

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2006



primo piano

*L'incerta identità delle Corti penali internazionali
Biodiritto e problematiche di fine della vita*



il punto su

*Diritto penale e diritto europeo
Principio di precauzione e diritto penale
Consenso informato e direttive anticipate*



riflessioni su

Francesco Carrara letto oggi



attualità

*Malattia mentale e controllo sociale - Intercettazioni
Regole di esclusione e nuove tecnologie - Falso in bilancio*

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Direttore

Fausto Giunta

Comitato scientifico

Stefano Canestrari, Adolfo Ceretti,
Cristina De Maglie, Luciano Eusebi,
Fausto Giunta, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Francesca Ruggieri

Redazione

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2006



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2007
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 978-884671772-6

INDICE

Primo piano

MIRJAN DAMAŠKA
L'incerta identità delle Corti penali internazionali 9

FERRANDO MANTOVANI
Biodiritto e problematiche di fine della vita 57

Il punto su... Diritto penale e diritto europeo

GIOVANNI GRASSO
La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo 93

PETRA VELTEN
Diritto penale europeo 125

Il punto su... Principio di precauzione e diritto penale

GABRIO FORTI
“Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione 155

FAUSTO GIUNTA
Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione 227

Il punto su... Consenso informato e direttive anticipate

LUCIANO EUSEBI
Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari 251

DAVIDE TASSINARI
Gli attuali progetti di legge sul così detto “testamento biologico”: un breve sguardo d'insieme 265

Riflessioni su... Francesco Carrara

RENZO ORLANDI
Rito penale e salvaguardia dei galantuomini 293

MICHELE PAPA
L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale 311

Attualità

ADOLFO CERETTI, ROBERTO CORNELLI
Malattia mentale e controllo sociale: nuove configurazioni all'inizio del nuovo millennio 323

GUIDO LO FORTE
Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa 351

STEFANO MARCOLINI
Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie 387

SERGIO SEMINARA
Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale 431

Primo Piano

prof. MIRJAN DAMAŠKA
Università di Yale

L'INCERTA IDENTITÀ DELLE CORTI PENALI INTERNAZIONALI (*) (**)

SOMMARIO: Introduzione. – I. Il problema degli scopi. - A. Obiettivi contrastanti. - B. Difficoltà di obbedire a Clio. - C. Assenza di una classificazione. – II. L'impatto del sistema processuale. - A. Storiografia accusatoria. - B. La voce delle vittime. - C. L'obiettivo educativo. – III. Le vie di miglioramento. - A. Riforma processuale. - B. Riduzione delle aspirazioni. - C. Esaltazione dell'obiettivo educativo. – IV. Le obiezioni alla funzione educativa. – A. Il dilemma del pubblico a cui ci si rivolge. - B. Concezioni sostanziali problematiche. - C. Restringere l'oggetto del processo. - D. Selettività dell'esecuzione. - *Post scriptum*.

Introduzione

La recente proliferazione di corti penali internazionali ha indotto gli attivisti dei diritti umani e i sostenitori della giustizia penale internazionale a fare gesti di trionfo. La loro gioia è immediatamente comprensibile, dal momento che tali corti hanno dotato di denti – benché soltanto di denti da latte – le norme che delineano le condotte punibili dal punto di vista internazionale. Il risultato è stato quello di mettere seriamente in dubbio l'idea che tali tentativi di far osservare la legge penale internazionale siano goffe invasioni da parte di gente in toga e parrucca entro un'area che dovrebbe invece essere lasciata aperta alle forze politiche¹. A dispetto della soddisfazione dei sostenitori della giustizia penale internazionale, tuttavia, sarebbe sbagliato chiudere gli occhi davanti ai gravi difetti delle corti penali internazionali. Tali debolezze sono nocive per l'evoluzione delle corti e per la loro ancora fragile legittimazione.

* Questo saggio costituisce lo sviluppo della *lectio doctoralis* tenuta dall'autore presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 maggio 2006 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*.

** Traduzione dall'inglese a cura di Roberta Valmachino, dottoranda di ricerca in diritto penale italiano e comparato nell'Università di Pavia.

¹ La convinzione che la legge non possa legare le mani di coloro che sono coinvolti in un conflitto armato è di antica tradizione, sintetizzata nell'aforisma latino *inter arma silent leges*. Una versione moderna di questa idea sostiene che sia futile usare la legge e i principi morali nel giudicare i conflitti armati. Carl Schmitt è stato probabilmente il più noto esponente di questa filosofia nello scorso secolo. Si veda CARL SCHMITT, *The Concept of the Political*, pp. 46-49 (trad. a cura di G. Schwab, 1996).

È pur vero che alcune di queste debolezze sono oggi inevitabili. Dal momento che non esiste ancora un gruppo di efficaci istituzioni sovranazionali per far osservare le norme penali internazionali, la reale operatività delle corti penali internazionali deve necessariamente dipendere dalla instabile volontà politica. Senza la cooperazione ed il sostegno dei singoli stati, le corti penali internazionali sono destinate all'impotenza: non hanno il potere di arrestare, ad esempio, né di esigere la produzione di prove, né di far osservare le sentenze. Già solo per queste ragioni, al momento non si può stabilire una rigorosa *rule of law*: la giustizia non può essere significativamente amministrata senza tener conto dell'instabile e complesso mondo della politica internazionale. Potenti attori della scena politica internazionale sono nella posizione di poter ignorare le richieste delle corti internazionali e la spada della giustizia tende ad essere usata soprattutto contro soggetti provenienti da stati che occupano un posto di scarsa rilevanza nella gerarchia di fatto esistente fra gli stati².

Tuttavia, alcune debolezze delle corti penali internazionali possono essere ridotte, o eliminate, anche nell'attuale contesto delle relazioni internazionali. Queste debolezze guaribili hanno parecchie fonti. Una fonte importante, alla quale le pagine seguenti sono dedicate, deriva dall'insieme di obiettivi che le corti penali internazionali si sono assegnate. Vedremo infatti che il numero di quegli obiettivi prefissati è eccessivo e che non è emerso un chiaro senso dei loro pesi relativi, cosa che avrebbe potuto bilanciare le tensioni interne. Vedremo inoltre che i processi non sono il miglior strumento per raggiungere alcuni di quegli obiettivi e specialmente non lo sono i processi architettati dagli ideatori delle corti penali internazionali.

Alcuni sostenitori della giustizia penale internazionale probabilmente argomenteranno che queste debolezze correlate agli obiettivi sono semplicemente debolezze secondarie di un sistema di giustizia ancora adolescente, e che indulgiare su di esse è scorretto tanto quanto giudicare un bel giardino dalle sue erbacce. Eppure, le debolezze correlate agli scopi non dovrebbero essere sottovalutate. Una selezione eccessivamente ambiziosa, o altrimenti inappropriata, degli obiettivi genera disparità fra ambizioni e risultati e l'incertezza sulla loro importanza relativa genera disorientamento e confusione. La disillusione che deriva da attese insoddisfatte e le incoerenze che scaturiscono dal

² In assenza di pressioni esterne da parte di nazioni forti, anche stati deboli possono impunemente disobbedire agli ordini delle corti internazionali. Ad esempio, gli stati succeduti alla ex-Yugoslavia hanno iniziato a collaborare con il Tribunale internazionale per i crimini di guerra nella ex-Yugoslavia (ICTY) solo dopo che nei loro confronti venne usata la politica "del bastone e della carota" da parte degli Stati Uniti e dell'Unione Europea.

disorientamento sono dannose per qualsiasi sistema giudiziario, ma lo sono specialmente per un sistema in evoluzione, afflitto come è da una debolezza in questo momento inevitabile. Una conseguenza inquietante di questo stato di cose è che il funzionamento dei tribunali penali internazionali non può essere adeguatamente valutato. Un elevato numero di condanne è forse un valido indicatore di successo nella valutazione delle prestazioni delle corti? Quanto sono importanti le reazioni locali alle decisioni delle corti se contrapposte a quelle su più larga scala? A queste e a simili domande non si può rispondere in maniera attendibile, fino a quando la questione degli obiettivi rimane incerta come lo è ora. Come erano soliti dire gli antichi, nessun vento è favorevole ad una barca che non ha una chiara destinazione.

Dovremo iniziare ad esaminare i problemi legati agli scopi con una diagnosi della situazione presente. La prima parte del presente lavoro cercherà di dimostrare la tesi che gli orientamenti attuali sugli obiettivi delle corti penali internazionali sono confusi e che le procedure attualmente adottate da tali tribunali esasperano le difficoltà che ne derivano. La seconda parte del saggio inizierà a cercare un rimedio. Dovremo dire chiaramente che taluni degli obiettivi attualmente accettati dai tribunali penali internazionali andrebbero modificati: andrebbero cioè ridimensionati, se non addirittura abbandonati e affidati ad altri meccanismi di reazione pubblica a violazioni di massa dei diritti umani. A nostro avviso, i tribunali penali dovrebbero giocare un ruolo più modesto nel far progredire la *rule of law* nell'ambito della politica internazionale. Il compito successivo sarà poi quello di vedere se si possa identificare un fine dominante, così che le tensioni fra gli obiettivi rimanenti possano essere gestite meglio. Si vedrà che non è possibile trovare un solo obiettivo attorno al quale gli altri possono essere rigorosamente organizzati. Non c'è nessun traliccio, per così dire, che sostenga l'edera delle aspirazioni delle corti. Tuttavia, dovremo cercare di dimostrare che si potrebbe ottenere un miglior livello di organizzazione nelle riflessioni sulla missione delle corti se l'enfasi primaria venisse posta sull'obiettivo di promuovere il senso pubblico di responsabilità per violazioni di massa dei diritti umani. Nell'ultima parte del saggio discuteremo di alcuni problemi salienti che potrebbero sorgere se questo obiettivo venisse trattato come lo scopo supremo.

I. Il problema degli scopi

L'elenco degli obiettivi proclamati dalle corti penali internazionali e dai loro sostenitori è veramente lungo. Accanto a quegli obiettivi standard dell'ap-

plicazione della legge penale nazionale, quali la punizione per gli illeciti, la prevenzione generale, la neutralizzazione e la riabilitazione, i tribunali penali internazionali asseriscono di perseguire numerosi scopi ulteriori sia nel breve che nel lungo periodo. Essi aspirano a contribuire a porre fine ai conflitti in corso e alla stabilizzazione e riconciliazione nelle terre lacerate dai conflitti. Vogliono evitare l'imputazione di responsabilità collettive per violazioni di massa dei diritti umani addossando le responsabilità a piccoli gruppi di individui, e dare soddisfazione e un senso di superamento della vicenda alle vittime. Vogliono collocare il concetto di crimine internazionale in un contesto più ampio e produrre una documentazione attendibile delle atrocità commesse. Pretendono inoltre di estendere la portata del diritto penale internazionale e di diffondere i valori dei diritti umani, e si attendono di ottenere tutti questi obiettivi mediante un giusto processo, attento ai diritti degli imputati³.

Non è necessaria una lunga riflessione per rendersi conto che il compito di soddisfare questa litania di richieste è veramente gigantesco. Diversamente da Atlante, i tribunali penali internazionali non sono corpi dalla forza titanica, capaci di reggere sulle proprie spalle il peso di così tante mansioni. Perfino i sistemi penali nazionali, con il loro ben più forte potere applicativo e con il sostegno istituzionale di cui godono, vacillerebbero sotto un simile carico. Ma la sovrabbondanza di obiettivi non è il solo problema.

A. Obiettivi contrastanti. – Un problema ulteriore è che gli obiettivi prefissati spingono in direzioni diverse e generano tensioni. Anzitutto, si consideri la non facile relazione tra lo scopo di produrre una documentazione accurata e quello di individualizzare le responsabilità. L'impulso ad individualizzare le responsabilità deriva dalla convinzione che la pena inflitta a pochi individui promuove la riconciliazione di gruppo, mentre un'ampia imputazione di responsabilità collettive provoca effetti opposti⁴. Tralasciamo la questione che la ge-

³ Per un elenco variamente formulato di questi obiettivi si veda, ad esempio, MINNA SCHRAG, *Lessons Learned from ICTY Experience*, 2 *Journal of Int. Crim. J.*, p. 428 (2004); *Note: Developments – International Criminal Law*, 114 *Hav.L. Rev.*, pp. 1944, 1961-1974 (2001); GARRY JONATHAN BASS, *Stay the Hand of Vengeance*, p. 284 (2000). Tralasciamo la questione se tutti questi scopi addizionali siano analiticamente indipendenti e se almeno alcuni di essi debbano essere ricondotti agli obiettivi standard relativi all'applicazione del diritto penale nazionale.

⁴ Così come viene intesa dai tribunali penali internazionali, l'individualizzazione delle responsabilità non comporta, come avviene in molti sistemi nazionali, che lo stigma della condanna e la misura della pena debbano essere quantificati in base al grado di colpevolezza individuale. Vedremo in seguito che alcune dottrine sostanziali di diritto penale internazionale non fanno molta attenzione al concetto di individualizzazione in questo senso.

nerale validità di questo convincimento non dovrebbe essere data per scontata⁵. Per gli scopi attuali è sufficiente osservare che mentre la personalizzazione delle responsabilità può in alcune circostanze essere politicamente desiderabile, essa può anche produrre distorsioni della realtà storica. Un esempio istruttivo sono le violazioni di massa dei diritti umani connesse alla disintegrazione della Jugoslavia. La personalizzazione delle responsabilità in questo contesto è stata giustificata asserendo che le atrocità diffuse erano state provocate da un ristretto gruppo di fanatici *leaders* nazionalisti, la cui propaganda rancorosa ha scatenato la furia etnica. Eppure, sembra molto più probabile che quei capi abbiano approfittato di ostilità represses preesistenti. Dopo tutto, quei *leaders* politici sono stati liberamente eletti, per lo più anche con vittorie schiaccianti, e sono stati sostenuti da una larga fetta di popolazione – almeno fino a che il loro progetto politico sembrava avere una qualche possibilità di successo⁶. Un giorno una ricerca storica spassionata potrà rivelare che anche la pulizia etnica ha goduto per un po' di tempo di un ampio consenso popolare. Un altro esempio di come la individualizzazione delle responsabilità non sia adatta a far emergere la verità su massicce violazioni dei diritti umani è fornita dal caso del genocidio rwandese. È stato dimostrato che più di un milione di persone sono state coinvolte in questa tragedia come esecutori e complici⁷.

Le tensioni fra l'aspirazione delle corti di porre fine a conflitti in atto e il desiderio di portare alla sbarra i capi delle parti in lotta sono facilmente ricono-

⁵ La questione del rapporto tra la condanna di pochi individui, da un lato, e la stabilizzazione post-bellica di una regione e la riconciliazione della popolazione colpita, dall'altro, è ben più complessa di quanto molti ritengano. In talune circostanze può darsi che la rimozione della consapevolezza di una responsabilità morale collettiva crei simpatia per i pochi soggetti imputati, alzando ampi settori di società contro una giustizia imposta dall'esterno. Può anche accadere che in alcune società imputazioni di responsabilità molto estese generino l'impulso a giustificare atti di violenza, ostacolando reazioni più favorevoli alle incriminazioni. Sia come sia, il conseguimento di una riconciliazione richiede tempo e probabilmente richiede molto di più che di un intervento del giudice.

⁶ Si consideri la situazione in Serbia. I timori di recrudescenze nazionaliste e i conseguenti sentimenti bellicosi in una larga porzione di popolazione furono scatenati da un Manifesto della prestigiosa Accademia Serba delle Arti e delle Scienze. Cfr. BRANKA MAGAŠ, *The Destruction of Yugoslavia*, pp. 44-45 (1989). Slobodan Milošević ha potuto essere meno un nazionalista di ciò che gli esperti di scienze politiche chiamano un "*conflict entrepreneur*". L'euforia nazionalista era emergente anche in Croazia e non può essere plausibilmente spiegata come il prodotto di un ristretto gruppetto di abili demagoghi. Lo stesso si può dire della Slovenia, che è scampata alle devastazioni della guerra ma che, cosa che ora viene spesso dimenticata, fu la prima a separarsi dalla Jugoslavia.

⁷ Si veda MARK DRUMBL, *Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda*, 75 N.Y.U.L.REW., pp. 1221, 1250 (2000).

scibili. Se infatti sapessero di essere giudicati al termine del conflitto o dopo la fine del loro mandato, è probabile che i *leaders* politici terrebbero tenacemente le redini del potere e continuerebbero il conflitto. La richiesta di osservare il diritto penale internazionale inizia a scontrarsi con calcoli dettati dalla prudenza: quante vite dovrebbero essere sacrificare per rendere giustizia ai morti⁸?

Preoccupante, e perciò poco frequentemente rimarcata, è la relazione traballante tra il desiderio di preoccuparsi per i diritti processuali degli imputati e quello di offrire soddisfazione alle vittime dei crimini internazionali. In un mondo ideale, di certo, non vi sarebbero ragioni per bilanciare queste due aspirazioni: potrebbero coesistere armoniosamente. Ma nel mondo reale, debbono essere spesso raggiunti dolorosi compromessi, e il tentativo di ripristinare la dignità delle vittime e di fornire a loro, o ai loro familiari, un forum in cui esprimere le proprie sofferenze è certamente un nobile impulso umanitario. Vi è anche un vantaggio pratico, dal momento che tale gesto potenzialmente previene le vendette private. Permettere alle vittime di raccontare la loro storia può anche aiutare i giudici, chiusi nelle loro stanze, a giungere ad una migliore comprensione dei fatti su cui sono chiamati a giudicare: la realtà delle sofferenze patite dalle vittime può andare ben oltre la loro esperienza. Detto ciò, bisogna tuttavia riconoscere che quando gli interessi degli imputati e delle vittime giungono all'attenzione dei giudici si arriva rapidamente ad un punto oltre il quale il desiderio di dare soddisfazione alle seconde inizia a cozzare con considerazioni di equità verso i primi. Il problema non è soltanto che la partecipazione delle vittime di atrocità di massa rallenta i processi e interferisce con il diritto dell'imputato alla celerità del procedimento. Vi sono altre e magari ben più serie difficoltà. Una successione di orrori narrati dalle vittime può indurre i giudici ad attribuire all'imputato un ruolo nelle atrocità più esteso di quello realmente giocato. Possono sorgere pressioni per gli *standards* probatori minimi e può anche emergere la tentazione di impostare i procedimenti per ottenere facili condanne. L'idea che una assoluzione si possa giustificare sulla base di errori processuali, benché

⁸ Le atrocità commesse nella regione del Darfur forniscono un'esemplificazione. Sulla base di una clausola adottata dallo Statuto della Corte Penale Internazionale, che autorizzava le Nazioni Unite a differire i processi internazionali nell'interesse della pace, la questione arrivò all'esame del Consiglio di Sicurezza. Quando il vice presidente sudanese e il capo dei ribelli riferirono al Consiglio sull'accordo di pace siglato, entrambi si opposero vigorosamente all'istituzione di processi internazionali. Il *leader* dei ribelli dichiarò che punire gli assassini prima che una pace vera fosse raggiunta sarebbe stato come "mettere il carro davanti ai buoi caso in cui né il carro né i buoi si sarebbero mossi" (The New York Times, 9 febbraio 2005, p. A-5).

seria, diventa pressoché ridicola⁹. Le preoccupazioni di carattere processuale cedono perciò di fronte al desiderio di ottenere risultati sostanzialmente accurati. Questo non dovrebbe sorprendere, perché la giustizia è un predicato che viene preminentemente ascritto al risultato, mentre l'equità è essenzialmente una qualità della procedura.

