIDPP*, 2008, 559 ss. Rivolgendo l'attenzione al tema affine del "diritto penale del nemico" v. la raccolta di saggi stra-

offensività e al principio di uguaglianza.

b) ad una cattiva formulazione delle norme corrisponde inevitabilmente uno “sproporzionato” potere discrezionale in capo agli organi giudicanti, i quali, nel caso di specie, si vedono gravati di un compito che spetta primariamente al legislatore, il controllo del fenomeno migratorio¹⁶⁰.

Per ragioni di completezza si tengano presenti anche i vincoli di diritto internazionale, derivanti dalla partecipazione dello Stato italiano alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui effetto è di restringere ulteriormente gli spazi applicativi dell'espulsione dello straniero in senso lato¹⁶¹. Le norme di riferimento sono gli artt. 3 e 8 CEDU, rispettivamente rubricati “divieto di tortura”, il primo, e “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, il secondo, che, nell'ambito della normativa in tema di immigrazione, hanno trovato attuazione all'art. 19 d.lgs. n. 286/1998¹⁶².

Non sarà, dunque, possibile dar seguito all'espulsione quando nel Paese di destinazione lo straniero possa essere perseguito per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero vi sia il fondato rischio che sia rinviato ad altro Stato nel quale manchi protezione da eventuali persecuzioni (art. 19, comma 1, cit.)¹⁶³. An-

nieri tradotta in italiano ed intitolata *Diritto penale del nemico*, a cura di DONINI e PAPA, Milano, 2007, *passim*; i contributi in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI e ORLANDI, Bologna, 2007, *passim*; gli atti del Convegno “Verso un diritto penale del nemico”, tenutosi a Roma nei gg. 24 e 25 marzo 2006, pubblicati su *QG*, 4/2006; DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *CP*, 2006, 735 ss.; VIGANÒ, “Diritto penale del nemico” e diritti fondamentali, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di BERNARDI, PASTORE e PUGIOTTO, Milano, 2008, 107 ss.; DEMURO, *Il “diritto penale del nemico” e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, ibidem, 149 ss.; FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un'abdicazione della ragione*, ibidem, 161 ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *RIDPP*, 2007, 470 ss.

¹⁶⁰ Lo sottolineano VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 816; PELISSERO, *Il potenziamento*, cit., 1357; e MASERA, *Immigrazione*, cit., 6 s.

¹⁶¹ Per una diffusa trattazione delle relazioni tra diritto penale sostanziale e CEDU v. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, *passim*; e DE VEROPANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, *passim*.

¹⁶² VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 815 s., cui si rinvia anche per richiami alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁶³ Per completezza si riporta il comma successivo, cui non si farà riferimento in testo.

Art. 19, comma 2,

Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti:

drebbe ugualmente esclusa l'espulsione qualora vi siano fondate ragioni di ritenere che nel paese ricevente il destinatario del provvedimento possa essere sottoposto a torture o trattamenti inumani e degradanti¹⁶⁴.

Per concludere, si consideri, ancora, il "nuovo" delitto di "trasgressione dell'ordine di espulsione od allontanamento pronunciato dal giudice" (art. 235, comma 2, c.p.), che, conformemente a quanto già disposto dal d.lgs. n. 286/98 per le altre figure di espulsione, viene affiancato dalla contestuale applicazione dell'arresto obbligatorio, a prescindere dalla flagranza nel reato, e dalla sottoposizione al rito direttissimo¹⁶⁵.

Si è rilevato come, anche in assenza di questa espressa previsione normativa, lo straniero non comunitario sarebbe andato comunque incontro alla reclusione da uno a quattro anni¹⁶⁶, tenuto conto che l'inciso "si applicano le sanzioni stabilite dalle leggi di sicurezza pubblica per il caso di contravvenzione all'ordine di espulsione emanato dall'autorità amministrativa", di cui al previgente art. 235, comma 2, c.p., andava riferito proprio al T.U. in materia

a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;

b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9;

c) degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;

d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

Con riferimento alla lettera c), VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 815 s., richiamano le acquisizioni della giurisprudenza di Strasburgo, in modo da garantire una tutela più ampia ai "legami affettivi coltivati dall'individuo", prescindendo dalla contrapposizione tra famiglia "legittima" e famiglia "di fatto".

¹⁶⁴ VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in RIDPP, 2007, 51, nota 22, sottolinea come quest'ultimo enunciato, contenuto nell'art. 3 CEDU, non venga espresso in modo chiaro nell'art. 19, comma 1, cit.. Il termine "persecuzione", infatti, presenta margini di indeterminatezza tali da far ritenere quanto meno dubbia la riferibilità dello stesso anche alla tortura e ai trattamenti inumani e degradanti.

¹⁶⁵ Tali disposizioni vengono trasposte alla lettera anche nell'art. 312, comma 2, c.p. relativo all'applicazione della misura di sicurezza dell'allontanamento/espulsione quando siano commessi delitti contemplati nel titolo I, libro II, c.p. Sul punto AMATO, *Cittadini europei allontanabili dal territorio*, in GD, 2008, 32, 86 s.; e GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, ibidem, 78, i quali sottolineano come la previsione di una disciplina identica a quella contenuta nel d.lgs. n. 286/98 non risolve il problema di fondo che attiene all'esecutività del provvedimento di espulsione.

¹⁶⁶ In caso d'inadempimento dell'ordine di allontanamento da parte del cittadino comunitario la disciplina è più articolata, prevedendosi più fattispecie delittuose dal diverso regime sanzionatorio. Per approfondimenti si rinvia a CAPUTO, op. cit., 789 s.

di immigrazione, precisamente all'art. 14, comma 5-ter, o, in alternativa, all'art. 13, comma 13-bis d.lgs. n. 286/98¹⁶⁷. Al di là dell'interpretazione che si voglia dare alla "nuova" disposizione, resta comunque il dato, già evidenziato, di un "pacchetto sicurezza" votato al maggior rigore possibile.

4.2. La circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p.

La novità più eclatante, introdotta dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, è l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., che determina un aumento fino a un terzo della pena-base quando il colpevole abbia commesso il reato trovandosi illegalmente sul territorio nazionale. Nel caso di specie è evidente il riferimento al solo clandestino¹⁶⁸. Dunque, la circostanza non si applica quando tale situazione d'irregolarità integri di per sé una fattispecie di reato, come nei casi di trasgressione dell'ordine di espulsione o di allontanamento¹⁶⁹.

L'aver costruito questa figura attorno ad una "condizione personale" pone, innanzitutto, problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.¹⁷⁰

A tal proposito, si è immediatamente notata¹⁷¹, in sede di conversione in legge del decreto, la riformulazione della lettera dell'art. 61, comma 1, n. 11-bis, c.p., quasi che il legislatore fosse consapevole dei rischi di un aggravante *ad personam*¹⁷². L'espressione "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale" viene preferita alla formula "se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente nel territorio nazionale"¹⁷³. Oc-

¹⁶⁷ Così AMATO, op. ult. cit., 84, che tuttavia giustifica la novità legislativa nell'ottica di risolvere *a priori* eventuali problemi di concorrenza tra norme.

¹⁶⁸ Per "clandestino" s'intende anche il cittadino comunitario che abbia superato il termine di durata del soggiorno o che abbia violato l'ordine di allontanamento.

¹⁶⁹ AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *GD*, 2008, 32, 88; GATTA, op. cit., 27; MASERA, *Immigrazione*, cit., 13.

¹⁷⁰ PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove*, cit., 1080; VIGANÒ, VIZZARDI, op. cit., 813, nota 2; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, Aggiornamento*, cit., 3. Da ultimo, con uno sguardo alle recenti ordinanze di remissione della questione alla Corte Costituzionale, ANTONINI, *Le altre modifiche*, cit., 1364 ss.; e MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Il Corr. mer.*, 2008, 1180 ss. *Contra*, AMATO, *Più grave*, cit., 88.

¹⁷¹ PULITANÒ, op. ult. cit., 1079.

¹⁷² Sul tema, in generale, DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *RIDPP*, 2004, 50 ss.

¹⁷³ Per un puntuale quadro delle posizioni emerse in sede di esame del decreto in Commissione Affari costituzionali del Senato v. ANTONINI, op. cit., 1362 s.

correva, dunque, una soluzione da cui emergesse la rilevanza oggettiva del comportamento. A ben vedere, però, l'opzione linguistica non ha risolto la questione di fondo, legata al contenuto discriminatorio della disposizione e riassumibile nel messaggio "immigrato irregolare uguale persona (più) pericolosa"¹⁷⁴.

Il legislatore, in verità, non è nuovo a codificazioni di presunzioni assolute¹⁷⁵ – si pensi, di recente, al requisito della "proporzione" nella "nuova" legittima difesa –, le quali pongono, com'è noto, problemi di conformità al dettato costituzionale, soprattutto in punto di uguaglianza. La compromissione del principio suddetto, poi, è tanto maggiore quanto più, come nel caso di specie, si preclude al giudice uno spazio di manovra nella valutazione della propensione a delinquere del reo¹⁷⁶. Ad avvalorare tale affermazione contribuisce l'accostamento dell'aggravante della clandestinità alla recidiva, per la quale, ad eccezione dei casi di cui all'art. 99, comma 5, c.p., è fatto salvo in capo al giudice il potere decisionale sull'applicazione o meno dell'aumento di pena. Sarebbe, infatti, contraria al canone della ragionevolezza la previsione di un trattamento sanzionatorio più rigoroso, e non governabile da parte del giudice, rispetto ad un soggetto che in precedenza si sia macchiato di un illecito amministrativo, quando il reiterante il reato può beneficiare di maggiore clemenza¹⁷⁷. Inoltre, come attestato da una recente pronuncia della Corte cost., la n. 78/2007¹⁷⁸, "il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza di un extracomunitario nel territorio dello Stato, di per sé, non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale".

Allo stesso modo non si può escludere la contrarietà di tale previsione al principio di uguaglianza/ragionevolezza facendo leva sulla presenza nel no-

¹⁷⁴ Così PULITANÒ, op. ult. cit., 1080, il quale ritiene che non sia equiparabile ad una "discriminazione di *status* in senso pieno, tipo leggi razziali. L'aggravante ha riguardo a comportamenti del reo, a monte del reato cui essa si applica" (p. 1079).

¹⁷⁵ Di questo avviso, ancora, PULITANÒ, op. loc. cit., 1080.

¹⁷⁶ MASERA, *Profili*, cit., 1182.

¹⁷⁷ Ancora MASERA, op. ult. cit., 1182, il quale nel sottolineare come ancora il nostro ordinamento non preveda il reato di immigrazione clandestina, invoca a sostegno delle sue conclusioni la recente pronuncia della Corte Cost., 5 giugno 2007, n. 192, in *DPP*, 2007, 997 ss.

¹⁷⁸ Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, in *DPP*, 2007, 195 ss., annotata da SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione*, ha dichiarato illegittimi gli artt. 47, 48, 50 ord. Penitenziario "ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione previste dai medesimi articoli".

stro sistema penale di altre circostanze costruite attorno ad uno *status* personale del reo¹⁷⁹. Come è stato esattamente rilevato¹⁸⁰, infatti, la condizione di latitanza (art. 61, n. 6, c.p.), sottintendendo la commissione di un precedente illecito penale, indizia la propensione a delinquere del condannato più di quanto non faccia la presenza irregolare sul territorio nazionale, condizione che presuppone una violazione di carattere amministrativo¹⁸¹. Inoltre, l'assimilazione alla "latitanza", che presuppone la fuga da qualcosa, viene a cadere, ove si pensi che l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. sia applicabile anche nei confronti di stranieri rispetto ai quali non sia stato emesso alcun provvedimento di espulsione, dunque soggetti non in fuga¹⁸².

Né, d'altra parte, si può chiamare in causa l'aggravante del danno di rilevante gravità *ex* art. 61, n. 7, c.p., o dei motivi abietti e futili *ex* art. 61, n. 1, c.p., per giustificare la *ratio* che anima la fattispecie circostanziale della clandestinità, quasi che l'ingresso o il trattenimento illecito dello straniero nel territorio italiano rendano maggiore il disvalore del fatto di reato. Nel caso di specie, a differenza delle figure appena richiamate, non sussiste alcun "nesso di funzionalità" tra l'illecito penale commesso e il fattore aggravante del quale l'autore si avvale per la commissione del reato¹⁸³.

Scorrendo le ordinanze¹⁸⁴ di remissione alla Corte Costituzionale, ad essere violato non sarebbe soltanto *l'art 3 Cost.*, ma anche altre disposizioni:

l'art. 13 Cost., dal momento che un sacrificio aggiuntivo della libertà personale, dettato dall'irrigidimento ulteriore del trattamento sanzionatorio fondato su una mera presunzione di maggiore pericolosità, si potrebbe giustificare solo in ragione di interessi di rango primario altrettanto meritevoli di protezione, quali non sembrano "gli invocati interessi pubblici della sicurezza dei cittadini e dell'ordine pubblico";

¹⁷⁹ Così AMATO, *Più grave*, cit., 88.

¹⁸⁰ FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 3.

¹⁸¹ Pone l'accento sulla scelta di campo operata dall'ordinamento italiano a favore di una previa via amministrativa per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione, con un ricorso al penale solo in seconda battuta, tra gli altri, PISA, *Immigrazione e diritto penale*, in DPP, 2007, 845 ss.

¹⁸² MASERA, *Profili*, cit., 1181 s.

¹⁸³ Ancora, MASERA, *Profili*, cit., 1181.

¹⁸⁴ Trib. di Latina, ord. 1 luglio 2008, n. 324, in G.U., 22 ottobre 2008, n. 44; Trib. Ferrara, ord. 15 luglio 2008, n. 308, in G.U., 8 ottobre 2008, n. 42. Per un primo commento ANTONINI, op. cit., 1364 ss.; MASERA, op. ult. cit., 1180 ss.; CAPUTO, *L'aggravante della presenza «illegale» dello straniero e del cittadino comunitario*, in QG, 5/2008, 214 ss. Si tenga presente che le ordinanze suddette sono state emesse prima della conversione in legge del decreto.

l'art. 25, comma 2, Cost., nella veste di referente normativo del principio di offensività, in quanto l'aumento di pena è svincolato da qualunque valutazione in termini di lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato, discendendo piuttosto dal mero dato oggettivo della presenza "illegale" dello straniero sul territorio dello Stato italiano.

Si prescinde, in altri termini, dalla gravità dell'illecito commesso, concentrando tutto il disvalore sulla situazione di irregolarità pregressa, che, è evidente, non ha alcuna relazione con il reato venuto in essere in un momento logicamente e cronologicamente successivo¹⁸⁵. La condizione di clandestino nulla aggiunge alla fattispecie di cui si integrano gli estremi. L'offesa al bene giuridico di riferimento non si arricchisce, è tale e quale all'offesa corrispondente commessa da un qualunque soggetto, sia esso cittadino italiano o clandestino¹⁸⁶.

Tale precisazione consente di scindere i due piani: da un lato la violazione della normativa in tema di immigrazione che, com'è noto, può anche portare alla commissione di illeciti penali di settore, dall'altro la rottura dell'ordinamento penale precostituito, quando si offendano beni giuridici, quali il patrimonio, l'ordine pubblico etc., che è indipendente dalla regolarità/irregolarità dello straniero¹⁸⁷.

L'aggravante della clandestinità, così strutturata, si inserisce appieno nella cerchia di fattispecie costruite attorno alla presunta pericolosità sociale dell'autore del reato, che segnano un nuovo modo di legiferare nel quale la logica preventiva permea non solo il momento sanzionatorio, ma anche la genesi dell'illecito penale¹⁸⁸.

l'art. 27, commi 1 e 3, Cost., poiché il rimprovero che si muove all'autore del reato non guarda alla sua "responsabilità personale", ma alla sua qualifica, perciò, anche ai fini della risocializzazione dello stesso, la sanzione comminata si risolve in uno strumento percepito come estraneo a qualunque funzione rieducativa¹⁸⁹.

¹⁸⁵ PULITANÒ, *Tensioni vecchie*, cit., 1080.

¹⁸⁶ FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 3.

¹⁸⁷ PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *QG*, 4/2007, 686.

¹⁸⁸ Sviluppi ulteriori in PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 57 ss., il quale individua tre settori pilota nei quali è possibile rinvenire il modello del "reato di pericolosità sociale": la contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. (possessione ingiustificata di chiavi alterate o grimaldelli); la legislazione penale contro la pedopornografia; la disciplina penale in tema di immigrazione.

¹⁸⁹ MASERA, *Profili*, cit., 1183, ritiene che tanto il riferimento al principio di proporzionalità,

Il riferimento alla prevenzione speciale in chiave positiva assume anche un altro significato nella valutazione dello *status* di clandestino. Prima del suo riconoscimento espresso all'art. 61, comma 1, n. 11-*bis*, c.p., esso sarebbe comunque entrato in gioco in sede di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p., ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere. Le condizioni personali dell'immigrato hanno, dunque, subito una sorta di spostamento di *sedes materiae*: vengono chiamate in causa in seconda battuta e possono incidere peraltro solo in chiave di innalzamento della pena¹⁹⁰.

A ciò si aggiunga un ulteriore tassello: gli effetti *contra reum* che derivano dall'aggiunta di un terzo comma all'art. 62-*bis* c.p., secondo quanto disposto dall'art. 1, lett. f-*bis*, legge n. 125/08, con il quale s'intende limitare la concessione automatica delle attenuanti generiche quando il condannato non presenti precedenti a suo carico¹⁹¹.

Accanto al pensiero condiviso circa la contrarietà a Costituzione dell'aggravante della clandestinità, si registra una voce contraria, che, non ravvisando profili d'incostituzionalità nella fattispecie circostanziale in esame, cerca di mitigarne gli effetti dirompenti, richiamando le acquisizioni giurisprudenziali sul "giustificato motivo" all'inottemperanza dell'ordine del questore di lascia-

quanto il richiamo dei principi di colpevolezza e di prevenzione speciale nulla aggiungano all'aggravante della clandestinità in termini di disvalore costituzionale, già pienamente riassunto dai canoni dell'uguaglianza e dell'offensività. Sul punto v., altresì, ANTONINI, op. cit., 1369 ss.

¹⁹⁰ Sviluppi ulteriori in PULITANÒ, cit., 1080 s.

¹⁹¹ Per comodità espositiva si riporta il testo dell'art. 62*bis*, comma 3, c.p.:

"In ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma". Per un primo commento v. BRICCHETTI, PISTORELLI, *Niente sconti automatici all'incensurato*, in *GD*, 32, 99 s., i quali avrebbero preferito una soluzione differente, quale, per esempio, l'esclusione delle attenuanti generiche, concesse a motivo dell'assenza di precedenti, dalla disciplina di cui all'art. 69 c.p. Il risultato immediato non è altro che "l'espunzione dell'incensuratezza dai criteri che sovrintendono alla valutazione del giudice sull'applicazione del meccanismo di adeguamento in concreto della pena", confidando più nella durata della pena che nell'effettività della stessa (sempreché ciò non induca gli imputati a prediligere il rito ordinario ai riti alternativi, speranzosi di godere degli effetti benefici della prescrizione); ANTONINI, *Le altre*, cit., 1367 ss.; NATALINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in AA.VV., *Il decreto*, cit., 109 ss.; e CORVI, *Circostanze del reato*, in AA.VV., *Misure urgenti*, cit., 119 ss. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. pen., sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31440, in *www.penale.it*.

Sono alquanto scettici sull'effettivo contenimento della discrezionalità giudiziale *pro reo* che il legislatore intende perseguire con la limitazione suddetta alla concessione delle attenuanti generiche FIANDACA, MUSCO, op. ult. cit., 5, i quali affermano come non basti un mero ritocco testuale a mutare un orientamento consolidatosi nella "cultura giudiziale".

re il territorio dello Stato, *ex art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 286/98*. L'aggravante, secondo tale rilettura, non si applicherebbe laddove il colpevole dimostrasse di essersi trovato in una situazione di effettiva impossibilità a recarsi alla frontiera¹⁹².

Le "stonature" costituzionali, tuttavia, appaiono insuperabili.

Avendo, nel frattempo, alcuni giudici sollevato la questione dinanzi alla Corte Costituzionale, è importante pensare agli effetti ultimi di tali iniziative, che potranno essere ora l'accoglimento, ora il rigetto del *petitum*, quando non si opti per la soluzione "di confine" con una pronuncia *interpretativa* di rigetto¹⁹³.

Da ultimo, rivolgendo l'attenzione brevemente fuori dal contesto nazionale, si può ricordare l'opinione sfavorevole del Commissario alla Giustizia dell'Unione Europea, il quale ha ritenuto la previsione di un'aggravante ancorata allo *status* di "irregolare" lesiva dei diritti fondamentali della persona, in quanto introdurrebbe una discriminazione tra cittadini comunitari rispetto ai quali non ha rilevanza lo Stato di provenienza. Le disposizioni normative invocate sono, tra le altre, gli artt. 2 e 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'art. 4 della Carta Europea dei Diritti Universali e l'art. 26 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici¹⁹⁴.

Come l'espulsione dello straniero, dunque, anche l'aggravante della clandestinità si trova esposta ad obiezioni a livello costituzionale, comunitario ed internazionale che non sembrano lasciarle scampo.

5. Conclusioni

L'accostamento dei delitti di discriminazione o odio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi alle nuove misure dirette a contrastare la criminalità di provenienza straniera, secondo la chiave di lettura proposta e riassunta nella formula atecnica di "crimini contro l'ospitalità", consente di saggiare l'attività legislativa degli ultimi anni. Il giudizio finale è sicuramente negativo non

¹⁹² Così AMATO, *Più grave*, cit., 89; e APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in AA.VV., *Il decreto*, cit., 17.

¹⁹³ Auspica tale via "intermedia" MASERA, op. cit., 1184, nel senso che «l'aumento di pena possa essere applicato solo quando il giudice abbia accertato un nesso funzionale tra la condizione di clandestinità e la commissione del reato, oppure quando tale condizione risulti in concreto espressiva di una particolare capacità a delinquere del colpevole...».

¹⁹⁴ ONIDA, *Efficacia non scontata per il ricorso al penale*, *Il sole 24 ore*, 22 maggio 2008, 7.

solo sul piano della politica dell'integrazione, di cui di questi tempi c'è gran bisogno, ma anche sul piano strettamente giuridico-penale¹⁹⁵.

Come rilevato in precedenza, sul versante dei delitti d'opinione a sfondo razziale si assiste, da un lato, ad un vera e propria "svalutazione del bene tutelato"¹⁹⁶, tenuto conto della consistente mitigazione della pena prevista per le ipotesi di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), legge n. 654/75, con una perdurante lesione del principio di proporzione e di ragionevolezza, stante la parificazione sul piano sanzionatorio di condotte oggettivamente differenti quanto a disvalore; dall'altro, in seno ai giudici di legittimità, si registra una certa resistenza a riconoscere valenza discriminatoria a determinati comportamenti¹⁹⁷. Come è stato esattamente osservato, «nell'attuale società multietnica, percorsa da pericolosi afflitti discriminatori, ...una irrisoria pena pecuniaria rappresenta...un inammissibile svilimento della stessa politica di lotta alla discriminazione razziale»¹⁹⁸.

Per quanto concerne, invece, il "pacchetto sicurezza", la nota comune all'espulsione dello straniero in senso lato e all'aggravante della clandestinità, è certamente la presunzione o quasi-presunzione di maggiore pericolosità. Si tratta di un giudizio che prescinde dalla "gravità oggettiva e soggettiva del fat-

¹⁹⁵ Per una recente, lucida, analisi delle soluzioni adottate dall'Italia nella politica di contrasto all'immigrazione v. PELISSERO, *Logiche di esclusione*, cit., 684 ss.

¹⁹⁶ L'espressione, utilizzata da PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1204, riassume il suo giudizio in merito alla riforma del trattamento sanzionatorio nei "delitti contro le confessioni religiose", e può senza dubbio riferirsi anche alle fattispecie di "discriminazione razziale" in senso lato.