Alquanto oscure sono le tensioni che sorgono fra le aspirazioni educative dei tribunali penali internazionali, che mirano a diffondere il valore dei diritti umani, e molti degli altri loro scopi. Una fonte di tale tensione risiede nel fatto che i soggetti la cui condanna è la più adatta a produrre gli effetti pedagogici desiderati raramente sono quelli dalla cui condanna le vittime dei crimini traggono la massima soddisfazione. La ragione sta nel fatto che i crimini internazionali sono tipicamente il risultato di attività organizzate e le vittime nutrono sentimenti di vendetta più forti nei confronti degli esecutori materiali immediatamente riconoscibili che nei confronti dei loro capi lontani – a patto che questi ultimi non fossero direttamente implicati nella commissione del reato. Ma dal punto di vista delle ambizioni pedagogiche, il *target* privilegiato dei processi sono i vertici delle organizzazioni criminali. Stante la loro alta visibilità e il loro potere, la loro caduta e la loro condanna producono un effetto sensazionale e mantengono la grande promessa di contribuire allo sviluppo del senso di responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani. Può emergere tensione anche fra le aspirazioni pedagogiche e l'obiettivo della deterrenza, sebbene queste abbiano in comune gli effetti di prevenzione. Mentre la deterrenza può dare supporto a teorie severe, insensibili alla graduazione della responsabilità personale, questa insensibilità potrebbe rendere più difficile l'accoglimento delle decisioni delle corti nelle comunità colpite dal crimine internazionale, riducendone così l'impatto educativo. Infine, vi è un attrito intrinseco nell'aspirazione educativa, perché le decisioni dei tribunali penali internazionali sono in grado di produrre effetti e reazioni disparati nella comunità

⁹ Per un esempio della riluttanza del Tribunale per i crimini di Guerra in Jugoslavia ad escludere prove rilevanti ma illegalmente ottenute, si veda la decisione *Prosecutor v. Brdjanin*, case No. IT-99-36-T, par. 62. Un caso giudicato dal Tribunale internazionale per i crimini di guerra in Rwanda (ICTR) è istruttivo. Nella sua decisione iniziale, la *Tribunal's Appellate Chamber* rilasciò dalla custodia cautelare un imputato importante poiché era stato violato il suo diritto ad un processo celere. Ma quando questa decisione indusse il governo rwandese, che guardava la questione dalla prospettiva delle vittime, a sospendere la sua collaborazione con la Corte, la *Appellate Chamber* ritornò rapidamente sui suoi passi. Si veda la "*Decision on Prosecutor's Request for Review or Reconsideration*" *Barayagwiza v. Prosecutor*, Case No. ICTR-97-19-AR72, 39; *International Legal Materials*, p. 1181 (31 marzo 2000). Per un caso simile più recente, si veda *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, parr. 208, 320-324 (2003).

internazionale in genere e nelle società direttamente colpite dalle violazioni dei diritti umani. Se l'enfasi viene posta sugli effetti locali positivi, bisogna dare la dovuta attenzione a fattori quali l'esperienza storica locale, i costumi e le sensibilità locali, talvolta persino ai rapporti di lealtà preesistenti. Viceversa, quando diventano prioritari gli effetti globali, i giudici sono più liberi di ignorare il contesto locale, di seguire gli impulsi di una ragione non vincolata e di concentrarsi su questioni quali la perfezione del contenuto normativo della legge penale internazionale o l'espansione del suo raggio d'azione.

B. *Difficoltà di obbedire a Clio*. – Esistono diversi bersagli per i dardi di una indagine scettica sulla capacità dei tribunali penali internazionali di realizzare parte degli obiettivi che si sono assegnati, nonostante il fatto che il loro numero si sia fortemente ridotto. Alcuni bersagli vengono in rilievo quando iniziamo ad esaminare i particolari delle procedure adottate dagli ideatori del sistema giudiziario internazionale. Su questo primo punto, ciò che merita di essere particolarmente segnalato è la capacità dei tribunali di collocare il crimine internazionale in un contesto storico. È di nuovo chiaramente comprensibile la necessità di impegnarsi in questa ricerca. Violazioni di massa dei diritti umani, compresa la violenza motivata politicamente, tendono ad essere negate dagli esecutori e dai loro simpatizzanti. Il conseguente desiderio di realizzare un resoconto storico onesto e di ripristinare l'integrità della memoria umana è fortemente sostenuto dalla convinzione che il racconto veritiero del passato sia una preconditione necessaria per la riconciliazione e per evitare futuri conflitti. Come notoriamente disse Santayana, coloro che non possono ricordare il passato sono condannati a ripeterlo¹⁰. Una spiegazione ulteriore della necessità di indagare sul contesto più ampio di un crimine è che un interesse focalizzato su un determinato individuo non è sufficiente a definire i crimini internazionali. La loro definizione richiede una visuale più ampia, in cui le condotte individuali debbono essere inquadrare alla luce dell'attività intra-

¹⁰ Melanconicamente, tuttavia, accade che tale convinzione manchi di conferme empiriche: non possiamo davvero sapere se il mondo sia sempre il posto migliore per conoscere la verità. Potrebbe darsi che una caparbia ricerca della verità possa in alcune circostanze riattizzare i carboni ardenti di antiche animosità fino a che vecchie fiamme si risvegliano nuovamente. Pascal, per esempio, ha affermato che "tutta la luce emessa dalla verità non è in grado di fermare la violenza e può solo stimolarla (*Toutes les lumières de la vérité ne peuvent rien faire puor arreter la violence, et ne font que l'irriter encore plus*)". Cfr. BLAISE PASCAL, *Les Provinciales*, 12th letter, p. 201 (Michel Le Guern, ed. 1987). Né si può escludere del tutto che la stabilità di un accordo politico dipenda dal fatto che la società dimentichi. Si veda, per esempio, ERNEST RENAN, *What is a Nation*, p. 19 (trad. a cura di Charles Taylor, 1996).

presa da organizzazioni o da gruppi entro assetti specifici, talvolta per lunghi periodi di tempo. I giudici sono pertanto spinti ad addentrarsi in una vasta ricostruzione dei fatti che facilmente scivola in una ricerca storica.

Tuttavia, alla pressante necessità di operare una ricerca storica non corrisponde la capacità dei giudici di soddisfarla. Una ragione sta nel fatto che essi devono operare con limitazioni temporali, e devono produrre decisioni stabili sulle quali viene poi intrapresa un'azione: la *res* su cui essi si focalizzano deve diventare *judicata* senza un ritardo ingiustificato. Gli storici, viceversa, non sono soggetti alle limitazioni della prontezza e della determinatezza: non hanno bisogno di giungere rapidamente ad una decisione e possono permettersi di seguire il lento scorrere della storia. Tutte le volte che Clio, la loro sfuggente signora, mostra un nuovo velo da sollevare, gli storici sono liberi di modificare le loro scoperte. La *res judicata* nelle questioni storiche è perciò niente di meno che una assurdità: la storia non può essere arrestata da un *ukase*.

Un altro impedimento ad un giudizio storiografico soddisfacente è che i giudici non possono liberarsi del tutto dalla rete della rilevanza legale. Anche quando i suoi limiti vengono considerevolmente allargati, come avviene con la definizione di crimine internazionale, questioni importanti per un resoconto storico completo rimangono irrilevanti dal punto di vista legale. Per spiegare che cosa è accaduto in Rwanda o nella ex-Yugoslavia, per esempio, i giudici non potevano imbarcarsi in una disamina del ruolo giocato dalle Nazioni Unite e da alcuni stati esteri in quei tragici eventi, anche se un nesso causale fra la loro condotta e le atrocità oggetto del processo appare probabile. Tantomeno i giudici possono liberamente stabilire quanto si debba tornare indietro nel tempo per spiegare l'eziologia dei conflitti che hanno generato i crimini. L'atteggiamento persistente in alcuni settori della società serba nei confronti dei musulmani bosniaci, per esempio, dovrebbe essere fatto risalire alle battaglie dei Serbi contro l'impero ottomano avvenute nel Medioevo? Visto attraverso il prisma di uno storico, inoltre, il ritratto giudiziario del retroterra della criminalità internazionale appare inevitabilmente frammentario, abbozzato e inserito in uno schema temporale arbitrario.

Certamente non si può negare che i problemi ora delineati ineriscano ad ogni tentativo giudiziario di ricostruire il passato, e che essi persisterebbero anche se le corti penali internazionali decidessero di abbandonare le loro aspirazioni ad avventurarsi nelle sabbie mobili della storia¹¹. Resta una differenza

¹¹ Sulla diffusione dell'affermazione, cfr. ad esempio WILLIAM TWINING, *Rethinking Evidence*, pp. 106-109 (1994); PAUL RICOEUR, *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubly*, pp. 418-423 (2000).

significativa nel grado e nella intensità di tali difficoltà che, comunque, non dovrebbe essere trascurata. Le corti penali convenzionali mettono la condotta penale sotto la lente di ingrandimento, tralasciando ogni altro elemento, mentre le corti internazionali aspirano a concentrarsi sia sulle specifiche condotte imputate che sul loro contesto. Tale cura ambiziosa sia per i problemi di dettaglio che per quelli più ampi ha dei costi, perché diventano oggetto di prova questioni estremamente complicate. Il determinarle richiede di compiere interpretazioni contestabili e di ricorrere a generalizzazioni più ampie rispetto a imprese giudiziarie meno ambiziose. Imprimere un sigillo finale ed ufficiale alle ricostruzioni complessive che ne risultano finisce per essere problematico. Queste intenzioni, seppur buone, ricordano i tentativi sovietici di scrivere la storia ufficiale del partito comunista.

Ne consegue che il contributo che i tribunali penali internazionali possono offrire alla ricostruzione di un quadro più articolato della criminalità internazionale è piuttosto modesto. Il massimo che ci si può aspettare da essi è che forniscano materiale frammentario come sostegno per ricerche storiche future¹². Ma la triste verità è che anche questo materiale non è così affidabile come immaginano coloro che non hanno dimestichezza con quanto avviene nelle aule di tribunale¹³. Come vedremo, gli strumenti giudiziari per l'acquisizione, la sistemazione e la presentazione delle prove in tribunale si discosta, in diversi punti, dai metodi ottimali di una ricerca storica affidabile. Le pressioni e le passioni di un processo tendono a produrre informazioni inattendibili per uno studio spassionato del passato. Atteggiamenti critici nei confronti di queste informazioni possono essere attenuati dal fatto che il profano non ha dimestichezza con gli *standards* di prova applicabili, o dalla sua ingiustificata fede nella volontà delle parti processuali di ottenere la verità. Un dato generato in un processo può perciò avere peso maggiore di quanto si meriti, e distorcere la determinazione storica di *wie es eigentlich gewesen ist*.

C. *Assenza di una classificazione.* – Gestire le tensioni fra gli obiettivi e misurarsi con i limiti dei tribunali nel conseguirne alcuni potrebbe essere molto

¹² I processi di Norimberga nell'immediato dopoguerra sono spesso invocati a titolo di esempio di come prezioso materiale storico possa essere portato alla luce dai procedimenti giudiziari. Tuttavia, ciò è in qualche misura fuorviante. Molto di quel materiale era sottoforma di documenti che sarebbero stati disponibili comunque per il giudizio della storia. Ciò che fu realmente creato per – o dai – tribunali sono essenzialmente le prove testimoniali.

¹³ Per una opinione contraria vedi BASS, *supra*, nt. 2, pp. 302-304; C. MALLAT, *Accountability in the Middle East*, in J. Normen (ed.), *Sharon and the Fate of Universal Jurisdiction*, pp. 48-49 (2004).

più semplice se esistesse un quadro di priorità, basato sulla comprensione dei pesi relativi degli obiettivi in competizione. Si potrebbero così identificare compromessi accettabili fra gli obiettivi stessi e si potrebbe raggiungere una migliore coerenza nel processo decisionale. Eppure, finora dall'operato dei tribunali penali internazionali non è emerso un chiaro assetto delle priorità, anche se di frequente è stata invocata l'importanza cardinale della prevenzione generale, specialmente durante "l'adolescenza" dei tribunali *ad hoc*. L'esaltazione di questo scopo sorgeva dalla speranza che la mera minaccia della pena avrebbe avuto mitigato la brutalità dei conflitti. Ma quando la minaccia non è riuscita a prevenire la commissione di atrocità tremende – quali il massacro di Srebrenica, ad esempio – è scemato l'ottimismo iniziale su tale obiettivo¹⁴. Nonostante questa disillusione, comunque, alla deterrenza è ancora attribuito un peso decisivo dai giudici e dai sostenitori dei tribunali penali internazionali. Sembra infatti prevalere l'idea che insieme a quello retributivo, la deterrenza costituisca il più importante fine della giustizia penale internazionale. Fra gli altri scopi proclamati, l'obiettivo di fornire una documentazione storica e quello educativo di valorizzare il rispetto per i diritti umani sono spesso enfatizzati¹⁵.

È facile vedere che queste dichiarazioni di intenti frammentarie e discontinue non sono di grande aiuto nell'affrontare la tensione fra gli scopi. Anche i due obiettivi ritenuti principali – quello della deterrenza e quello retributivo – necessitano di bilanciamento. Si può quindi correttamente concludere che persistono ambiguità imbarazzanti relative alla missione propria delle corti penali internazionali. In difesa di questa situazione, si cerca di sostenere che nemmeno nei sistemi penali nazionali esiste un insieme di obiettivi coerentemente integrato né una classificazione chiara dei fini. Un'informazione insufficiente rende difficile la comparazione in proposito e, anche qualora fossero disponibili informazioni sufficienti, numerosi fattori, alcuni dei quali non misurabili, si opporrebbero alla graduazione degli obiettivi. Qualsiasi tentativo

¹⁴ La delusione sul potenziale preventivo dei tribunali penali internazionali ha indotto il primo procuratore dell'ICTY, Richard Goldstone, a obiettare che è "idealisticamente senza speranza" sostenere che la giustizia penale internazionale serva ad uno scopo deterrente effettivo. Si veda RICHARD GOLDSTONE, *Letter to the Editor*, The Wall Street Journal, 3 luglio 2000, p. A-13. Per una stima più equilibrata, vedi PAYAM AKHAVAN, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?*, 95 Am. J. Int. L., pp. 7-31 (2001).

¹⁵ La maggior parte delle pronunce sullo scopo della loro attività si possono rinvenire nelle disposizioni relative alla commisurazione della pena. Per un accurato resoconto vedi, ad esempio, la decisione della dell'ITCY *Appellate Chamber in Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, par. 678 (2004).

di imporre un ordine in questo settore può essere senza speranza, esattamente come cercare di raccogliere del mercurio che si è rovesciato.

Si osservi, tuttavia, che questo pessimismo non è obbligato nel caso dei tribunali penali internazionali. Le loro caratteristiche *sui generis* e lo speciale carattere della loro giurisdizione riduce la complessità della questione, suggerendo che si potrebbe definire con maggiore chiarezza la loro missione. Certo, se uno si aspettasse di stabilire una classificazione rigida degli scopi, il pessimismo sarebbe assicurato anche nei loro confronti. Ma non è necessario mirare così in alto o attendersi così tanto. Il fatto che non si possa stabilire una classificazione rigida, non significa che non si possa ottenere un miglior senso della direzione considerando uno degli obiettivi proclamati come dominante. Tuttavia, prima di indagare in questa direzione dobbiamo completare la diagnosi sulla situazione attuale. Pertanto, vanno esaminate per prime le disposizioni processuali che possono rendere difficoltosa la realizzazione di alcuni obiettivi dei tribunali penali internazionali.

II. *L'impatto del sistema processuale*

Prima della creazione del successore dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo – il Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra per la ex-Yugoslavia – si è verificata una gara tra avvocati anglo-americani ed europei per influenzarne l'assetto processuale. Per un momento sembrò che prevalesse una proposta francese, fortemente basata sulla tradizione dell'Europa continentale. A favore di questa scelta si sarebbero potuti usare diversi argomenti. Dopo tutto, gli indagati provenivano tutti dalla ex-Yugoslavia – un Paese che aveva adottato la cultura giuridica continentale – così che i processi avrebbero potuto essere facilmente comprensibili per l'opinione pubblica locale e gli avvocati locali avrebbero potuto partecipare efficacemente anche senza una preparazione specifica. Nonostante ciò, prevalse l'influenza americana e il modello processuale originario, benché plasmato consapevolmente come una miscela di elementi anglo-americani e dell'Europa continentale, fu ispirato in maniera predominante dai concetti e dalle tecniche propri del repertorio giuridico anglo-americano. Anche se le disposizioni che ne sono derivate sfuggono ad una facile definizione, possiamo agevolmente descrivere in termini generali le loro caratteristiche particolarmente rilevanti per la nostra ricerca: la raccolta e l'acquisizione delle prove, sia nella fase preliminare che in quella dibattimentale, sono state affidate all'iniziativa primaria delle parti, con un ruolo solo secondario o supplementare della corte in questo campo. Col passare del tempo,

per ragioni che qui non ci interessano, è stato gradualmente ampliato il coinvolgimento del giudice nel processo, ma il modello continua ad essere caratterizzato dall'iniziativa primaria delle parti per l'accertamento dei fatti.

Nella fase preliminare, l'accusa e la difesa conducono indagini distinte, cercando elementi di prova favorevoli alle rispettive tesi. L'organo dell'accusa, nonostante sia definito "*officer of the court*" non ha il dovere di cercare prove a discarico: egli ha solo il dovere di comunicarle alla difesa se vi si imbatte per caso. Il giudice della fase preliminare non ha funzioni investigative e non cerca prove per suo conto. Non diversamente da un giudice civile americano o da un suo collega penale scozzese, il giudice penale internazionale ha essenzialmente l'obbligo di istruire speditamente il caso per il dibattimento, incalzando le parti a scambiarsi informazioni, individuando aree di accordo fra di esse e, in altri termini, coordinando le loro attività¹⁶. È assente dal modello un'unica, metodica raccolta delle prove a carico e a discarico, le cui risultanze siano contenute in un fascicolo ufficiale a disposizione dei giudici del dibattimento. La conseguenza è che le informazioni provenienti dalla fase preliminare che riceve il giudice del dibattimento consistono nelle tesi di parte. Nel dibattimento, l'accertamento dei fatti continua ad essere fortemente influenzato dal modello processuale anglo-americano: la presentazione delle prove è organizzata come una sequenza di due impostazioni contrapposte, e include l'esame diretto e il controesame dei testimoni. La differenza più importante rispetto al rito processuale anglo-americano è che i giudici possono inserirsi nell'acquisizione delle prove delle parti e, quando questa è terminata, possono ordinare che vengano presentate prove aggiuntive. L'assenza di regole di ammissione complicate, inclusa l'inammissibilità delle prove *de relato* è un'altra differenza significativa¹⁷.