Sui "nuovi" delitti contro il sentimento religioso v., nell'ambito della dottrina penalistica, SIRACUSANO, sub *Artt. 403-405*, in AA.VV., *Codice penale ipertestuale*, a cura di RONCO e ARDIZZONE, 2^a ed., Torino, 2007, 1763 ss.; PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1197 ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, RIDPP, 2007, 493 ss.; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in RIDPP, 2006, 55 ss.; BASILE, sub *Artt. 403-405*, in AA.VV., *Codice penale*, cit., 2954 ss.; ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 134 s. e 328 ss. Nella manualistica, per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 4^a ed., Bologna, 2007, 437 ss.

¹⁹⁷ In senso contrario v. Cass. pen., Sez. III, dep. 11 ottobre 2007, n. 37390, in *D&G online* del 16.10.2007, che ha confermato la condanna, ex art. 2 legge n. 205/93, a 15 giorni di reclusione ad un tifoso per avere sventolato, in occasione di una partita calcistica, il tricolore con un disegno raffigurante il fascio littorio; Cass. pen., Sez. III, 21 dicembre 2005, cit., secondo cui "è atto di discriminazione razziale non servire il caffè a clienti extracomunitari che si fermano al bancone di un bar per prendere una consumazione"; Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, cit., e Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2006, cit., per le quali, rispettivamente, dare dello "sporco negro" a qualcuno o strappare lo *chador* integra l'aggravante della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso".

¹⁹⁸ Testualmente, PELISSERO, *Osservazioni*, cit., 1206.

to"¹⁹⁹ e si fonda sul mero indizio della presenza irregolare dell'immigrato nel territorio dello Stato. Il governo della tolleranza zero rompe, tra gli altri e per tutti, con il principio di uguaglianza, realizzando così un'altra, diversa, discriminazione dello straniero.

Al *trend* legislativo, che rischia di creare uno statuto speciale dell'immigrato, negli ultimi anni è corrisposta un'attività di contenimento della Corte Costituzionale²⁰⁰, chiamata in causa, come attestano anche le ordinanze di remissione cui si è qui accennato²⁰¹, per ripristinare l'uguaglianza violata. Purtroppo, la politica securitaria e della prevenzione sembra non tenere conto delle garanzie fondamentali, che spettano ad ogni essere umano, interessata com'è a "produrre *manifesti* che parlino alla *pancia* dei cittadini e a strumentalizzarne le legittime paure"²⁰².

¹⁹⁹ PULITANÒ, *Tensioni vecchie*, cit., 1080.

²⁰⁰ Riassume i termini di questo rapporto, ancora, PELISSERO, *Logiche di esclusione*, cit., 696 ss.

²⁰¹ Cfr. *supra* par. 4.2.

²⁰² Così ONIDA, in *Il sole24ore*, 5 dicembre 2007, come ripreso da VIGNA, *Sicurezza urbana: una strategia "integrata" per un obiettivo complesso*, in *DPP*, 2008, 139.

Dott.ssa CATERINA PAONESSA

Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Siena

LA DISCIPLINA DELLE DIRETTIVE ANTICIPATE
DI TRATTAMENTO:
UNO SGUARDO ALL'ESPERIENZA STRANIERA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contenuto dispositivo delle *advance directives*. - 2.1. Il rifiuto di trattamenti “salva-vita” e di prolungamento dell’esistenza biologica (idratazione e alimentazione forzata). - 2.2. La richiesta di eutanasia. – 3. La veste formale delle direttive anticipate di trattamento. – 4. Il ruolo del fiduciario nell’attuazione della volontà del disponente.

1. *Premessa*

La questione della validità delle c.d. direttive anticipate, espresse da soggetti pienamente capaci e contenenti l’indicazione dei trattamenti sanitari che si desidera o meno ricevere nell’eventualità che, per il sopraggiungere di drammatiche evenienze patologiche, non si sia più in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato, è un tema la cui rilevanza è andata costantemente crescendo negli ultimi anni nell’ambito della riflessione giuridica. Il dibattito sulla legittimità di tali dichiarazioni risulta particolarmente acceso nel nostro ordinamento, stante l’assenza, da un lato, di un’organica disciplina della materia che assicuri l’autonomia della persona anche nella fase finale della propria esistenza, e la presenza, dall’altro lato, di un approccio alle tematiche bioetiche inevitabilmente condizionato dalle variabili delle pregiudiziali etiche¹.

Come noto, l’art. 9 della Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, e resa esecutiva in Italia con la legge 28 marzo 2001, n. 145, si limita a sancire, nel caso di paziente incapace al momento dell’intervento medico di esprimere la propria volontà, che “i [suoi] desideri precedentemente espressi [...] saranno presi in considerazione”²;

¹ Nell’ambito di una letteratura sconfinata, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in questo *Annuario*, 2006, p. 57 ss., nonché, più di recente, L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 73 ss.

² Sul punto, v. A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 206 ss.

parimenti il codice di deontologia medica riconosce al professionista sanitario il dovere di “intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle [sue] precedenti volontà” (art. 35, ultimo comma)³. All’assenza di una puntuale regolamentazione della materia fa riscontro, comunque, la presentazione di numerose proposte legislative dirette a dare una veste giuridica all’istituto in esame⁴. Si veda, in particolare, nell’attuale legislatura, il d.d.l. n. 10, di iniziativa del sen. Marino (“Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l’accanimento terapeutico, nonché in materia di cure palliative e di terapia del dolore”), attualmente in fase di discussione in sede parlamentare.

Su un piano generale, la crescente attenzione riservata alle problematiche del “fine-vita” non è che un riflesso del progressivo riconoscimento del diritto all’autodeterminazione del paziente nel rapporto che lo lega al medico⁵. Nella realtà odierna, le scelte terapeutiche non sono più considerate di dominio esclusivo del sanitario, rispetto al quale il paziente si trova in posizione di soggezione, quale mero destinatario delle stesse. All’atteggiamento paternalistico che per lungo tempo ha connotato l’esercizio della professione medica, infatti, si è venuta a sostituire nel tempo una visione del rapporto medico-paziente di tipo collaborativo, in cui il medico è chiamato ad illustrare ed informare adeguatamente il paziente sui trattamenti cui deve essere sottoposto, sì che quest’ultimo possa esprimere il proprio consenso in modo consapevole. Diversi sono i fattori che hanno portato a questa radicale modificazione nella scienza medica: il ripensamento delle basi epistemologiche della medicina, l’acquisita consapevolezza delle incertezze che possono caratterizzare l’esercizio della professione medica, l’accelerazione delle scoperte tecnologiche la cui beneficiabilità e i cui rischi non sempre risultano immediatamente noti ne costituiscono soltanto alcune esemplificazioni.

Com’è evidente, dunque, il principale perno intorno a cui ruota la legittimità del trattamento medico si fonda sulla garanzia del consenso informato

³ Sulle norme deontologiche mediche, v. F. ANGIONI, *Il nuovo Codice di deontologia medica*, in questo *Annuario*, 2007, p. 277 ss.

⁴ Per una ricognizione del contenuto di alcune delle proposte di legge presentate, v. *amplius* D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul così detto “testamento biologico”: un breve sguardo di insieme*, in questo *Annuario*, 2006, p. 265 ss.

⁵ *Ex plurimis*, v. L. BALESTRA, *Efficiacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 89 ss.

che costituisce, di norma, legittimazione e fondamento dell'intervento sanitario. Da qui la problematicità di quelle situazioni in cui il paziente versi in uno stato di incapacità tale da non permettergli di partecipare fattivamente alle scelte terapeutiche che lo riguardano, specie ove queste consistano nell'interruzione, se non addirittura nella mancata attivazione di cure che possono, di conseguenza, portare ad un esito infausto. In relazione a scelte di questo tipo vengono in rilievo interessi contrapposti: l'autodeterminazione del paziente, infatti, si contrappone all'autonomia professionale del medico che si troverebbe ad anteporre alle proprie valutazioni tecniche la volontà manifestata dal paziente in un momento precedente, la quale, peraltro, potrebbe anche essere priva di aderenza alla situazione concretamente manifestatasi, con il rischio di una radicale contrattualizzazione dell'attività terapeutica⁶.

La difficoltà di ricostruire, in tali circostanze, la reale determinazione del paziente induce a ritenere improcrastinabile una regolamentazione legislativa delle c.d. direttive anticipate. Siffatte indicazioni, infatti, ove legittimate, interverrebbero a colmare lo "iato" che la sopravvenuta incapacità dell'individuo determina nel rapporto con il sanitario⁷. Detto altrimenti, nel momento in cui sopraggiunge lo stato di incapacità decisionale del disponente verrebbero a produrre effetto le dichiarazioni di trattamento preventivamente rese dal paziente *compos sui*.

Tuttavia, perché possano dispiegare i loro effetti, i desideri precedentemente espressi dal paziente devono essere adeguatamente documentati. Come non si è mancato di rilevare, il compito di stabilire le condizioni di operatività delle direttive anticipate non compete al medico, bensì al diritto, cui spetta formalizzare le procedure di documentazione di una siffatta volontà, ovvero sottoporre le dichiarazioni anticipate ad una serie di regole, idonee a garantire la reale volontà del soggetto e a ridurre le tormentose incertezze dei medici che ne investono anche i profili di eventuale responsabilità penale⁸. Nella prospettiva di una futura regolamentazione giuridica delle *advance directives* nel nostro ordinamento, un aiuto si può certamente ricavare dall'esperienza di quegli ordinamenti stranieri che, già da tempo, dispongono di una disciplina specifica della materia.

⁶ L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in questo *Annuario*, 2006, p. 253 ss.

⁷ Così, L. BALESTRA, *Efficiacia del testamento biologico e ruolo del medico*, cit., p. 95.

⁸ F. GIUNTA, *Eutanasia*, in *Diritto penale. I dizionari sistematici*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008, p. 871.

2. Il contenuto dispositivo delle advance directives

Nella maggior parte dei sistemi stranieri in cui è presente una regolamentazione giuridica delle direttive anticipate, le dichiarazioni di volontà coinvolgenti futuri trattamenti sanitari sono ammesse *sub condicione* che le stesse abbiano un contenuto “negativo”, ovvero che queste siano volte a manifestare il rifiuto di ricevere determinate cure mediche. In taluni ordinamenti, richieste di questo tipo sono le uniche consentite. È questo il caso, ad esempio, dell’Austria, ove il 1° giugno 2006, è entrata in vigore la nuova legge federale che regola i requisiti e l’efficacia del testamento biologico (*Patientenverfügungsgesetz*, di seguito “PatVG”)⁹. Il modello austriaco si contraddistingue per l’oggetto specifico dell’atto dispositivo, che, appunto, può riguardare unicamente il rifiuto di determinati trattamenti sanitari, i quali devono essere concretamente descritti o, comunque, devono potersi chiaramente evincere dal testo complessivo della dichiarazione anticipata (§ 4 PatVG) che, a pena di invalidità, oltre ad essere libera e ben ponderata, non deve risultare viziata da errore, frode, inganno o da qualsiasi altra forma di coazione fisica o morale (§ 10, comma 1, PatVG). In generale, a pena di invalidità, il contenuto delle direttive anticipate di trattamento deve risultare “legalmente accettabile”; attraverso la redazione di un testamento biologico, peraltro, non è consentito al paziente di limitare i propri obblighi di sottoporsi ad un trattamento sanitario impostogli da specifiche norme di legge (§ 13 PatVG).

Rispetto alla scelta operativa adottata nell’ordinamento austriaco, la proposta contenuta nel d.d.l. n. 10, presentato nel corso della XVI legislatura su iniziativa del sen. Marino, risulta ben più ampia; il contenuto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, infatti, è allargata anche a quelle disposizioni che attengono all’uso del proprio corpo o di parti di esso dopo la morte, incluse le disposizioni inerenti l’eventuale donazione di organi o di tessuti a scopo di trapianto, di ricerca o per finalità didattica, oltre che alle modalità di sepoltura e all’assistenza religiosa (art. 1, comma 1, lett. a). L’indicazione sembra ricalcare, almeno in parte, il contenuto delle *instrucciones previas*, ovvero delle “istruzioni anticipate” disciplinate, nell’ordinamento spagnolo, dalla legge 14 novembre 2002, n. 41 (*Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y docu-*

⁹ Per un’analisi, v., da ultimo, i contributi raccolti nel volume *Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: ethische und rechtliche Aspekte*, a cura di U.H. J. KÖRTNER - C. KOPETZKI - M. KLETEČKA-PULKER, Wien-New York, 2007.

mentación clínica)¹⁰. L'art. 11, infatti, riconosce agli adulti capaci la facoltà di manifestare anticipatamente per iscritto – e per iscritto revocare in ogni momento – la propria volontà in merito alle cure cui si vuole essere sottoposti, ovvero, una volta sopraggiunta la morte, sulla destinazione del proprio corpo e dei propri organi, nel caso in cui si dovesse perdere la capacità di esprimersi personalmente. Rimane fermo, comunque, nel sistema spagnolo, il divieto di dare seguito a *voluntades anticipadas* che sono contrarie all'ordinamento giuridico o alla *lex artis*, nonché a quelle che non risultano corrispondenti ai presupposti di fatto che l'interessato ha previsto quando le ha redatte (art. 11, comma 3, legge n. 41/2002). La prima preclusione indicata, in particolare, impedisce che con una simile dichiarazione possa richiedersi l'eutanasia, posto che tale pratica risulta penalmente sanzionata (art. 143, *Código penal*).

La situazione che si registra in Spagna è ben diversa da quella che è dato riscontrare in altri ordinamenti europei, quali il Belgio e l'Olanda, i quali, difatti, ammettono, in presenza di determinate condizioni, il ricorso alla pratica dell'eutanasia. Tralasciando per il momento quest'ultimo aspetto, che sarà ripreso di qui a breve (v. *infra*, § 2.2.), in Belgio, è comunque regolato il “*refus anticipé*”; la legge 22 agosto 2002 (*Loi belge relative aux droits du patient*), infatti, riconosce al rifiuto anticipato di cure mediche il medesimo effetto giuridico di un dissenso espresso ed attuale, sempre che ricorrano le due condizioni normativamente previste¹¹. Secondo quanto ivi specificato, occorre che il diniego abbia ad oggetto trattamenti sanitari ben definiti e che non vi sia dubbio alcuno sulla sua provenienza dalla persona interessata; questo rifiuto sarà rispettato finché non intervenga la sua eventuale revoca (art. 8, § 4, inciso finale).

In senso analogo dispone anche la legislazione olandese; qui, infatti, indicazioni “negative” di trattamento hanno trovato riconoscimento giuridico nell'art. 450, comma 3, del codice civile, incluso nella parte V, riservata ai “*medical treatment contracts*”, interamente introdotta con la *Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst* (WGBO) del 17 novembre 1994¹². La norma-

¹⁰ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Los “documentos de instrucciones previas” de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida*, in *La Ley*, 2003, p. 1663 ss.; J.C. SIURANA, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Madrid, 2006.

¹¹ H. NYS, *Recent Developments in Health Law in Belgium*, in *European Journal of Health Law*, 2006, p. 95 ss.

¹² E. HONDIUS, A. VAN HOOFT, *The new Dutch law on medical services*, in *Netherlands international law review*, 1996, p. 1 ss.

tiva appena richiamata consente, in particolare, il mancato rispetto delle direttive anticipate soltanto se sussistono ragioni ben fondate; tra queste, però, non vi rientra il fatto che l'esecuzione delle richieste del paziente possa portare, come conseguenza, la morte dello stesso. Di regola, infatti, in tale sistema, costituiscono motivi fondati per non attuare le *advance directives* le situazioni in cui non è certa l'identità del dichiarante o la sua capacità al momento della sottoscrizione o, ancora, quelle in cui vi è incertezza sulla corrispondenza delle indicazioni preventive di trattamento alla situazione attuale dell'autore divenuto incapace¹³.

In Francia, la regolamentazione dei diritti del malato e della fine della vita è affidata alla legge 22 aprile 2005, n. 2005-370 (*Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*)¹⁴. Nello specifico, tale provvedimento ha inserito nel *Code de la santé publique* l'art. L. 1111-11, in base al quale è prevista la possibilità, per ogni persona maggiorenne, di formulare *directives anticipées* relativamente alla limitazione o alla sospensione di determinati trattamenti sanitari. Diversamente, nell'ordinamento tedesco, il testamento biologico non è stato ancora oggetto di una disciplina normativa specifica, sebbene trovi impiego nella pratica e conferma nella giurisprudenza. La Corte suprema federale tedesca (BGH), in particolare, con la sentenza del 17 marzo 2003, ha dichiarato la legittimità e il carattere vincolante dell'"atto di disposizione del paziente", c.d. *Patientenverfügung*¹⁵. Si tratta, infatti, di una specifica forma di dichiarazione di volontà, per la quale trovano applicazione le regole generali relative a tali atti. Quanto al contenuto del documento in questione, in base ai criteri elaborati dalla pratica, esso si compone di un preambolo e di una parte dispositiva, nella quale si definiscono i medicinali e gli analgesici da somministrare, nelle dosi necessarie. Il documento si chiude con l'autorizzazione a comunicarne il contenuto al medico curante, al personale medico, paramedico e ospedaliero; al testo così redatto sono, inoltre, allegate la diagnosi del medico (se formulata) e la sua valutazione (se esistente) in ordine agli eventuali benefici che il paziente potrebbe ottenere, se tenuto in vita artificialmente. Seppure inci-

¹³ *Amplius*, C. VEZZONI, *Advance treatment directives and autonomy for incompetent patients. An international comparative survey of law and practice, with special attention to the Netherlands*, New York, 2008; ID., *The legal status and social practice of treatment directives in Netherlands*, Groningen, 2005, tesi di dottorato consultabile sul sito <http://irs.ub.rug.nl/ppn/28903504X>.

¹⁴ F. DREIFUSS-NETTER, *Les directives anticipées: de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne*, in *Gaz. Pal.*, 2006, Doct., p. 1693 ss.

¹⁵ BGH, 17 marzo 2003, in *JZ*, 2003, p. 732, con nota di A. SPICKHOFF, p. 739 ss.

dentalmente, la sentenza della Corte suprema federale riconosce anche la possibilità di ricorrere sia alla *Betreuungsverfügung* (nomina di un curatore) che al *Vorsorgevollmacht* (mandato preventivo a gestire i propri beni)¹⁶. Nell'ipotesi di difformità di vedute tra il medico ed il curatore in merito all'opportunità di proseguire il mantenimento artificiale in vita del paziente e all'interpretazione della volontà di quest'ultimo, la decisione finale spetta al giudice tutelare.

2.1. Il rifiuto di trattamenti "salva-vita" e di prolungamento dell'esistenza biologica (idratazione e alimentazione forzata)

Particolarmente delicata è la questione se il rifiuto di determinati trattamenti sanitari possa ricomprendere anche la rinuncia ai c.d. trattamenti "salva vita" e, in particolare, a quei trattamenti di prolungamento dell'esistenza biologica, attraverso l'idratazione e l'alimentazione forzata¹⁷.

Sul punto, alcuni ordinamenti europei hanno preso una posizione ben definita. Così, in Ungheria, dove gli artt. 20-23 dell'*Health Care Act* (HCA) del 1997 riconoscono il diritto di rifiutare "life-supporting or life-saving interventions" per i pazienti affetti da malattia incurabile, da cui deriva, come conseguenza, l'incapacità a prendersi cura di sé stessi ovvero il patimento di sofferenze che non possono essere alleviate con una terapia appropriata. Sebbene nella legislazione ungherese non venga utilizzato il termine "advance directives", si ammette sulla base dell'HCA che una persona pienamente capace possa rifiutare, in previsione di una futura incapacità, con un atto pubblico, trattamenti del tipo di quelli poc'anzi indicati; l'unica esclusione riguarda la donna incinta, in grado di portare a termine la gravidanza (art. 23, § 6). Regole dettagliate sul rifiuto di cure mediche sono disciplinate dal decreto governativo 16 giugno 1998, n. 117.

Una presa di posizione sostanzialmente affine, di recente, si è avuta anche in Danimarca con la legge 24 giugno 2005, n. 546 (*Sundhedslov*), la quale ha abrogato alcuni precedenti testi legislativi che regolavano i diritti dei pazienti e, in particolare, la legge 1° luglio 1998, n. 482 (*Lov om patienters retsstilling*). Il § 26, comma 1, della legge n. 546/2005 prevede che ogni persona che ha compiuto 18 anni e che non è sotto tutela può redigere un *living will*, con cui esprime la propria volontà riguardo i trattamenti sanitari che intende ricevere

¹⁶ In argomento, v. anche G. SALITO, *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri Paesi*, Salerno, 2003, p. 75 ss.

¹⁷ F. GIUNTA, *Eutanasia*, cit., p. 872.

per il futuro, ove venisse a trovarsi in una condizione di incapacità di autodeterminarsi. Il testamento biologico (*livstestamenter*), come indicato nel comma 2, può contenere il rifiuto di trattamenti che possono prolungare la vita, ovvero di quei trattamenti che non offrono alcuna prospettiva di guarigione, miglioramento o sollievo, ma che servono solo a prolungare l'esistenza, nell'ipotesi in cui il paziente è un malato terminale (lett. a) o, ancora, nel caso di malattia, di estremo indebolimento dovuto a vecchiaia, incidente, arresto cardiaco o ogni altro avvenimento che ha provocato un'invalidità così grave che il soggetto non è più in grado di prendersi cura di sé stesso fisicamente e mentalmente (lett. b).

Secondo quanto indicato nel § 26, comma 5, nel primo caso, i desideri espressi hanno forza vincolante per il personale sanitario che, dunque, è obbligato a rispettare la richiesta del paziente di omettere il trattamento; a questo proposito la legge sancisce che devono essere prese in considerazione soltanto le condizioni di salute del paziente, mentre altre valutazioni (per esempio la preferenza del medico) non hanno rilievo alcuno. Nel secondo caso, invece, la richiesta deve essere semplicemente tenuta in considerazione dal personale sanitario, in quanto equivale ad una mera indicazione. Nell'ipotesi in cui il medico si trovi di fronte ad un paziente che non è in grado di esercitare il suo diritto di autodeterminarsi, prima di cominciare un trattamento che prolunghi la vita di un paziente terminale o di proseguire detto trattamento per un paziente che si trovi nelle altre condizioni indicate dalla legge (lett. b), egli deve consultare lo speciale registro in cui sono conservati i testamenti di vita, per verificare se esistono direttive anticipate.

Con riferimento specifico all'idratazione e all'alimentazione artificiale la questione concerne la possibilità di considerare tali interventi come atti terapeutici¹⁸; soltanto accedendo a questa chiave di lettura, infatti, al pari degli altri trattamenti sanitari, sarebbe consentita la loro interruzione, anche sulla base di un testamento biologico. Così accade, oltre che in molti Stati federali degli Stati Uniti (si pensi al *Natural Death Act* californiano del 1976 o, ancora, al *Texas Futile Act* del 1999), ad esempio, in Belgio, dove la citata legge sui diritti del paziente (legge 22 agosto 2002) consente esplicitamente il diritto di rifiutare l'idratazione e l'alimentazione artificiale. Parimenti, merita particolare considerazione l'art. L. 1111-13 del *Code de la santé publique* francese, in base

¹⁸ Si tratta di una qualificazione controversa; per una ricostruzione dei termini del dibattito, v. A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 543.

al quale, quando una persona si trova – a prescindere dalla sua causa – nella fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, per cui non è in grado di esprimere la propria volontà, è rimesso al medico il compito di decidere di limitare o di terminare un trattamento ritenuto inutile, sproporzionato, che non ha altro obiettivo che il solo prolungamento artificiale della vita di questa persona, dopo aver rispettato la procedura collegiale definita dal codice di deontologia medica. La decisione deve tener conto degli orientamenti che il paziente possa aver espresso nelle direttive anticipate (specie se contenenti la richiesta rivolta al medico di interrompere trattamenti di questo tipo), del parere del fiduciario, eventualmente designato, nonché della famiglia, o, in mancanza di essa, di uno dei parenti. Se il paziente è un minore o un maggiorenne sotto tutela, il medico consulta anche gli esercenti la potestà parentale o la tutela, a meno che non si tratti di una situazione di urgenza; la decisione del medico è motivata.