La procedura disegnata per il Tribunale Penale Internazionale solleva diverse domande relative alla divisione indeterminata delle responsabilità per l'accertamento dei fatti¹⁸. Tuttavia, si può certamente sostenere che lo Statuto e le Regole processuali e delle prove della Corte Penale Internazionale cerca-

¹⁶ Sul parallelo con il ruolo nel *pre-trial* del giudice civile americano vedi MAXIMO LANGER, *Rise on Managerial Judging in International Criminal Law*, 53 Am. J. Comp. L., pp. 835, 874-905 (2005). Per l'esempio scozzese si veda il Criminal Procedure (Scotland) Act del 1995, sez. 71, 73 e 148.

¹⁷ Per un buon resoconto di questi sviluppi vedi MEGAN FAIRLIE, *The Marriage of Common and Continental Law at ICTY*, 4 ICLR, pp. 243-319 (2004).

¹⁸ Per una panoramica vedi ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 386-87 (2003).

no di erodere il meno possibile la supremazia delle parti nel campo dell'accertamento dei fatti. Questo è specialmente il caso della fase dibattimentale, dove la Corte ha la discrezionalità di decidere se lasciare che le parti esponano le loro due tesi probatorie secondo lo stile anglo-americano o assumere essa stessa la direzione dell'assunzione delle prove¹⁹. Nella fase preliminare, è stato indebolito anche il ruolo di indagine delle parti, ma in misura di gran lunga minore. Il compito dei giudici nella fase preliminare non è quello di imbarcarsi in una ricerca indipendente delle prove, ma piuttosto quello di coordinare le attività investigative dell'accusa e della difesa²⁰. In altri termini, il sistema fondato sulle attività delle due parti è stato mantenuto. A differenza di quanto accade nel Tribunale jugoslavo, tuttavia, l'accusa è tenuta ad andare oltre la ristretta prospettiva di parte e a cercare non solo prove a carico ma anche a discarico. Non sappiamo come i protagonisti dei procedimenti del Tribunale Penale Internazionale realizzeranno questo compito previsto dalle norme. È difficile prevedere se nei fatti sarà realizzata la possibilità che si verifichino rilevanti deviazioni dalla predominanza delle parti nell'accertamento dei fatti. Agli scopi del presente saggio, dobbiamo in ogni caso supporre che l'approccio "di parte" sopravviverà – benché in una forma indebolita – ed esaminare l'impatto di questa metodologia sugli scopi dei Tribunali penali internazionali.

Nell'affrontare questo argomento, è importante osservare che qualsiasi procedura che includa due impostazioni di parte genera pressione verso la polarizzazione delle questioni. Emerge un campo di tensione bi-polare, capace di gettare un'ombra sul centro indiviso. Ne consegue che dovremo esaminare come questa tendenza polarizzante incide sulla realizzazione di tre degli scopi dichiarati dalle corti penali internazionali: l'obiettivo di produrre una documentazione storica degli avvenimenti, l'obiettivo di dare voce alle vittime dei crimini e l'obiettivo di diffondere i valori dei diritti umani.

A. Storiografia accusatoria. – Con buona pace di alcune scuole di pensiero di moda, un'indagine organizzata come uno scontro tra due tesi opposte è estranea a chi ricerca una conoscenza storica genuina. Piuttosto che dipende-

¹⁹ Art. 64 (8) dello Statuto della Corte Penale Internazionale e regola 140 (2) del Regolamento di procedura e delle prove per il Tribunale Penale Internazionale. Vedi KAI AMBOS, *International Criminal Procedure: "Adversarial", "Inquisitorial", or "Mixed"?* 3 Int. Crim. L. Rev., pp. 1, 20 (2003).

²⁰ Vedi, per esempio, MICHELE MARCHESIELLO, *Proceedings before the Pre-Trial Chambers*, in Antonio Cassese et al. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, pp. 1231, 1239-1246 (2002).

re da due resoconti contrapposti per le loro spiegazioni, gli storici preferiscono esplorare una vasta gamma di possibilità e accostarsi all'argomento oggetto del loro studio da prospettive diverse. Quando resoconti contrastanti sono offerti da due individui interessati, si crea un inconveniente ulteriore per gli storici: essi non condividono l'idea che lo scontro di pregiudizi e contro-pregiudizi favorisca la scoperta della verità²¹. Più complesso è il problema investigato, più la polarizzazione di parte diventa per loro una camicia di forza, poiché ciascuna parte cerca di mostrare ed enfatizzare solo prove favorevoli ai propri scopi, minimizzando o ignorando il resto. Ora, come l'insieme di dati di interesse per uno storico cresce in termini di quantità e di complessità, così accade alla possibilità per le parti contrapposte di selezionare da questo crescente insieme solo i dati che concordano con le loro tesi. Un numero crescente di fatti importanti per la ricerca storica rimane inesplorato, perché essi appaiono "neutrali" – e pertanto non interessanti – agli occhi delle due parti. Quando l'accertamento dei fatti procede come una sequenza di impostazioni di parte, le difficoltà - discusse in precedenza – che ogni corte incontra nel ricostruire la storia diventano enormi.

È stato detto che gli ideatori della procedura penale internazionale hanno evitato queste difficoltà assegnando ai giudici un ruolo complementare nell'accertamento dei fatti. Vi sono due ragioni principali per cui bisogna dubitare di questa affermazione. Una è che l'interferenza del giudice nella gestione del caso fatta dalle parti non è priva di costi. Essa facilmente disincentiva le parti a preparare efficaci strategie per il dibattimento: una sola domanda del giudice può annullare una linea di interrogatorio preparata con cura. Come ha ricordato un esperto ex-giudice del Tribunale per la Jugoslavia, l'interrogatorio di testimoni ad opera di suoi colleghi talvolta rompeva il ritmo della tesi dell'accusa o della difesa, "assegnando al giudice il ruolo di un ospite non invitato alla festa"²². Se le parti sono poco incentivate a prepararsi, è probabile che ne soffra l'efficacia dei loro interrogatori e controinterrogatori; dal canto loro, i giudici raramente hanno sufficiente familiarità con il caso per smuovere le acque. Né è semplice per i giudici intervenire vigorosamente nel contesto probatorio senza dare l'impressione di aiutare una delle due parti a soddi-

²¹ Vedi, per esempio, SUSAN HAACK, *Epistemology Legalized*, 49 *The Am. J. of Jurisprudence*, pp. 43, 45 (2004).

²² PATRICIA WALD, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia Comes of Age*, 5 *Wash. U.J.L.&Pol'y*, pp. 87, 90 (2001). Per un'osservazione analoga da parte di un altro giudice, si veda PATRICK L. ROBINSON, *Rough Edges in the Alignment of Legal System in the Proceedings at the ICTY*, 3 *J. Int. Crim. J.* 1037, n. 35 (2005).

sfare il proprio onere della prova, compromettendo così la loro neutralità. In sostanza, dunque, né le parti né la corte sono motivate adeguatamente per le attività di accertamento dei fatti. Nessuna meraviglia se i giudici dei tribunali internazionali che provengono dai Paesi di *common law* mostrano una considerevole riluttanza ad intervenire nella presentazione delle prove delle parti: essi hanno dimestichezza con le dinamiche di dibattimenti che si svolgono come una sequenza di attività contrapposte.

La seconda ragione per cui è dubbio che l'attività complementare del giudice possa compensare le limitazioni della rappresentazione della storia ad opera delle parti è suggerita dagli psicologi forensi. Le loro ricerche hanno mostrato che una prova inizialmente presentata da una parte produce un effetto condizionante sull'accertamento dei fatti: lo fornisce di un quadro ordinatorio per la ricezione ed elaborazione successiva di informazioni. Le convinzioni iniziali, pare, tendono a perseverare²³. Nei casi penali questo effetto condizionante diventa particolarmente forte quando eventi storici complessi sono oggetto di prova, perché l'accusa impiega parecchio tempo per completare la sua ricostruzione. Quando trascorrono settimane, addirittura mesi prima che la difesa possa preparare la propria versione, le sensazioni generate dalla versione dell'accusa hanno tempo per radicarsi, così che l'efficacia dell'attività complementare del giudice viene privata di gran parte della sua efficacia correttiva²⁴.

Non persuade neanche la tesi che nel processo di parti persista comunque uno spazio sufficiente per una ricerca storica neutrale, dato che i procuratori, essendo "*officers of the Court*", non assumono atteggiamenti partigiani²⁵. Questo atteggiamento neutrale è più facile da sostenere in teoria che da mantenere in pratica. Infatti, quando i procuratori sanno che alla loro si contrapporrà una impostazione di parte, si sviluppa una dinamica processuale in cui difficilmente l'accusa eviterà di usare le prove in maniera selettiva e di focalizzarsi solo sulle informazioni favorevoli alla propria tesi²⁶. Perciò quando ci si

²³ Cfr. per esempio ANDREW WISTRICH, CHRIS GUTHRIE & JEFFREY RACHLINSKI, *Can Judges Ignore Inadmissible Information*, 153 U.Pa.L.Rev., pp. 1215, 1269, 1286 (2005). L'articolo rimanda a tesi concordanti.

²⁴ Tale processo è intensificato se i giudici del processo arrivano al giudizio avendo familiarità con le informazioni del *pre-trial* che sono ricavate prevalentemente dalle risultanze dell'accusa.

²⁵ Per un'esemplificazione di questa ipotesi, vedi il caso del Tribunale per i Crimini di Gerard per la ex-Yugoslavia *Accusa v. Kupreskic et al.*, *Decision on Communications Between the Parties and Witnesses*, case No. IT-95-16-T, para 2 (21 settembre 1998).

²⁶ Come suggerisce l'esperienza dell'ICTY, i procuratori possono addirittura essere tentati

attende che la verità emerga da due vettori complementari forniti dalle parti, la somma dei vettori è distorta ogni qualvolta una parte esagera mentre l'altra si astiene dal farlo. E ogni qualvolta le parti non sono in condizioni di parità, l'effetto deformante può essere sostanziale.

Un altro fattore in grado di ridurre la capacità dei giudici penali internazionali di essere dei buoni storici è la presenza nell'arena della giustizia internazionale di un terzo giocatore: lo status dell'imputato. Dal momento che la commissione dei crimini internazionali è spesso collegata alla politica ufficiale e che molti imputati sono politici di alto rango, la condanna di costoro può danneggiare la reputazione dello stato o qualche altro suo interesse. È abbastanza comprensibile che un governo, o talvolta addirittura un'intera nazione, sentano di essere sotto processo. In una situazione del genere, il desiderio di un governo di avere voce nei processi è imposta da fondamentali considerazioni di equità²⁷. Uno storico coscienzioso vorrebbe di certo ascoltare la voce dei rappresentanti dello stato e analizzare gli eventi dalla loro prospettiva. Ma è difficile integrare questa terza voce in un processo esposto a pressioni bi-polari senza danneggiarne la logica interna e la struttura. La soluzione più a portata di mano, ma anche meno efficace, consiste nel garantire allo stato di proporre nella fase preliminare una memoria a titolo di *amicus curiae*.

B. *La voce delle vittime*. – L'aspirazione dei tribunali penali internazionali di dare alle vittime la possibilità di esprimere i loro risentimenti favorisce l'assegnazione ad esse di un compito che trascende il ruolo strettamente testimoniale. Come nei sistemi governati dal giudice, le vittime o i loro rappresentanti dovrebbero essere ammessi a partecipare sia alla presentazione di prove nel dibattito sia alle argomentazioni difensive. Ma questo ruolo allargato di nuovo si scontra con gli incentivi necessari a mantenere la vitalità dei processi bipolari. Ancora una volta è difficile capire per quale motivo l'accusa e la

di ritardare la rivelazione di prove alla difesa. Vedi SYLVIA PANTZ, *From Bosnia to Kosovo and to Bosnia again*, 2 J.I.C.J., pp. 459, 461, (2004). Per una bibliografia della mancata ottemperanza alle regole della *discovery* vedi anche SALVATORE ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, p. 41, n. 39 (2003).

²⁷ Sulla difficoltà di negare agli stati un ingresso processuale efficace vedi PATRICIA WALD, *International Criminal Court for the Former Yugoslavia*, 5 Wash. U. J. Law & Policy J., p. 113 (2001). L'interesse di uno stato ad inserirsi nel processo può essere particolarmente forte quando un imputato, collegato alla burocrazia statale e desideroso di migliorare la propria sorte, si dichiara colpevole di un'imputazione che coinvolga il suo governo nella attività criminale.

difesa dovrebbero affannarsi a preparare strategie efficaci di interrogatorio e controinterrogatorio, se l'interrogatorio dei testimoni da parte delle vittime può gettare nel caos la loro strategia processuale. Alle parti occorrerebbe l'ingegnosità di Balanchine per creare la coreografia delle loro difese in una situazione di questo genere. In proposito è illuminante l'esperienza americana. La difficoltà di integrare la voce delle vittime all'interno del processo è la ragione principale per cui alle vittime viene assegnato un ruolo che va oltre quello di testimoni solo nella fase di determinazione della sentenza – ovvero quando i procedimenti perdono il loro carattere bipolare e alla fine si trasformano in una inchiesta dominata dal giudice²⁸. È vero che gli ideatori del sistema delle corti penali internazionali – molti dei quali erano giuristi continentali, abituati ad ampliare il ruolo delle vittime – hanno messo a punto un sistema nel quale le corti sono autorizzate a permettere alle vittime o ai loro rappresentanti di partecipare alle attività processuali in modi diversi dal rendere testimonianza²⁹. Ma rimane da vedere se questo compromesso può essere realizzato senza danneggiare l'anima dei processi bipolari convertendoli, *sub rosa*, in sistemi di accertamento dei fatti dominati dal giudice.

C. *L'obiettivo educativo*. – Poiché i processi che fanno affidamento sulle parti per la presentazione delle loro tesi contrastanti generano ricostruzioni conflittuali, possono essere apprezzati in quanto sono più vicini a valori pluralistici dei sistemi dominati dal giudice³⁰. Ma se un tribunale desidera propagare valori umanitari, allora un processo organizzato in maniera competitiva può non essere la soluzione ottimale. Una ragione è che lo scontro fra posizioni in conflitto tende a relativizzarle, o indebolirle, entrambe – e fa altrettanto con lo scopo educativo che i tribunali si prefiggono. Un'altra ragione è che la libertà di preparare la propria tesi offre all'imputato l'opportunità di diffon-

²⁸ I tribunali penali internazionali che hanno abbandonato la biforcazione anglo-americana tra fase del *guilt determining* e del *sentencing* hanno indebolito anche questo ultimo coinvolgimento delle vittime in un ruolo che non sia strettamente testimoniale. Non conta, poi, che siano emersi sporadici tentativi di sviluppare forme sostitutive. Nell'ambito del patteggiamento, ad esempio, alcuni giudici prima di accettare l'accordo permettono alle vittime di esprimere i propri sentimenti.

²⁹ Statuto del Tribunale Penale Internazionale, art. 68 (3); Regolamento di procedura e delle prove per il Tribunale Penale Internazionale, regole 89-91.

³⁰ Vedi ANTOINE GARAPON E IONNADIS PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, pp. 113-115 (2003); ROBERT BURNS, *A Theory of the Trial*, pp. 164-166 (1999). Questi processi piacciono anche agli *aficionados* del pensiero "post-moderno" con il suo spregio per il "meta-narrativo".

dere idee contrarie ai valori dei diritti umani. Se le argomentazioni umanitarie fossero sempre vincenti sui loro detrattori, non vi sarebbe ovviamente alcun problema. Ma come ben dimostra l'ideologia dell'Islam militante, idee estranee alla cultura dei diritti umani possono avere un effetto incendiario e sono in grado di trovare un pubblico ricettivo in molte comunità.

La difesa *pro se* costruita da un *leader* carismatico può essere particolarmente dannosa per le aspirazioni didattiche delle corti, perché costui acquisisce ampie opportunità di trasformare il processo in una tribuna per la promozione di cause ritenute repellenti dai protettori dei diritti umani. I processi diretti dal giudice, benché non siano immuni dal rischio di essere usati in tale maniera, sono più capaci di contenere il danno: poiché i giudici svolgono gran parte dell'attività processuale, costruendo la loro "meta-storia", per la difesa rimangono minori possibilità di diffondere il proprio punto di vista. Nel processo diretto dal giudice è inoltre più facile per la corte negare all'imputato il diritto di difendere se stesso senza dare l'impressione di cercare di imbavagliarlo: poiché alla difesa sono affidate minori possibilità di influenzare il corso dell'azione processuale, all'imputato viene tolto meno di quanto accadrebbe in un sistema in cui egli potesse organizzarsi da solo la difesa. Negare il diritto all'auto-difesa è dunque una decisione meno drammatica.

Vi è un'altra ragione per cui un processo penale strutturato come una competizione fra tesi di parte contrapposte può risultare svantaggiosa per le aspirazioni educative dei tribunali. Quando l'imputato si dichiara colpevole in questo sistema, il contenzioso fra lui e l'accusa volge al termine; il processo non ha luogo, né si ha una pubblica udienza per l'assunzione delle prove incriminanti, e la corte si dedica subito alla determinazione della pena. Tecniche per raggiungere esiti negoziati sono, ovviamente, sottoprodotti naturali di questo sistema. Ma l'apertura di un mercato del patteggiamento, se può essere utile per qualche scopo, è di dubbio valore dal punto di vista delle aspirazioni educative della giustizia penale internazionale. Esistono due ragioni principali per tale scetticismo. Una è che il patteggiamento non è soggetto al controllo del pubblico; accordi raggiunti dietro le quinte agitano lo spettro della manipolazione a scopo politico o di pressioni ingiustificate sull'imputato. Ma, cosa probabilmente di maggior rilevanza, i patteggiamenti spesso conducono a diseguaglianze nelle pene: verosimilmente, quegli imputati che hanno informazioni utili per l'accusa riceveranno una condanna minore di coloro che non ne hanno, anche se i primi sono molto più colpevoli agli occhi della comunità vittima della loro violenza. Questo fattore è in grado da solo di offuscare l'autorità morale dei tribunali penali internazionali, soprattutto agli occhi di quel

pubblico colpito dalle violazioni dei diritti umani³¹. Per contrasto, nei procedimenti strutturati come un'inchiesta diretta dal giudice, anche la confessione piena e circostanziata dell'imputato non solleva la corte dal dovere di considerare in una pubblica udienza prove addizionali incriminatrici. Anche se ciò avviene *pro forma*, gli orrori disumani vengono ugualmente esposti, e possono essere usati per ottenere effetti di natura socio-psicologica.

Qual è l'immagine finale che emerge dal nostro esame dei sistemi processuali fondati sulla contrapposizione delle parti, con la loro tendenza a produrre polarizzazione? Se il loro impatto sui tre obiettivi che abbiamo scelto per la discussione dà qualche indicazione, allora più pronunciato diventa l'approccio "a due tesi", maggiore è la difficoltà di raggiungere quei tre scopi a cui aspira la giustizia penale internazionale.