2.2. La richiesta di eutanasia

La legge olandese di “riforma delle procedure per porre fine alla vita su richiesta e per il suicidio assistito ed emendamenti al codice penale e alla legge su cremazione e sepoltura” (legge 10 aprile 2001, n. 137)¹⁹, consente al medico di praticare, con la rigorosa osservanza delle condizioni ivi stabilite, l'eutanasia su un malato terminale che gliene faccia richiesta e di prestare assistenza ad un malato nelle stesse condizioni che decide di togliersi la vita. Sono due i presupposti di un simile intervento medico: deve essere stata praticata, senza risultati, ogni possibile terapia; e deve esservi una pressante e inequivocabile richiesta del malato di porre fine alla propria vita, espressa nei modi e nelle forme previste dalla legge in rapporto allo stato e all'età dell'assistito. Una commissione regionale composta di esperti qualificati vigilerà sulle decisioni dei medici nei casi concreti che le devono essere obbligatoriamente denunciati dagli stessi sanitari.

Secondo quanto indicato nella legge olandese, la richiesta di eutanasia può essere avanzata dal soggetto interessato anche in anticipo (*euthanasieverklaring*), al ricorrere delle condizioni indicate nell'art. 2, comma 2. In particolare

¹⁹ Per il testo di legge tradotto in italiano, v. G. GIUSTI, *La legge olandese sull'eutanasia ed il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 1103 ss. Per il suo esame, v. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 40 ss.

l'eutanasia può essere praticata anche quando il paziente che ha sedici anni o un'età superiore non è più capace di esprimere la sua volontà, ma ha rilasciato, quando aveva una ragionevole capacità di intendere e di volere, una dichiarazione anticipata scritta, contenente la richiesta di interruzione della vita. Se il paziente ha un'età compresa tra sedici e diciotto anni e si può ritenere che abbia una ragionevole consapevolezza dei suoi interessi, il medico può accogliere la sua richiesta di suicidio assistito, dopo che il genitore o i parenti che esercitano la patria potestà e/o il suo tutore sono stati coinvolti nel processo decisionale, ovvero consultati; è necessario, invece, il consenso di quest'ultimi se si tratta di minore che ha un'età compresa tra dodici e sedici anni. L'art. 293, § 2, del codice penale olandese esclude, dunque, la punibilità del medico per aver provocato la morte del malato consenziente o, in base al richiamo posto dall'art. 294, § 2, per aver assistito il malato nel suicidio, qualora sussistano i criteri di accuratezza ("*requirements of due care*") indicati e si segua la procedura di comunicazione prevista. La richiesta anticipata di eutanasia – è bene precisare – non è vincolante, posto che rimane ferma l'obiezione di coscienza del medico.

In Belgio, la legge 28 maggio 2002, relativa all'eutanasia, disciplina, nel capo III, anche la c.d. *déclaration anticipée* contenente tale richiesta²⁰. L'art. 4, § 1, prevede, in particolare, che ogni maggiorenne o minore emancipato capace, può, per il caso in cui non possa più esprimere la propria volontà, far risultare per iscritto, in una dichiarazione, l'intenzione che gli sia praticata l'eutanasia, se il medico constata le condizioni ivi indicate, ovvero: a) che si tratta di soggetti colpiti da una malattia accidentale o patologica grave e incurabile; b) che vi è uno stato di incoscienza; c) che la situazione è irreversibile secondo lo stato attuale della scienza.

Quanto alla forma, la legislazione belga specifica che la dichiarazione anticipata può essere fatta in qualunque momento; per la sua validità è richiesto, tuttavia, che la redazione avvenga alla presenza di due testimoni adulti, di cui almeno uno non abbia un interesse materiale al decesso del dichiarante. Tutti i soggetti coinvolti devono sottoscrivere la dichiarazione, la quale deve risultare altresì datata. Il requisito appena indicato acquista rilievo fondamentale posto che, nell'ordinamento in esame, la richiesta anticipata di eutanasia ha un'efficacia temporalmente limitata; la dichiarazione di volontà in parola,

²⁰ Su tale legge, v. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, cit., c. 43 ss.

infatti, può essere presa in considerazione solo se essa è stata fatta (o confermata) a distanza inferiore di cinque anni dal momento in cui è sopraggiunta la condizione di incapacità a manifestare espressamente il proprio consenso.

La legge belga prende in considerazione anche l'ipotesi di quanti, pur desiderando esprimere anticipatamente la propria volontà in merito ai trattamenti sanitari di cui intendono beneficiare o meno, si trovano fisicamente nell'impossibilità permanente di redigerla e di firmarla; in questo caso, dunque, la dichiarazione può essere redatta per iscritto da una persona adulta indicata dallo stesso disponente tra quanti non abbiano un interesse materiale al decesso, in presenza di due testimoni adulti. La dichiarazione deve allora precisare che l'interessato non può redigere e firmare l'atto, specificandone le ragioni; un'attestazione medica che certifica questa impossibilità fisica permanente è aggiunta alla dichiarazione stessa.

Le modalità con cui la "*déclaration anticipée*" di eutanasia deve essere redatta, confermata o revocata sono disciplinate dall'*Arrêté royal* del 2 aprile 2003, cui risulta annesso anche un modello di dichiarazione. Si tratta, va da sé, di una esemplificazione, la quale deve essere riprodotta in forma manoscritta o dattilografata. Il documento si compone, in particolare, di due sezioni: una parte è relativa alle indicazioni obbligatorie ("*données obligatoires*"), quali la manifestazione della volontà, libera, di vedersi praticare l'eutanasia nelle condizioni fissate dalla legge, i dati personali del dichiarante e dei testimoni, il numero del registro nazionale; un'altra parte contiene i dati facoltativi ("*données facultatives*"), quali l'indicazione di una o più persone di fiducia che potranno essere associate alla procedura e che potranno avere un ruolo di rilievo per confermare l'esistenza della dichiarazione anticipata. La revisione (per esempio la modifica di un nominativo in precedenza indicato come persona di fiducia) e la revoca dell'atto in questione non sono soggette ad alcuna formalità; di conseguenza, queste potranno essere effettuate anche verbalmente.

La legislazione belga non prevede alcuna forma di pubblicità per la dichiarazione anticipata eventualmente redatta. Il compito di rendere nota la propria volontà spetta allo stesso disponente, anche attraverso l'intermediazione di persone di fiducia cui è consegnata una copia della dichiarazione; al dichiarante è altresì raccomandato di informare il proprio medico curante. Ad ogni modo, con l'*Arrêté royal* del 27 aprile 2007, è consentito ad ogni cittadino di far recarsi presso l'amministrazione comunale del domicilio di pertinenza per far registrare una dichiarazione anticipata di eutanasia, attraverso una procedura *ad hoc*, nel pieno rispetto della riservatezza.

Come nel caso della legislazione olandese, anche in Belgio, la dichiarazione di volontà di eutanasia del paziente non implica che il medico sia costretto ad accogliere tale richiesta. In base all'art. 14 della legge in esame, infatti, la domanda e la dichiarazione anticipata di volontà previste negli articoli 3 e 4 della presente legge non hanno valore cogente. Nessun medico è tenuto a praticare l'eutanasia; nel caso in cui il suo rifiuto sia giustificato da una ragione medica, questa deve essere inserita nella documentazione sanitaria del paziente. Il medico che rifiuta di dar seguito ad una richiesta di eutanasia è tenuto, a domanda del paziente o della persona di fiducia, a comunicare il dossier del paziente al medico designato da questi o dalla persona di fiducia.

3. *La veste formale delle direttive anticipate di trattamento*

Le proposte di regolazione delle direttive anticipate attualmente pendenti nel nostro ordinamento sembrano orientarsi verso la formalizzazione per iscritto delle dichiarazioni di volontà inerenti i futuri trattamenti sanitari. Fermo tale aspetto, non vi è, però, convergenza sulle modalità pratiche della sua attuazione. Accanto, infatti, alla scelta di dare rilievo a qualsivoglia documento scritto redatto dal soggetto interessato (art. 3, d.d.l. n. 10, già citato), si richiede, talvolta, che la dichiarazione di volontà sia espressa in un atto pubblico notarile (art. 13, d.d.l., n. 51, di iniziativa del sen. Tomassini, "disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario"). Non mancano, poi, proposte legislative orientate a ritenere valide entrambe le modalità formali appena indicate (v. l'art. 6, d.d.l. n. 972, di iniziativa del sen. Veronesi, "disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di volontà").

Un'analogia divergenza di soluzioni si riscontra nelle scelte invalse nella prassi di altri ordinamenti stranieri, dove, infatti, le *advance directives* hanno già ricevuto una compiuta disciplina a livello normativo. Accanto a quei sistemi che contengono poche indicazioni sulla forma del testamento biologico, in altri ordinamenti si registrano puntuali specificazioni. Si pensi, da un lato, alla legislazione olandese e spagnola e, dall'altro, ai recenti interventi normativi che hanno interessato l'ordinamento francese e quello austriaco. Nello specifico, in Olanda, diversamente da quanto accade per la richiesta anticipata di eutanasia (v. *supra*, § 2.2.), per la stesura delle indicazioni "negative" di trattamento riconosciute nel WGBO, non sono richiesti particolari requisiti formali; l'art. 450, comma 3, WGBO, infatti, precisa soltanto che tale dichiarazione di volontà deve essere redatta per iscritto e che deve essere certa l'identità del

disponente, il quale deve avere compiuto i 16 anni ed essere pienamente capace al momento della redazione dell'atto.

In Spagna, l'art. 11 della legge 14 novembre 2002, n. 41, per parte sua, si limita a richiedere che le *instrucciones previas* siano redatte per iscritto da un soggetto che abbia aggiunto la maggiore età e sia pienamente capace. Ogni Comunità autonoma ha regole proprie, per cui è a queste che bisogna fare riferimento per la validità delle "istruzioni preventive"²¹. Al riguardo, comunque, degna di rilievo è la previsione dell'ultimo comma della norma in esame, ove, infatti, si stabilisce che, per assicurare l'efficacia su tutto il territorio nazionale delle dichiarazioni di volontà in precedenza espresse dai pazienti e formalizzate secondo le indicazioni date dalla legislazione delle rispettive Comunità autonome, dovrà istituirsi presso il Ministero della Sanità e del Consumo un apposito Registro nazionale; ciò, di fatto, è avvenuto con il *Real decreto* del 2 febbraio 2007, n. 124 (*Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal*).

Quanto all'ordinamento francese, le *directives anticipées* relative alla limitazione o alla sospensione di determinati trattamenti sanitari, previste dall'art. L. 1111-11 del *Code de la santé publique*, hanno un'efficacia temporalmente limitata; esse, infatti, rilevano soltanto quando siano state redatte a distanza di meno di tre anni dalla perdita di coscienza del soggetto stesso. Il decreto 6 febbraio 2006, n. 119 ha dettato le disposizioni regolamentari attinenti alle dichiarazioni preventive, inserendo, in particolare, gli articoli da R. 1111-17 a R. 1111-20 nella parte regolamentare del *Code de la santé publique*. Ai fini della validità delle direttive anticipate è richiesta, dunque, la forma scritta del documento che le contiene, il quale deve essere altresì datato e firmato dall'autore (art. R. 1111-17); se questi, pur essendo in condizione di esprimere la propria volontà, si trova, tuttavia, nell'impossibilità di scrivere e firmare, due testimoni – uno dei quali deve essere il fiduciario eventualmente designato – attestano che il documento redatto è espressione della sua volontà libera e consapevole. Le direttive anticipate possono essere modificate secondo le modalità summenzionate oppure essere revocate in qualunque momento senza formalità (art. R. 1111-18). La durata triennale può essere rinnovata con semplice decisione di conferma firmata dall'autore sul documento originario (o, in caso di impossibilità del medesimo, attestata secondo la procedura sopra ricordata

²¹ Per una disamina v. E. STEFANINI, *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 697 ss.

ex art. R. 111-17). Ogni modifica delle direttive vale come conferma delle stesse; di conseguenza, da queste decorre un nuovo termine di tre anni. Ad ogni modo, quando le direttive sono state stabilite nel triennio anteriore allo stato di incoscienza della persona oppure il giorno in cui la persona non è più in grado di procedere alla rinnovazione, le stesse rimangono valide quale che sia il momento in cui siano ulteriormente prese in considerazione. Le direttive anticipate devono essere conservate secondo modalità che le rendano agevolmente accessibili al medico chiamato ad assumere la decisione di limitazione o sospensione di trattamento secondo la procedura collegiale prevista (art. R. 1111-19); a tal fine, esse sono inserite nella scheda del medico curante o di un altro medico scelto dal paziente o, nel caso di degenza in ospedale, nella cartella clinica. In alternativa, tali documenti possono limitarsi a far riferimento all'esistenza delle direttive anticipate (e alla persona che ne è in possesso), nel caso in cui il soggetto preferisca tenerle presso di sé oppure presso il fiduciario eventualmente designato o, in mancanza di questi, presso un familiare.

Nell'ordinamento austriaco, perché la volontà del paziente possa esplicare efficacia vincolante, il § 3 PatVG richiede che questa venga espressa personalmente da un soggetto pienamente capace e in situazione di compiuta informazione medico-clinica. La formazione del testamento biologico, in particolare, è ricollegata alla determinazione libera e ben ponderata del paziente, il quale, pertanto, deve essere stato previamente edotto della natura e delle conseguenze del testamento biologico sul trattamento medico. Per rendere effettivo tale obbligo informativo, la legge federale austriaca richiede una partecipazione attiva del medico, la quale dovrà essere documentata. La circostanza appena riferita implica che il medico che svolge il compito informativo indicherà per iscritto il soddisfacimento dell'incombenza sullo stesso gravante, dando altresì conferma della capacità di comprensione e di giudizio del paziente, nonché enunciando le ragioni per cui il paziente valuta in modo adeguato le conseguenze del testamento biologico (§ 5 PatVG).

Ai fini della validità del testamento biologico si richiede parimenti che la data dell'atto scritto sia apposta alla presenza di un avvocato, di un notaio o di un rappresentante dei pazienti che abbia una preparazione giuridica, come definito dal § 11e della legge n. 1/1957 di disciplina degli ospedali e delle istituzioni sanitarie (*Kranken- und Kuranstaltengesetz*); tali soggetti dovranno altresì attestare, con la personale sottoscrizione del documento, che il paziente sia stato informato circa le conseguenze dell'atto, oltre che della possibilità di revocarlo in ogni tempo (§ 6 PatVG). La formalità richiesta si spiega in ragione del fatto che, in Austria, il testamento biologico così redatto perde rilevanza se

sono decorsi cinque anni dalla sua formazione, a meno che il paziente non abbia stabilito una scadenza anteriore. Nel rispetto dei requisiti formali in precedenza indicati, il testamento biologico può essere comunque rinnovato oppure emendato; a partire da tale data inizia, dunque, a decorrere un nuovo periodo di cinque anni (§ 7, comma 1 e 2, PatVG). Alla situazione appena descritta, fa eccezione l'ipotesi indicata nell'ultimo comma della disposizione in esame. Se, infatti, il paziente non è più in grado di rinnovare il testamento biologico "per via di una incapacità di capire, giudicare o esprimersi", questo non perderà il suo carattere vincolante finché perdura tale condizione (§ 7, comma 3, PatVG). Il testamento biologico, in ogni caso, perde la sua validità in caso di revoca o se il paziente indica che non è più valido (§ 10, comma 2, PatVG).

Come specificato nella normativa austriaca in esame, sia il medico curante che quello tenuto ad informare il paziente delle conseguenze dell'atto dispositivo, devono inserire il testamento biologico nella cartella clinica o, se si tratta di un atto formato al di fuori dell'ospedale, nell'anamnesi (§ 14, comma 1, PatVG). Il § 15 PatVG prevede "sanzioni amministrative per la protezione contro un uso distorto"; infatti, chiunque condizioni l'accesso al trattamento, alle cure infermieristiche o l'accesso ad istituzioni di cura, al fatto che vi sia o meno un testamento biologico, commette un'infrazione amministrativa, nella misura in cui questa azione non sia passibile di una pena imposta in via giurisdizionale e sarà passibile di una multa fino a venticinquemila euro, e in caso di recidiva, fino a cinquantamila euro.

La forma prescelta per attribuire rilevanza alle dichiarazioni anticipate di trattamento – *va da sé* – si riflette anche sul piano probatorio, di fatto semplificandolo. La legge federale austriaca, comunque, tiene conto anche della sorte di quelle situazioni in cui la volontà del soggetto è stata espressa con modalità diverse da quelle indicate o, addirittura, prima dell'entrata in vigore della legge in esame. Sotto il primo profilo, ad acquistare rilievo, per espressa previsione normativa, non è soltanto il testamento biologico che risulti rispettoso dei requisiti anzidetti e che, come tale, ha quindi efficacia vincolante (*verbindliche Patientenverfügung*), ma anche la forma del testamento non vincolante (*beachtliche Patientenverfügung*). Infatti, se non sono rispettate le condizioni poc'anzi elencate, le dichiarazioni anticipate possono comunque essere prese in considerazione ai fini dell'accertamento della volontà del paziente (§§ 8 e 9 PatVG). In relazione al secondo profilo, invece, il § 18 PatVG stabilisce, nell'inciso finale, che i testamenti biologici già formati alla data di entrata in vigore della legge federale, saranno valutati nei riguardi della loro efficacia secondo la medesima legge.

Nel testo legislativo austriaco non compare alcun riferimento riguardo l'età del disponente, per cui è da ritenere che disposizioni di questo tipo possano essere effettuate anche da un minore. Sembra avvalorare tale conclusione, da un lato, il riferimento contenuto nell'inciso finale del § 3 PatVG, che fa leva unicamente sulla "capacità di comprensione e di giudizio" del paziente ("*ein-sichts- und urteilsfähig*") quando pone in essere un testamento biologico, dall'altro, la precisazione, contenuta nel secondo comma del paragrafo precedente, secondo cui, ai fini dell'applicazione della legge federale di cui si tratta, il "paziente" è da identificarsi con ogni persona ("*Person*") che redige un testamento biologico, a prescindere dal suo stato di salute al tempo della redazione del testamento biologico.

Forme rigorose sono richieste nelle ipotesi in cui il rifiuto espresso anticipatamente dal paziente riguardi trattamenti "salva-vita". L'art. 22, comma 1, dell'*Health Care Act* ungherese del 1997, infatti, richiede che la volontà così determinata sia espressa da una persona pienamente capace con un documento pubblico, costituito davanti ad un notaio. Le dichiarazioni anticipate, inoltre, saranno valide se un qualificato psichiatra ha confermato per iscritto che la persona ha reso la decisione nella piena consapevolezza delle sue conseguenze. L'attestazione del medico non deve essere stata rilasciata da più di un mese; la dichiarazione di volontà deve essere rinnovata ogni due anni, nel rispetto delle condizioni indicate.

4. *Il ruolo del fiduciario nell'attuazione della volontà del disponente*

Posto che nel testamento biologico non si può prevedere tutto, anche perché le determinazioni fatte in un preciso momento sono destinate ad operare in un momento successivo, spesso distante nel tempo, ben può accadere che si manifesti una sproporzione tra ciò che in precedenza il soggetto ha disposto e la situazione concreta che si viene a verificare. Si pensi, in particolare, al mutare della situazione clinica del paziente e ai progressi tecnici della medicina e della farmacologia, eventualmente avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni di volontà o verosimilmente ignorate dal soggetto. Se, dunque, in taluni ordinamenti, si ricollega a tali ipotesi l'invalidità delle direttive anticipate (così in Austria, il § 10, comma 1, PatVG), in altri sistemi, per fronteggiare simili evenienze, si ammette che, preventivamente, possa essere nominato un "fiduciario" appositamente incaricato di attuare la volontà del disponente nella situazione concreta.

Nel sistema francese, in particolare, è prevista la possibilità per i maggio-

renni di indicare una *personne de confiance* che può essere un familiare, una persona a lui vicina o lo stesso medico curante, da consultare nel caso in cui egli non sia più in grado di esprimere la propria volontà e di ricevere le informazioni necessarie a tal fine (art. L. 1111-6 *Code de la santé publique*); la legge 22 aprile 2005, n. 370 precisa che tale soggetto possa essere consultato nella decisione inerente un determinato trattamento sanitario. Al momento di ogni ricovero in un istituto sanitario, il paziente viene invitato a nominare un fiduciario in base alle predette condizioni, e tale designazione rimane valida (salvo che il malato disponga diversamente) per il periodo della degenza. La nomina deve essere fatta per iscritto ed è sempre revocabile. Le disposizioni sulla figura del fiduciario non si applicano in presenza di una misura di tutela; peraltro, il giudice tutelare può sia confermare l'incarico del fiduciario, nominato prima dell'adozione di tale istituto, sia revocare il medesimo. Nell'ipotesi in cui il disponente non sia più capace di esprimere la propria volontà e si trovi in fase avanzata o terminale di una malattia grave e incurabile, il parere espresso dal fiduciario eventualmente nominato, salvo casi di urgenza o di impossibilità, prevale su ogni altro parere non medico, tranne che sulle direttive anticipate (art. L. 1111-12 *Code de la santé publique*).

Parimenti, in Olanda, tra le direttive anticipate è ammessa anche la nomina di un *proxy decision-maker*, ovvero di un rappresentante per decidere sulle cure sanitarie (art. 465, comma 3, WGBO). Anche in questo caso, come nella legislazione francese, il parere del rappresentante prevale su quello degli altri familiari dell'interessato, con la sola esclusione delle situazioni in cui risulti giudizialmente nominato un tutore. Così come previsto dal WGBO, tuttavia, se non vi è stata alcuna nomina, il medico ha il dovere di considerare come *proxy decision-maker* il partner e, in sua mancanza, ovvero nei casi in cui egli sia inabile o incapace, uno dei familiari.

In Ungheria, l'art. 22, comma 2, dell'*Health Care Act del 1997* prevede che ogni soggetto interessato pienamente capace possa indicare in una dichiarazione anticipata, redatta nella forma di un atto pubblico, il nome della persona che sarà legittimata a esercitare, in sua vece, il diritto di rifiutare determinati trattamenti medici, compresi quelli "salva-vita" o di mero prolungamento dell'esistenza biologica. Nel caso in cui tale diritto venga effettivamente esercitato dal "fiduciario", la sua decisione sarà vagliata da una commissione composta da tre medici, la quale dovrà attestare la sussistenza delle condizioni indicate dalla legge e che la decisione è stata presa con piena consapevolezza delle conseguenze (art. 22, comma 4).

Una disposizione analoga si riscontra anche nel Regno Unito, dove, infatti,

nel 2005, è entrato in vigore il *Mental Capacity Act*, il quale consente di ricorrere alle c.d. “*advance decisions*” per rifiutare specifici trattamenti sanitari²². Perché tali indicazioni possano trovare applicazione, esse devono essere formulate per iscritto da soggetti che hanno compiuto 18 anni e che sono pienamente capaci, alla presenza di un testimone (art. 24 e 25). La legge prevede anche il *lasting power of attorney* (procura persistente), con cui si conferisce ad un rappresentante il potere di assumere decisioni che possono riguardare sia la sfera personale (tra cui anche il consenso o meno alle visite mediche e al trattamento medico in nome dell’interessato) che patrimoniale del soggetto (art. 9).

Rispetto alla situazione ungherese ed inglese, diversa è la disciplina che trova applicazione in Spagna (art. 11, legge n. 41/2002); in questo caso, infatti, il rappresentante nominato non è chiamato ad esprimere la volontà al posto del paziente interessato, ma, semplicemente, una volta verificatesi le circostanze previste, ad operare come suo interlocutore nel rapporto con il medico o con l’*équipe* sanitaria per assicurare l’ottemperanza delle proprie dichiarazioni di volontà anticipatamente espresse. Analogamente accade in Belgio; con la richiesta anticipata di eutanasia, infatti, è possibile designare una o più persone di fiducia maggiorenni, indicate per ordine di preferenza, che mettano il medico al corrente della volontà del paziente. L’obiettivo, dunque, non è quello per cui la persona di fiducia prende delle decisioni al posto del richiedente durante il periodo in cui questi è incapace di esprimere la sua volontà; il suo ruolo consiste, semplicemente, nell’informare il medico, per esempio, dell’eventuale esistenza di direttive anticipate.