III. *Le vie di miglioramento*

Dopo aver indugiato sulle debolezze del funzionamento delle corti penali internazionali che derivano dalle loro aspirazioni e dal sistema processuale che hanno adottato, è venuto il momento di guardare a possibili vie per migliorare l'operato di questi tribunali. Poiché abbiamo appena concluso che i meccanismi processuali con cui tali corti hanno funzionato così a lungo tendono a complicare la realizzazione dei loro obiettivi, dovremo iniziare anzitutto col considerare sommariamente se un miglioramento raccomandabile possa rinvenirsi in una riforma della procedura. Poi, dovremo passare alle strategie con cui possono essere ridotti i difetti dei tribunali penali internazionali collegati alla scelta degli obiettivi.

A. *Riforma processuale*. – La nostra disamina della procedura penale ha chiarito che, per il raggiungimento di almeno alcuni degli obiettivi della giustizia penale internazionale, un modello costituito da una sola investigazione preliminare, seguita da un dibattimento diretto dal giudice, potrebbe essere molto più efficace delle regole processuali applicate dai tribunali penali inter-

³¹ Per le reazioni negative ai patteggiamenti, si veda JULIAN A. COOK, III, *Plea Bargaining in the Hague*, 30 *Yale J. Int'l L.*, pp. 473, 490-94 (2005). Lo Statuto della Corte Penale Internazionale permanente ha adottato un sistema per occuparsi delle "ammissioni" che si discosta dal modello accusatorio e si avvicina maggiormente al modo in cui le confessioni rese in aula vengono trattate nei convenzionali processi penali continentali. Cfr. lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, art. 65.

nazionali. Ma qualsiasi suggerimento di muovere in direzione di una indagine d'ufficio nella fase preliminare e di una presentazione di prove guidata dal giudice nel dibattimento è destinata a suscitare reazioni fortemente negative – non necessariamente solo da parte dei giuristi cresciuti nella tradizione accusatoria di *common law*. La ragione principale di questa reazione negativa è la diffusa convinzione che il modello proposto, privando le parti del diritto di orchestrare le proprie tesi, trasuda valori autoritari e non sia sufficientemente rispettoso dei diritti dell'imputato. È giustificata questa convinzione?

È vero che la maggior parte dei sistemi non accusatori hanno un'infamante storia di collusione con governi autoritari, compresi i regimi totalitari del passato recente. Né si può contestare che, per lo più in reazione agli abusi di quei regimi, la storia della procedura penale dell'Europa continentale negli ultimi cinquant'anni è stata decisamente la storia di innesti accusatori sul tradizionale corpo del processo penale dominato dal giudice³². Ma ciò non deve far credere che la tradizione processuale continentale sia *in extremis*, o che le sue varianti contemporanee non possano essere conciliate con la preoccupazione per i diritti dell'imputato. In molte democrazie continentali pluralistiche, il dibattimento continua ad essere preceduto da un'indagine d'ufficio, con funzionari incaricati di raccogliere prove a carico e a discarico. Nella evoluzione storica, tuttavia, la partecipazione della difesa è stata fortemente aumentata. La difesa è ora autorizzata a partecipare allo svolgimento della maggior parte delle attività e in questa misura è messa subito in condizione di affrontare testimoni che potrebbero rendere testimonianze dannose. Prima che l'incriminazione sia sottoposta alla Corte, la difesa ha anche il diritto a una piena *discovery* delle prove a carico, e le viene riconosciuta la possibilità di contestarle. Il processo è decorato con caratteristiche accusatorie e il coinvolgimento delle parti nelle attività processuali è stato fortemente aumentato, ma in fondo esso rimane un'indagine del giudice. I giudici si considerano ancora, e soprattutto, come ricercatori della verità: conoscendo bene gli esiti dell'indagine, si immedesimano nell'acquisizione delle prove in maniera tale che sono ancora loro a dominare le attività di accertamento dei fatti.

In breve, l'odierno sistema processuale continentale riesce ad evitare le polarizzazioni derivanti dalle dinamiche delle attività di parte, senza compromet-

³² Alcuni Paesi, come l'Italia, sono andati davvero lontano in questa direzione. Ciò potrebbe essere contrastato con l'impatto assai limitato delle teorie processuali continentali sul sistema penale statunitense. Vedi, ad esempio, JOHN LANGBEIN, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 Am. J. Comp. L., p. 545 (1995).

tere i diritti dell'imputato, almeno secondo l'interpretazione di questo concetto data dalla Corte Europea dei Diritti Umani. Essa ha riconosciuto che *standards* di correttezza possono essere mantenuti sia nei modelli governati dal giudice, come quelli che esistono, ad esempio, in Germania, in Francia o in Olanda, sia sotto il modello inglese, dominato dalle parti. Anzi, proprio sulla base dei diritti umani, sono stati richiesti miglioramenti ed adattamenti non solo nei primi sistemi, ma anche nel secondo³³. Dal punto di vista della difesa, può darsi che una procedura non accusatoria nella fase preliminare sia preferibile a quella adottata dalle corti penali internazionali *ad hoc*. In molte di esse, ad esempio, l'indagato non può contestare le prove a suo carico prima di essere formalmente incriminato e, dopo l'incriminazione, deve lottare per indovinare gli aspetti specifici delle prove che l'accusa presenterà al dibattimento³⁴.

Sembra quindi che l'opposizione a che i tribunali penali internazionali si avvicinino di più agli odierni sistemi non accusatori sia infondata, specialmente se si ritiene importante qualcuno dei tre obiettivi discussi in precedenza. Forse la Corte Penale Internazionale, nella quale probabilmente crescerà l'influenza di giuristi allevati nella tradizione dell'Europa continentale svilupperà una pratica nella quale i giudici partecipino al procedimento nel punto in cui il Rubicone viene attraversato, passando da un sistema prevalentemente centrato sulle parti ad uno in cui la responsabilità delle parti di organizzare le loro impostazioni contrastanti diventerà nulla più che una sottile maschera posata su prassi dominate dalle indagini del giudice.

B. *Riduzione delle aspirazioni.* – Guardando ora alle vie per migliorare il funzionamento delle corti penali internazionali, che richiederebbero una riconsiderazione dei loro obiettivi, esaminiamo anzitutto se alcuni scopi possono essere abbandonati, cambiati o ridimensionati. Alla luce di quanto detto sopra, il candidato più ovvio ad avere un ruolo più modesto è l'obiettivo di produrre una documentazione storica degli eventi. Anche se i tribunali fossero meglio equipaggiati per impegnarsi in questa ricerca, l'idea di tentare di farlo sarebbe problematica, e non solo per il costo e la durata dell'impresa³⁵.

³³ Per rilievi aspramente provocatori sulla relazione fra garanzia di equità per l'imputato e il contrasto fra sistemi accusatori e non accusatori, vedi JOHN J. JACKSON, *Toward Convergence, Divergence, or Realignment*, 68 MLR, pp. 737, 754-57, *passim* (2005). L'articolo contiene anche bibliografia relativa alla giurisprudenza rilevante della Corte Europea dei Diritti Umani.

³⁴ Per una attenta discussione lungo queste linee, vedi FAIRLIE, *supra*, nt. 17, pp. 288-292, 306-310.

³⁵ Anche quando gli accertamenti del contesto dei reati fossero ridotti al loro minimo, la

La proclamata ambizione di voler fornire un panorama completo degli eventi fa insorgere nelle vittime delle violazioni di massa dei diritti umani l'aspettativa che tutti i casi di atrocità verranno perseguiti. Laddove ciò non sia possibile, probabilmente alle comunità colpite da quelle violenze sembrerà che vi sia una parzialità da parte dell'accusa nella selezione solo di alcuni fatti da perseguire. E non è tutto. Sotto la lente di ingrandimento dell'analisi giuridica sorgono problemi tecnici seri, il più frustrante dei quali è l'applicabilità dell'accertamento del contesto del reato nella decisione su reati successivi. Negare al primo accertamento un qualche effetto sugli altri reati non è solo costoso, ma comporta la possibilità di diversità macroscopiche nei risultati. D'altro canto, se un'imputazione è derivata dall'accertamento originario, allora gli individui che vengono imputati più tardi non possono contestare efficacemente tale accertamento. Ciò è difficile da accettare per diverse ragioni, ma soprattutto perché il contesto in cui si sviluppa il crimine internazionale è così pieno di possibilità, che il materiale per una narrazione storica differente può facilmente emergere. Si aggiunga a questi problemi il fatto che questioni di fondo più complesse tendono a sminuire l'argomento della colpevolezza individuale, e diventa chiaro che per i giudici la cosa migliore è limitare le loro indagini, relative ai contesti più ampi dei reati, al minimo essenziale richiesto per la definizione dei crimini internazionali³⁶.

Sostenere questa forma di limitazione non significa negare che sia un impegno opportuno indagare su fatti che vanno ben oltre il raggio limitato di crimini specifici. Se i processi penali fossero l'unico strumento per collocare la criminalità internazionale in contesti più ampi, allora l'abbandono da parte dei giudici delle loro aspirazioni di storici potrebbe forse essere criticato, per-

vera definizione dei crimini internazionali, con i suoi aspetti temporali e spaziali, può sollevare questioni di complessità sbalorditiva. Si tratta di stabilire eventi che coinvolgono l'attività di molte persone, spesso su aree vaste e su periodi di tempo lunghi. Anche le decisioni dopo il processo possono richiedere tempo. Nel caso *Blaškić*, ad esempio, ci sono voluti sette mesi prima che i giudici del Tribunale per i crimini di guerra in Jugoslavia pronunciassero la loro decisione. Se un simile ritardo fosse occorso in un procedimento penale nazionale, gli attivisti dei diritti umani si sarebbero probabilmente ribellati.

³⁶ È degno di nota il fatto che l'ambizione del Tribunale per i Crimini di Guerra in Jugoslavia di scrivere la Storia sia stata assai di recente scoraggiata dalla pesante mole di casi, da processi troppo ambiziosi e dall'avvicinarsi della data limite della sua esistenza. Si è pertanto fatto un uso ampio delle ammissioni di responsabilità negoziate, evidenziando così il *gap* fra i fatti contenuti nell'accordo di patteggiamento e i fatti che rientrerebbero in una completa registrazione storica. Per una ammissione di questo *gap* vedi il caso *Prosecutor v. Dragan Nikolic*, case No. IT-94-2-S, *Sentencing Judgment*, par. 122 (18 dicembre 2003) ("... questo Tribunale non è l'arbitro supremo dei fatti storici. Questo compito appartiene agli storici").

ché restringerebbe gli orizzonti di coloro che hanno a cuore lo sviluppo dei diritti umani. Ma vi possono essere mezzi più efficaci per raggiungere questo scopo. In alcune circostanze, ad esempio, una commissione storica ben organizzata è molto meglio attrezzata di una corte penale per redigere una documentazione completa degli avvenimenti³⁷. Tutto sommato, dunque, non ci sarebbe motivo di versar lacrime se i tribunali penali internazionali accantonassero la loro ambizione di produrre documentazione storica.

Un altro candidato ad un ruolo ridimensionato nell'ambito della giustizia penale internazionale è l'obiettivo di condurre processi in una maniera tale da soddisfare gli interessi delle vittime e delle loro famiglie. Abbiamo visto che, per come oggi sono strutturati, è difficile far entrare le loro voci nei processi internazionali. Ma anche se i processi fossero liberi dalle pressioni bipolari, come talvolta potrebbero esserlo nella Corte Penale Internazionale, sarebbe ancora utile ridimensionare questa aspirazione³⁸. La ragione principale è che misure efficaci per dare soddisfazione alle vittime richiedono l'introduzione, nei procedimenti penali, di maggiori elementi di giustizia risarcitoria. È probabile tuttavia che questo diventi un serio pomo della discordia non solo perché la giustizia risarcitoria e quella retributiva non si mescolano bene, ma anche perché la tensione discussa in precedenza fra gli interessi delle vittime e la garanzia di correttezza verso l'imputato aumenterebbe esponenzialmente.

Se non vi fossero altre strade per provvedere alla situazione delle vittime, tutte queste difficoltà si potrebbero forse tollerare: sarebbe spietato dare poco

³⁷ Potrebbe tuttavia essere un errore ritenere che gli esiti raggiunti da simili commissioni necessariamente contribuiscano alla riconciliazione nei gruppi, quanto meno nel breve periodo. In alcune società tormentate dal conflitto, la documentazione storica può anzi provocare reazioni indesiderate. Ne sono un esempio le conclusioni della Commissione per la Chiarificazione Storica in Guatemala. Nel suo rapporto, la Commissione denunciò come genocida il regime di Efraín Ríos Montt. Ma pochi mesi dopo il suo partito ottenne una vittoria schiacciante alle elezioni parlamentari. Si veda. A. CHAPMAN & P. BALE, *The Truth about Truth Commissions*, 23 Hum. Rts. Q., pp. 1, 35 (2001).

Aspetti più ampi del crimine internazionale possono anche diventare oggetto dell'esame di tribunali internazionali senza giurisdizione penale. Per questo, ad esempio, la Bosnia Herzegovina e la Croazia hanno intentato processi presso la Corte Internazionale di Giustizia, chiedendo che la Serbia risarcisse i genocidi commessi. La Corte ha accettato la giurisdizione sulla causa civile della Bosnia Herzegovina, ed indagherà pertanto su un quadro complessivo degli eventi storici.

³⁸ La Corte Penale Internazionale ha fortemente allargato il ruolo delle vittime nei procedimenti. Sono perfino possibili premi di compensazione sotto lo schema adottato, come lo sono in molti sistemi procedurali continentali. Per una panoramica di tali schemi vedi CARSTEN STHAN ET AL., *Participation of Victim in Pre-Trial Proceedings of the International Criminal Court*, 4 J. Int. Crim. J., pp. 219-238 (2006).

valore a soggetti lesi dai misfatti più ignobili che rientrano nel catalogo dei delitti. Ma di nuovo, così come con la richiesta di documentazione storica, esistono altri strumenti utili a soddisfare gli interessi delle vittime. Ampi schemi di risarcimento delle vittime, restituzioni forzate dei proventi del crimine, cause civili, e varie altre forme di giustizia riparatoria sono disponibili come alternative. Dal momento che la loro applicazione non dipende dalla soddisfazione dell'elevato onere della prova richiesta per la condanna penale, essi sono – in questo senso – molto più facilmente accessibili alle vittime. La pena inflitta dai tribunali internazionali non è neppure l'unica misura disponibile per dare soddisfazione a quelle vittime, i cui sentimenti di vendetta e la cui domanda di punizione non possono essere appagati dagli strumenti della giustizia risarcitoria. Ove le circostanze lo permettano, possono essere intentati processi penali nazionali; i soggetti implicati nelle violazioni dei diritti umani possono essere interdetti da importanti uffici, possono essere allontanati dalla pubblica amministrazione o essere sottoposti a qualche altra sanzione *de facto* punitiva³⁹. Pertanto, se i processi penali internazionali dovessero dare voce solo a quelle vittime, o ai loro familiari, la cui testimonianza fosse indispensabile per provare l'accusa, questo non significherebbe che i giudici mancano di compassione. Per parafrasare una espressione di Dante, sarebbe scorretto accusarli di “essere impietriti”^{*}.

C. *L'esaltazione dell'obiettivo educativo*. – Avendo sostenuto che le aspirazioni delle corti penali internazionali dovrebbero essere più modeste, il prossimo oggetto della nostra analisi riguarda la possibilità di introdurre un livello d'ordine maggiore nell'attuale guazzabuglio di obiettivi giudiziari privi di regole. È possibile assegnare loro pesi relativi ed ottenere una base di appoggio per bilanciare gli obiettivi in competizione? Come abbiamo inizialmente rilevato, non è disponibile alcun metro per stabilire una gamma di priorità rigida per gli obiettivi del processo: essi sono semplicemente troppo disparati per

³⁹ Di recente è stata avanzata l'interessante proposta di applicare sanzioni pecuniarie ai membri di entità collettive, come i reparti militari, coinvolte nel crimine internazionale. Non essendo di natura penale, queste sanzioni sarebbero applicate sulla base della *strict liability* contro tutti i membri del reparto, con il fine di spronare il gruppo, *ex ante*, a verificare l'ottemperanza alla legge e, *ex post*, a denunciare coloro che erano effettivamente coinvolti nel reato. I proventi delle sanzioni sarebbero destinati alle vittime e alle loro famiglie. Vedi MARK OSIEL, *The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity*, 105 Colum. L. Rev. 1751, pp. 1842-46 (2005). Se possono essere risolte le difficoltà nella pratica applicazione di questa proposta, essa non dovrebbe finire come un figlio dell'intelletto nato morto.

^{*} N.d.T. L'autore si riferisce alla nota espressione di Dante “sì dentro impétrai” (Inferno, canto XXXIII, v. 49).

essere classificati secondo un metro comune. Ma, come è già stato fatto notare, ciò non significa che si debba accettare l'attuale assenza di orientamento. Il carattere speciale dei tribunali penali internazionali, unito ai limiti delle loro giurisdizioni, riduce il groviglio intricato di questioni e suggerisce vie per fissare un obiettivo predominante per la loro attività, capace di fornire una coerenza maggiore alla giustizia penale internazionale.

Alcuni commentatori, che hanno valutato questa delicata questione in modo speculativo, affermano apertamente, o suppongono tacitamente, che la prevenzione delle atrocità di massa sia il candidato migliore per il ruolo di obiettivo supremo. Secondo loro, la funzione principale della giustizia penale internazionale dovrebbe consistere nell'uso della pena come arma per disincentivare le manifestazioni particolari del crimine internazionale⁴⁰. Ci sono due ragioni principali per cui è discutibile che abbia senso accordare alla prevenzione il vanto di essere collocato fra gli obiettivi dei tribunali penali internazionali. Una ragione è che la deterrenza si fonda sull'idea che i criminali includano la minaccia della pena nel calcolo dei vantaggi delle loro linee di condotta e che il loro concetto di utilità, o la loro percezione dei costi, siano dettati dalla ragione. Ma il numero di calcolatori freddi e razionali dei costi e dei benefici può essere di gran lunga inferiore fra coloro che commettono i crimini internazionali rispetto ai delinquenti ordinari: i contrasti di cui la giustizia penale internazionale si occupa innescano passioni potenti e tendono a coinvolgere soggetti pronti ad accettare il rischio di una punizione. Per fare un esempio estremo, ma per nulla raro, non è chiaro come funzionerebbe la deterrenza nei confronti di persone che considerano la morte conseguente alle loro azioni una conferma dei loro ideali e una beatificazione. Ma anche qualora i calcolatori razionali di costi e benefici prevalessero fra i responsabili dei crimini internazionali⁴¹, il contesto in cui i tribunali penali internazionali attualmente operano non favorisce la collocazione della deterrenza al centro della loro missione. Questo perché è minima la probabilità stessa di concretizzare la minaccia di pena per le corti: senza il sostegno degli stati esse sono prove di potere. Quindi è poco sensato, per le corti stesse, porsi come supremo uno scopo il cui raggiungimento sfugge al loro potere autonomo, dipendendo interamente da fattori esterni sui quali esse non hanno alcun controllo,

⁴⁰ Alcuni autori vedono perfino con favore sanzioni di gruppo per questo scopo. Vedi, ad esempio, OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1768, 1837; MARK A. DRUMBL, *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 Mich. L. Rev., pp. 1259, 1322 (2005).