La nomina di un fiduciario trova da tempo applicazione negli Stati Uniti. Il 5 novembre 1990, sulla scorta del noto caso *Cruzan*, in particolare, il Congresso ha approvato il “*Patient self-determination Act*” (PSDA), entrato in vigore il 1° dicembre 1991. Sulla base di tale legge federale viene riconosciuto ai soggetti che hanno compiuto 18 anni la possibilità di accettare o rifiutare i trattamenti medici e di formulare dichiarazioni anticipate di volontà (*living will*), in base alla specifica normativa statale, eventualmente anche nominando un’altra persona come rappresentante (*durable power of attorney*), incaricandola di assumere le decisioni in merito all’assistenza ed alla cura. Negli Stati Uniti, dunque, il paziente cosciente e capace può rifiutare i trattamenti anche se di

²² *Amplius*, v. N. GREANEY, F. MORRIS, B. TAYLOR, *Mental capacity Act. A guide to the new law*, London, 2005, in particolare p. 30 ss. e 71 ss.

sostegno vitale; nutrizione e idratazione, in particolare, sono considerati trattamenti sanitari, non mezzi per il mantenimento della vita. Per quanto riguarda il paziente non più cosciente, va rispettato il suo rifiuto di terapie se espresso e documentato in condizioni di capacità; se il paziente non più cosciente non ha espresso, in condizioni di capacità, una propria volontà sulle cure, la decisione sulle scelte terapeutiche sarà presa da un “fiduciario” (*substituted judgement*), di solito un familiare. In materia opera comunque il principio generale secondo cui si deve, in ogni caso, tenere conto della “migliore soluzione nell’interesse del paziente” (*best interest of the patient*) per cui si potrà procedere all’interruzione delle cure se le sofferenze derivanti dall’applicazione di trattamenti artificiali non solo superano i possibili benefici a lui derivanti dalla prosecuzione della vita, ma rendono la stessa sostanzialmente disumana.

prof. Dr. Dr. h.c. HANS-HEINER KÜHNE
Università di Trier e di Westminster

LA STRUMENTALIZZAZIONE DELLA VERITÀ E DELLA SUA RICERCA NEL PROCESSO PENALE^(*)

SOMMARIO: I. Il concetto di verità giuridico-processuale. – II. Le limitazioni poste dalla legge nella ricerca della verità materiale. - 1. I procedimenti, formalmente o informalmente, semplificati. - 2. La generale pretesa di accelerazione dei procedimenti. - 3. Il buon funzionamento della giustizia penale (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*). – III. Restrizioni giudiziali e psicologiche nell'accertamento della verità. – IV. Conclusione riassuntiva. – V. Prospettive.

La ricerca della verità è generalmente considerata il punto centrale del diritto processuale penale. Tuttavia, nella realtà, essa gioca un ruolo fondamentale solo in un numero esiguo di casi. Il fenomeno trova una spiegazione non tanto nei limiti giuridici imposti all'attività probatoria, quanto piuttosto in soluzioni pragmatiche o in leali intese fra giudici e pubblici ministeri con esclusione della difesa. Il grande divario tra teoria e pratica forense nell'accertamento della verità rende necessaria una profonda revisione del diritto probatorio.

I. *Il concetto di verità giuridico-processuale*

Va anzitutto chiarito cosa si intende qui per ricerca della verità. Il processo penale si interessa soltanto della rappresentazione di fatti storici¹, senza pretese filosofiche o metafisiche. Ciò nondimeno la percezione di fatti storici – sempre che l'apparato percettivo funzioni a dovere – è il risultato di una sele-

* Articolo pubblicato in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2008, p. 361-374 col titolo *Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren*. La traduzione, approvata dall'Autore, è della dott.ssa Laura Patti.

¹ Questi sono definiti attraverso la descrizione degli elementi che costituiscono la fattispecie incriminatrice, anti-giuridicità, colpa e dolo e vengono tratti dalla molteplicità dei dati di fatto rilevanti per l'accertamento giuridico. L'interesse per i dati di fatto subisce dunque una limitazione grazie al filtro rappresentato dai criteri giuridici rilevanti. Sembra però esagerato voler trarre da questa ovvietà considerazioni teoriche circa il carattere selettivo della ricerca della verità, come propone KRAUß, in *Festschrift SCHAFFSTEIN*, 1975, p. 427.

zione e di un'attribuzione di significato, che rende opinabile la sussistenza di un certo accadimento o, qualora se ne affermi l'esistenza, in particolare se esso possa essere riprodotto in maniera univoca dalla percezione umana. La ricerca sulla percezione della verità, così come messa a punto di recente da *Bender e Nack*² per la pratica legale, lascia forti dubbi circa l'esattezza di una risposta affermativa (esempio: "*ho visto una donna*". Il testimone ha visto una persona di corporatura esile con capelli lunghi e una gonna. I dettagli fanno pensare a una donna, ma si sarebbe potuto trattare anche di uno scozzese, di un travestito o di qualcuno appena uscito da una festa di carnevale).

Nel migliore dei casi si tratta di un mero avvicinamento alla realtà storica pensata in maniera obiettiva³, che in un contesto processuale può anche essere chiamata verità. Questo implica un'inevitabile ambiguità. Tutto dipende quindi dalla forza definitoria di chi attribuisce significato a un evento. Questa è in definitiva e in ultima istanza, stando alla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, materia del giudizio di merito. Per le parti private del processo ciò vuol dire rendere convincente il significato delle prove esibite sulla base di un senso comune da rinnovare continuamente.

Grazie a questi sforzi è possibile giungere a risultati che non tanto corrispondono ad una costruzione della realtà storico-obiettiva, quanto, come ha sostenuto in maniera piuttosto aggressiva *Niklas Luhmann*, ad una *nuova costruzione* di realtà meramente processuale, definibile anche in termini di *decostruzione* della verità storica. Il procedimento giudiziario creerebbe una verità nuova, corrispondente alla verità storica solo idealmente, non per il suo intimo contenuto. Benché una simile eventualità non possa essere evitata nella prassi, non siamo di fronte, come invece erroneamente sostiene *Luhmann*, a conseguenze necessariamente correlate con l'essenza della procedura giudiziaria. Si tratta di inconvenienti non tanto intrinseci al *procedere* quanto piuttosto dipendenti dai naturali limiti della conoscenza umana. C'è tuttavia qualcosa di esatto nella tesi luhmaniana: lo sforzo volto a raggiungere la verità storica sfocia in un accertamento definitivo, che – salvo rare eccezioni come la revisione del giudicato – resta immune anche a fronte di una più precisa conoscenza dei fatti.

Due sono i fattori che dovrebbero garantire concretamente una maggiore

² BENDER/NACK/TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, München Beck, 3°ed., 2007.

³ Ovviamente entro i limiti degli obiettivi commisurati alle fattispecie penali, v. KÜHNE, in *Kommentar zur Strafprozessordnung Löwe-Rosenberg*, de Gruyter, Berlin-New York 2007, 26° ed., *Introduzione*, H 26.

corrispondenza tra la verità storica e quella processuale nell'ambito di un procedimento penale:

- un'assunzione delle prove rispettosa del contraddittorio e tale da rendere ottimale la comunicazione fra le parti del processo, secondo le forme e le rigorose regole predisposte per l'accertamento dibattimentale (*Strengbeweisverfahren*);
- una documentazione che descriva la ricerca della verità e che sia suscettibile di verifica attraverso la motivazione della sentenza.

Il carattere triadico dell'assunzione probatoria trova riscontro nella ricerca dei fatti rilevanti da parte dei tre soggetti processuali (giudice, accusatore, difensore) su un piano di parità, con il giudice nella veste di chi è in definitiva responsabile per l'affermazione di questa realtà. Il codice di procedura penale sfrutta i diversi punti di vista del pubblico ministero e della difesa nel loro tentativo di avvicinarsi alla verità. Le accennate facoltà di lettura dei fatti processuali sono distribuite a seconda degli interessi in gioco così da offrire al giudice una maggiore possibilità, idealmente libera da interessi, di avvicinarsi alla realtà storica, alla realtà processuale, per l'appunto⁴.

Tutto questo accade nell'ambito della normativa riguardante la prova, la cui assunzione prevede le modalità di comunicazione tra i soggetti professionali (giudice, accusatore, difensore) oltre che tra essi e l'imputato. Queste norme che disciplinano la prova dibattimentale (*Strengbeweisverfahren*), garantiscono formalmente la comunicazione durante il processo ottimizzandone lo svolgimento⁵. La tendenza del giudice di legittimità – sulla quale tornerò fra poco – di correggere gli *errores in procedendo* incorsi nel dibattimento sulla base di un accertamento non rispettoso del contraddittorio (*Freibeweisverfahren*) attinge perciò al cuore della ricerca processuale della verità.

Lo sforzo volto ad accertare la realtà storica viene documentato nei motivi

⁴ Altra questione è se le modalità comunicative siano regolate dalla procedura penale in maniera ottimale. Il problema è stato oggetto di discussione negli anni settanta, soprattutto da parte dei sociologi, che hanno parlato di “comunicazione sistematicamente contorta” (ROTTLEUTHNER, *Soziologie richterlichen Handelns* [II], in *Kritische Justiz*, 1971, 72) oppure di “comunicazione superflualmente sbilanciata con riguardo a un discorso auspicabilmente privo di dominio” (HABERMAS, principalmente in: *Theorie der Gesellschaft* [con LUHMANN] 1971, ad esempio, p. 137 ss).

⁵ Per una più approfondita analisi del tema si rinvia a KÜHNE, *Strafverfahrensrecht als Kommunikationsproblem: prolegomena einer strafverfahrensrechtlichen Kommunikationstheorie*, Heidelberg, Kriminalistik-Verlag, 1978.

della sentenza. La verità dei fatti, ricostruita durante il procedimento, è per così dire trasformata in un intreccio di constatazioni e valutazioni, sì da essere elevata su un piano meta-giuridico. La verità non viene poi cercata nuovamente nel controllo di legittimità della sentenza di merito; più modestamente, a questo livello, ci si limita a verificare che la *verità processuale sia il prodotto di attività conformi alle regole*. Questo porta ad un concetto di *verità* essenzialmente *formale*, valido per il solo ricorso di legittimità quale istanza di controllo dell'accertamento condotto nel processo di merito. Quest'ultimo si caratterizza principalmente per la doverosa e coerente sistemazione degli argomenti tratti da prove regolarmente assunte sulle quali si fonda il contenuto della sentenza⁶.

A prima vista questo concetto di verità formale permette e al contempo conferma la differenza tra verifica del giudice di legittimità e assunzione delle prove da parte dei giudici di merito. Solitamente questo viene spiegato col dire che il giudice di legittimità dovrebbe limitarsi a un esame formale circa la correttezza del provvedimento impugnato. Ma la distinzione è ingannevole, perché insuscettibile di effettiva implementazione.

Mentre l'assenza di contraddizioni nella sentenza può essere soggetta a un esame fondato su un criterio obiettivo, capace di fungere da presupposto generale e necessario per ogni decisione che abbia la pretesa di essere corretta, lo stesso non si può dire per le parti normative della motivazione: se si possa credere ad una testimonianza molto dettagliata, se il movente sia stata una gelosia comprovata, se dalla proprietà dell'arma del delitto si possano trarre conclusioni circa l'uso della stessa da parte del proprietario, etc., sono questioni che implicano valutazioni soggettive, per loro natura diverse a seconda di chi le fa e refrattarie a qualsiasi uniformazione obiettiva. Qui subentra il controllo di legittimità della verità formale che si sostituisce alla valutazione dei fatti operata dal giudice di merito, come qualche volta emerge chiaramente nelle sentenze del *Bundesgerichtshof*⁷.

⁶ *Decisioni del Bundesverfassungsgericht*, vol. 55, p. 206 e WAGNER, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1994, p. 272 e ss. Per il resto *Bundesgerichtshof*, in *Strafverteidiger* 2000, p. 243; p. 600; e *ivi*, 2001, p. 551; cfr. anche *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1990, p. 448 e *ivi*, 2001, p. 161. Per ulteriori informazioni al riguardo v. KÜHNE, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafrechts* Heidelberg, Müller 2007, 7.ed., nr. a margine 2001.

⁷ Così si esprime, ad esempio, il *Bundesgerichtshof* cassando un'assoluzione pronunciata dal giudice di merito: proprio per la quantità e la completezza delle circostanze a carico dell'imputato, appare possibile che il tribunale sarebbe giunto a una condanna, se avesse deciso sulla scorta di una complessiva visione dei fatti. *Der Spiegel*, 51/2007, p. 62.

Considerazioni analoghe valgono per la definizione e la determinazione del contenuto delle norme da applicare. Anche qui, notoriamente, la sussunzione giuridica, lungi dall'essere un atto di semplice deduzione, è in realtà il risultato di un'assegnazione normativa in forma di argomentazione deduttiva. Di conseguenza, in questo ambito si affida alla gerarchia la decisione circa la validità giuridica delle singole argomentazioni. Così, di regola, la verità storica viene definita nuovamente, oppure vengono formulate nuove condizioni per un nuovo giudizio di merito, il cui esito è peraltro pregiudicato dalla decisione di legittimità.

Possiamo pertanto fissare i seguenti punti:

- Il processo penale tende a una ricostruzione della verità storica che, per la relatività della percezione sensoriale, può talvolta portare ad una costante de-costruzione.
- Garanzia fondamentale per la maggiore aderenza tra verità storica e verità processuale è il rispetto delle regole probatorie previste per il dibattimento penale (*Strengbeweisverfahren*), che, nemmeno nel giudizio di legittimità, possono essere sostituite dalle più permissive regole previste per l'accertamento di fatti processuali (*Freibeweisverfahren*).
- Mentre il giudice di merito deve occuparsi della verità materiale, compito del giudice di legittimità è verificare la correttezza della procedura seguita per produrre questa verità, col risultato di spostare l'accento su una verità per così dire formale.
- In taluni settori importanti, tuttavia, margini di libertà normativa permettono al giudice di legittimità di intervenire sul convincimento del giudice di merito, col che si assottiglia la differenza tra verità materiale e verità formale.

II. Le limitazioni poste dalla legge nella ricerca della verità materiale

Sarebbe però errato ritenere che il processo penale serva esclusivamente alla ricerca della così descritta verità processuale. Anzitutto vanno ricordati i divieti probatori che esigono il loro tributo in termini di formalismo processuale. La bella espressione usata dal *Bundesgerichtshof*, secondo la quale l'accertamento della verità non può esser perseguito ad ogni costo⁸, illustra bene il punto, sul quale non conviene indugiare oltre. Merita tuttavia sottolineare come la corrente di pensiero dominante nella giurisprudenza tedesca sia sempre

⁸ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 16, p. 365.

meno incline ad accettare simili civilissime limitazioni nell'accertamento della verità⁹ e sempre meno disposta a riconoscere che dal divieto di prova scaturisca un divieto di utilizzazione della prova stessa.

Con decisione vediamo evocare l'argomento dell'efficienza processuale per trarne conclusioni circa il tipo e la portata dei limiti da rispettare nel ricercare la verità. Dal punto di vista processuale, l'argomento in questione rileva su tre distinti piani, dove la ricerca della verità subisce limitazioni talvolta nascoste. Mi riferisco precisamente

- ai procedimenti formalmente o informalmente semplificati;
- alla generale esigenza di accelerare il corso dei procedimenti;
- alla pretesa di far funzionare al meglio la giustizia penale (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*).

1. I procedimenti, formalmente o informalmente, semplificati

In Germania, come nella maggior parte degli altri paesi dell'Unione Europea, il processo celebrato nella sua completezza è, statisticamente parlando, una rarità¹⁰. La legge processuale prevede soluzioni semplificate come il procedimento per decreto (§§ 407 ss. *StPO*) e il procedimento a citazione diretta (§§ 417 ss. *StPO*). Forme di *diversion* sono rese possibili dall'attuazione del principio di opportunità nei §§ 153 ss. *StPO*, da tempo divenute regola da eccezioni che erano¹¹. Modelli di semplificazione formalizzati, ancorché disciplinati dalla legge, si riscontrano nei patteggiamenti (*Absprachen*), apertamente tollerati dalla giurisprudenza delle corti superiori (*Bundesverfassungsgericht* e *Bundesgerichtshof*). Al di sotto di questo livello e affini per contenuto all'accennato patteggiamento, ritroviamo le c.d. cooperazioni fra imputato e giudice, vale a dire la disponibilità del primo a facilitare il compito del secondo confessando (anche parzialmente) il fatto in cambio di una considerevole riduzione della pena.

⁹ È dovuta intervenire, contro la Germania, la Corte di Strasburgo, per porre fine all'indegna pratica consistente nella somministrazione di preparati vomitivi per il recupero di ovuli di droga. Si veda la sentenza dell'11 luglio 2006, *Jalloh vs Germania*; va qui menzionato anche l'insufficiente recepimento da parte della Corte Suprema tedesca della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di agente provocatore, rientra nel quadro. Si veda, al riguardo, la sentenza del 9 giugno 1998, *Teixeiras vs Portogallo*.

¹⁰ Sulla situazione in Europa, dettagliatamente KÜHNE, in *Kommentar*, cit., G 32 ss.

¹¹ V. per esempio i dati di HEINZ, *Festschrift* GÜNTHER KAISER, 1998, S.85, secondo il quale almeno un terzo di tutte le fattispecie teoricamente imputabili, vengono impostate sui §§ 153 ss. *StPO*.

In tutte queste varianti la lotta per la verità viene sostituita da una trattativa sulla verità. Le regole per questa trattativa sono dettate rispettivamente dall'interesse della giustizia di smaltire il carico di lavoro e dall'interesse dell'imputato di minimizzare il rischio di provvedimenti sfavorevoli.

Il conflitto con il principio, in teoria illimitato, di una ricerca del vero conforme al diritto probatorio viene tematizzato solo in apparenza, col ripetere che in nessun caso l'accertamento dei fatti debba soffrirne. *Come* ciò dovrebbe esser possibile, con l'alterazione delle procedure, non viene però detto. Viene così tacitamente introdotto un *nuovo paradigma*. *Esso si risolve nell'assunto che esiste una certa tipologia di casi in cui le regole in tema di accertamento probatorio, così come previste dalla StPO, sono superflue, se non addirittura dannose, e, pertanto non vanno applicate.*

A una simile conclusione si perviene molto semplicemente innanzitutto col seguente ragionamento *a contrario*. Se il diritto probatorio fosse applicabile senza limitazione in tutti i casi, non ci sarebbe bisogno dei procedimenti semplificati, né di quelli previsti dalla legge, né di quelli forgiati dalla prassi. Se si applicasse questo diritto in modo flessibile si potrebbe, infatti, renderlo adatto a ogni mutevole combinazione di fatti. Ma proprio questo non si fa, preferendo invece affidarsi alle diverse forme di semplificazione procedurale per mettere fuori gioco – anche solo in parte – le regole in tema di prova. Sembra unanime il consenso sull'insufficienza del diritto probatorio, che, per la sua complessità, costituisce spesso fattore di disturbo. Al contempo, il *Bundesgerichtshof* continua ad affermare che la scoperta della verità non deve subire pregiudizi¹². Ma non si spiega come sia possibile mantenere questa completezza nell'accertamento della verità, quando si disattivano in tutto o in parte le regole probatorie.

Ci si affida all'esperienza. È “il semplice fatto evidente” che fa apparire superflue ulteriori domande. Qualunque pratico pretende di riconoscere queste fattispecie semplici. Sarà anche – pur nell'impossibilità di fornirne prova statistica – che la maggior parte dei casi risultano strutturati in maniera semplice, sì da rendere superfluo un accertamento esteso e complesso. Tuttavia, ciò implica un rischio per la verità: quando la chiarezza regna sulla semplicità del fatto da provare, non c'è spazio per altre domande. Se la semplificazione delle procedure consiste nel rendere irrilevanti ulteriori domande, bisogna ammettere che viene meno la stessa possibilità di riconoscere e correggere l'eventua-

¹² Si vedano, per esempio, le decisioni pubblicate in *Strafverteidiger*, 2004, p. 470 e *ivi*, 2005, p. 312.

le erroneità, a discapito della chiarezza, di una simile supposizione nel caso singolo.

Certo si potrebbe obiettare che le parti del processo sono pur sempre libere di affidarsi alle situazioni di evidenza destinate a sfociare in codeste procedure semplificate. Ciascuna di esse, se vedesse pregiudicato l'accertamento dei fatti, potrebbe pretendere un processo con le migliori garanzie di verità. Si tratta di argomento che, valutato dal punto di vista processuale penale, appare certamente sbagliato per due ragioni. Da un lato esso omette di considerare che, in ambito penale, l'oggetto dell'accertamento sfugge alla disponibilità delle parti. Un accordo volto a interrompere l'accertamento dei fatti, sul presupposto di una loro asserita semplicità o evidenza, non può né pertanto deve essere concluso, dal momento che qui il giudice sarebbe tenuto a intervenire d'ufficio. Noi tutti sappiamo però che, ragioni di efficienza, sulle quali fra un po' si tornerà, impediscono che ciò accada; anzi, sovente è il giudice stesso a insistere per la procedura semplificata.

Dall'altro lato, l'argomento poco fa illustrato dimentica che la teorica facoltà di esigere un accertamento pieno della verità, soprattutto per la difesa, nella pratica non sussiste. Il timore di perdere il *favor judicis* e/o di danneggiare il proprio assistito con una simile richiesta¹³, porterà spesso a prestare il consenso per un accertamento incompleto, magari favorevole ai comprensibili interessi dell'assistito, ma non all'accertamento della verità. Tutto ciò, quanto meno in teoria, è estraneo al nostro diritto processuale penale!

È dunque possibile ribadire, a ragion veduta, quanto asserito in precedenza, vale a dire che nelle procedure semplificate la verità viene, quanto meno potenzialmente, fatta oggetto di trattativa.

2. La generale pretesa di accelerazione dei procedimenti

Il principio di ragionevole durata del processo che trova attuazione in alcune disposizioni della *StPO*¹⁴, è previsto a chiare lettere dal § 6 I della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ed è stato ripetutamente applicato nella

¹³ Per la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* favorevole alla c.d. forbice sanzionatoria v. le decisioni pubblicate in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2004, p. 577 e *ivi*, 2008, p.170 dove si vede come, nelle varie fasi del processo di merito, l'imputato venga trattato piuttosto sgarbatamente quando non confessa. Bisogna dare atto al *Bundesgerichtshof* di essersi lodevolmente opposto ad una simile prassi.

¹⁴ V. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., Numero a margine 268 s.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sarebbe però un grossolano errore pensare che il principio in questione possa essere invocato per influenzare negativamente l'accertamento dei fatti. Dalla giurisprudenza della Corte europea risulta evidente che il principio di ragionevole durata è violato solo quando la giustizia resti inerte o quando non proceda con la dovuta celerità, secondo le regole dell'ordinamento interno¹⁵. Durate apparentemente eccessive, dovute a difficoltà riguardanti le situazioni di fatto o di diritto sono sempre state considerate come conformi alla Convenzione¹⁶. Lo stesso vale per i ritardi provocati dall'attività difensiva¹⁷.

Non è certo da escludere che ritardi provocati da impugnazioni che hanno propiziato un'erronea applicazione del diritto possano essere visti come lesivi del citato art. 6 I. Proprio questo è il timore, non del tutto ingiustificato, che affiora in una sentenza emessa nel 2007 dai *Große Senate del Bundesgerichtshof*¹⁸. La conclusione che se ne trae, di non censurare la violazione in omaggio al principio di ragionevole durata del processo, è tuttavia avventurosa. Se gli insuccessi della giustizia comportano dilazioni della procedura, ciò che andrebbe fatto è rimuovere le cause che hanno provocato il fallimento, non nascondere gli insuccessi come la polvere sotto il tappeto.

Problemi per l'accertamento della verità sorgono solo in corrispondenza di attività illecite o processualmente illegittime o, ancora e per lo più, di inerzie dell'apparato giudiziario, capaci di provocare inammissibili dilazioni del processo. Notoriamente, in questi casi estremi, il *Bundesgerichtshof* riconosce la

¹⁵ Soprattutto la Corte europea dei diritti dell'uomo evidenzia che non può fungere da giustificazione né il sovraccarico né la disorganizzazione della giustizia; v. la sentenza del 25 gennaio 2000, *Agga vs Grecia*; e ancora la sent. 8 febbraio 2000, *Majaric vs Slovenia*. Alla giurisprudenza europea si è allineato il *Bundesverfassungsgericht*: si vedano le sentenze pubblicate in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, p. 49, nonché *ivi* 2006, p. 73 e p. 87.

¹⁶ Molto interessante, con riguardo a un processo di criminalità economica, la sentenza relativa al caso *v. Hennig vs Austria*, pubblicata in *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (wistra)* 2004, p. 177 con nota di GAEDE p.166.

¹⁷ Erroneamente allora il *Bundesgerichtshof* (*Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2466) ha fatto discendere dal principio di ragionevole durata il potere del giudice – non previsto dalla legge – di porre un termine alle parti del processo in caso richieste probatorie presentate con lo scopo di rallentare il corso del processo. Scaduto quel termine, il rigetto delle richieste di prova è motivato nella sentenza di merito, non in un apposito provvedimento. Se la legge non basta ad evitare azioni dilatorie – cosa che appare opinabile – non è il giudice a poter prendere il posto del legislatore con provvedimenti che limitano il diritto di difesa.

¹⁸ *Große Senate del Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 2419 e p. 2422.

sussistenza di un ostacolo procedurale¹⁹, tale da imporre una rinuncia ad ulteriori tentativi di accertare i fatti. Ma questa, a ben vedere, è (anche) una sanzione per l'inefficienza della giustizia²⁰, non, invece, un limite all'accertamento della verità dipendente dal principio di ragionevole durata del processo.

Se ne ricava che il principio in questione non ha efficacia negativa sulla ricerca della verità.

3. Il buon funzionamento della giustizia penale (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*)

Elevato al rango di principio costituzionale dal *Bundesverfassungsgericht*²¹ il paradigma del *buon funzionamento della giustizia penale* è stato altresì gioiosamente recepito dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*²². Varianti nominalistiche, ma non di contenuto, le riscontriamo, ad esempio, in espressioni quali “la necessità di un’efficace lotta contro il crimine” o “la necessità di accertare gravi reati”²³. Il paradigma viene principalmente utilizzato per convalidare, confermare condanne anche affette da errori processuali, o per limitare garanzie processuali, anche richiamandosi alla necessità di accertare la verità²⁴. *Hassemer* – quando ancora non era giudice costituzionale – parlava, a questo proposito, di “topos argomentativo controriformista”²⁵. Per giunta si tratta di una formula dal contenuto vago, aperta ad applicazioni arbitrarie. Il più delle volte inespressa essa nasconde un’impressione del tipo: “non si può sottrarre un colpevole alla meritata pena solo per motivi formali”. Ma con ciò si nega il carattere equo del processo penale, la sua conformità alla giustizia e ai postulati dello stato di diritto. In realtà, la giustizia penale può essere consi-

¹⁹ *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 1146. Precedentemente, in questo senso anche *Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 128.

²⁰ Naturalmente in questo modo viene tutelato anche e forse soprattutto l'imputato.

²¹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* vol. 33, p. 383.

²² Criticamente su questo punto GRÜNEWALD in *Juristenzeitung* 1976, p. 772; NIEMOELLER/SCHUPPERT in *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 1982, p. 367; RIEHLE, in *Kritische Justiz*, 1980, p. 316; RIEß, in *Strafverteidiger Forum* 2000, p. 364.

²³ V. RIEß, *loc. ult. cit.*, p. 364.

²⁴ Molto bello l'elenco di HASSEMER, in *Strafverteidiger*, 1982, p. 275.

²⁵ HASSEMER, *loc. ult. cit.* RIEß, *Strafverteidiger Forum*, cit., p. 364 e p. 365 ss ravvisa un'applicazione favorevole all'imputato di questo concetto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; in effetti il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza che si può leggere in *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 668 ha deciso in senso favorevole alla libertà, in un bilanciamento tra gli interessi dell'imputato e le esigenze di repressione penale.

derata ben funzionante quando è in grado di:

- distinguere il colpevole dall'innocente
- seguendo le previsioni della legge processuale.

La complessa struttura del processo penale non può essere concepita come un ostacolo per un efficiente accertamento della verità, nemmeno quando una delle parti processuali – senza dubbio la difesa, come si vedrà subito di seguito – è disposta a prenderla davvero sul serio. L'impressione abilmente associata al paradigma del *buon funzionamento della giustizia*, che la giustizia penale collapserebbe se un determinato diritto fosse garantito, sarà psicologicamente efficace, ma è obbiettivamente disonesta. Di nuovo *Hassemer* fa notare che, nell'esperienza tedesca, mai è stato messo in pericolo il buon funzionamento della giustizia penale, sicché sarebbe opportuno astenersi dall'usare quel *topos* argomentativo.

In definitiva, il principio costituzionale del *buon funzionamento della giustizia penale*, nella disfunzionale applicazione che oggi se ne fa, viene utilizzato dalla giurisprudenza delle Corti superiori come argomento per limitare diritti di libertà processuali, col risultato di ampliare le possibilità di ricercare la verità solo dal punto di vista di giudici e pubblici ministeri. Viene così limitata se non addirittura neutralizzata la facoltà della difesa di controllare la correttezza della procedura e di influire con propri controargomenti sul convincimento giudiziale, in fatto e in diritto.

“Il buon di funzionamento della giustizia penale” privilegia il punto di vista dei giudici e dei pubblici ministeri; al contempo, espropria la difesa di propri diritti.

III. *Restrizioni giudiziali e psicologiche nell'accertamento della verità*

Come già detto in precedenza, la percezione sensoriale di un fatto è necessariamente il risultato di una riduzione normativa, con implicazioni psicologiche. Inoltre, in relazione al contesto processuale, v'è una particolare combinazione psicologica che merita di essere menzionata. Si ha l'impressione che un assunto di fondo psicologico interferisca con la percezione dell'accadimento processuale. Questo può essere descritto come intrinseca lealtà dell'apparato giudiziario, vale a dire di giudici e pubblici ministeri, nei confronti di attori per così esterni al mondo giudiziario, vale a dire i difensori. Ciò si manifesta nella presunzione di correttezza che solitamente caratterizza il controllo giudi-

ziale sul comportamento di giudici e pubblici ministeri e negli sforzi argomentativi che vengono intrapresi per confermare quella presunzione. I difensori, per contro, vantano un minor bonus di correttezza presunta, essendo spesso costretti a giustificare le loro scelte e strategie.

Alla base di tale assunto sembra esserci l'idea che vede nei difensori altrettanti fattori di disturbo sulla via che porta al giusto risultato; risultato che sarebbe invece perseguito in maniera encomiabile da giudici e pubblici ministeri. Ne segue che gli interventi dei difensori sono guardati come ostacoli all'accertamento della verità, mentre le attività di giudici e pubblici ministeri, benché *contra legem*, sono comunque considerate ispirate all'alto fine di accertare la verità. Per questo, spesso, l'inosservanza della legge processuale è considerata una sorta di peccato veniale, una irregolarità irrilevante nel giudizio di legittimità.

È chiaro che una simile rappresentazione ignora la struttura di fondo del processo penale e il suo necessario formalismo. Giudici e pubblici ministeri negheranno quel che si è detto in precedenza. Non resta dunque che tentarne una dimostrazione attraverso un'analisi rapida ed esemplificativa della giurisprudenza.

Risulta fondamentale, al riguardo, il noto orientamento dei giudici di legittimità incline a distinguere le norme processuali in precetti in senso stretto e disposizioni meramente ordinatorie²⁶. L'inosservanza di queste ultime è ovviamente priva di sanzioni processuali. Benché si tratti di norme volte, non a caso, a proteggere la posizione dell'imputato, il difensore non può censurarne il mancato rispetto in sede di legittimità.

Segue lo stesso schema mentale l'orientamento che interpreta in senso arbitrariamente restrittivo il rapporto fra divieti di prova e divieti di utilizzazione probatoria. L'idea che l'inosservanza di un divieto così centrale nell'economia del processo come quello che pone limiti all'assunzione della prova comporti poi un divieto di utilizzare la prova stessa trovo riscontro solo negli ordinamenti processuali francese, spagnolo ed italiano²⁷. In Francia e in Italia la documentazione è esclusa dagli atti, onde evitare persino il tacito effetto che la prova vietata potrebbe avere sul convincimento del giudice²⁸.

²⁶ KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., numero a margine 1084.

²⁷ Del resto, i divieti di utilizzazione probatoria in Francia sono condizionati al rispetto di "formalità fondamentali" e in Spagna alla "violazione di diritti e libertà fondamentali", sicché v'è anche in quegli ordinamenti una certa libertà di azione, non dissimile dalla prassi tedesca che distingue fra divieto di prova e divieto di assunzione della prova.

²⁸ KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit. numeri a margine 1237, 1292.

Il costante rafforzamento dei requisiti formali imposti per l'efficacia delle impugnazioni costituisce un ulteriore, particolare ambito in cui lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha accettato l'orientamento restrittivo, al dichiarato scopo di limitare il numero dei ricorsi²⁹. Qui, evidentemente, si hanno di mira solo economie processuali ed esigenze di alleggerimento del carico giudiziario! La ricerca della verità non gioca più alcun ruolo.

A riprova del nostro assunto sta l'esigua quota di rigetti nei confronti dei ricorsi di legittimità presentati dai pubblici ministeri, come documentato nello studio empirico di *Barton*³⁰. L'assunto trova peraltro ulteriore conferma nella stessa legge processuale che, nel § 349, comma 2, attribuisce al pubblico ministero una sorta di diritto al vaglio preliminare (di manifesta infondatezza) dei ricorsi di legittimità presentati dal difensore³¹. È curioso che moltissimi rigetti, per ragioni formali, colpiscano i ricorsi di legittimità presentati dai difensori; ciò non può esser certo spiegato con una miglior preparazione tecnico-giuridica dei pubblici ministeri.

Questa tendenza si conferma nella valutazione di fondatezza del ricorso di legittimità, quando si esige che il ricorrente illustri nell'atto di impugnazione circostanze a sé sfavorevoli (*Negativtatsachen*)³². Considerato che tali circostanze sfavorevoli non possono essere previste in anticipo e fissate con criteri obiettivi³³, si aprono per il giudice di legittimità ampie possibilità di arbitrio nel rigettare i ricorsi sul presupposto di una insufficiente indicazione dei motivi da parte del ricorrente. D'altro canto, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* è unanime nel negare che l'eventuale contrasto fra atti processuali e sentenza possa costituire un valido motivo di ricorso³⁴. Affiora di nuovo la presunzione di correttezza dell'attività giudiziale, per la quale si lascia perdere l'inspiegato e l'inspiegabile, laddove la più piccola inosservanza, il più piccolo difetto di argomentazione da parte del difensore è motivo di rigetto del ricorso.

Anche nel campo della ricusazione del giudice sono evidenti gli sforzi volti

²⁹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 88, p. 118.

³⁰ BARTON, *Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen*, 1999, p.193 s.

³¹ Tuttavia la giurisprudenza in alcuni casi ha ammesso che anche i ricorsi proposti dal pubblico ministero possano essere sottoscritti dal procuratore generale ai sensi del § 349, comma StPO, al qual riguardo si veda KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit., numero a margine 1089.1.

³² Purtroppo ripreso criticamente dal *Bundesgerichtshof*, in *Bundesverfassungsgericht, Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2005, p. 522.

³³ Per ulteriori approfondimenti si veda KÜHNE, *Strafprozessrecht*, cit, numero a margine 1070.

³⁴ *Bundesgerichtshof*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 5.

a neutralizzare in via argomentativa condotte scorrette dell'autorità giudiziaria. Solo l'1% delle richieste viene accolto³⁵. Un bell'esempio tratto dalla recente giurisprudenza lo riscontriamo nella sentenza emessa dal *Bundesgerichtshof* il 12 settembre 2007³⁶. Si trattava di un presidente di tribunale che, prima del dibattimento, si era accordato col difensore, promettendo che avrebbe irrogato la pena entro un certo limite, se l'imputato avesse confessato. La trattativa era avvenuta all'oscuro del pubblico ministero, il quale, quando se ne rese conto nel corso del dibattimento, decise di chiedere la riconsuazione del giudice. Richiesta che – caso raro – fu rigettata. Vero che il difensore dava giustamente per scontato che quella promessa risultava vincolante per il giudice; tuttavia, ad avviso del *Bundesgerichtshof*, ciò risulterebbe irrilevante, poiché quel presidente poteva ben supporre che l'avvocato conoscesse il consolidato orientamento giurisprudenziale, che in siffatti casi ammette solo promesse non vincolanti. Pertanto, l'avvocato ha frainteso le parole del presidente. In altri termini, una dichiarazione del giudice va intesa come legittima, anche se il suo significato letterale portasse a considerarla illegittima. Inversamente, solo le dichiarazioni erronee provenienti da soggetti diversi dal giudice sono da qualificare come illegittime. Evidentemente solo i giudici conoscono il diritto oltre ogni possibile dubbio; tutti gli altri, soprattutto i difensori, azzardano dichiarazioni "incomplete" sempre e solo per la loro ignoranza giuridica!

L'irresistibile svalutazione del valore probatorio del verbale d'udienza al fine di rigettare doglianze di per sé fondate fornisce un'altro, efficace dimostrazione del nostro assunto: contro quanto stabilisce il § 274 *StPO*, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* ammette una correzione del verbale, persino quando questa dovesse pregiudicare il diritto all'impugnazione (*Rügeverkümmierung*)³⁷. Un verbale sembra pertanto meritare questa qualifica solo quando è stato corretto – quante volte? – definitivamente. Le ragioni della correzione vanno ovviamente accertate dal giudice con modalità libere da vincoli particolari (*Freibeweisverfahren*), senza bisogno di aprirsi al contraddittorio delle parti. E se lo stesso valesse per le sentenze? E che dire poi dei motivi

³⁵ NACK, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, p.159.

³⁶ *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, p. 172.

³⁷ Si veda la nota di VENSZKE alle decisioni dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo (15 febbraio 2003) e del *Bundesgerichtshof* (3 dicembre 2003) in *Strafverteidiger*, 2004, p. 300. Un efficace resoconto storico circa le restrizioni del § 274 *StPO* è offerto da HAMM, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 3166.

allegati ai ricorsi di legittimità? Possono anche questi atti, all'occorrenza, essere ripuliti dei loro vizi?

I *Große Senate* del *Bundesgerichtshof*, quando giustificano queste prassi dicendo che il valore probatorio del verbale ex § 274 *StPO* non modifica i dati di fatto, né trasforma il vero in falso³⁸, incorrono in un grave errore di comprensione della legge processuale penale. Come evidenziato in precedenza, la *StPO* esige che la verità storica sia accertata nel rispetto di rigorose regole probatorie, rispettose del contraddittorio (*Strengbeweisverfahren*). Il citato § 274 prevede l'efficacia probatoria del verbale come parte di tale rigorosa modalità di accertamento. Ne segue che ogni deviazione da questo tracciato normativo pregiudica l'accertamento della verità. Richiamarsi a una "verità vera", che starebbe al di là del verbale, significa sostituire la verità processuale con informazioni e valutazioni soggettive acquisite irrualmente. Nemmeno ai giudici più elevati in grado è riservato il privilegio di accertare la verità, trasferendo nel processo opinioni personali in contrasto con quanto prevede la legge. Anche il diritto di difesa sancito dal § 6, comma 3, CEDU sarebbe in tali casi violato, in quanto l'accertamento della verità avverrebbe senza l'intervento del difensore o comunque senza la sua partecipazione.

Un ulteriore esempio contribuirà a chiarire meglio perché una "verità soggettiva al di là del verbale", già per ragioni di uguale trattamento, non possa esser posta a base di decisioni la cui correzione pregiudicherebbe il diritto all'impugnazione. Anche quando appare certo che un giudizio si fonda su un falso presupposto di fatto, il *Bundesgerichtshof* non trarrà certo spunto da ciò per salvare l'impugnazione del difensore, considerando come veniali eventuali vizi formali o errori consistenti nell'incompletezza dei motivi di ricorso. Farà piuttosto riferimento al proprio limitato dovere di verifica, che non gli permette di estendere il controllo ad altri aspetti della sentenza, per attestarne la correttezza al di fuori dei motivi dedotti nell'atto di impugnazione. In questo contesto, la verità materiale è argomento inconsistente. Ma perché questa indulgenza nei confronti dei giudici in presenza di falsi verbali e, al contempo, questo improvviso voltafaccia da parte dei giudici di legittimità con riguardo alla verità materiale? Se le previsioni normative considerate non apparissero idonee agli scopi cui risultano preordinate, dovrebbe essere compito del legislatore modificarle, non della giurisprudenza.

Non costituisce eccezione alla regola qui illustrata l'insegnamento del *Bun-*

³⁸ *Große Senate* del *Bundesgerichtshofs*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, p. 2419 e p. 2422.

desgerichtshof riguardante la rinuncia all'impugnazione sulla base di un'intesa fra i soggetti processuali. Quel che interessa al *Bundesgerichtshof* è salvare il proprio punto di vista, dichiarando inammissibile una rinuncia all'impugnazione che sia frutto di un accordo. Interessa inoltre ripudiare procedure informali che potrebbero vanificare il definitivo controllo di legittimità sulle sentenze di merito. È del tutto casuale che questo sforzo di coerenza con i meccanismi formali della procedura ridondi in favore dell'imputato alla stressante ricerca di un accordo.

Da quel che si è sin qui detto mi sembra che molti siano gli argomenti atti a supportare la mia tesi iniziale circa l'emarginazione del difensore (non certo prevista dalla legge processuale) e circa le reciproche prestazioni di aiuto (nemmeno esse previste dalla legge processuale) dei giudici fra di loro e nei confronti dei pubblici ministeri.

IV. *Conclusioni riassuntive*

La maggior parte dei processi imbocca la strada di una soluzione consensuale, dove le norme sull'accertamento della verità non giocano più alcun ruolo; a tal fine è sufficiente padroneggiare dichiarazioni che hanno la parvenza di un simile accertamento. Nel caso di sentenze con motivazioni semplificate nemmeno quella parvenza è richiesta. Di fatto, si tratta di una semplificazione procedurale che, nel migliore dei casi, si fonda sull'evidenza dei fatti, nel peggiore, su una manifestazione di consenso.

Vi sono certo processi conflittuali, dove il giudice applica il diritto probatorio, poiché non è in grado di promuovere nessuna intesa che porti all'abbreviazione della procedura. Solo questi casi (una esigua minoranza rispetto al totale) comportano uno svolgimento completo della procedura e forniscono così alla giurisprudenza di legittimità l'occasione di correggere le sentenze di merito e di elaborare in sede applicativa le regole sulla prova. Ma a pregiudicare la signoria della verità e della sua ricerca nel processo contribuiscono i seguenti fattori:

la ricerca della verità viene in generale gravata da una presunzione di esattezza delle decisioni giudiziali, soprattutto quando si tratta di condanne³⁹. Il carattere normativo delle prassi giudiziali si sovrappone al e interferisce con

³⁹ Assoluzioni pronunciate da giudici di merito vengono cassate più facilmente. Infatti, qui prevale l'interesse alla condanna e, una volta tanto, la vicinanza professionale con i magistrati della procura supera la pur doverosa lealtà verso i colleghi giudici.

l'interesse alla verità materiale. L'idea che la verità abbia una consistenza che va oltre il processo fa di quest'ultimo una fastidiosa formalità, sicché il sistema di regole scritte nel codice di rito e tese a una conoscenza ponderata e obiettiva dei fatti viene disattivato o sacrificato ai sentimenti personali dei giudici superiori. Questa personale verità del giudice viene strumentalizzata per denunciare il formalismo delle regole processuali che presiedono all'accertamento della verità.

Conseguentemente, il concetto di verità materiale si afferma in favore dell'imputato solo in presenza di errori evidenti⁴⁰. Per contro, errori che hanno portato a una condanna dell'imputato non vengono corretti, se solo appare possibile una loro giustificazione o una descrizione tale da farli apparire innocui. La presunzione di innocenza viene così capovolta.

Da quel che s'è detto, il concetto di verità storico/materiale ci appare prevalentemente come strumento per giustificare l'irritualità di provvedimenti sfavorevoli all'imputato, che vorrebbero sostituire la verità processuale con personali rappresentazioni e punti di vista dei giudici.

Solo a livello di evidenza fattuale la verità vale come principio guida dell'attività processuale. Quando i fatti sono evidenti, i processi non danno solitamente luogo a conflitti o, se ciò accadesse, si produrrebbero grossolani errori suscettibili di essere corretti nelle fasi di impugnazione. Quando, invece, le questioni di fatto e di diritto implicate nell'accertamento penale sono più complesse perché non sussiste quell'evidenza, il principio della ricerca della verità, lungi dal giocare un ruolo significativo, si presta alle strumentalizzazioni sopra illustrate.

V. Prospettive

La diagnosi qui proposta mostra come il diritto probatorio del modello processuale tedesco (processo inquisitorio riformato o modello misto) ha, nella pratica, importanza secondaria. Dal che si possono trarre due conclusioni opposte: o la giurisprudenza deve, con forza, affermare il valore della legge processuale nell'ambito delle prove – oppure si deve considerare se non sia preferibile introdurre una nuova normativa in materia di prove, secondo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza alle prese con i problemi sopra illustrati.

⁴⁰ Al riguardo sono necessari rilevazioni giuridico-fattuali, al fine di ricavare più chiaramente i criteri di rilevanza di simili situazioni di evidenza.

Questa seconda possibilità implicherebbe una riconsiderazione *ab imis* della struttura processuale. Se, infatti, la ricerca della verità perde la sua centralità, bisogna ammettere che il sistema di accertamento si è spostato verso il modello anglo-americano del processo di parti, dove difensore e pubblico ministero dispongono dell'oggetto in contesa, mentre il giudice non deve più cercare la verità, bensì limitarsi a garantire la correttezza formale della procedura. Nulla di strano in questo, se non fosse che l'opinione comune considera i due sistemi processuali come incompatibili e tali da escludersi reciprocamente. L'Italia ha da poco inserito nel proprio modello elementi del processo di parti⁴¹. Questa esperienza, almeno a un primo sguardo superficiale, sembra smentire l'assunto che esclude la possibilità di far funzionare un modello processuale misto. Essenziale, a tal fine, un intervento legislativo, preceduto da un'ampia discussione scientifica. La via da seguire non può essere una riforma fatta di soppiatto, ad opera della giurisprudenza, attraverso riflessioni pragmatiche orientate a casi specifici, senza fini dichiarati e riconoscibili.

⁴¹ Per ulteriori dettagli si rinvia a KÜHNE, *Strafprozessrecht*. cit., numero a margine 1250.

prof. VITO VELLUZZI
Università di Milano

INTERPRETAZIONE DEGLI ENUNCIATI NORMATIVI, LINGUAGGIO GIURIDICO, CERTEZZA DEL DIRITTO^(*)

SOMMARIO: 1. Una tesi (apparentemente) minimalista. – 2. Perché sostenerla e con quale metodo. – 3. Il significato degli enunciati, la certezza del diritto come prevedibilità, i caratteri del linguaggio giuridico. – 4. Due esempi.

1. *Una tesi (apparentemente) minimalista*

Il saggio verte sull'interpretazione giuridica intesa come determinazione del significato degli enunciati normativi¹. Quella che si propone è una tesi non nuova e minimalista, ma non per questo scarsamente significativa, in tema di interpretazione degli enunciati normativi giuridici.

Ecco la tesi: *tutte* le questioni interpretative sono difficili, poiché comportano una scelta discrezionale dell'interprete: tuttavia proprio in quanto discrezionale e non arbitraria, la scelta dell'interprete incontra dei limiti. Vista da un altro lato, ossia quello dei cosiddetti *easy cases*, la tesi può essere così completata: *tutte* le questioni interpretative sono, in uno specifico senso, facili². In tal guisa l'interpretazione giuridica è sempre attività di scelta, di decisione, ma

* Versione scritta della relazione tenuta al *Convegno nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto*, Torino, 16-18 settembre 2008. Un ringraziamento sincero è dovuto a Mario Jori, Aldo Schiavello, Nicola Muffato e Silvia Zorzetto per i preziosi suggerimenti forniti. Queste pagine sono dedicate a mio padre Antonio: la sua repentina scomparsa ha lasciato un vuoto incolmabile.

¹ Ci si occupa, cioè, non dell'interpretazione giuridica intesa in senso generico, ossia di una qualsiasi attività giuridica compiuta per individuare una norma generale che offra una soluzione ad un caso, bensì dell'interpretazione giuridica intesa in senso specifico, ossia della determinazione del significato degli enunciati normativi. Si usa la distinzione tra interpretazione in senso generico e in senso specifico nei termini proposti da G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2009, 250-251.