⁴¹ Quantomeno in relazione alle gerarchie militari tale sembra essere il punto di vista di alcuni studiosi. Cfr., ad esempio, OSIEL, *supra*, nt. 39, p. 1846.

e per il quale vi può essere o non essere sostegno. Se, come un moderno Giove, potessero un giorno acquistare potere indipendente per fulminare regolarmente i trasgressori, allora la deterrenza come loro obiettivo supremo potrebbe forse essere giustificata.

Per il momento, come strategia preventiva sembra più appropriato per i tribunali penali internazionali porre maggiore enfasi sulla persuasione che sulle minacce. Essi dovrebbero guardare oltre l'effetto delle loro decisioni sui potenziali criminali e puntare a rafforzare le opposizioni contro il crimine internazionale all'interno della comunità nel suo complesso. Detto altrimenti, dovrebbero puntare a promuovere il senso di responsabilità per le violazioni dei diritti umani, e dovrebbero farlo attraverso la denuncia e la stigmatizzazione della disumanità che si riflettono nei loro giudizi di condanna. Denunciando l'estrema disumanità, tali corti contribuiscono al riconoscimento dell'umanità: maggiore successo esse avranno in questo sforzo, maggiore sarà la possibilità che le norme umanitarie vengano progressivamente rispettate, nonostante le scarse probabilità che la loro violazione sia soggetta ad una punizione internazionale.

Un modo in cui le corti penali possono giocare tale ruolo pedagogico può essere derivato dalla letteratura interdisciplinare relativa al tema della accettazione delle norme mediate la persuasione. Adattata ai nostri scopi, questa letteratura suggerisce che espressioni di disapprovazione contenute nelle pronunce di condanna possono agevolare la conformità ai diritti umani non solo per imitazione⁴², ma anche attraverso l'accettazione di queste norme come valori personali, a patto che le espressioni di disapprovazione provengano da corti percepite come autorità legittima⁴³. Anche alcuni autorevoli sistemi di giustizia penale nazionale, il cui potenziale deterrente supera di gran lunga quello delle corti penali internazionali, condividono questo punto di vista e dichiarano che il loro scopo ultimo consiste nel rafforzare l'ordine morale, esprimendo disapprovazione per il crimine⁴⁴.

⁴² Vedi, ad esempio, RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 Duke L. J. 621, pp. 645-646 (2004). Gli autori applicano questo effetto "di acculturazione" alla condotta statale.

⁴³ Si veda, a titolo di esempio, TOM R. TYLER, *Why People Obey the Law*, pp. 3, 64 (1990); CHRISTINE HORNE, *The Internal Enforcement of Norms*, 19 Eur. Soc. Rev., pp. 335, 336 (2003); James Price Dillard & Michael Pfau (eds.), *The Persuasion Handbook: Developments in Theory and Practice*, (2002). Per tentativi di applicare questa teoria al diritto si veda, ad esempio, THOMAS FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, p. 7 (1995); A. CHAYES & HANDLER CHAYES, *On Compliance*, 47 Int. L. Org., pp. 3-9 (1993).

⁴⁴ Un importante propagatore di questo approccio socio-pedagogico alla pena in Europa fu lo studioso norvegese Andenaes. Vedi JOHANNES ANDENAES, *General Prevention – Illusion*

Molti accuseranno di ingenuità la fiducia nel ruolo socio-pedagogico dei tribunali penali internazionali. Credere che il rispetto dei diritti umani possa essere influenzato dalle manifestazioni di disapprovazione e che il richiamo ai valori umanitari possa essere implicito in tale disapprovazione, ad essi non sembra altro che un assioma di speranza ingiustificata⁴⁵. Gli esseri umani, essi credono, sono mossi da interessi personali, e i principi morali, al massimo, non sono altro che benzina sul fuoco. Ovviamente non possiamo qui impantanarci in questo dibattito, con le sue voci rumorose e discordanti, sui fattori che motivano la condotta umana. Qui dobbiamo semplicemente fare nostra la posizione intuitivamente plausibile che mentre il male non può esistere al di fuori del cuore umano, gli esseri umani reagiscono sia agli interessi personali che ai valori morali. E dobbiamo inoltre rilevare che i tentativi di persuasione non sarebbero futili nemmeno se gli interessi personali fossero l'unico spirito che muove gli esseri umani: le idee sono contagiose e possono cambiare la percezione di ciò che è un vantaggio personale, così che una preoccupazione prima disinteressata per i diritti umani può trasformarsi in un aspetto di interesse personale.

Un'altra obiezione al ruolo di guide morali affidato ai giudici internazionali è emerso dalle riflessioni sul ruolo specifico delle corti nelle società di transizione, che cercano di fare i conti con le violazioni dei diritti umani commesse dal regime precedente. In questo contesto è stato sostenuto che la varietà di prospettive sugli eventi che circondano le atrocità di massa, così come l'ambiguità delle questioni morali coinvolte, richiede che le corti non tronchino il dibattito su posizioni in conflitto, con accertamenti autoritativi. La riconcilia-

or Reality?, 43 *J. Crim. L. & Criminology*, 176, 179-180 (1952). Nell'autorevole diritto penale tedesco, ad esempio, prevale la tesi che la funzione ultima della pena sia la "prevenzione generale positiva", nel senso di rinforzo morale, educazione morale o di altro effetto positivo sulla "coscienza legale generale". Vedi WINFRIED HASSEMER, *Variationen der positiven Generalprävention*, in Bernd Schüneman et al (eds.), *Positive Generalprävention: Kritische Analysen im Deutsch-Englischen Dialog*, pp. 29, 43 (1998).

⁴⁵ Alcuni studiosi hanno desunto la futilità delle aspirazioni didattiche dei tribunali penali internazionali dalla assenza di percepibili effetti educativi delle loro sentenze. Vedi, ad esempio, JACK SYNDER & LESLIE VINJAMURY, *Trial and Error*, 28 *Int. Security*, no.3, pp. 39, 49. Ma l'assenza di questi effetti a prima vista, non preclude la possibilità della loro manifestazione in un lasso temporale maggiore. Questo è specialmente il caso di comunità rimaste traumatizzate dalle atrocità, dove i sentimenti intensi scatenati dal conflitto hanno bisogno di tempo per calmarsi. Saltare alle conclusioni è per giunta ingiustificato, dal momento che il lavoro delle corti penali internazionali non è propriamente pensato per gli obiettivi pedagogici. Parlando in termini generali, l'effettività della funzione educativa è difficile sia da confermare che da smentire con prove empiriche.

zione ed una solidarietà sociale sincera non richiedono un consenso illusorio, ma piuttosto che si trovi un modo per vivere senza di esso. Nel tentativo di rendere governabili differenze permanenti o forse di cercare una chiave per l'armonia, il ruolo educativo dei tribunali, se adeguatamente inteso, non dovrebbe essere quello di propagare alcuna visione morale specifica, ma piuttosto quello di usare il processo come "teatro per lo scontro di idee"⁴⁶.

Nella misura in cui questa ipotesi coinvolge ampie questioni, che riguardano il contesto degli atti incriminati, essa merita una riflessione seria sui metodi per reagire alle violazioni di massa dei diritti umani. Ma se ciò significa riferirsi alla questione limitata del se tali atti siano stati effettivamente commessi, ciò non può essere accettato senza minare i fondamenti della giustizia penale internazionale. Infatti, questo genere di giustizia presuppone che gli atti che essa minaccia di punire siano contrari a fondamenti morali attuali e ragionevolmente chiari, o, in alternativa, presuppone che quegli atti non tengano in considerazione accordi sulle tutele di base – anche se quegli accordi non derivano da una fonte teorica comune. Se questi fondamenti morali o questi accordi non esistono, o non sono ancora suscettibili di una determinazione autoritativa, allora la base su cui poggia la giustizia penale internazionale crolla⁴⁷. Ora, dal momento che abbiamo sostenuto che i tribunali penali internazionali non dovrebbero occuparsi di grandi questioni di contesto, possiamo lasciare temporaneamente da parte questa ipotesi. Ma vi dovremo tornare sopra più tardi, quando discuteremo qual è lo scopo opportuno per processi con funzione educativa.

Accantonate queste due critiche furovianti, torniamo alla tesi che la missione centrale delle corti penali internazionali dovrebbe essere l'obiettivo socio-pedagogico di rafforzare il senso di responsabilità generale per le violazioni dei diritti umani. Cosa comporterebbe l'accettazione di questa posizione?

⁴⁶ Cfr. MARK OSIEL, *Collective Memory and the Law*, pp. 52, 164, 208, 241, 298 (1997). Per commenti favorevoli su questa teoria si veda RICOEUR, *supra*, nt. 11, pp. 423-427 (2000).

⁴⁷ Se questi *minima* morali non sono universali o se alcun affronto ad essi non può essere fatto valere al di fuori delle contingenze di spazio e di tempo, allora la legge dei diritti umani non è niente di più che un'usanza etnica dell'Occidente, e la sua branca penale niente più che un tentativo aggressivo delle élites occidentali di imporre i propri ideali su un'altra parte del mondo. Questa visione negativa della possibilità di una concordia planetaria è molto più diffusa di quanto pensino i sostenitori della giustizia penale internazionale. Per l'opinione di un antropologo di rilievo vedi CLIFFORD GEERTS, *Available Light*, p. 258 (2000). Per una visione giuridica simile ("neo-colonialismo sotto la maschera della moralità") vedi ANTOINE GARAPON, *Three Challenges for International Criminal Justice*, 2 J. Int'l Crim. Justice, pp. 716, 720, 724 (2004). Spinti a conclusioni scettiche analoghe sono tutti coloro che condividono la convinzione post-moderna che diverse "narrazioni morali" non sono comparabili.

Mentre le ramificazioni di questa posizione sono molte, qui ci dovremo limitare solo a quattro problemi che saltano immediatamente agli occhi.

IV. *Le obiezioni alla funzione educativa*

A. *Il dilemma del pubblico a cui ci si rivolge.* – La questione da affrontare per prima concerne chi dovrebbe essere il beneficiario principale dei messaggi educativi dei tribunali. Come abbiamo accennato prima, una decisione giudiziaria adatta a far progredire la cultura dei diritti umani nel complesso della società mondiale può essere pregiudizievole per la crescita della medesima cultura nelle comunità dai cui orrori i tribunali penali internazionali derivano i loro casi. In altre parole, un messaggio giudiziale adatto *orbi* non è necessariamente adatto *urbi*. Come dovrebbe essere risolto il dilemma che deriva dalla differenza di effetti?

Talvolta la risposta è semplice. Esistono circostanze in cui gli orizzonti globali dovrebbero chiaramente prevalere. I giudici internazionali non dovrebbero essere influenzati da reazioni locali ostili alle loro decisioni se queste ultime sono fondate su valori o modi di pensare il cui superamento è l'aspirazione educativa della giustizia penale internazionale⁴⁸. Dovrebbe perciò essere ignorata la convinzione, persistente in alcune società, che la validità della propria ragione politica – come la difesa della comunità contro le aggressioni – permetta ogni sorta di umiliazioni inflitte a combattenti e civili appartenenti alla parte avversa⁴⁹. Il fatto di non tenere in considerazione queste convinzioni, nonostante le reazioni locali ostili, è spesso facilitato dalla prospettiva che queste ultime perderanno la loro virulenza appena gli ardori scatenati dal conflitto si placheranno e i segnali pedagogici extra-territoriali incontreranno un clima più favorevole.

Detto ciò, è difficile sopravvalutare l'importanza di considerare le reazioni locali alle decisioni dei tribunali penali internazionali. Dal punto di vista della missione educativa delle corti, talvolta queste reazioni meritano di vedersi riconosciuto un peso addirittura maggiore di quello che spetta a effetti globali positivi, ma più teorici. Pertanto, una decisione che amplia l'ambito di definizione di un crimine, per quanto possa essere allettante per le preoccupazioni

⁴⁸ Come abbiamo notato in precedenza, tuttavia, questo non significa che alcune delicate decisioni relative all'avvio delle azioni penali non debbano essere rimandate quando è probabile che reazioni locali ostili ad esse conducano alla violenza e abbiano un pesante costo in termini di vite umane.

⁴⁹ Tale convinzione sopravvive ancora, ad esempio, in molte comunità bosniache, serbe e croate sul territorio della ex-Yugoslavia.

globali degli attivisti dei diritti umani, può indebolire la legittimità dei tribunali internazionali nelle comunità colpite dalle atrocità di massa e può contribuire alla percezione che vengano imposti valori estranei ad esse.

Dal momento che tende ad essere trascurato, va particolarmente sottolineato il fatto che reazioni locali ostili possono derivare da valori che non possono essere criticati da un punto di vista umanitario. Alcuni valori locali possono addirittura essere più vicini agli ideali dei diritti umani di quei valori che animano taluni aspetti del diritto penale internazionale, nella sua forma attuale. Come ora dovremo cercare di dimostrare, una fonte importante di questa discrepanza è il desiderio di coloro che amministrano la giustizia penale internazionale di superare le difficoltà probatorie che sorgono nel perseguire individui che sono al vertice di organizzazioni criminali e che sono lontani dagli esecutori immediati. Questo desiderio può portare le corti ad adottare teorie giuridiche che mostrano una sensibilità etica inferiore a quella delle leggi locali o che riflettono sentimenti morali meno raffinati di quelli condivisi dalla popolazione locale. Quando ciò accade, le reazioni locali avverse generate da questa discrepanza meritano una attenzione speciale: pronunciare sentenze senza tenerne conto può danneggiare seriamente la missione pedagogica dei tribunali penali internazionali, e può offrire l'occasione ai loro detrattori per tratteggiare la giustizia internazionale come una imposizione estranea, come una tempesta da far passare. È fortemente discutibile se gli effetti globali positivi siano in grado di bilanciare le conseguenze locali negative.

In teoria, allora, la giustizia penale internazionale dovrebbe apparire in diverse vesti. Al fine di ottenere una accettazione profonda, essa si dovrebbe adattare ai contorni dell'esperienza comune, delle sensibilità morali locali e della cultura giuridica locale. Ma la realizzazione di questo ideale implicherebbe la frammentazione del diritto penale internazionale: la molteplicità delle sue variazioni sarebbe difficile da coordinare in maniera tale da preservare la coerenza del sistema⁵⁰. Quale potrebbe dunque essere una seconda soluzione? Nell'adempiere ai loro compiti, i procuratori internazionali – che hanno ampio margine nella scelta di chi perseguire, quando e per quali accuse – dovrebbero soppesare attentamente i fattori locali. E i giudici internazionali, pur applicando un regime giuridico uniforme, dovrebbero impegnarsi al massimo

⁵⁰ È stato suggerito che tali difficoltà potrebbero essere superate limitando il diritto penale internazionale all'articolazione di principi-guida per variazioni locali, come nel caso dei tentativi di armonizzare, piuttosto che unificare, il diritto di diverse nazioni. Vedi MIREILLE DELMAS MARTY, *Global Law*, pp. 74-96 (2003). È tuttavia dubbio se questa interessante proposta sia attualmente praticabile.

per legittimarsi, spiegando sempre le ragioni, o le particolari necessità, che spingono quel regime giuridico a deviare dalle norme o prassi che siano ritenute giuste ed appropriate localmente. Di conseguenza, dovrebbe essere prioritario stabilire linee di comunicazione efficaci con il pubblico locale e, tutte le volte in cui ciò non sia possibile, i processi dovrebbero essere organizzati nelle comunità in cui si sono verificati gli atti di disumanità⁵¹. Atteggiamenti sprezzanti o di sufficienza nei confronti della cultura, o del diritto, locale e l'insensibilità per l'identità statale, soprattutto se fragile, dovrebbero essere considerati un errore.

B. *Concezioni sostanziali problematiche.* – Se si esalta la funzione educativa dei tribunali penali internazionali, allora alcuni aspetti delle loro concezioni sostanziali vengono offuscati. Questo vale anzitutto per le teorie della responsabilità penale, la cui applicazione conduce a risultati in contrasto con le intuizioni morali ordinarie, o il cui campo di applicazione è incerto e potenzialmente troppo ampio. I limiti della responsabilità di comando forniscono un esempio di concezione del primo tipo. Secondo questa teoria, un soggetto in una posizione di comando che è negligente nella sorveglianza dei suoi subalterni è responsabile come se lui stesso avesse commesso il reato intenzionalmente commesso dai subalterni. La stessa teoria vale per un superiore che, essendo stato informato del reato commesso dai suoi sottoposti, non provvede a consegnarli alla giustizia⁵². Non è difficile vedere come questa teoria faciliti la condanna di individui appartenenti ai gradi più alti dell'autorità. Anche se non prova che essi hanno indotto i loro subordinati a commettere un reato, o che ne erano in qualche altro modo direttamente implicati, il procuratore può ugualmente ottenere la loro condanna, come se avesse dimostrato la verità di quelle due accuse. Ciò perché la legge sostanziale rende irrilevanti fatti che altrimenti avrebbero dovuto essere provati.

⁵¹ A questo proposito, il risultato dei tribunali penali *ad hoc* per il Rwanda e per la ex-Yugoslavia è insoddisfacente. Per molti anni sono stati fatti pochi sforzi per spiegare al pubblico locale e all'ambiente giuridico gli aspetti a loro non familiari della procedura penale internazionale, molti dei quali di derivazione dal *common-law*. Ancora meno energie sono state spese per eliminare l'irrealistica aspettativa locale che tutti gli episodi di atrocità sarebbero stati perseguiti, aspettativa che è poi divenuta una fonte di percezioni, diffuse e spesso infondate, di pregiudizi persecutori nei confronti di uno o di un altro gruppo etnico. Rimane da vedere se questo stato di cose sarà migliorato dai programmi estensivi di più recente adozione e dalle misure educative prese in connessione con il trasferimento dei casi meno gravi alle corti locali.

⁵² Vedi art. 28 dello Statuto del Tribunale Penale Internazionale e l'art. 7 (3) dello Statuto del Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra nella ex-Yugoslavia.

Ma questo beneficio per l'accusa ha un prezzo. Ponendo nella stessa, stigmatizzante categoria con gli esecutori intenzionali di un crimine coloro che hanno negligenzemente mancato di prevenirlo o che di proposito non hanno provveduto a denunciarlo, la legge rimuove totalmente distinzioni che appartengono al vocabolario universale dell'esperienza morale. La gente comune non mette insieme gli esecutori intenzionali di un crimine nefando e coloro che hanno mancato di consegnare alla giustizia i responsabili di esso. La gente comune distingue la commissione intenzionale di reati da quella negligente – particolarmente quando i delitti sono gravi e moralmente squalificanti. Pertanto, se un minore uccide o molesta sessualmente qualcuno, l'uomo della strada non ritiene i genitori del minore assassini o stupratori per il fatto che essi non hanno vigilato su di lui: all'osservatore comune la mancanza di supervisione appare come un reato diverso, separato e meno grave, piuttosto che come una modalità di commissione dell'omicidio o dello stupro. E anche se l'uomo della strada è convinto che il dovere di sorveglianza in determinati ambienti, come in quello militare, sia più stringente di quello che spetta ai genitori, è probabile che la sua valutazione non cambi.