² La distinzione tra casi facili e difficili risale ad H. L. A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, cap. VII, ed ha avuto dopo Hart svariate formulazioni (cfr. E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 242-256). Nel testo si riprende il lessico hartiano con qualche libertà e preferendo il sintagma «questione interpretativa» alla parola «caso».

si tratta di una scelta, di una decisione tra più soluzioni alternative delimitate. Così ragionando la determinazione del significato degli enunciati normativi giuridici si configura come un esercizio di discrezionalità limitata e non assoluta, o se si preferisce come sottoposto a vincoli e non interamente libero³.

Sostenere questa tesi significa collocarsi nell'ambito della teoria scettica, o realista che dir si voglia, dell'interpretazione giuridica connotandola in senso moderato⁴. Lo scetticismo o realismo interpretativo moderato è, però, più che una teoria, un contenitore di teorie. Guardando dentro il contenitore si scopre che le teorie in esso contenute convergono nel sostenere che per ogni enunciato normativo è determinabile più di un significato⁵, convergono pure nel sostenere che l'ambito dei significati è, per così dire, finito, ma divergono nell'indicazione del criterio capace di delimitarlo⁶. La divergenza da ultimo ri-

³ Sui limiti dell'interpretazione giuridica (giudiziale in specie) v. D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, Cedam, 2003. Una precisazione: tutte le questioni interpretative sono difficili nel senso che possono esserlo, che hanno sempre la potenzialità di esserlo, pur essendovi molteplici situazioni nelle quali gli interpreti concordano su quale significato convenga ad un enunciato normativo. In questi termini si esprime correttamente M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, terza ed., Torino, Giappichelli, Torino, 2008, 224. D'altronde come ha scritto P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto per un Vademecum giuridico*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 114, l'interprete che si conforma all'interpretazione corrente di un enunciato normativo compie comunque una scelta: la scelta di essere conformista.

⁴ Scetticismo e realismo sono usati come sinonimi ove accostati all'interpretazione, cfr. O. PFERSMANN-M. TROPER, *Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione*, a cura di V. OMAGGIO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007. È risaputo che esistono varie classificazioni delle teorie dell'interpretazione [per una recente e interessante proposta v. F. COTTONE, *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 103 ss.], la più conosciuta distingue tra formalismo (talvolta denominato cognitivismo), scetticismo (talvolta denominato realismo) e teoria mista o intermedia. Seguendo la tripartizione la tesi esposta nel testo non sarebbe scettica bensì mista o intermedia (sulla varietà delle teorie miste o intermedie dell'interpretazione v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1999, 327 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. II).

⁵ Tesi di base di qualsiasi scetticismo interpretativo cfr. V. VELLUZZI, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cassazione penale*, 7-8/2004, 2588 ss.

⁶ Scrive M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., 223: «Per lo scetticismo moderato [...] le disposizioni giuridiche non solo hanno già un significato prima dell'interpretazione, ma ne hanno sempre più d'uno: ognuna di esse fornirebbe sempre all'interprete una cornice di significati, à la Kelsen, entro i quali scegliere il significato da attribuirle. Lo scetticismo moderato [...] concepisce l'interpretazione [...] come scelta entro dei limiti». Il passo

chiamata è ricca di conseguenze ed in grado di interferire con temi molto importanti⁷. Per ora è necessario, al fine di porre i tasselli essenziali dello scetticismo (realismo) interpretativo moderato prescelto, accollarsi l'onere di indicare qual è il criterio che consente di delimitare le possibili soluzioni interpretative. Orbene, ancora una volta l'impostazione seguita e difesa nelle pagine a seguire non è originale: per ogni enunciato normativo giuridico l'ambito delle soluzioni interpretative possibili è delimitato dall'applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato lo stesso enunciato oggetto di interpretazione.

Tuttavia, chi scrive non si propone di reiterare stancamente posizioni teoriche note, al contrario l'intento è quello di sostenere sì tesi conosciute, ma attraverso un puntuale metodo e spendendo argomenti diversi da quelli di regola adottati. L'auspicio è che gli argomenti spesi e il metodo seguito consentano, congiuntamente e con coerenza, di conferire alla tesi un'aria meno scontata e di metterne in luce la proficuità facendo emergere ragioni di natura non solo semantica e sintattica a favore della tesi stessa.

Lo scritto si dipana nei seguenti passaggi. In primo luogo (§ 2 e 2.1) verrà delineato il metodo, ovvero si espliciteranno le assunzioni da cui si muove per affrontare la questione della determinazione del significato degli enunciati normativi giuridici. Questo passaggio comporta la necessità di intrattenersi brevemente sulla costruzione di una teoria dell'interpretazione, sulla distinzione tra problemi fondamentali e centrali della filosofia del diritto, sulle conseguenze che la distinzione ha per l'interpretazione degli enunciati normativi giuridici e per le relazioni tra questa, il linguaggio giuridico e la certezza del diritto come prevedibilità. In secondo luogo (§ 3) si forniranno due esempi

di Kelsen evocato da Barberis è il seguente: «Se per 'interpretazione' si intende la constatazione del senso della norma [...] allora il senso di questo atto può essere soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema. In conseguenza l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi», H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, 120-121. Il punto è: da che cosa è costituita la cornice?

⁷ Si pensi, per menzionarne soltanto due, alla separazione dei poteri e allo stato di diritto, cfr. M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMAN-
DUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, 1-21; E. SANTORO, *Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello stato di diritto*, in *Diritto privato 2001-2002*, Padova, Cedam, 2003, 97-210.

per mostrare che l'impostazione seguita non è infruttuosa per la chiarificazione di taluni aspetti del dibattito sull'interpretazione giuridica e per la ricostruzione e la critica dei ragionamenti dei giudici e dei giuristi.

2. *Perché sostenerla e con quale metodo*

È bene iniziare dal perché vale la pena intrattenersi sulla tesi proposta. Pure in ambito filosofico giuridico è stato affermato, talvolta, che non serve un granché interrogarsi sulla delimitazione delle interpretazioni possibili e si deve indagare, invece, la questione dell'interpretazione corretta o vera o migliore⁸. È chiaro, tuttavia, che la prima questione è preliminare rispetto alla seconda. L'unica via per poter ritenere inutile una delle due questioni consiste nell'accedere al formalismo e allo scetticismo interpretativo radicali o estremi. Per il primo interpretazione possibile e interpretazione vera o corretta coincidono in quanto per ogni enunciato normativo v'è una sola determinazione di significato possibile sul piano semantico e sintattico, per cui l'unica interpretazione possibile è anche l'unica vera, corretta (e l'interpretazione vera o corretta è anche l'unica possibile). Per il secondo qualsiasi significato può essere il significato di un enunciato normativo, dunque ogni interpretazione è possibile e corretta, vera, al medesimo tempo. Anzi, così ragionando viene esclusa la rilevanza di entrambe le questioni (della correttezza o verità dell'interpretazione e dei significati possibili di un enunciato normativo) poiché per un enunciato normativo tutte le interpretazioni sono corrette, vere ed anche possibili.

Orbene, se si scartano formalismo e scetticismo interpretativo radicali, da tempo screditati⁹, non solo è difficile eludere il tema dei possibili significati di un enunciato normativo giuridico, ma esso diviene pregiudiziale per sciogliere

⁸ Si rammentino in proposito i notissimi scritti di Ronald Dworkin, la sua *right answer thesis* e il motto *law as integrity*, cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986) trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989, e per una pregevole sintesi sull'evoluzione del pensiero di Dworkin v. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*, Torino, Giappichelli, 2004, 51-90. Nel testo si usano in maniera equivalente le locuzioni «interpretazione vera», «interpretazione corretta», «interpretazione migliore»; di recente si è chiesto se si dia ed in quali termini un'interpretazione vera degli enunciati normativi F. DENOZZA, *L'interpretazione delle norme tra scetticismo e «pluralismo cognitivo»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2007, 463-479.

⁹ È addirittura dubbio che qualcuno abbia realmente sostenuto tesi tanto radicali, come segnala E. DICIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, Digips, Working Paper 45, 2004.

il nodo dell'interpretazione corretta, vera, migliore: per poter affrontare sensatamente se vi sia e come sia individuabile o come venga individuata la migliore o vera o corretta interpretazione di un enunciato normativo bisogna aver stabilito prima l'ambito delle possibili interpretazioni dell'enunciato¹⁰. L'interpretazione migliore è tale se comparata ad altre, ma tutte quelle concorrenti compongono un lotto e sapere cosa ne fa parte e cosa ne sta fuori è importante e cruciale.

Riguardo al «come» sostenere la tesi, per scanderne i passaggi, si può muovere da una teoria moderatamente scettica dell'interpretazione in competizione con quella sostenuta in questo scritto. Si è detto che allo scetticismo interpretativo moderato fanno capo, stante l'aspetto condiviso sopra riferito, differenti opinioni riguardo al criterio in grado di tracciare l'ambito dei significati attribuibili ad un enunciato normativo.

Riccardo Guastini, autore di molteplici e autorevoli studi sull'interpretazione giuridica, di recente ha scritto:

Non mi pare che si possa circoscrivere il novero delle interpretazioni possibili a quelle poche che sono consentite dalle regole della lingua [...] In ambito giuridico, il significato degli enunciati normativi è una variabile dipendente, non solo delle regole sintattiche e semantiche della lingua in cui tali enunciati sono formulati, ma anche e soprattutto: a) della particolare tecnica interpretativa impiegata, b) delle tesi dogmatiche presupposte, e in alcuni casi c) dei giudizi di valore formulati o (come spesso accade) sottintesi dall'interprete [...] Per 'interpretazione' deve intendersi non qualsivoglia attribuzione di significato al testo interpretato, ma un'attribuzione di significato che ricada entro i limiti dei significati ammissibili (alla luce delle regole della lingua, delle tecniche interpretative e delle tesi dogmatiche)¹¹.

Ecco, dunque, che interpretare vuol dire determinare il significato degli enunciati normativi restando nei confini tracciati dalle regole semantiche e sintattiche della lingua, dagli argomenti interpretativi usati all'interno della comunità giuridica e dalle tesi dogmatiche. Per capire se un giudice o un giurista abbia interpretato o abbia compiuto un'attività altra dall'interpretazione

¹⁰ E questo vale anche per chi ritiene, come Dworkin ad esempio, che vi sia una sola interpretazione vera, corretta per ogni enunciato normativo senza sposare però il formalismo interpretativo estremo.

¹¹ R. GUASTINI, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006, 82; e nello stesso senso R. GUASTINI, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 464.

è necessario conoscere, oltre alle regole di funzionamento della lingua, anche quali siano le tecniche, gli argomenti interpretativi usati e le tesi dogmatiche adottate. In ambito giuridico il significato di un enunciato normativo può essere, quindi, distante da quelli determinabili per mezzo delle regole sintattiche e semantiche della lingua se il significato attribuito è riconducibile ad argomenti interpretativi o tesi dogmatiche. Questo modo di configurare l'interpretazione sarebbe, inoltre l'unica via per proporre una teoria dell'interpretazione «puramente» conoscitiva, conforme al modo in cui di fatto operano i giudici ed i giuristi, e non una teoria normativa o dottrina, o peggio, un'ideologia dell'interpretazione mascherata da teoria, con la quale si propone in maniera subdola come i giudici ed i giuristi dovrebbero attribuire significato agli enunciati normativi¹².

Tuttavia, pur senza discutere se siffatta opinione catturi l'effettivo modo di operare di giuristi e giudici, si può affermare che il metodo ora riferito non è l'unico esperibile per costruire una teoria e non una dottrina dell'interpretazione. Per spiegare quanto si è appena detto è necessario qualche accenno alla questione della conoscenza del diritto e alla distinzione tra problemi fondamentali e centrali della filosofia del diritto.

Il primo punto (la conoscenza del diritto) è epocale, si forniranno solo alcuni cenni funzionali al discorso che si sta compiendo¹³. In un saggio recente Paolo Comanducci ha sostenuto che:

[...] se non si vuole essere degli empiristi totalmente ingenui, si deve ammettere che la corrispondenza o no delle nostre proposizioni con la realtà risulta mediata dalla previa configurazione dell'oggetto di indagine [...] In ambito giuridico, quindi, si può sostenere che un'epistemologia adeguata, oltre ad essere connessa ai fini della ricerca ed al suo conseguente livello di astrazione, debba dipendere, in primo luogo da che cosa è il diritto [...] Ma ciò che il diritto è dipende a sua volta, in qualche misura, da come configuriamo il diritto, ossia da che concetto di diritto adoperiamo [...] A seconda del modo in cui si configura il diritto (come insieme di fatti o invece come insieme di norme) varia la metodologia appropriata per conoscerlo. Questa tesi mi sembra banale, ma non sempre da essa si deriva una delle sue conseguenze necessarie: os-

¹² Cfr. R. GUASTINI, *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, cit., 468.

¹³ Per gli opportuni approfondimenti e riferimenti bibliografici si rinvia a V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999; A. SCHIAVELLO, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1, 2007 (www.lex.unict.it/tcrs), 1-19.

sia che non può esistere un unico approccio epistemologico per accostarsi al fenomeno giuridico. Vi sono invece vari approcci, tutti, in qualche senso, adeguati¹⁴.

I contenuti della citazione sono da approvare in pieno e se si considera che conoscere un diritto significa anche, se non principalmente, interpretare testi, documenti normativi¹⁵, si comprende pure perché costruire una teoria conoscitiva dell'interpretazione giuridica possa comportare l'adozione di un punto di vista valutativo, ovvero la necessità di esplicitare il concetto di diritto che si assume e come tale assunto condizioni lo sviluppo della teoria dell'interpretazione, la quale dovrà essere coerente con il concetto di diritto prescelto. Per essere più espliciti: la presenza di valutazioni non determina, *sic et simpliciter*, l'abdicazione di un punto di vista teorico e scientifico, ed anzi è

Possibile produrre descrizioni di norme giuridiche [...] anche se non possono essere depurate dai valori di vario tipo che contribuiscono a determinare le modalità della descrizione e quindi il risultato. Questi valori [...] consistono di scelte sia epistemologiche e metodologiche, sia etico-politiche. Ritengo insomma che [...] il discorso della scienza che li assume può essere obbiettivo nella misura in cui questi valori siano *esplicitati* tra gli assunti del discorso e siano poi *correttamente applicati* nelle sue istanze [...] Il fondamento dunque della scientificità o almeno della obbiettività della descrizione del diritto, a mio avviso, può solo essere la possibile obbiettività della applicazione coerente di scelte normative esplicite ed esplicitamente condivise, non la mancanza di scelte¹⁶.

Una volta acquisito che si può essere obbiettivi pur compiendo talune valutazioni e che talvolta ciò è addirittura indispensabile per poter accedere alla conoscenza del proprio oggetto di indagine, diviene imprescindibile per la costruzione di una teoria dell'interpretazione dichiarare il concetto di diritto assunto. Ma l'importanza di questo ultimo aspetto può essere adeguatamente e ulteriormente argomentata, in maniera complementare all'argomento epistemologico sopra sviluppato, facendo ricorso alla distinzione tra problemi fon-

¹⁴ P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 422, 424-425.

¹⁵ *Ibidem*, 426.

¹⁶ Così M. JORI, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 376-378. Le considerazioni di Mario Jori riguardano lo statuto epistemologico della scienza giuridica, ma si adattano perfettamente al problema della costruzione di una teoria dell'interpretazione.

damentali e problemi centrali della filosofia del diritto. I problemi centrali sono quelli con i quali ci si misura inevitabilmente affrontando gli altri problemi «[...] senza che essi siano peraltro il punto di partenza e il fondamento filosofico delle domande e delle risposte: questi punti di partenza sono invece le soluzioni dei problemi fondamentali»¹⁷. Interrogarsi su un problema centrale significa, quindi, rispondere preliminarmente ad un problema fondamentale. Il problema fondamentale per antonomasia è il concetto di diritto, mentre l'interpretazione giuridica rappresenta un tipico problema centrale, ne consegue che le proposte di soluzione del problema dell'interpretazione giuridica rinviano al concetto di diritto e da questo dipendono.

Riassumendo. La tesi proposta all'inizio del saggio e difesa nel prosieguo¹⁸ può costituire uno strumento fecondo per conoscere che cos'è determinazione di significato di un enunciato normativo giuridico e che cosa non lo è soltanto se si esplicita il concetto di diritto che sta sullo sfondo; proprio la costruzione di una relazione coerente tra nozione di diritto adottata ed esplicitata e interpretazione (ossia tra problema fondamentale e problema centrale interessati) consente di iscrivere la tesi avanzata nel novero delle teorie e non delle mere proposte normative sull'interpretazione giuridica.

3. *Il significato degli enunciati, la certezza del diritto come prevedibilità, i caratteri del linguaggio giuridico*

Bisogna affrontare il problema fondamentale e indicare il concetto di diritto. Il concetto di diritto assunto è semplicemente questo: il diritto è un insieme di norme coattive rivolte alla guida dei comportamenti¹⁹. Da ciò discende un corollario: i destinatari delle norme, ossia coloro i cui comportamenti sono regolati, devono essere in grado di prevedere l'intervento e soprattutto il non

¹⁷ M. JORI-A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 119.

¹⁸ Meglio rammentarla: l'interpretazione giuridica, intesa come determinazione del significato degli enunciati normativi, è sempre attività di scelta, ma si tratta di una scelta tra più soluzioni alternative delimitate dall'applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato l'enunciato oggetto di interpretazione.

¹⁹ Per quanto filosoficamente discutibile, sia nel complesso, sia nei singoli elementi che la compongono, la configurazione del diritto fornita è quella «[...] che si insegna e si studia tradizionalmente, fin dal Medio Evo, nelle facoltà di giurisprudenza, che si produce, ad esempio, nei parlamenti, si applica nei tribunali, si obbedisce o si viola da parte degli individui» (P. COMANDUCCI, *Conoscere il diritto*, cit., 426).

intervento «[...] di organi con competenza giuridica decisionale o meramente esecutiva in relazione ad una (ciascuna) singola fattispecie concreta»²⁰. Entra in gioco, cioè, la certezza del diritto come prevedibilità, in una delle sue accezioni²¹. Alla luce del concetto elementare di diritto delineato la certezza del diritto diviene un obiettivo tendenziale, da perseguire affinché lo stesso concetto di diritto sia sensato. Se si accoglie quel concetto di diritto non si può ritenere irrilevante il perseguimento della certezza giuridica intesa nella maniera appena menzionata. Ed infatti «[...] In questa [...] fondamentale accezione il diritto è certo se ciascuno (se il cittadino) è messo in grado di sapere che cosa dal diritto è autorizzato a fare, e che cosa in base al diritto è libero di fare»²².

Orbene, se il diritto è un insieme di norme e le norme sono il frutto dell'interpretazione, grazie alla quale si passa dal testo al suo significato, a quali condizioni il diritto può dirsi in grado di guidare i comportamenti e tendenzialmente certo? La tesi proposta, per cui le questioni interpretative sono tutte difficili, poiché comportano una scelta discrezionale dell'interprete, scelta discrezionale e non arbitraria appunto, in quanto incontra il limite delle regole semantiche e sintattiche della lingua, appare in grado di rispondere con successo. In particolare essa consente di determinare soprattutto il non intervento degli organi decisionali ed esecutivi. Con riguardo ad un enunciato normativo, infatti, si può prevedere che, al di fuori dei significati ad esso attribuibili

²⁰ Così L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), ora in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICOTTI-V. VELLUZZI, Torino, Giappichelli, 2008, 82.

²¹ A quella già descritta si aggiungano: la certezza del diritto come prevedibilità dell'esito dell'eventuale intervento degli organi decisionali; la certezza del diritto come sicurezza dei rapporti giuridici (v. ancora L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 82). Nel testo si usano i sintagmi «certezza del diritto» e «certezza giuridica» come sinonimi. Sul tema v. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

²² *Ibidem*. Si vedano pure B. BAUM LEVENBOOK, *How a Statute Applies*, in *Legal Theory*, 12, 2006, 71 e G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 168: «Talvolta i giudici (e i funzionari) mostrano la tendenza a presumere, sin quando è ragionevole, la conformità del linguaggio legislativo al linguaggio comune. Ma come si giustifica tale criterio? A quale principio appare ispirato? A me pare che potrebbe essere lo stesso principio invocato per l'interpretazione del negozio giuridico: ossia il cosiddetto principio dell'*affidamento*. E stupisce che un tale principio sia stato tanto poco richiamato (per non dire nulla) in materia di interpretazione della legge. I destinatari dei precetti legislativi, quanto meno di una parte di essi, sono i cittadini. E la lettura delle disposizioni di legge suscita in loro aspettative degne di tutela». Vale la pena ricordare, a sostegno della opinione di Lazzaro, che il linguaggio giuridico «[...] must simultaneously function for professionals [...] and for citizens», F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stanford Law Review*, 1987, 586, nota 35.

per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui esso è formulato, non vi sia spazio alcuno per gli organi competenti di invocarlo. La prevedibilità del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi è possibile pure perché le regole di funzionamento della lingua non sono patrimonio esclusivo del ceto degli esperti del diritto, bensì anche di coloro che non operano professionalmente col diritto.

Da quanto si è venuti dicendo sin qui discende che il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi²³. Il fatto che negli ordinamenti giuridici contemporanei siano in uso tecniche consolidate di interpretazione e si ricorra a tesi dogmatiche comporta, di solito, un accrescimento dell'ambiguità degli enunciati, non riduce necessariamente la vaghezza dei significati e rende le questioni interpretative sempre potenzialmente difficili, ma da ciò non consegue l'assenza o l'inutilità della cornice. Nemmeno può dirsi che la difficoltà di individuare in taluni casi la cornice per mezzo del criterio proposto in questo scritto, renda il criterio stesso sempre inutile o mai utile: questa conclusione non è in alcun modo inferibile dalla premessa. Il percorso sin qui compiuto ed il metodo seguito consentono di ribadire che fuori dalla cornice non c'è la determinazione del significato di un enunciato normativo, bensì l'individuazione della regola utile alla decisione ottenuta in via non strettamente interpretativa²⁴.

²³ È questo, contrariamente a quanto sostiene il contestualismo radicale, il ruolo corretto da assegnare al contesto nella determinazione del significato di un enunciato (anche normativo), poiché come ha sottolineato F. SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in *New York University Law Review*, 83, 2008, 1120: «Without knowing something about words and sentences and grammar and syntax as general or acontextual rules (or, even better, conventions) we could never hope to understand each other. The full particular context may indeed add something or even a great deal to our understanding, but we will understand virtually nothing at all about 'the cat is on the mat' unless we understand that this sentence carries meaning by drawing on shared acontextual understandings of the facts that the word 'cat' refers to cats, that the word 'mat' refers to mats, and the words 'is on' refer to a certain kind of relationship that differs from the relationship described by phrases such as 'is under', 'is near', or 'is a'». Su questi temi e per conclusioni in parte diverse da quelle qui seguite v. F. POGGI, *Significatio letterale: una nozione problematica*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2006. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 196 ss.; per indicazioni bibliografiche P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 60 nota 14.

²⁴ Va da sé che non tutti i significati di un enunciato normativo possibili sul piano linguistico sono per ciò solo giuridicamente accettabili, potendo essere l'ambito dei significati giuridi-

Le considerazioni appena svolte richiedono un chiarimento relativo alle caratteristiche del linguaggio giuridico, specie affinché la posizione qui sostenuta, per quanto coerente con il concetto di diritto assunto e con il corollario della certezza giuridica come prevedibilità, non sembri esageratamente ingenua o addirittura non praticabile in ragione delle peculiarità comunemente riconosciute al linguaggio giuridico.

È un dato acquisito che gli enunciati normativi giuridici contengono a fianco ai termini del linguaggio ordinario anche termini tecnicizzati e tecnici. Il peso di ciascun tipo di termine varia a seconda dell'ordinamento giuridico considerato e per il medesimo ordinamento può mutare da periodo a periodo. Tuttavia è altrettanto acquisito che il diritto adotta la tecnica del prestito semiotico, ovvero mutua la gran parte dei termini e la struttura sintattica dal linguaggio ordinario, ed il prestito opera, quindi, sia a livello semantico, sia a livello sintattico. Ne segue, per dirla con le parole di Uberto Scarpelli, che:

[...] il giurista che lavora attivamente sui concetti muove dal linguaggio naturale, o dal linguaggio naturale modificato da precedenti ricostruzioni, e rimane in genere nelle aree di significanza già costituite da quel linguaggio; e quand'anche innovi profondamente sotto il profilo semantico, inserisce i nuovi concetti nella preesistente trama di relazioni sintattiche [...] La semiotica ci mette, d'altro canto, in condizione d'intendere in quale maniera l'interprete sia, fino ad un certo punto, vincolato, la 'creazione' interpretativa sia, non già una divina creazione dal nulla, ma un rimodellare e sviluppare qualcosa di preesistente²⁵.