Vi sono molte ragioni per cui questa concezione della responsabilità appare sgradevole quando viene attribuito un peso decisivo alla funzione educativa delle corti. Come abbiamo appena visto, essa crea una rete fatta in modo tale che l'accusa può catturare in essa non soltanto soggetti davvero degni di biasimo, ma anche coloro che sono responsabili solo in maniera marginale. Trattare questi ultimi come gli esecutori dei più nefandi delitti immaginabili alla gente comune sembra troppo severo, o moralmente superficiale, e in molti Paesi questa impressione viene condivisa anche dalle élites giuridiche⁵³. Que-

⁵³ Una ragione importante di queste diverse percezioni sono le differenze nell'interpretazione del principio di personalità della responsabilità penale. Nel diritto anglo-americano, che è stato la principale ispirazione per la dottrina della responsabilità di comando, il principio è relativamente poco impegnativo: il principio di colpevolezza non si considera violato a patto che la legge raggiunga coloro che in qualche modo hanno contribuito al delitto. Trattare una persona come esecutore di un delitto intenzionale commesso da altri sulla base della sua negligenza nella sorveglianza di questi ultimi non è perciò difficile da accettare. Per contrasto, nell'odierno diritto penale dell'Europa continentale il principio tende ad essere più impegnativo. Esso richiede che le persone siano ritenute responsabili secondo le loro azioni personali e il loro grado specifico di colpevolezza. La commissione per negligenza di un delitto intenzionale commesso da altri è pertanto difficile da accettare. Per una critica della responsabilità di comando dalla prospettiva del diritto penale continentale, nella sua variante tedesca, vedi THOMAS WEIGEND, *Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit*, 116 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 999, 1027 (2004). Vedi anche KAI AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 705 (2^a ed. 2004).

ste reazioni negative possono diventare particolarmente intense nelle comunità in cui alcuni dei *leaders* marginalmente responsabili sono percepiti, come talvolta essi sono, come figure moralmente integre e tragiche. Dove essi sono anche percepiti come rappresentativi per una larga fetta di popolazione, l'intera comunità può sentirsi sotto processo. La sensazione di una durezza ingiustificata, che scaturisce da queste percezioni, sminuisce l'autorità morale delle corti penali internazionali e nuoce alla disponibilità delle comunità locali di accettarne i messaggi. Il problema è aggravato dal fatto che le azioni penali tendenzialmente sono intraprese contro soggetti autorevoli, appartenenti a nazioni piccole o sconfitte. Ciò avvalorava l'obiezione dei nemici della giustizia internazionale che la concezione severa è stata costruita su misura per l'applicazione ai comandi supremi di stati deboli o di stati che si trovano a livelli bassi della società internazionale. Dal punto di vista educativo, un'altra obiezione alla dottrina della responsabilità di comando è che essa diluisce lo stigma della condanna per atti gravemente disumani, associandolo indiscriminatamente agli atti intenzionali e alle omissioni per negligenza.

Un esempio di struttura giuridica problematica a causa della sua incerta operatività è dato dalla teoria della "responsabilità penale congiunta", nella versione elaborata dal Tribunale per i Crimini di Guerra in Jugoslavia⁵⁴. Essa stabilisce che i soggetti che abbiano progettato un piano, o manifestato una intenzione comune che equivalga a, o che soltanto compori, la commissione di un delitto internazionale, siano ritenuti responsabili come esecutori dei reati commessi in attuazione di quel piano o di quella intenzione. È di nuovo evidente che questa teoria facilita la condanna dei soggetti potenti che orchestrano i delitti internazionali, ma che non sono fisicamente coinvolti nella loro commissione. Perciò, ad esempio, l'accusa è sollevata dall'onere di provare qualsiasi comunicazione o nesso causale fra tali soggetti e gli esecutori materiali: dopo che ha dimostrato che un imputato era implicato in un piano o in una intenzione comune, perché vi sia condanna è sufficiente stabilire che egli si è impegnato in un qualche atto che può essere interpretato come contributo al delitto finale. Non importa che l'atto non fosse in sé criminoso o che, se lo era, non fosse affatto riprovevole, a differenza di quanto accade per l'attività di consumazione del reato. In base a questa teoria, l'imputato può persino essere condannato come esecutore di delitti che vanno al di là del piano o

⁵⁴ Come la dottrina della responsabilità di comando indiretto, anche questa struttura giuridica è di provenienza anglosassone. Per un buon resoconto vedi VERENA HAAN, *The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International War Crimes for Former Yugoslavia*, 5 Int. Crim. L. Rev., pp. 167, 169-94 (2005).

dell'intenzione comune, una volta stabilito che quei delitti sono conseguenze prevedibili del piano o dell'intenzione comune. Il risultato è che la condanna di delitti che richiedono una attività intenzionale può ottenersi mediante la prova della mera imprudenza⁵⁵.

Non è possibile in questa sede cercare di chiarire il sottofondo concettuale di questa nebulosa teoria. Va però ammesso che il suo nucleo ispiratore – l'intenzione di raggiungere i “cervelli” criminali – è buono, e risponde al fatto che la maggior parte dei delitti internazionali sono commessi in un contesto organizzativo. È solo l'elaborazione di quella idea che desta preoccupazione. Si osservi, ad esempio, che nella prospettiva al momento prevalente, l'esistenza di una iniziativa congiunta, con tutta la sua ampia estensione di responsabilità, può essere desunta da atti individuali senza connessione tra loro, e che non è richiesta alcuna prova di un accordo tacito o esplicito a formare o a far parte dell'iniziativa. Inevitabilmente, allora, il fine perseguito dai membri dell'iniziativa, così come la sua estensione spaziale e temporale, diventano incerti e soggetti ad una estensione arbitraria⁵⁶. Si osservi inoltre che il potere relativo di soggetti considerati appartenenti all'iniziativa, come la loro ineguale colpevolezza, sono irrilevanti per la condanna. Ma l'aspetto più importante per l'estensione eccessiva della teoria risiede nel fatto che il piano, o l'intenzione, comuni non hanno bisogno di essere delittuosi *per se*, ma basta semplicemente che “contemplino” la commissione di un delitto. Perciò, se questo elemento che definisce il coinvolgimento viene interpretato in maniera estensiva, ogni piano per un cambiamento dello *status quo* politico può essere classificato come un'impresa delittuosa congiunta, se è prevedibile che nella attuazione

⁵⁵ È in qualche misura sorprendente che la critica dottrinale della “iniziativa delittuosa congiunta” nella sua forma attuale sembri essere più comune nei paesi anglo-americani che nell'Europa continentale, dove questa struttura legale si scontra molto più apertamente con la sensibilità giuridica. Per la critica degli studiosi americani vedi ad esempio ALLISON DANNER & JENNY MARTINEZ, *Guilty Associations*, 93 Calif. L. Rev., pp. 103-20 (2005); OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1791-1804.

⁵⁶ Quando una iniziativa delittuosa viene attribuita alla politica statale quasi nessuno nell'apparato governativo e politico può essere sottoposto all'indagine penale in quanto esecutore dei più nefandi delitti internazionali. Un esempio istruttivo è l'imputazione nel caso *Accusa v. Cermak e Makrac*, ITCY, Case n. IT-03-73-PT, par. 12 (6 maggio 2005). In aggiunta ai massimi ufficiali di governo specificamente nominati, incluso il primo Presidente della Repubblica Croata, l'incriminazione elenca come membri dell'iniziativa criminale vari ufficiali, funzionari pubblici e membri del governo croato e delle strutture politiche a tutti i livelli, diversi ufficiali e membri delle forze armate, la polizia civile e militare, altri servizi di sicurezza e di *intelligence* e “altre persone sia conosciute che sconosciute”.

del piano avvengano violazioni dei diritti umani⁵⁷. Il confine tra atrocità oltre ogni limite e politica legittima, accompagnata da violenze, diventa sfumato, e l'ombra della criminalità si può spingere troppo all'interno della sfera delle decisioni politiche.

Le ragioni per cui questa vaga teoria indebolisce la capacità dei tribunali internazionali di essere guide morali sono per lo più uguali a quelle enunciate a proposito della responsabilità di comando. Includendo un vasto numero di individui con diversi contributi al crimine entro una sola categoria stigmatizzante, la teoria non tiene conto di differenze che in molte società sono moralmente rilevanti. Ciò fa apparire la giustizia internazionale insensibile e nuoce alla sua autorità morale. Quando poi ci rivolgeremo al problema della selettività della giustizia internazionale, dovremo vedere come questa impressione può essere sfruttata dai politici locali a detrimento dei tribunali penali internazionali. Un effetto negativo della teoria è di nuovo la diluizione dell'onta delle condanne per atti disumani, un effetto che si diffonde di pari passo con la facilità con cui le persone sono condannate per condotte avvertite solo come responsabilità lieve o addirittura moralmente giustificabili nelle comunità colpite dal crimine internazionale.

Qual è la conseguenza di queste riflessioni? Se l'obiettivo educativo dei tribunali penali internazionali deve essere centrale per la loro vocazione, allora andrebbero riviste le teorie della responsabilità che trascurano le distinzioni morali condivise dalle persone comuni. Tracciare le innumerevoli vie in cui questo obiettivo potrebbe essere raggiunto richiederebbe in questa sede una enorme digressione. È però sufficiente alludere solo a poche soluzioni, tutte note ai diritti penali nazionali. A proposito di responsabilità di comando, una possibilità sarebbe quella di convertire la mancanza negligente di vigilanza sui subordinati da parte del superiore, e il suo non averli puniti, da una forma di contributo al delitto dei subordinati a una forma di reati separati e meno gravi⁵⁸. L'iniziativa delittuosa congiunta quale forma residuale di responsabi-

⁵⁷ Sulla base di questa interpretazione estensiva, ad esempio, anche l'intervento militare delle forze occidentali in Afghanistan potrebbe essere classificato come un'iniziativa delittuosa congiunta. Coloro che hanno pianificato l'intervento erano consapevoli che esso avrebbe potuto condurre a crimini di guerra, dal momento che essi hanno deciso di fare affidamento sulle truppe dell'Alleanza del Nord, la cui fama di ignorare il diritto di guerra era nota. Anche il progetto per dividere la Jugoslavia potrebbe essere soggetto a questa interpretazione: mentre i piani erano chiaramente non illegali, era prevedibile che dalla loro attuazione sarebbero derivate lotte intestine in violazione del diritto di guerra.

⁵⁸ Questo è l'approccio adottato dal nuovo Codice tedesco dei Delitti contro il Diritto In-

lità potrebbe essere rimpiazzata dal reato di direzione di una organizzazione criminale, o di partecipazione alla sua attività⁵⁹. In mancanza di ciò, se tale teoria dovesse rimanere una modalità di commissione del reato base, la sua operatività potrebbe essere limitata richiedendo un accordo effettivo come fondamento per l'esistenza del reato e circoscrivendone lo scopo con modalità simili a quelle che sono state elaborate o richiamate nella teoria di *common law* per la *conspiracy*, nella sua variante americana⁶⁰.

Il suggerimento di modificare la severità delle due teorie della responsabilità che abbiamo descritto sarà osteggiato per molti motivi. Probabilmente la linea critica più facile da prevedere proverrà da coloro che sostengono apertamente, o suppongono tacitamente, che la deterrenza dovrebbe essere lo scopo principale della giustizia penale internazionale. Porre attenzione ai gradi di responsabilità personale sembra loro una sorta di cieca devozione ad astratti principi, che non prende in considerazione gli incentivi che la legge dovrebbe creare per contrastare le tendenze organizzative del crimine internazionale. Insistere sulla osservanza puntigliosa del principio di colpevolezza o sui requisiti convenzionali della *mens rea*, significa non curarsi delle difficoltà pratiche della condanna di individui in posizione di comando, e ammette la possibilità

ternazionale. Esso esclude la mancanza negligente di vigilanza del superiore sui suoi sottoposti, e la sua mancata consegna alla giustizia, dal concetto di responsabilità di comando e li converte in due reati distinti. Vedi *Volkerstrafrechtsgesetzbuch*, sez. 13 e 14. Ma i superiori che hanno escogitato un piano criminale vengono trattati come esecutori anche quando non hanno avuto contatti con gli esecutori materiali. La base per questa estensione è fondata sul controllo del superiore sull'organizzazione di quei membri che commettono il delitto. (*Tätberrschaft kraft Organisationsberrschaft – responsabilità in forza del potere organizzativo*). Vedi CLAUS ROXIN, *Tätberrschaft und Täterschaft*, pp. 242-252 (7th ed., 1999).

È interessante notare che un *Trial Chamber* del Tribunale Internazionale per i Crimini di Guerra nella ex-Yugoslavia; ha recentemente adottato la posizione secondo cui la responsabilità di comando è una responsabilità per omissione piuttosto che una forma di responsabilità per delitti sostanziali. Vedi *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, Case no. IT-01-48-T, decisione del 16 novembre (2005), par. 53-54. È da vedere se questa inattesa presa di distanza dalla visione dominante dell'autorità del diritto penale internazionale sarà confermata in appello.

⁵⁹ Si vedano, ad esempio, i paragrafi 129 e 129a del Codice penale tedesco; l'art. 416 del Codice penale italiano; gli artt. 450, 431, 421 del Codice penale francese. Per il suggerimento di sostituire l'iniziativa penale congiunta con sanzioni pecuniarie o di natura non-penale, vedi *supra*, nt. 42.

⁶⁰ Vedi, ad esempio, WAYNE G. LA FAVE, *Criminal Law*, pp. 641-643 (4th ed. 2003). Ma se tale teoria debba rimanere uno strumento per dare la caccia alle menti che stanno dietro agli esecutori materiali, le limitazioni possono essere eccessive. Un esempio di limitazione eccessiva sarebbe quella di richiedere che per la condanna sulla base della responsabilità penale congiunta venga provato un accordo espresso tra il pianificatore assente e gli esecutori effettivi.

di assoluzioni che potrebbero screditare il progetto di una giustizia penale internazionale⁶¹. Un'altra obiezione a cambiamenti nella teoria della responsabilità può probabilmente provenire da coloro che ritengono questi cambiamenti non necessari, stante il fatto che il buonsenso politico dell'accusa e il suo personale senso della misura sono salvaguardia sufficiente contro una estensione eccessiva della responsabilità penale.

Cosa si può dire in risposta a queste critiche? Per quanto riguarda l'autocontrollo dell'accusa nel muovere le contestazioni, la risposta è semplice: la vasta esperienza acquistata nell'applicazione della legge nazionale indica fortemente che tale affidamento è rischioso e spesso ingiustificato. Le obiezioni provenienti dalla prospettiva della deterrenza hanno maggiore peso, ma è impossibile rispondervi adeguatamente senza un'ampia discussione della relazione tra deterrenza e colpevolezza. Ma non c'è bisogno di essere trascinati nel vortice di queste profondità. Per i nostri scopi attuali, è sufficiente sottolineare che anche se i tribunali penali internazionali avessero una forte capacità deterrente, sarebbe ancora un errore trascurare graduazioni di colpevolezza socialmente accettate. Perciò, quando viene meno la limitazione esercitata sulle esigenze sanzionatorie da distinzioni morali essenziali, lo spettro di una deterrenza eccessiva alza la sua testa sgradevole. La semplice attribuzione di responsabilità, accoppiata alla severità della risposta ad essa, potrebbe generare incentivi perversi: individui moralmente onesti potrebbero essere allontanati da posizioni di influenza nelle organizzazioni militari o politiche, lasciandole a disposizione di soggetti spregiudicati o moralmente insensibili. Le questioni che sorgono a questo proposito possono non essere molto diverse da quelle di una scelta errata in materia di assicurazioni⁶².

Le obiezioni che evocano la possibilità di assoluzioni imbarazzanti non possono essere messe da parte sommariamente, e richiedono un esame più analitico. Anzitutto, non è chiaro che quegli individui in posizioni di comando scamperebbero alla morsa della giustizia se le teorie della responsabilità venissero rese più stringenti, e la loro portata venisse limitata per renderla

⁶¹ Si veda OSIEL, *supra*, nt. 39, pp. 1774, 1776. Lo status reverenziale riconosciuto alla colpevolezza personale sembra all'autore un deplorabile miscuglio di moralità liberale e di retributivismo kantiano. Piuttosto che restringere la responsabilità di comando, come proposto nel testo, egli vorrebbe rendere più semplice la condanna per questa imputazione. Vedi anche MARK OSIEL, *Modes of Participation in Mass Atrocity*, 39 *Cornell L. Rev.*, pp. 739, 800 (2005).

⁶² La ricerca nel campo della criminalità nelle organizzazioni economiche suggerisce la possibilità di questi effetti perversi. Vedi ad esempio REINER KRAAKMAN, *Corporate Liability: Strategies and Costs of Legal Control*, *Yale L.J.*, pp. 857, 869-71 (1984).

coerente con il concetto comune di colpevolezza. Una conseguenza più probabile sarebbe la condanna di questi individui per un minor numero di capi d'accusa, che in ogni caso tendono ad essere inflazionati, o, se ciò non fosse possibile, per i delitti meno gravi di cui abbiamo appena proposto la creazione. Naturalmente, la seconda prospettiva è deplorabile. Ma è ancora più increscioso usare teorie della responsabilità, che non considerano la colpevolezza personale, come un espediente per evitare le difficoltà di prova che sorgerebbero se venissero osservati i normali *standards* probatori, rendendo irrilevanti fatti che altrimenti si sarebbero dovuti provare. Sarebbe perciò una ironia sconsolante se un sistema di giustizia, ideato per contribuire alla protezione dei diritti umani, potesse funzionare adeguatamente solo trascurando i valori umanistici radicati nella presunzione di innocenza. Non richiede un grande sforzo riflessivo scoprire il presupposto tacito di colpa che si nasconde dietro i ragionamenti sul fatto che teorie severe della responsabilità sono necessarie per evitare assoluzioni imbarazzanti. Una volta che sia accettato questo assunto non dichiarato, il passo verso un sistema di giustizia penale programmato per condannare è breve.