Orbene, pure per i termini tecnici e tecnicizzati il prestito semiotico agisce con vigore a livello sintattico, per quanto riduca (anche drasticamente per i termini tecnici) il proprio peso a livello semantico. Ma v'è di più. Il diritto, si è detto, ha come interlocutori sia gli operatori del diritto, sia gli altri cittadini

camente accettabili meno ampio dell'insieme dei significati linguisticamente possibili, cfr. V. VELLUZZI, *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in www.dirittoquestionipubbliche.org, 2005, 103-109.

²⁵ U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino, Giappichelli, 1969, 103-104, 109, ed ancora 109: «L'interprete opera, infatti, nel quadro di una struttura linguistica, sia pure a volte molto elastica, e, se intende condurre a compimento una comunicazione linguistica entro tale struttura, deve inserire le sue innovazioni nella struttura, può giocare nei suoi spazi, può magari violentarla, ma non può saltarne fuori del tutto [...] ed anche la direzione delle possibili innovazioni è condizionata dalla struttura». Sulla natura del linguaggio giuridico interessanti considerazioni si trovano in M. J. MORRISON, *Excursions into the Nature of Legal Language*, in *Cleveland State Law Review*, 37, 1989, 271 ss.

e rispetto a questi ultimi in specie *non può non tendere* alla realizzazione della certezza giuridica come prevedibilità. La presenza di termini tecnici non è incompatibile con questo obiettivo, in quanto si può concepire la loro traducibilità nel linguaggio ordinario²⁶. I termini tecnici si inseriscono, infatti, all'interno di enunciati, ossia all'interno di una trama sintattica compiuta che ne influenza la determinazione di significato e sul piano semantico la necessità di renderli intelligibili, anche oltre la cerchia dei professionisti del diritto, fa sì che essi vadano interpretati in termini accessibili per mezzo del linguaggio ordinario.

Non si sostiene che il linguaggio giuridico funziona come il linguaggio ordinario o è ad esso interamente assimilabile²⁷, ma che la dimensione pragmatica del diritto, vale a dire del rapporto tra il diritto (quale insieme di enunciati normativi e di significati di questi enunciati rivolti alla guida dei comportamenti) ed i suoi destinatari, conduce a: 1) ritenere il perseguimento della certezza giuridica come prevedibilità dell'intervento e soprattutto del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi un corollario, si potrebbe dire una implicazione, della nozione di diritto considerata; 2) delimitare l'ambito delle interpretazioni possibili di un enunciato normativo sulla base delle regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui l'enunciato è formulato. Così la certezza del diritto è perseguibile e, di conseguenza, il diritto può «comunicare» efficacemente con i soggetti interessati.

4. *Due esempi*

Le tesi vanno sempre messe alla prova ed un modo proficuo per farlo è proporre degli esempi. Il primo esempio riguarda una sentenza inglese²⁸. Il secondo è ripreso dalla famosa polemica sull'interpretazione tra Herbert Hart e Lon Fuller, polemica della quale si è celebrato il cinquantenario lo scorso

²⁶ Il termine «traducibilità» è ripreso da U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, cit., 107. Sull'argomento v. anche D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE-F. SANTULLI (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, Guffrè, 2008, 25-27; B.M. GARAVELLI, *L'occhiale del linguista su testi notari*, in *Rivista del notariato*, 1, 2006, 13-14. Che il luogo privilegiato della traducibilità sia proprio l'interpretazione è accennato da G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, cit., 146.

²⁷ Il linguaggio giuridico si compone, infatti, sia di contributi, per così dire, ordinari, sia specialistici, ed entrambi si mescolano in una pragmatica peculiare determinata dal concetto di diritto indicato nel testo.

²⁸ *Corkery vs. Carpenter, King's Bench Division*, 1 KB 102, 1951.

anno²⁹. Il primo esempio servirà a mettere in luce che le regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo interpretando sono in grado, salvo eccezioni, di delimitare l'ambito dei significati possibili e possono costituire un efficace strumento di valutazione delle operazioni interpretative. Col secondo esempio si intende segnalare l'utilità della tesi difesa per lo studio dei rapporti tra interpretazione e defettibilità (*defeasibility*) delle norme giuridiche³⁰.

Nel 1951 una corte inglese condannò a tre mesi di reclusione un uomo che conduceva in stato di ebbrezza una bicicletta sulla pubblica strada, la condanna si fondava sul § 12 del *Licensing Act* del 1872 dal seguente tenore: «Chiunque [...] sia in stato di ebbrezza [...] mentre conduce su qualsiasi strada [...] una carrozza, un cavallo, del bestiame, una macchina a vapore, può essere arrestato, multato o imprigionato». La corte sosteneva in particolare che «la parola 'carrozza' [...] include la bicicletta, se si tratta di una comune bicicletta, o simili, come un triciclo adatto al trasporto di merci». Orbene, se interpretare vuol dire determinare il significato delle parole e degli enunciati è piuttosto chiaro che in questo caso la corte non ha interpretato, ma ha fatto dell'altro. Sulla scorta delle regole semantiche e sintattiche della lingua, infatti, non è possibile, sostenere che le carrozze sono biciclette e viceversa. Le carrozze e le biciclette possono essere sottoposte alla medesima disciplina dettata per una di esse se ricondotte entrambe ad una categoria più ampia, ad esempio i mezzi di trasporto non motorizzati, e argomentando che, nonostante il legislatore si sia riferito solo alle carrozze, la conseguenza giuridica va attribuita, per qualche buona ragione, a tutti i mezzi di trasporto non motorizzati, tra i quali rientrano le biciclette. Tuttavia, il ragionamento non conclude che le carrozze sono biciclette, ma che pur non essendolo meritano il medesimo trattamento. Si tratta di un tipico ragionamento analogico, il quale *presuppone* l'interpretazione come determinazione di significato³¹.

²⁹ I saggi interessati dalla polemica sono H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, 593-629; L. L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, 630-672, entrambi tradotti in A. SCHIAVELLO-V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, rispettivamente 48-79 e 136-170.

³⁰ In proposito da ultimo P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 471-506.

³¹ Cfr. V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in M. MANZIN-P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, Giuffrè, 2006, 133-148; per

Questo caso mostra che il criterio della cornice è, di regola, in grado di funzionare, di stabilire cosa sta dentro e cosa sta fuori³² e rispetto a ciò che sta fuori impone di prendere atto che il diritto si esprime in quei termini, può cambiarlo chi ne ha la competenza o può correggerlo chi è autorizzato a farlo con gli strumenti predisposti dallo stesso diritto, ma di certo non scambiando le carrozze per biciclette³³.

Il secondo esempio riguarda il noto divieto di introdurre veicoli nel parco, ovvero: stante la formulazione normativa «vietato l'ingresso ai veicoli nel parco» è possibile introdurre nel parco medesimo un monumento ai caduti costituito da un carro armato residuo dell'ultimo conflitto mondiale?

Com'è noto sulla base di questo esempio Fuller ha attaccato Hart, sostenendo che una analisi del contesto all'interno del quale si opera e non, per così dire, la mera considerazione delle parole consente di dare la risposta migliore all'interrogativo. Per Fuller se si seguono le orme di Hart dovremmo applicare il divieto di ingresso anche al carro armato monumentale che può essere considerato senza grossi dubbi un veicolo, ma se si analizza il contesto in cui il divieto è chiamato ad operare e la sua finalità dovremmo escludere il carro armato monumentale dall'applicazione del divieto. Probabilmente hanno ragione entrambi, Fuller, però, ha lanciato i suoi strali contro il bersaglio errato. Il punto controverso non è, infatti, se il carro armato sia o non sia un veicolo, ma se pur essendo il carro armato un veicolo esso vada escluso dall'ambito di applicazione del divieto, in assenza di una formulazione normativa che istituisca espressamente una eccezione in tal senso. Si tratta, cioè, di stabilire se e a quali condizioni sia possibile istituire una eccezione implicita al divieto, ossia se il divieto sia defettibile³⁴. Tuttavia, interrogarsi sulla possibilità di istituire

l'ambito penale considerazioni di rilievo si trovano in F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 515-538; per spunti di riflessione sul divieto di analogia in materia penale v. F. GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio. «L'analogia nella logica del diritto»*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2007, 447-455.

³² Va da sé che vi sono casi di dubbia collocazione, fuori o dentro la cornice, ma è opportuno ripetere che l'esistenza di situazioni siffatte non esclude l'esistenza di situazioni indubbie di inclusione e di esclusione, come quella esemplificata nel testo.

³³ Insomma se l'analogia o un qualche altro strumento non sono autorizzati o per taluni ambiti sono vietati, il giudice può solo lagnarsi che il legislatore non abbia incluso le biciclette. Non a caso l'avvocato dell'imputato ha usato nella sua difesa, seppur con esito infausto, una canzoncina popolare inglese intitolata *Daisy Bell*: «Non sarà un matrimonio elegante, non posso offrirti una carrozza, ma sarai amabile sul sellino di una bicicletta fatta per due».

³⁴ Ben diverso è il caso delle eccezioni espresse, per le quali si presenta il problema dell'in-

eccezioni implicite significa aver già determinato il significato dell'enunciato normativo per poi ridurne eventualmente il campo di applicazione³⁵. Argomentare la defettibilità vuol dire sostenere *che il carro armato è un veicolo ma ...*, non che *il carro armato non è un veicolo*. Riguardo alla defettibilità, il criterio di delimitazione dell'ambito dei significati possibili proposto e difeso in questo scritto, ponendosi come strumento di realizzazione della certezza del diritto come prevedibilità, la quale è a sua volta corollario del diritto inteso come insieme di norme coattive rivolte alla guida dei comportamenti, impone agli interpreti due obblighi deontologici: 1) di non istituire eccezioni implicite semplicemente spacciandole per determinazioni di significato dell'enunciato normativo; 2) di argomentare l'istituzione e la bontà dell'eccezione adducendo ragioni giuridicamente plausibili.

Forse chi si attende dalla filosofia del diritto la soluzione a tutto campo e definitiva dei problemi riterrà il cammino compiuto in questo scritto ed il suo esito modesti, ma tutto sommato poco è pur sempre meglio di niente, e ripensando alle questioni coinvolte (il metodo di costruzione di una teoria dell'interpretazione, la certezza del diritto come prevedibilità, le possibilità di controllo delle operazioni interpretative) viene da chiedersi: è poi così poco?

interpretazione dell'enunciato normativo che prevede le eccezioni e se la fattispecie (concreta) rientri o meno nel suo campo di applicazione. Nulla osta, comunque, che si ponga pure la questione della defettibilità delle norme che pongono espressamente eccezioni ad altre norme.

³⁵ Per dirla con le parole di N. MUFFATO, *La semantica delle norme. Il neustico da Hare a Tarello*, Genova, ECIG, 2007, 111-112: «i casi oscuri nell'applicazione della regola sono sì dovuti a una vaghezza di termini locuzioni ed enunciati che, nel momento in cui la regola è formulata è soltanto potenziale e perciò imprevedibile; ma molto spesso (non mi spingo a dire: sempre) la vaghezza potenziale del linguaggio è a sua volta dovuta a un dubbio sui fatti, sull'applicazione, riflettendo la circostanza che si possono sempre dare condizioni di applicazione negative a loro volta non previste da chi ha formulato la regola»; si aggiunga F. SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, cit., 1124: «Sometimes language will simply give the wrong answer, and the problem for law is the problem of what, if anything, to do about it».

Riflessioni forensi

ETTORE RANDAZZO
Avvocato del Foro di Siracusa

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE E PROVA SCIENTIFICA UN GARANTE PER LA DIFESA

SOMMARIO: 1. Breve *excursus* sulla disciplina anche deontologica delle indagini difensive. – 2. Diritto di difesa, giusto processo e prova scientifica. – 3. Fantasticando un po': il Garante della difesa.

1. *Breve excursus sulla disciplina anche deontologica delle indagini difensive*

In un encomiabile percorso legislativo in direzione di un processo accusatorio seppure “all'italiana”, le indagini della difesa, non espressamente vietate ma sicuramente non utilizzate nella vigenza del codice Rocco, vennero finalmente previste dall'attuale codice di rito, anche nella sua formulazione originaria. Tuttavia, pur essendo indubbiamente fondamentali in un processo di parti, ancora di più se “giusto”, esse erano relegate – in quel che appare qualcosa di peggio di un semplice *lapsus freudiano* – “fuori” dalle norme strettamente codicistiche, e affidate ad un asfittico art. 38 delle norme di attuazione. Il quale, in soli due commi (raddoppiati, con un paio di modeste integrazioni che non ne rafforzarono di molto lo spessore, dalla legge 8-8-1995, n. 332), pretendeva di disciplinare una tematica potenzialmente rigogliosa oltre che palesemente complessa. Di conseguenza, questo indiscutibile diritto difensivo rimase a lungo virtuale, divenendo piuttosto – in quei casi in cui qualche difensore si azzardò ad esplorare quell'area sostanzialmente ancora proibita – un appetibile bersaglio per chi era affetto da una forte nostalgia del rito inquisitorio; e specificamente dei tempi felici in cui il difensore era sostanzialmente estromesso dalla assunzione probatoria, riservata a giudici e pubblici ministeri, in quelle condizioni – e nel tripudio della estromissione della stessa funzione difensiva – più comprensibilmente uniti da una stessa carriera professionale.

Nei primi anni di applicazione del codice del 1988, i tentativi, di alcuni avvocati, di dare puntuale attuazione alla proclamata effettività della difesa e al suo ruolo dinamico nella formazione della prova, venivano variamente quanto inesorabilmente stigmatizzati dalla prassi giudiziaria e dalla giurisprudenza di legittimità. Emblematica, al proposito, è una sentenza tristemente nota, e

puntualmente riportata in tutti i commentari codicistici dell'epoca, della sezione feriale della Corte di cassazione (18 agosto 1991, imputato Burrafato); secondo la quale, addirittura, le indagini difensive dovevano essere "canalizzate" presso l'ufficio del P.M., organo multifunzionale e deputato, ex art. 358 c.p.p., a svolgere investigazioni anche in favore dell'indagato...

Un brutto capitolo della storia giudiziaria dei tormentati anni novanta riguarda, del resto, le insensate incriminazioni di difensori che intesero avvalersi della generica opzione normativa de qua, affrettatamente accusati di favoreggiamento magari sulla scorta di acquisizioni investigative contrastanti con quelle effettuate dalla polizia giudiziaria. Il tutto nel rimpianto di un monopolio probatorio di inquirenti e giudicanti che escludeva i soli avvocati.

Per la verità, questa resistenza si riscontra ancora, e persino in una decisione a sezioni unite della Corte di legittimità (27-6-06, n. 32009, rel. Fiale), insolitamente assunta in assenza di contrasto giurisprudenziale tra le sezioni semplici, e a tenore della quale il difensore che verbalizza in sede di indagine difensiva sarebbe un pubblico ufficiale, mentre il verbale stesso sarebbe atto pubblico. Invero, la violazione dell'obbligo di documentazione integrale delle dichiarazioni ricevute, peraltro immediatamente e decisamente stigmatizzata dalla classe forense, come risulta dalle relative regole deontologiche, non può giustificare interpretazioni giurisprudenziali secondo cui la violazione di questo, pur fondamentale, precetto comporterebbe la configurabilità del delitto di falsità ideologica, così affibbiandosi al difensore la deformante qualità di pubblico ufficiale, inesorabilmente destinata – sul piano oggettivo e al di là dalle intenzioni, certamente nobili – a diffidarlo dall'avvalersi del diritto ad indagare. La pur indiscutibile necessità di introdurre una fattispecie penale per il difensore, comunque spesso perseguibile anche per favoreggiamento, che verbalizzi falsamente le dichiarazioni ricevute, o qualunque altra circostanza da lui constatata durante un'indagine difensiva, non può certo tradursi in una penalizzazione della sua funzione.

Soltanto undici anni dopo l'entrata in vigore del codice Pisapia-Vassalli, in aderenza alle pressanti proteste degli avvocati penalisti (e al loro progetto di legge, in larga parte utilizzato dal legislatore), la legge 7-12-2000 n. 397 ha disciplinato e quindi ampliato i poteri di investigazione, aprendo nuovi scenari alla funzione del difensore. Essa non solo autorizza, ma talora persino esige che l'avvocato, pronto a districarsi tra le varie facoltà offertegli dalla disciplina, individui quelle che gli permettano di adempiere agli obblighi derivanti dal mandato professionale, e – soprattutto – sia in grado di attuarle correttamente.

Come spesso avviene, la normativa non fornisce risposte puntuali ad ognuna delle numerose perplessità che sorgono in fase applicativa. In alcune parti essa va interpretata, e quindi applicata, con saggezza e sagacia, anche per raggiungere un reale amalgama con il sistema processuale complessivo. Inoltre, alcuni aspetti della problematica inerente alle indagini della difesa non vengono affrontati, così rimanendo necessariamente affidati a una “integrazione” giurisprudenziale ancor più creativa e non sempre illuminata.

Senza procedere, in questa sede, alla elencazione non breve di lacune ed incongruità della disciplina in argomento, è emblematica la sostanziale limitazione del tempestivo svolgimento delle investigazioni difensive. Tale deve ritenersi la vigente disciplina della informazione di garanzia *ritardata* (e anzi non prevista finché – a meno che – non si compiano atti “garantiti”). Questa limitazione, solo parzialmente rimediata dal diritto alle indagini difensive preventive (le quali, peraltro, non consentono un intervento del magistrato che risolva le frequenti indisponibilità dei terzi), è in contrasto con la lettera e con la *ratio* dell’art. 111 della Costituzione, nonché radicalmente ispirata all’opposto principio della *segretezza dell’indagine pubblica*. Una regola della quale (ad esclusione di un numero minimo di casi in cui il segreto è indispensabile, per i quali potrebbero prevedersi motivate eccezioni) non si coglie motivazione diversa da quella di lasciar fuori il più possibile la difesa dal procedimento.

Al fine di fornire validi suggerimenti, anche di tipo strategico, ai difensori interessati alle investigazioni, va registrato positivamente l’intervento deontologico degli avvocati penalisti, i quali hanno ottenuto che le regole elaborate dalla loro associazione professionale (l’Unione delle camere penali italiane) venissero recepite nel Codice deontologico forense varato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 (si veda principalmente l’art. 52). Queste norme hanno certamente il merito di offrire ai difensori ulteriori preziose istruzioni, cui attenersi nella complessa individuazione della condotta concretamente permessa, o richiesta, dalla disciplina normativa. È significativa al proposito la stessa denominazione (*regole di comportamento*), tesa ad evidenziare come, insieme alle indicazioni prettamente deontologiche, si sia colta l’occasione per suggerire i comportamenti più opportuni.

2. *Diritto di difesa, Giusto Processo e prova scientifica*

Il diritto di difesa, già carente per tanti versi (come in parte si è detto nel precedente paragrafo), finisce col comprimersi ulteriormente di fronte alla prova scientifica, sempre più diffusa e spesso determinante nel processo. La

sua legittimità e la sua validità sono invero sottoposte, sotto questo profilo, almeno a queste tre condizioni:

a) rigorosa aderenza – per quel che ragionevolmente può pretendersi – ai canoni scientifici di riferimento che, per quanto attenga alle nostre conoscenze, siano obiettivi e comunque condivisi dalla comunità;

b) rispetto del contraddittorio sia nella fase dell'assunzione, sia in quella della valutazione della prova;

c) parità delle parti. E intanto che si raggiunga un simile obiettivo, decisamente lontano, quantomeno seria riduzione della palese disparità tra le parti, ovvero concreto accesso, da parte della difesa di ciascun imputato, alle tecnologie più avanzate.

Verosimilmente, la prima condizione viene abitualmente rispettata, mentre la seconda può esserlo un po' di più.

Ben altri ostacoli si riscontrano invece a proposito della terza condizione. In ordine alla quale va subito detto come sia squilibrato il confronto tra le opzioni della difesa e quelle dell'accusa. Tanto da poter determinare un involontario ma consistente handicap per l'imputato. Il pubblico ministero, invero, legittimamente e anzi diligentemente, si avvale delle strutture investigative più raffinate e sofisticate. La difesa, invece, si arrangia come può. In maniera approssimativa, di solito, persino in quelle rare eventualità in cui l'interessato disponga dei mezzi economici per rivolgersi a qualsiasi esperto. Non esistono, per quanto consti, ad eccezione di quelle pubbliche e specificamente di quelle di polizia giudiziaria, strutture investigative scientifiche private o accessibili al privato di buona qualità, per uomini e mezzi.

Accantonando per un momento il ben più grave svantaggio di chi non può permettersi nemmeno di rivolgersi a un consulente tecnico, deve comunque riconoscersi che nessun collegio di esperti, tra quelli disponibili a prestare la loro attività in favore di privati in grado di sostenerne gli oneri, può minimamente competere con un R.I.S. (Reparto Investigazioni Scientifiche) dei Carabinieri o con la corrispondente compagine specialistica della Polizia; non mi sembra che se ne possa dubitare.

Metaforicamente, è come se l'accusa, assolutamente al passo coi tempi, utilizzasse un computer modernissimo mentre una difesa troglodita deve accontentarsi di un pennino ad inchiostro, e nei casi fortunati di una stilografica. Né basterebbe obiettare che comunque il pubblico ministero, come la polizia giudiziaria, persegue la verità, e magari che ciò favorisce la giustizia, a beneficio anche della difesa qualora ve ne siano le premesse. Una simile osservazio-

ne, apparentemente ragionevole, equivarrebbe alla teorizzazione autoritaria della superfluità della funzione difensiva, addirittura assorbita da quell'organo d'accusa multifunzione di cui s'è già detto. L'evidente aberrazione di una simile ipotesi è tale da non consentire di argomentarne ancora.

Esclusa una simile stravaganza, non possiamo evitare di chiederci se questo innegabile squilibrio tra accusa e difesa possa esser tollerato, o peggio autorizzato, voluto dal sistema. D'altra parte, può onorarsi una parità tra le parti, solennemente proclamata dall'art. 111 della Costituzione, fino a quando l'eccellenza della struttura scientifica sia riservata alla parte pubblica, mentre quella privata, per definizione la parte debole del processo, sarà costretta ad accontentarsi di quel poco che ... passa il governo (dal difensore d'ufficio, spesso non motivato né preparato, a quello pagato dallo stato, con gli irragionevoli confini della fruizione di questa inadeguata provvidenza)?

Una difesa povera soffre sempre e comunque dei suoi limiti. Ciò vale ancor più quando i limiti vengano aggravati dall'esigenza di affrontare nel contraddittorio una prova scientifica. La cui rilevanza è solitamente elevata.

U fattu è nenti, è comu si cunta ... insegna un proverbio siciliano assai saggio e pertinente, sebbene probabilmente sorto al di fuori dal contesto processuale. Ciò vale di più, per la difficile contestazione di quel che si "cunta" al giudice, se io dispongo di un diplomato all'istituto tecnico e il mio antagonista invece si sta avvalendo di un biologo della caratura scientifica di un ufficiale del R.I.S. Si dirà: quel che riferisce quest'ultimo è oggettivamente più attendibile. È vero. Ma ciò dimostra che la mia tesi difensiva è già tagliata fuori, condannata a soccombere di fronte a quella del mio antagonista prima ancora di essere esposta. E ciò perché non dispongo del contributo di un esperto qualificato. Appunto.

Dovremmo anche chiederci come possa comportarsi il più professionale degli ufficiali di P.G. quando il suo mandato, in forza di una precisa delega di indagini oppure di un incarico peritale ben determinato, non comprende, o addirittura non consente, accertamenti utili per la difesa. Che magari potrebbe avere qualche notizia o qualche idea in più con riguardo alla direzione delle indagini.