Ci si può domandare se i fautori delle teorie sostanziali severe si rendono conto dell'inquietante somiglianza della loro posizione con lo spirito punitivo che permeava la procedura inquisitoria del molto criticato *ancien regime* continentale. Spinti dal desiderio che nessun delitto rimanesse impunito (*ne crimina remaneant impunita*), gli artefici di quel sistema stabilirono che gli ostacoli alla condanna avrebbero dovuto essere ridotti per i delitti difficili da provare (*propter crimina difficile probationis*). Presunzioni di intenzionalità, attenuazioni delle regole di esclusione delle testimonianze, ed espedienti simili, abbondavano⁶³. In tal modo, avendo reso meno esigenti gli *standards* probatori, gli ideatori del sistema hanno ottenuto direttamente ciò che avrebbero potuto raggiungere indirettamente, rendendo meno discriminanti le teorie sostanziali della responsabilità. Riportare in vita una variante di questa punibi-

⁶³ Si veda PROSPERO FARINACCI, *Tractatus Integer de Testibus*, titulus VI, qu. 56, no.71; qu. 108, no. 39 (Osnabrgh, 1678). Alcuni autorevoli scrittori sul sistema inquisitorio andarono ben oltre, e invocarono una dispensa generale dai principi legali nei casi di delitti atroci. Si veda BENEDICT CARPZOV, *Pratica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Pars III, qu. 102, no. 67 (Frankfurt/Main 1678). L'attenuazione del diritto delle prove nel perseguimento di alcuni delitti era ancora permessa al tempo della Rivoluzione francese. Si veda M. JOUSSE, *Traité de la Justice Criminelle en France*, Tome I, p. 828 (Parigi, 1771). Fu solo nel diciannovesimo secolo che questo giostrare di bilance contro l'imputato venne criticato e sparì gradualmente, non solo dal diritto ma anche da discorsi accettabili sulla sua riforma.

lità – non importa quanto più mite e ben intenzionata possa essere – non è desiderabile. Per salvaguardare il loro potere morale le corti penali internazionali dovrebbero mantenere una incertezza creativa in relazione ai risultati processuali e accettare la possibilità di fallimenti dovuti o giustificati. Se dovesse diffondersi la convinzione che i tribunali si comportino scorrettamente nei confronti dell'imputato, questa presa di coscienza potrebbe rivelarsi alla lunga ben più dannosa per la loro legittimazione che non il verificarsi sporadico assoluzioni imbarazzanti. I loro sostenitori, sia globali che locali, potrebbero pensare che essi amministrino una giustizia di qualità scadente.

C. Restringere l'oggetto del processo. – Prima abbiamo ipotizzato che le corti penali internazionali non dovrebbero tentare spiegazioni storiche degli eventi, o scavare nel contesto che circonda il delitto. Le istituzioni giudiziarie non sono adeguatamente equipaggiate per fare ciò, abbiamo sostenuto, e tali questioni sono troppo variabili per essere soggette ad un regime di irrevocabilità (*res judicata*). Ma abbiamo anche riconosciuto che alcuni elementi della definizione di delitto internazionale rendono inevitabile un certo grado di contestualizzazione. Significa che un regime processuale diverso sarebbe più desiderabile per determinare l'esistenza di una condotta penale, da un lato, e che almeno uno sfondo di elementi contestuali sia necessario, dall'altra?

Una teoria che abbiamo già incontrato risponde a questa domanda in maniera affermativa e propone una soluzione. I processi, sostiene questa teoria, dovrebbero comprendere due sfere separate: una relativa alle questioni di stretta rilevanza giuridica circa la responsabilità personale dell'imputato, e un'altra riservata a questioni più ampie. Ma in questo secondo ambito i giudici si dovrebbero astenere dal pronunciare qualsiasi giudizio autoritativo: nessuna descrizione, o interpretazione di eventi, dovrebbe essere dichiarata superiore ad un'altra e fornita di una qualificazione ufficiale. Dovrebbero anche essere permesse inversioni di ruoli fra accusa e difesa. Il solo sforzo dei giudici in questa seconda sfera dovrebbe essere quello di mettere in grado le parti di sviluppare liberamente le loro posizioni in conflitto le une accanto alle altre, lasciando l'epilogo della controversia alla società civile⁶⁴.

Nell'esaminare la capacità dei tribunali di produrre un'accurata documentazione storica, abbiamo anche sottolineato la discrepanza fra i metodi ottimali per decidere specifiche questioni di responsabilità, di stretta rilevanza giuridica, e per determinare questioni relative a contesti più ampi. La metafora di

⁶⁴ Si veda OSIEL, *supra*, nt. 46, pp. 127, 208, *passim*.

due sfere separate di attività esprime bene questa differenza. Dove non condividiamo la teoria è nella sua insistenza sul fatto che le questioni della sfera più ampia siano affidate ai tribunali penali, e che esse vengano prese in considerazione in un unico processo. Vi sono valide ragioni contro questa proposta. Quella decisiva è la difficoltà di tenere separate le due sfere. È impossibile immaginare istituti processuali secondo i quali aspetti di un procedimento, nel quale la responsabilità penale deve essere accertata oltre ogni ragionevole dubbio, andrebbero combinati con altri aspetti, in cui questioni contestuali dovrebbero essere lasciate aperte. Ma anche se queste due sfere potessero in qualche maniera essere tenute distinte, rimarrebbe un serio problema, almeno dal punto di vista dell'obiettivo educativo dei tribunali. Se nella sfera più ampia il compito principale della corte fosse quello di offrire all'imputato la libertà di proporre la propria versione dei fatti, senza le limitazioni della rilevanza giuridica, egli avrebbe assicurato un palcoscenico da cui diffondere punti di vista che la giustizia penale internazionale tenta di scoraggiare. Siamo perciò portati a concludere che gli aspetti di contesto, richiesti per la definizione del delitto, dovrebbero essere esaminati nello stesso modo in cui vengono esaminate le questioni relative alla responsabilità personale, anche se questa non è la soluzione ottimale. La natura sub-ottimale del compromesso conferma la nostra precedente proposta secondo la quale l'attività nei tribunali penali internazionali dovrebbe essere mantenuta entro confini limitati. A dispetto della tentazione contraria, essa dovrebbe essere spinta in senso centripeto piuttosto che fatta esplodere in direzione centrifuga.

Dunque quale sembra essere l'oggetto appropriato di un processo? I giudici dovrebbero concentrare la loro attenzione su ciò che fanno meglio: ossia, stabilire se individui particolari, e specialmente quelli in posizioni di potere, hanno commesso errori specifici. Liberati dal compito di produrre una documentazione storica, e dalla connessa esigenza di documentare tutti gli orrori accaduti, i giudici dovrebbero essere liberi di limitarsi a giudicare solo su un piccolo numero di episodi di atrocità rappresentativi, per i quali esistono le prove più evidenti. La semplificazione dei processi che ne conseguirebbe sarebbe un grande vantaggio, anche se gli obiettivi della giustizia penale internazionale sono concepiti diversamente da ciò che abbiamo proposto, poiché i procedimenti nelle corti internazionali per varie ragioni sono complessi e costosi. Basti qui richiamare il fatto che le imputazioni per un delitto internazionale spesso coprono una vasta gamma di condotte, commesse lungo un periodo di tempo rilevante, da un numero di individui elevato. Tuttavia, un quadro della giustizia più semplice sarebbe congeniale specialmente alla missione

educativa dei tribunali internazionali. Una modestia maggiore delle loro aspirazioni eliminerebbe, o ridurrebbe, la delusione suscitata dal loro funzionamento. Come abbiamo appena osservato, rinunciando alla loro ambizione di scrivere la storia dei crimini si risparmierebbero le critiche per non perseguire penalmente tutte le atrocità. Concentrando l'attenzione su questioni rilevanti per la responsabilità, essi potrebbero anche ridurre le opportunità per l'imputato di usare l'aula di tribunale per tenere discorsi politici e far pubblicità a se stesso. E infine, focalizzandosi solo su un piccolo gruppo di delitti ben documentati, ridurrebbero lo spazio per controversie sulla correttezza degli esiti del processo. Qualcuno non approverà questa ultima limitazione, sostenendo che in tal modo si preclude al pubblico la possibilità di comprendere fino in fondo l'orrore complessivo delle violazioni di massa dei diritti umani. Si consideri, tuttavia, che la repulsione provocata da una descrizione persuasiva di un ristretto gruppo di episodi avvenuti nel contesto di una serie più ampia di atti disumani può esercitare un impatto eguale, o forse anche maggiore, sul pubblico di quello derivante da un lungo flusso di condanne per ottenere le quali occorrono decenni. Scrutare dal buco della serratura può talvolta essere rivelatore tanto quanto guardare attraverso una porta aperta.

D. Selettività dell'esecuzione. – L'ultimo e più delicato problema cui dedicarsi è la selettività dell'esecuzione del diritto penale internazionale. Motivo di preoccupazione non è la selettività nel senso che i procuratori incriminano solo un pugno di individui della vasta schiera di coloro che violano i diritti umani. Tutta la giustizia terrestre è in questo senso selettiva, e solo la giustizia divina del Giorno del Giudizio sarà omnicomprensiva. Gli organi nazionali dell'accusa non riescono neppure ad istituire procedimenti contro tutti i delitti che giungono alla loro attenzione⁶⁵. In questa sede a noi interessa la selettività nel senso che le azioni penali internazionali sono esercitate principalmente contro cittadini di stati che sono attori deboli sulla scena internazionale. Questa è una forma di discriminazione più preoccupante di quella che deriva dalle risorse limitate per l'applicazione della legge, o dalla mancanza di prove sufficienti, o da fattori simili che condizionano le decisioni degli organi nazionali dell'accusa su chi incriminare. Pertanto, quando consegnano alla giustizia soltanto, o principalmente, criminali provenienti da nazioni deboli, il risultato è che gli organi internazionali dell'accusa discriminano, fra coloro che abusano

⁶⁵ Questo è vero anche nei Paesi la cui legge nega la discrezionalità dell'accusa. Vedi MIRJAN DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion*, 29 Am. J. Comp. L., pp. 119, 122-128 (1981).

dei diritti umani, sulla base della loro cittadinanza.

Come il sesso nell'Inghilterra vittoriana, l'esecuzione selettiva è un oggetto ben noto ma raramente discusso⁶⁶. Comunque, se l'obiettivo dominante delle corti internazionali è quello di essere guide morali, e se viene attribuita grande importanza alle reazioni del pubblico locale per le loro decisioni, allora per ragioni evidenti non si può passare sotto silenzio la questione. Mentre l'obiettivo educativo mette in rilievo le questioni etiche, l'esecuzione selettiva rende i tribunali penali internazionali vulnerabili all'accusa di applicare un doppio criterio moralmente fastidioso. E se le reazioni suscitate nelle zone dove le atrocità sono state commesse meritano attenzione particolare, è profondamente inquietante che il cinismo corrosivo generato dalla percezione del doppio criterio si radichi con maggiore probabilità proprio in quei luoghi. Né si dovrebbe trascurare che una applicazione selettiva corrobora la tesi di coloro che sostengono che la creazione dei tribunali penali internazionali sia stata prematura. Secondo costoro, la preconditione per un buon decollo della giustizia penale internazionale è l'emersione di istituzioni sovranazionali solide, in grado di agire indipendentemente dalla volontà politica degli stati. In assenza di istituzioni funzionanti, si può amministrare solo una giustizia difettosa, macchiata da una selettività politicamente motivata. Per volare, stanno dicendo questi scettici, uno ha bisogno non solo di ali, ma anche della forza sufficiente per decollare⁶⁷.

Pertanto, se deve essere limitato il danno alla reputazione morale delle corti penali internazionali che ne deriverebbe, il problema dell'esecuzione selettiva dovrebbe essere affrontato, cercando anche di metterlo nella miglior luce possibile. I sostenitori dei tribunali dovrebbero cercare di dimostrare che la giustizia penale internazionale è opportuna nonostante la sua attuale selettività. Essi dovrebbero sottolineare che il compito dei tribunali penali internazionali, se venisse correttamente compreso, sarebbe quello di progredire proficuamente verso un sistema non basato sulla selettività. Anche molte altre istituzioni internazionali hanno la macchia della diseguaglianza *de facto* tra gli stati, eppure pochi vorrebbero vederle sciolte. Attendere che emerga una co-

⁶⁶ Ma si veda ANTOINE GARAPON, *supra*, nt. 47, pp. 716, 717 (2004). (Il quale afferma che sembra che l'azione penale internazionale sia prerogativa di alcuni stati immuni, per un qualche scopo pratico, dallo scrutinio giudiziale. Perché Karadjic per la Bosnia, chiede, ma non Putin per la Chechnya?).

⁶⁷ Un noto esponente di questo punto di vista nel periodo successivo al processo di Norimberga era Leon Schwarzenberger. Vedi LEON SCHWARZENBERGER, *The Problem of International Criminal Law*, 3 Current Legal Problems, pp. 263-288 (1950).

scienza planetaria, o che la comunità globale prenda il posto degli stati come attore principale sulla scena internazionale, significherebbe soccombere all'auto-illusione o, peggio, cedere al ricatto della perfezione. In altre parole, il meglio non dovrebbe essere nemico del buono: è meglio portare alla sbarra qualche responsabile delle violazioni dei diritti umani che nessuno⁶⁸.

Un'occhiata marginale all'evoluzione dei sistemi nazionali della giustizia penale è utile per collocare la questione nella giusta prospettiva. Per un lungo periodo della loro storia, questi sistemi sono stati spudoratamente discriminatori. Ma invece di trattare i delinquenti in maniera diversa secondo il posto occupato dalle nazioni di appartenenza nella gerarchia internazionale, discriminavano fra di essi sulla base del posto occupato nella gerarchia sociale interna. Durante il Medioevo, ad esempio, le risposte ai delitti commessi dalle classi più basse e a quelli commessi dalla *élite* sociale erano sorprendentemente diverse: solamente i servi della gleba e gli schiavi erano soggetti a punizioni corporali⁶⁹. Mentre la nobiltà risolveva le dispute che sorgevano dalla commissione di un crimine principalmente attraverso trattative e accordi, o cercando un potente che facesse da giudice *ad hoc*, i misfatti commessi dalle classi più povere venivano decisi nei tribunali regolari⁷⁰. Nonostante le sue tendenze egalarie, e benché avesse esteso una minaccia realistica di pena a tutta la gamma sociale, anche la Rivoluzione francese non mise fine a tutti gli aspetti, manifesti e previsti legalmente, di un trattamento differenziato⁷¹. Che questa discriminazione fosse ingiusta, almeno per i nostri *standards*, è fuori discussione. Eppure, è solo un'ironica battuta accademica dire che la società

⁶⁸ Argomenti di questo genere possono fare presa in qualche maniera nelle comunità i cui membri sono selezionati per il processo? Potrebbero, se alle comunità fosse data ragione di credere che l'applicazione del diritto penale internazionale, per quanto selettiva, può ridurre le violenze di cui la comunità ha sofferto e può soffrire ancora. Un'applicazione selettiva potrebbe allora sembrare portare dei benefici, proprio come – secondo il “principio differenziale” di Rawls – alcune disuguaglianze di ricchezza possono migliorare le prospettive dei membri meno avvantaggiati della società. Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, pp. 75-80 (1971).

⁶⁹ Questo ha portato il giurista tedesco Gustav Radbruch ad avanzare la teoria che le pene severe del tardo Medioevo fossero l'evoluzione di punizioni imposte inizialmente solo ai servi della gleba e agli schiavi. Vedi GUSTAV RADBRUCH, *Elegantiae Juris Criminalis*, pp. 5-12 (2^d ed., 1950).

⁷⁰ Si veda, ad esempio, LOUIS HALPEN, *Les Institutions Judiciaires en France au XI siècle*, 77 *Revue Historique*, pp. 279, 304 (1901). Più tardi, nel periodo in cui le torture furono uno strumento legittimo per ottenere prove incriminatorie, le *élites* sociali per lungo tempo furono legalmente esonerate dalla sua applicazione. Si veda MIRJAN DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, 87, *Yale L.J.*, pp. 860, 878-89 (1978).

⁷¹ Per una felice intuizione vedi JAMES WHITMAN, *Harsh Justice*, pp. 101-107 (2003).

in quei periodi della storia avrebbe tratto giovamento dall'assenza dei tribunali penali e senza l'applicazione ufficiale della legge.

Tuttavia la giustificazione per una applicazione selettiva non finisce qui. Poiché, nonostante i destinatari dell'azione penale internazionale tendano ad essere soggetti provenienti da stati deboli, sarebbe sbagliato ritenere che solo i governi deboli siano colpiti dalla giurisdizione penale internazionale. Per osservare il loro impatto sul potere, bisognerebbe ricordare le pressioni che operano nella società internazionale perché si dimostri impegno verso i valori dei diritti umani e perché si reagisca prontamente alle loro violazioni. Poiché le idee dei diritti umani circolano liberamente, molte nazioni, incluse le maggiori potenze, hanno sottoscritto le convenzioni sui diritti umani e hanno incorporato le loro disposizioni penali nella legge nazionale. Ciò suggerisce che anche i membri potenti della società delle nazioni avvertono le pressioni a condannare violazioni macroscopiche dei diritti umani e a sanzionarle prontamente. A dire il vero, questi proclami sono spesso meramente declamatori o limitati ad una elevata retorica. Ma ciò non significa che non abbiano alcun impatto anche sui livelli più alti della società internazionale. Rendendo operativi i divieti penali, le corti penali internazionali contribuiscono alla formazione di un clima morale in cui anche i grandi e potenti attori nell'arena internazionale trovano più difficile ignorare i loro impegni verbali. L'evidente discrepanza fra impegni presi a parole e azioni concrete può nuocere alla reputazione degli stati più potenti o danneggiare qualche altro loro interesse. Nelle democrazie pluralistiche mantenere un ampio scarto tra proclami governativi e fatti può anche comportare problemi interni, poiché può essere mostrato e denunciato pubblicamente dalle organizzazioni non governative dedite alla causa dei diritti umani⁷².

Post Scriptum

Avendo esaminato le quattro obiezioni al ruolo educativo della giustizia penale internazionale abbiamo percorso il territorio delineato nell'introduzione e siamo giunti alla fine del nostro viaggio. Tuttavia, prima di concludere, do-

⁷² Questo punto di vista è supportato dalla crescente letteratura sulle ragioni per cui gli stati si conformano alle convenzioni sui diritti umani. Essa suggerisce che il comportamento degli stati in questa sfera non si può spiegare esclusivamente in termini di politiche di potere. Si veda ad esempio OONA HATHAWAY, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, 111 Yale L.J., pp. 1935, 2019 (2002); M. BURGSTALLER, *Theory of Compliance with International Law*, p. 92 (2005); GOODMAN & JINKS, *supra*, nt. 42, pp. 652-56.

vrebbe essere chiarita una evidente omissione. Nelle pagine precedenti abbiamo fatto ricorso all'esperienza, alle aspirazioni e alla giurisprudenza delle corti penali internazionali *ad hoc*, menzionando raramente l'attore potenzialmente più importante, ossia la Corte Penale Internazionale Permanente. L'alibi per questa dimenticanza è la direzione verso cui andava il nostro interesse in questo saggio. L'argomento affrontato qui – esplorare le strade per definire meglio la missione delle corti internazionali e per rafforzarne la legittimazione – ha richiesto un'indagine sulle aspirazioni, sulle esperienze pratiche e sul processo decisionale di corti penali pienamente funzionanti. Dal momento che la Corte Penale Internazionale sta ancora muovendo i suoi primi passi verso la conversione delle sue previsioni normative in legge vivente, siamo stati portati a cercare altrove gran parte del nostro materiale.

Tuttavia, benché il ruolo della Corte Penale Internazionale sia in qualche misura differente da quello dei suoi predecessori *ad hoc*, così che essa reciterà un copione normativa particolare, alcuni dei nostri rilievi critici diretti alle corti *ad hoc* potrebbero valere altrettanto come ammonimenti per questa Corte. Un avvertimento riguarda il pericolo di deviazione, generato dalle aspirazioni globali, dalla necessità di porre un'accurata attenzione alle reazioni del pubblico locale. Sia il fatto che la giurisdizione della Corte sarà sussidiaria⁷³, sia la circostanza che la precedenza – in linea di principio – sarà data alle corti nazionali, sottolineano entrambi l'importanza di tenere in considerazione la cultura locale e le sue leggi nei casi in cui la Corte deciderà di passare all'azione.