3. *Fantasticando un po': il Garante della difesa*

Einstein sosteneva che l'uomo invecchia quando in lui i rimpianti superano i sogni. Sono convinto che l'avvocato ha il dovere professionale, e persino deontologico, di "crederci" nella sua affascinante funzione. Ché altrimenti, se

fosse scettico, ovvero convinto della impossibilità di ottenere giustizia, non dovrebbe accettare incarichi. Essendo quindi, di fronte alle innumerevoli magagne del sistema, propenso a non rassegnarsi alla mestizia della realtà giudiziaria, magari piuttosto sognando il più possibile per riprendersi un po', il difensore beneficia addirittura di un *elisir di lunga vita*. Peraltro, per quanto possa esser bendisposto, non gli è possibile rimpiangere alcunché.

Di certo non il rito inquisitorio, decisamente illiberale sebbene negli ultimi lustri della sua lunghissima vita, verosimilmente in omaggio ... alla teoria della relatività (per rimanere in compagnia di quell'illustre scienziato evocato poc'anzi), fu ritenuto persino "garantito"; ma francamente nemmeno i primi anni (un paio di lustri, circa) di attuazione del codice vigente, per niente entusiasmanti, giustificano rimpianti e nostalgie. Al contrario, dell'una esperienza e dell'altra vorremmo dimenticarci, anche per esorcizzare la paura, sempre incombente, di un dissennato ritorno al passato.

È pur vero che recentemente qualcosa è stata restituita al diritto di difesa, grazie ad interventi normativi più ortodossi e in linea con i canoni costituzionali. Si pensi alla legge n. 397 del 7-12-2000, appunto sulle investigazioni difensive; e soprattutto alla modifica dell'art. 111 della Costituzione, con la introduzione dei principi del Giusto Processo, precedentemente, e pressoché vanamente quanto alla loro applicazione italiana, previsti solo dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Lo sappiamo tutti, la strada è ancora lunga e tortuosa. Specialmente perché ogni crimine efferato (e purtroppo non ne mancano affatto) per i nostri uomini politici di ogni estrazione può divenire il forsennato pretesto per conseguire meriti presso gli elettori; e i meriti, alla ricerca perenne di un consenso spesso irrazionale, sono – a destra e a sinistra – i rafforzamenti delle pene e le erosioni dei diritti, in un duetto delirante che finisce con l'affievolire il patrimonio costituzionale di tutti.

Benché molto maltrattato dalle intemperie della politica giudiziaria, il buon senso – per dirla con Alessandro Manzoni – c'è ancora, seppure si nasconde per paura del senso comune; e tornerà sicuramente a prevalere. Nel frattempo, senza perciò rinunciare a batterci per l'attuazione dei principi costituzionali, ben potremo sognare. Magari approfittando del fatto che, almeno in una dimensione irrealistica, non dobbiamo fare i conti né con il bilancio dello stato, sempre avaro e amaro per la giustizia, né con le logiche bizzarre della nostra politica.

Accantonato per un attimo l'impetoso richiamo alla realtà, potremmo sognare anche liberamente, in attesa che il legislatore di turno si accorga come

la nostra bella Costituzione sia in parte, e in parte significativa, rimasta virtuale; o meglio, posto che se ne sarà accorto di sicuro, decida di renderle onore. Imboccata una strada priva di insidiose buche e tornanti pericolosi, potremmo anche indirizzarci verso qualche obiettivo ambizioso, forse non irragionevole (del resto, come dar torto a G.B. Shaw, secondo cui tutto il progresso dipende dall'uomo irragionevole?).

Sta di fatto che la Difesa, quella con una maiuscola oggi comprensibilmente in disuso, segna il passo da tempo nei nostri tribunali. La sua effettività e la sua qualità, in particolare, sono a dir poco mediocri. La miseria di molti mestieranti rischia di sovrapporsi alla nobiltà dell'Avvocatura. Ciò dipende da vari fattori, omissivi e commissivi. Essenzialmente, ma non esaustivamente: la scadente professionalità dei difensori; le inadeguate o improvide previsioni normative, spesso in contrasto con la Carta costituzionale; la mancanza di risorse sufficienti per il funzionamento delle già scarse provvidenze in favore dei non abbienti; la resistenza "culturale" a un ruolo attivo del difensore da parte di avvocati pigri e magistrati nostalgici del loro tradizionale monopolio probatorio; le sistematiche violazioni anche deontologiche degli uni e degli altri; le conseguenti prassi illecite e deformanti di una funzione la cui patologia cresce a dismisura anche a causa della inondazione stagionale di nuovi iscritti, abilitati annualmente a migliaia indipendentemente dal fabbisogno, peraltro da tempo saturo.

L'allarme è tale da indurci ad impegnarci alla ricerca di una soluzione. Che chi scrive non pretende di poter proporre, ritenendo al contrario che queste riflessioni siano uno stimolo, se si vuole una provocazione, piuttosto che una soluzione. Ci si riferisce, in definitiva, ad un organismo autorevole, agile ed efficace, composto da avvocati e magistrati insigni, illustri docenti di diritto, presidenti emeriti della Corte costituzionale, del Consiglio nazionale forense e della Corte di cassazione, con il compito di tutelare l'effettività della difesa, tenendo conto di tutte le avversità ora elencate. Un "*Garante della Difesa*", insomma, che approfondisca il fenomeno, elabori soluzioni e le proponga autorevolmente agli organi istituzionali competenti, in sede legislativa e disciplinare innanzitutto. E che poi sorvegli sulla applicazione delle regole, provvedendo al meglio nelle tante occasioni in cui ciò sia necessario.

Tradizionalmente, tra le questioni irrisolte della costituzionalità del processo spicca quella che potrebbe imputarsi alla inadeguatezza delle misure volte ad assicurare il diritto di tutti a una difesa vera. Omettendo in questa sede di considerare l'ingiustizia del cosiddetto "doppio binario", ovvero di quella disparità di trattamento sia processuale che detentivo riservata a presunti inno-

centi, tuttavia di fatto sottoposti ad afflizioni ingiuste anche per condannati definitivi, è qui evidente una disuguaglianza connessa alle condizioni personali degli utenti, specificamente a quelle economiche. Qui si prescinde, naturalmente dagli equilibrismi della Consulta, alla quale non manca la capacità di vestire di dotte alchimie le sue decisioni.

I non abbienti e i meno abbienti, infatti, difficilmente possono affrontare le spese legali, ancora più onerose qualora sia necessario per una difesa piena avvalersi delle prestazioni professionali, oltre che dell'avvocato, del consulente tecnico e/o dell'investigatore privato. Sono state sperimentate soluzioni varie, attuate malamente però anche a causa di una insufficiente professionalità della classe forense (afflitta, spiace ripeterlo, da una obesità patologica alla quale non si pone ancora rimedio), e rivelatesi comunque inadeguate: il patrocinio a spese dello stato, ad esempio, con vistose carenze e per di più limitato ai cittadini con un reddito inferiore alla soglia della povertà. A non dire altro (e omettendo in particolare di sottolineare la piaga delle scorrettezze messe in atto da certi avvocati), è emblematico il caso in cui quel reddito appena superiore alla soglia prevista (meno di mille euro al mese) dovesse sostenere la falcidia, talora anche rilevante, delle spese del giudizio, magari scaturito da un'accusa ingiusta, come capita. Infatti, a sostenere le spese del giudizio deve provvedere il malcapitato imputato, anche se in tal modo, con quell'onere aggiunto al suo scarno profitto, lo stesso finisce con il precipitare in una povertà di molto maggiore.

Addirittura, a meno che non si tratti di ingiusta detenzione (la cui "riparazione", peraltro, meriterebbe un discorso a sé, non proprio lusinghiero per le restrizioni della nostra giurisprudenza), non è previsto nessun indennizzo per l'imputato che venga poi assolto, sia pure con la più ampia formula. Lo stato lo ha processato ingiustamente, causandogli non di rado gravi scompensi non solo economici, eppure nulla gli deve. Si stenta a crederlo, ma di danni non può parlarsi, e le stesse spese del giudizio non vengono affatto risarcite; anzi, peggio ancora, non se ne consente nemmeno la detrazione dai redditi, viceversa ammessa ad esempio per le spese mediche. Le quali, peraltro, non dipendono da una iniziativa poi rivelatasi ingiusta della Pubblica Amministrazione.

Forse potrebbe ridursi, almeno per una larga porzione, questa bruttura così lampante, ancor più intollerabile in un settore che dovrebbe essere sempre esemplare. Nel bilancio ministeriale si dovrebbero prevedere – anche fuori dalla dimensione onirica, e quale che sia il rimedio adottato, purché finalmente efficace – fondi appositi per garantire una gestione accettabile del rapporto

del cittadino con l'amministrazione giudiziaria. Comunque, ove si condividesse la necessità di un rimedio di questo tipo, l'indisponibilità di idonee risorse non sarebbe un argomento valido, né tanto meno immutabile. A questo proposito, tuttavia, è preferibile ricordarsi di essersi immersi in una dimensione onirica che tutto consente.

In definitiva, si tratterebbe anche di una sorta di mutuo soccorso per chi si imbatte nella tragica necessità di difendersi nel processo penale senza averne i mezzi (e in attesa che l'autorità giudiziaria si pronunci sulla sua innocenza, intanto presunta).

Il "Garante della Difesa" potrebbe arricchirsi, in seno alla sua organizzazione, di una commissione qualificata che valuti il caso, con particolare riguardo alle concrete difficoltà dell'interessato a difendersi adeguatamente. Consulenti e investigatori, se ritenuti opportuni, oltre che avvocati, dovrebbero rimanere a carico dello stato. E ciò, a rifletterci bene, indipendentemente dall'esito del processo, dato che esso deve comunque celebrarsi garantendo una difesa autentica. Che, appunto, è innanzitutto un'esigenza della società civile.

Il Garante dovrebbe vigilare sul processo penale, nonché sulla esecuzione della pena (spesso trascurata e ancor più lontana dai principi di diritto), per combattere la diffusa disapplicazione delle regole e la degenerazione della prassi, allo scopo tanto ambizioso quanto irrinunciabile di assicurare sempre una difesa effettiva e per tutti. Comunque la si voglia concepire e denominare, occorre una istituzione ben attrezzata che si occupi della tutela dell'autentica legalità nel giudizio, almeno per tutto quanto riguarda la difesa.

Una preoccupazione ce l'avrei, anche prima di risvegliarmi. E si traduce nella opportunità di garantire il Garante dalla aspirazione subliminale di alcuni all'ambiguo e infido ufficio pubblico del difensore, ciclicamente rispolverato dai tanti nemici illiberali di un'avvocatura libera. Occorrerebbe innalzare forti barricate a tutela dell'autonomia di una simile struttura e di quel che si intenderebbe tutelare. Ma nemmeno questo ci dovrebbe scoraggiare. Anche perché, nel nostro paese, chi si ostina a difendere e a reclamare la legalità di barricate e trincee si deve occupare quotidianamente, e non sempre lo fa invano.

Ad esempio, potrebbe escludersi il ricorso a professionisti "interni", semplicemente prevedendo che l'incarico difensivo, comprensivo – se del caso – di consulente e/o investigatore, sia comunque conferito dall'interessato secondo la preferenza da lui espressa in un sacrosanto rapporto fiduciario. Ma, giova ripeterlo, qui non c'è alcuna ambiziosa pretesa di sfornare soluzioni, bensì, più realisticamente, di promuovere un dibattito.

Per chi ha la responsabilità politica di decidere non sarebbe difficile nemmeno, per la verità, motivare un rigetto di questa proposta, cominciando proprio dalla carenza cronica di fondi adeguati. Forse sarebbe inutile ricordare che altri Garanti, di diritti non più importanti di quello di difesa, funzionano da diversi anni, e non senza oneri. Al proposito, e incidentalmente, deve segnalarsi come, proprio su iniziativa del Garante della privacy, sia stato appena approvato dalle associazioni e istituzioni forensi il Codice deontologico delle indagini difensive nel trattamento dei dati personali. Esso entrerà in vigore il 1° gennaio 2009.

Si dovrebbe, in ogni caso, riconoscere almeno che le premesse e le ragioni di questi auspici sono ampiamente giustificate. Se non altro, per cominciare a progettare strade diverse, sicuramente migliori. Cominciarne a parlare sarebbe un piccolo passo avanti in direzione del sistema ideato dalla Costituzione. Il che non fa mai male.

Prossimamente in libreria

prof. CRISTINA DE MAGLIE

Università di Pavia, Institute for Legal Research - University of California, Berkeley

HA UN FUTURO LA PENA DI MORTE NEGLI STATI UNITI?

*A proposito del volume di Franklin Zimring,
The Contradiction of American Capital Punishment*

Il 16 aprile 2008 la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la sentenza *Baze v. Rees* (553 U.S.), ha dichiarato costituzionalmente legittima la pena di morte eseguita con il metodo dell'iniezione letale.

Si badi: la decisione non si è soffermata sul problema della costituzionalità della pena di morte in sé. La questione era un'altra e riguardava la legittimità del metodo di esecuzione con iniezione letale.

La sentenza ha respinto il ricorso inoltrato da due condannati a morte dello Stato del Kentucky, secondo i quali l'esecuzione con iniezione letale, attualmente realizzata con la combinazione di tre sostanze (un sedativo, che dovrebbe far perdere coscienza al condannato; il pavulon, che paralizza i polmoni e il diaframma; il cloruro di potassio, che infine provoca l'arresto cardiaco) è in contrasto con l'ottavo emendamento della Costituzione americana, che stabilisce il divieto di "punizioni crudeli e inusuali".

Il ricorso insiste sulla *disumanità* di questo metodo di esecuzione: esiste infatti un rischio elevato che la prima sostanza non venga correttamente iniettata, che il condannato rimanga cosciente, ma che la somministrazione delle altre due provochi un blocco delle funzioni neuromuscolari e respiratorie; il condannato patisce così sofferenze lunghe e atroci.

Ma la Corte, tra cui siedono cinque giudici cattolici, ha risposto a larga maggioranza di no.

È vero che alcuni giudici hanno sottolineato che il problema della legittimità della pena di morte è "altamente controverso"; che comporta "seri rischi" come quelli di "giustiziare la persona sbagliata, i rischi di un ingiustificato *animus*, ad esempio verso la razza delle vittime; i rischi che i condannati rimangano nel *Death Row* per molti anni, forse anche per decenni" e che "il caso in esame produrrà un dibattito [...] sulla giustificazione della pena di morte in sé e per sé". Ma il riconoscimento dell'*umanità* dell'esecuzione per iniezione letale pesa – per dirla come Antonio Cassese – come "un macigno sulla strada della moratoria", deliberata recentemente in sede O.N.U., e riapre, come afferma Giorgio Marinucci – un "fossato profondo" tra i Paesi europei che da tempo hanno abolito la pena capitale e gli Stati della confedera-

zione statunitense: trentasei su cinquantuno continuano infatti ad applicare la pena di morte.

Le cifre fornite dal *Death Penalty Information Center* parlano da sole: dopo il 1976, anno in cui la sentenza *Gregg v. Georgia* ha restaurato la pena di morte, alla data del 16 giugno 2008, questo è il bilancio: 1105 giustiziati e 3623 persone in attesa di esecuzione nel braccio della morte. Si pensi, inoltre, che solo nel 2005 la Corte Suprema, nella sentenza *Roper v. Simmons*, ha abolito la pena di morte per i minori e che solo nel 2002, nella decisione *Atkins v. Virginia*, ha ritenuto illegittima l'esecuzione di soggetti malati di mente.

Su questo sfondo sconcertante esce in Italia, per la casa editrice *Il Mulino* la traduzione del libro di Franklin Zimring, *The Contradiction of American Capital Punishment*, pubblicato negli Stati Uniti nel 2003 e che segue da poco l'edizione cinese.

Il grande penalista americano, noto in tutto il mondo per le sue ricerche in campo criminologico, per i suoi studi fondamentali sul sistema sanzionatorio e sulla giustizia minorile, affronta, con questo libro, uno dei temi più delicati e inquietanti della politica criminale statunitense: quello della pena di morte e delle ragioni della sua persistenza, nel Paese che si gloria di essere la più grande democrazia del mondo. Frank Zimring indaga sulle radici storiche e culturali che consentono tuttora che la maggior parte degli Stati della Confederazione ammetta il *capital punishment*.

Gi Americani, si sa, da sempre si vantano del loro “*exceptionalism*”, che in molti campi li rende superiori e più avanzati rispetto agli altri Paesi dell'Occidente. In questo caso, però, c'è poco da vantarsi: in tema di pena di morte, l'“*exceptionalism*” li mette sullo stesso piano di sistemi musulmani come l'Iraq e l'Iran, quei sistemi che il governo Bush ha chiamato “incivili, barbari e assassini” e a cui “bisogna insegnare la pace e la democrazia”!

I libri sulla pena di morte negli Stati Uniti sono numerosi: si pensi alle approfondite indagini di Hugo Adam Bedau degli anni Novanta, e all'interessantissima analisi di Stuart Bannert del 2002, che ricostruisce la storia della pena di morte americana dal 1700 ad oggi.

Quello di Zimring non è solo “un altro” contributo sulla questione, non è semplicemente un libro “nuovo”, che completa la ricchissima bibliografia sul tema. Zimring, in quest'opera, affonda uno sguardo lucido e tagliente nelle maglie del sistema giuridico, politico e culturale americano, mettendone a nudo incongruenze e tabù.

Dalla sua analisi spietata emerge l'immagine di un sistema contraddittorio, perché in esso coesistono e vivono due culture ben consolidate: quella della

pena di morte e quella del *due process*, con i suoi valori ben radicati di democrazia e di ipergarantismo.

Questa drammatica schizofrenia del sistema statunitense ha radici antiche e profonde nella cultura del Paese: la pena di morte sopravvive in America – dice Zimring – perché ha subito una sorta di “trasformazione simbolica”. Le esecuzioni non vengono tanto considerate come una mera manifestazione del potere punitivo dello Stato, ma sono viste come un “servizio personale” dovuto alle vittime del reato e ai loro cari.

In altre parole, negli ultimi venti anni, il significato e gli scopi del *capital punishment* hanno subito una metamorfosi da sanzione pubblica di controllo della criminalità, a rimedio privato, per dare conforto personale e psicologico alle vittime del reato: la c.d. “closure”, dice Zimring, è un “sistema di valori”; nel suo “programma di servizio per le vittime” va rinvenuta una ragione forte della legittimazione della pena capitale da parte del 70% dell’opinione pubblica. Ma alla base dell’attaccamento del sistema alla pena di morte, vi è anche un altro fattore fondamentale, che Zimring mette in luce: l’adesione alla cultura dei “*Vigilanti*”, con i loro valori di giustizieri privati, la loro etica della vendetta e dell’oppressione razziale. Non è un caso – riferisce Zimring – che gran parte delle esecuzioni avvenga negli Stati del Sud, dove maggiormente erano diffusi, tra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo, i gruppi di “*Vigilanti*”, gli eredi della tradizione del linciaggio. I “*Vigilanti*” rifiutano la giustizia realizzata dallo Stato, percepito come lontano, indifferente, addirittura ostile: si incaricano “loro” di “fare giustizia”, sentendosi più vicini ai principi e ai bisogni espressi dalla comunità di cui fanno parte.

L’idea di Zimring è che l’abbarbicamento del sistema statunitense alla pena di morte sia la dimostrazione di un *conflitto* drammatico tra i valori garantistici esaltati dal *due process* e quelli espressi dall’ideologia dei “*Vigilanti*”, altrettanto profondamente radicati nell’*ethos* americano.

A questo punto Zimring si interroga sul futuro della pena di morte negli Stati Uniti. L’auspicio “dell’inizio della fine” (“*the beginning of the end*”) fa leva su di una serie di fattori di politica criminale: l’influenza delle scelte abolizioniste operate da tutti i paesi sviluppati, finora “spudoratamente ignorate” in America; l’avvento di Presidenti in grado di orientare le linee di politica generale del Paese con la nomina di membri *liberal* della Corte Suprema e con una maggioranza congressuale omogenea.

Questo auspicio potrebbe trasformarsi in realtà con la nuova presidenza Obama, ispirata ai valori democratici di libertà e tolleranza e ad una maggiore considerazione per la tutela dei diritti umani.

Ma soprattutto – afferma Zimring – è necessario un cambiamento radicale della cultura e della identità nazionale. Si tratta di un cammino lungo e faticoso, il cui esito non è sicuro ma che, secondo l'autorevole studioso, *si deve fare*: il superamento delle contraddizioni e “la cessazione del conflitto”, che permettono alla pena di morte di vivere “significherà che viviamo in un Paese diverso”.

Con queste riflessioni si conclude il libro di Frank Zimring. Si tratta di un'indagine profonda, provocatoria e originale, corredata da un'impressionante esposizione di dati e di statistiche, che confermano, con dura chiarezza, le tesi dell'Autore.

Un'opera fondamentale, non solo per studiare il sistema sanzionatorio statunitense, ma per capire la cultura americana, con tutte le sue drammatiche contraddizioni.

Un libro destinato a diventare un classico.

Finito di stampare nel mese di marzo 2009
in Pisa dalle
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore Fausto Giunta

Comitato scientifico

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

Periodicità annuale, costo singolo numero € 40,00 - abbonamento: € 35,00

Abbonamento per l'estero: € 50,00

Da rispedire a: Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19 I-56126 PISA
tel. (+39) 050-29544-503868 - fax. (+39) 050-20158

- Desidero sottoscrivere un abbonamento alla rivista
Criminalia. Annuario di scienze penalistiche

Il pagamento sarà effettuato:

- Contrassegno
 Versamento sul Conto Corrente Postale n. 14721567 intestato a
Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
 Bonifico bancario sul CC n. 000002427102 ABI 06200 CAB 14011,
Cassa di Risparmio di Pisa, Piazza Dante, 1.
 Carta di credito: EuroCard Master Card VISA
Carta n.
Data di scadenza

I volumi devono essere inviati a:

Nome e Cognome

Indirizzo

Eventuale fattura da intestare a:

cod. fisc.

Data

Firma

L'Editore garantisce la massima **riservatezza dei dati forniti** dagli abbonati
e la possibilità di chiederne gratuitamente la modifica o la cancellazione. (D.Lgs. n. 196/2003)

● Primo piano

GEORGE P. FLETCHER *La giustizia è importante per il diritto di guerra?*

DAVID GARLAND *Abuso penale ed eccedenza di significato. I linciaggi come tortura pubblica nell'America del Ventesimo Secolo*

MARIO PISANI *La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia (1921)*

● Il punto su... *Laicità e diritto penale*

STEFANO CANESTRARI, FRANCESCA FAENZA *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*

GIOVANNI FLORA *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*

EMANUELE LA ROSA *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*

● Il punto su... *Colpa e tipicità*

FAUSTO GIUNTA *La legalità della colpa*

DARIO MICHELETTI *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*

● Opinioni a confronto

La separazione delle carriere. Nota introduttiva di Renzo Orlandi. Ne dibattono: ORESTE DOMINIONI-LUCA PALAMARA – *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo. Nota introduttiva di Giovanni Canzio. Ne dibattono:* ENRICO MARZADURI-GIOVANNI SILVESTRI – *Il concorso esterno in associazione mafiosa. Nota introduttiva di Stefano Canestrari. Ne dibattono:* FRANCESCO MAURO IACOVIELLO-GAETANO INSOLERA

● Antologia

ELISABETTA ANTONINI *Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale* – MARTA BERTOLINO *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?* – LUCIA CORSO *Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune* – JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER *Immunità politiche e privilegi nel processo penale spagnolo. Inammissibili violazioni del principio di uguaglianza davanti alla legge* – MARIO LA ROSA *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale* – CATERINA PAONESSA *La disciplina delle direttive anticipate di trattamento: uno sguardo all'esperienza straniera* – HANS-HEINER KÜHNE *La strumentalizzazione della verità e della sua ricerca nel processo penale* – VITO VELLUZZI *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*

● Riflessioni forensi

ETTORE RANDAZZO *Investigazioni difensive e prova scientifica. Un garante per la difesa*

● Prossimamente in libreria

CRISTINA DE MAGLIE *Ha un futuro la pena di morte negli Stati Uniti? A proposito del volume di Franklin Zimring, *The Contradiction of American Capital Punishment**

www.edizioniets.com/criminalia

40,00

ISBN 978-884672342-0



9 788846 723420