Il secondo avvertimento riguarda le tentazioni di produrre un resoconto storico di violazioni imponenti dei diritti umani e di pianificare procedimenti giudiziari utili per questo scopo. Le corti sono male attrezzate per imbarcarsi in indagini storiche così ampie, l'imputato acquisisce l'opportunità di una tribuna privilegiata e il processo diventa inevitabilmente ingombrante. L'infuosto *procès monstre* contro Slobodan Milošević è un drammatico avvertimento. Dal momento che il Tribunale Yugoslavo per i Crimini di Guerra aspirava a produrre una documentazione degli eventi che accompagnarono la disintegrazione della Jugoslavia, l'imputazione in questo caso coinvolgeva i crimini commessi in Kosovo, in Croazia e in Bosnia-Herzegovina, abbracciava un periodo di otto anni e conteneva 66 capi d'accusa. Al momento della morte di Milošević il tribunale aveva tenuto udienze per 466 giorni, ascoltato 295 testimoni, esaminato circa 5000 reperti e prodotto una trascrizione di più di cen-

⁷³ Cfr. Art. 17 (1(a)) della Statuto di Roma.

tomila pagine⁷⁴. Un'appropriata decisione sulla base di un materiale così mastodontico pone problemi che debbono ancora essere esaminati da parte degli studiosi delle prove e degli psicologi forensi.

Il terzo ammonimento concerne la necessità di prendere una distanza critica nei confronti delle dottrine della responsabilità eccessivamente ampie, plasmate dalle corti *ad hoc*, e da alcune innovazioni procedurali motivate dal bisogno di completare tutti i casi prima della fine del loro mandato. Un vigilanza costante è stata necessaria per paura che venisse compromessa l'autorità morale della giustizia penale internazionale – nel campo processuale o nella dottrina sostanziale – con lo scopo di facilitare le condanne di soggetti di alto profilo. L'ultimo e più generale ammonimento che deve essere derivato dalle pagine precedenti ha a che fare con una saggia modestia nel porre obiettivi. Tentativi precipitosi da parte delle corti penali di imporre il potere del diritto nell'instabile mondo della politica internazionale possono rivelarsi facilmente controproducenti e minare la loro legittimazione. È probabile che la giustizia penale internazionale cresca più vigorosamente se sfrondata dalle aspirazioni irrealistiche e dallo zelo eccessivo. *Succisa virescit.*

⁷⁴ Si veda STEPHEN CASTLE & VESNA PERIC ZIMONJIC, *Day of Conjecture Ends: as an Autopsy Reveals Heart Attack was Cause of Milošević's Death*, *The Indep.* (London), 13 marzo 2006, para News, p. 5.

prof. FERRANDO MANTOVANI
Università di Firenze

BIODIRITTO E PROBLEMATICHE DI FINE DELLA VITA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: il principio utilitaristico e il principio personalistico. – 2. Il problema del dovere del medico di informazione in caso di prognosi letale. – 3. Il problema del diritto del malato al rifiuto della terapia. – 4. Il problema della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento. – 5. Il problema dell'eutanasia attiva. – 6. Il problema dell'accanimento terapeutico, dei malati in rianimazione e dei soggetti in stato vegetativo. – 7. Il problema della nozione, del momento e dell'accertamento della morte. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive: il principio utilitaristico e il principio personalistico*

I *malati nella fase terminale* della loro vita e, quindi, la più drammatica della loro esistenza, per l'inguaribilità della malattia, l'aspettativa di morte e le sofferenze fisiche e psichiche, pongono una serie di problemi, non solo medici, umani esistenziali, ma anche etici e giuridici, che sono andati accentuandosi col progredire della scienza medica, che ha reso tale fase sempre più arretrata nel tempo, senza però impedire la degradazione delle funzioni organiche, e con l'evoluzione culturale e l'emersione dei diritti del malato, anche terminale, che hanno moltiplicato le occasioni di riflessioni e di dibattito. Sicché la «fine della vita» costituisce uno dei più grandi, se non il massimo problema, della bioetica e del biodiritto, perché compenetrato nel «tema della morte», che, in quanto tema fondamentale della nostra esistenza e di rilevanza primaria per l'autocomprensione dell'uomo, supera di gran lunga i confini della riflessione bioetica e biogiuridica, ma nello stesso tempo costituisce un tema bioetico e biogiuridico fondamentale, che non può essere eluso, proprio in ragione della sua radicalità.

Sotto il profilo giuridico, particolare attenzione meritano i seguenti sei problemi: 1) il problema del dovere o meno del medico di informare il malato in caso di prognosi letale; 2) il problema del diritto del malato, a conoscenza della prognosi letale, di rifiutare l'attivazione o il proseguimento delle terapie; 3) il problema dell'efficacia vincolante o meno per il medico delle dichiarazioni anticipate di trattamento; 4) il problema se il suddetto malato possa pretendere che il medico gli anticipi la morte mediante l'eutanasia attiva; 5) il pro-

blema dell'accanimento terapeutico, anche con particolare riguardo ai soggetti in rianimazione e dei soggetti in stato vegetativo; 6) il problema della nozione, del momento e dell'accertamento della morte.

Prima di scendere all'esame dei suddetti problemi, va premesso che anche essi, come tutti i problemi di bioetica e di biodiritto e, più in generale, di disponibilità dell'essere umano, ricevono risposte differenziate a seconda che si muova dalla perenne contrapposizione dialettica tra: 1) la *concezione utilitaristica* dell'uomo-oggetto, uomo-massa, uomo-mezzo, come tale strumentalizzabile per finalità extrapersonali; 2) la *concezione personalistica* dell'uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine, punto di incontro dell'antropologia e dell'umanesimo sia delle concezioni religiose monoteistiche sia delle concezioni autenticamente laiche (non laiciste-libertarie), che riconoscano kantianamente all'essere umano una dignità che ne fa un soggetto fine-in sé e non un mezzo.

Corollario della concezione utilitaristica è la massima disponibilità dell'essere umano: *a)* che, per *l'utilitarismo pubblico-collettivistico*, in nome dell'utile collettivo sono stati legittimati i più efferati misfatti contro l'uomo della storia umana (dalla rupe di Sparta alle sperimentazioni, sterilizzazioni, eutanassie ed aborti eugenetici di massa, quali quelli compiuti da pseudoscienze naziste e nipponiche, asservite ai più inumani totalitarismi politico-ideologici; *b)* che, per *l'utilitarismo maggioritario* di tipo anglosassone, in nome della maggiore felicità per il maggior numero a scapito di pochi, sono state legittimate sperimentazioni sui cosiddetti «soggetti predisposti» ad essere cavie (condannati a morte, moribondi, malati di mente, vecchi, bambini, studenti di medicina, malati non paganti, di basso livello culturale o appartenenti a paesi sottosviluppati); *c)* che, per *l'utilitarismo individualistico-egoistico*, in nome della maggiore felicità propria ed in un soggettivismo tendenzialmente senza limiti, che eleva la libera volontà individuale a *summa lex*, si legittima l'incontenibile politica della «liberalizzazione» (dell'aborto libero, droga, alcolismo, sterilizzazione anche irreversibile, transessualismo, locazione del grembo materno, eutanassia, suicidio, ecc.).

Corollario della concezione personalistica è il *principio dell'indisponibilità* dell'essere umano, che subordina la liceità degli interventi sul medesimo a un duplice ordine di limiti coessenziali: 1) i *limiti oggettivi*, segnati innanzitutto dai *principi della salvaguardia della vita, integrità fisica e salute; della dignità umana; della eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani*; 2) i *limiti soggettivi*, segnati dal *principio del consenso informato del soggetto*¹.

¹ Per una più ampia trattazione delle problematiche sulla disponibilità dell'essere umano, nato o concepito, e dei suddetti principi personalistici, anche nelle pratiche applicazioni nel

2. Il problema del dovere del medico di informazione in caso di prognosi letale

Nei casi di prognosi letale si pone, già al livello deontologico, il delicato e controverso problema se prevalga il «diritto del malato di sapere» in base al principio del consenso informato al trattamento medico oppure il «dovere del medico di tacere» per ragioni di umana pietà e per non pregiudicare le residue od estreme possibilità terapeutiche o di reazione del malato.

Per impostare e risolvere correttamente il suddetto problema si rendono opportune le seguenti premesse:

1) che la recente affermazione del principio personalistico del consenso del malato sta ad esprimere, nella storia dell'attività medico-chirurgica, un triplice significato: *a)* un *significato etico-culturale*, perché ha segnato il passaggio dalla risalente e tradizionale *concezione paternalistica dei doveri del medico*, per definizione benefattore e onnidecidente in scienza e coscienza, alla *concezione personalistica dei diritti del malato*, che si pone al centro della struttura sanitaria e del rapporto medico-malato come portatore di propri fondamentali diritti, primi tra i quali il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione in ordine agli interventi sul proprio corpo: alla partecipazione, cioè, alle decisioni medico-chirurgiche che lo riguardano; *b)* un *significato pratico-operativo*, poiché dovrebbe svolgere una funzione umanizzante e rasserenante del buon rapporto fiduciario medico-malato, se il consenso viene non burocratizzato ad una mera formalità liberatoria di uno sgradito onere medico, ma vissuto come momento di un perdurante dialogo col medico, e ridurre altresì i rischi di contenziosi giudiziari; *c)* un *significato giuridico*, poiché sta ad indicare che il *fondamento primario* dei poteri-doveri del medico sta nel *consenso* del soggetto. Sicché, se è vero che col consenso del soggetto non ogni intervento medico-chirurgico diventa per ciò solo lecito, poiché l'attività medico-chirurgica deve sottostare anche ai suddetti limiti oggettivi, è altresì vero che senza il consenso del soggetto l'intervento è illecito, con conseguenti responsabilità giuridiche del medico, anche penali, sulla base dei delitti comuni (di violenza privata, di sequestro di persona) o dello specifico delitto di attività medico-chirurgica su persona non consenziente, previsto da certe legislazioni;

2) che il principio del consenso costituisce un principio giuridico, che si è andato sempre più consolidando, trovando espresso riconoscimento nelle

legislazioni nazionali, anche costituzionali, e in documenti internazionali (così, ad es., nell'ambito dell'Unione europea);

3) che il consenso per essere valido deve essere consapevole e per essere consapevole deve essere *informato*, per cui l'*informazione* costituisce il primo dovere del medico verso il malato. Informazione, questa: *a*) che deve essere effettuata con chiarezza e comprensibilità del linguaggio e con essenzialità dei contenuti, dovendo essa avere per oggetto tutto ciò che è essenziale per una decisione consapevole del malato (diagnosi, prognosi, possibilità e strumenti terapeutici, scopo e natura del trattamento proposto, eventuali alternative terapeutiche, benefici e rischi prospettabili, decorso postoperatorio e tempi di degenza, strutture sanitarie più idonee, conseguenze del rifiuto delle cure); *b*) deve essere rapportata al grado di reale volontà del malato di conoscere, poiché il malato ha anche il diritto di rifiutare le informazioni altrimenti dovutegli e perché – come l'esperienza insegna – non tutti i malati, a prescindere dal livello di istruzione, desiderano essere informati in eguale misura o conoscere fino in fondo, affidandosi entro certi limiti al medico. Sicché compito del medico è, sì, di informare (se occorre, per informazioni progressive), ma non di imporre l'informazione, onde alla sua sensibilità, da buon psicologo, spetta il comprendere fino a che livello il malato intenda conoscere o affidarsi;

4) che il consenso può essere rifiutato o, se prestato, può essere revocato, totalmente o parzialmente.

In rapporto alle suddette premesse la soluzione più equilibrata del problema in esame appare quella: 1) della *prevalenza del diritto del malato di essere informato* e, quindi, del dovere medico di informare, allorché questi manifesti un'autentica volontà (perché ferma, ribadita, razionalmente motivata e, quindi, inequivoca) di conoscere la verità vera, per porlo in grado sia di prestare o meno il consenso consapevole al proseguimento delle terapie in atto o al ricorso ad altre terapie o a sperimentazioni terapeutiche come *ultima spes*, sia e comunque di esercitare il suo diritto di programmare la propria residua vita e la propria morte (assolvere ai propri doveri religiosi, disporre per testamento dei propri beni, sistemare una situazione economica, riconoscere un figlio naturale, finire un'opera letteraria o scientifica, indicare il modo e le forme della cerimonia funebre e della destinazione delle proprie future spoglie, ecc.); 2) dell'*attenuazione del dovere del medico di informare* negli altri casi, nel senso cioè che il medico è tenuto non ad illudere, ma nondimeno – senza celare la serietà del male, ma anche senza l'uso di terminologie terrorizzanti – a non privare il malato della speranza, per non sottoporlo anche ad inutili sofferenze morali e per non pregiudicare le residue possibilità terapeutiche e di reazione.

Tutto questo, sul piano giuridico. Oltre, si aprono gli sconfinati spazi extra-giuridici, dei medici e dei familiari, della «cultura dell'accompagnamento del malato alla morte»: della solidarietà, della vicinanza, della compartecipazione rispetto ad una vita che sta per spegnersi.

3. *Il problema del diritto del malato al rifiuto della terapia*

Circa il problema del diritto del malato, informato della prognosi letale, di rifiutare la prosecuzione delle terapie in atto o la non sottoposizione ad altre terapie o a sperimentazioni di nuovi strumenti terapeutici, ci troviamo di fronte a quella che viene tradizionalmente chiamata *eutanasia passiva consensuale*. Si tratta, però, di una espressione impropria e fuorviante, da abbandonare, poiché ci troviamo di fronte non ad un'ipotesi eutanasi, ma semplicemente al c.d. *diritto al rifiuto della terapie medico-chirurgiche*, che non è altro che il correlato del principio del consenso, dell'autodeterminazione del malato.

Invero, il consenso ha come correlato la facoltà del rifiuto delle cure, che sta ad indicare non il «diritto al suicidio», ma soltanto la non esistenza dell'«obbligo di curarsi» e che, quindi, la salute degli individui non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva, come risulta, ad es., dall'art. 32 della Costituzione italiana, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che – come si precisa in dottrina – vi sia coincidenza tra la salvaguardia della salute collettiva e della salute individuale (es.: vaccinazioni obbligatorie per malattie contagiose o diffuse) e l'obbligo terapeutico sia assicurato non con l'esecuzione coattiva, ma con sanzioni indirette (penali, amministrative, esclusione da attività professionali a contatto col pubblico).

Il problema giuridico della cosiddetta eutanasia passiva va risolto, pertanto, sulla base dei principi in materia di *responsabilità per omissione*, nel senso cioè: *a*) che la responsabilità del medico per omessa terapia sussiste – come è noto – in quanto esiste per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare le terapie (il cosiddetto obbligo di garanzia medico) e cessa quando tale obbligo viene meno; *b*) che l'obbligo giuridico del medico di attivare o continuare le cure, fondandosi innanzitutto sul consenso del malato, cessa quando tale consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui; *c*) che insorge, invece, per il medico il dovere giuridico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure; *d*) che, conseguentemente, per escludere la responsabilità omissiva del medico per l'evento infausto (morte o lesioni), derivato dalla non attivazione o interruzione delle terapie, non c'è biso-

gno di alcuna specifica previsione legislativa, poiché il medico, essendo tenuto non più a curare, ma a non curare, non pone in essere alcuna omissione giuridicamente rilevante e tale evento non è più imputabile ad una sua omissione; e) che, pertanto, un problema di responsabilità del medico si pone, invece, qualora egli pratici le terapie rifiutate dal malato, violando il suo diritto all'autodeterminazione.

Va però subito rilevato che un autentico rifiuto delle terapie, se rientra, sul piano di principio, nell'autonomia del soggetto, sul piano pratico ha carattere *eccezionale*. Non solo in forza dell'istinto di autoconservazione, che porta la quasi totalità dei malati a chiedere non l'abbandono, ma il massimo sforzo terapeutico, fino al miracolo. Ma anche perché l'*atto di volontà*, in cui si concreta il rifiuto terapeutico, richiede una serie di *requisiti di validità*, non facilmente presenti e accertabili nei malati terminali. E, più precisamente, deve trattarsi: a) di un rifiuto *personale*, e quindi non del rappresentante legale del minore o dell'infermo di mente, poiché costui ha titolo esclusivo per consentire agli interventi a favore e non quelli a danno della vita o salute del rappresentato (ad es.: non al prelievo del rene da gemello minorenni vivente per trapiantarli su altro gemello, come è avvenuto in certi paesi; non alla sperimentazione pura, effettuata cioè non nell'interesse del soggetto; non alla sterilizzazione dei minorati psichici, come è anche di recente avvenuto); e, men che meno, dei congiunti poiché questi, a parte la genericità del concetto di congiunti e l'insolubilità del problema in caso di volontà discordi (es.: tra figlio e coniuge), giuridicamente non hanno come tali alcun potere di rappresentanza e, di fatto, i meri rapporti familiari o di parentela non garantiscono affatto che i congiunti siano sempre i migliori tutori dell'interesse della vita e salute del malato (es.: nipoti squattrinati, amanti del lusso e dei viaggi, del facoltoso nonno, gravemente ammalato ma che si ostina a non morire); b) di un rifiuto *reale*, cioè non soltanto presumibile sulla base della situazione personale dell'ammalato: tormentosità e incurabilità del male, imminenza della morte, ecc.; c) di un rifiuto *informato* sul proprio reale stato, che in genere, come già visto, non viene integralmente reso noto al malato, se non in presenza di una sua inequivoca richiesta di sapere; d) di un rifiuto *autentico*, cioè non «apparente» o frutto di motivazioni irrazionali (es.: paura), bensì consapevole, fermo, libero da vizi invalidanti e da ogni forma di coartazione, di suggestione o di persuasione diretta o indiretta; e) di un rifiuto *attuale*, non bastando una qualunque volontà espressa in un tempo precedente, data la mutabilità del parere in merito e i conseguenti dubbi del medico circa la persistenza della volontà precedentemente espressa. Sicché è delicato compito del medico curante di accerta-

re, assieme all'opera di persuasione per l'accettazione delle terapie medico-chirurgiche, l'autenticità del rifiuto, onde nel fondato dubbio egli deve praticare la terapia in forza del principio di precauzione: *in dubio pro vita*.

4. *Il problema della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento*

Quanto sopra premesso richiama subito il problema se o in base a quali requisiti siano vincolanti per il medico le cosiddette «dichiarazioni anticipate di trattamento» (con varia terminologia chiamate anche testamento biologico o, con una delle tante slealtà semantiche, *living will*, eufemismizzando così come testamento di vita ciò che è invece un testamento di morte). Per tale dichiarazione anticipata di trattamento si intende la dichiarazione con la quale una persona, dotata di piena capacità di intendere e di volere, esprime la propria volontà circa i trattamenti sanitari ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui non sia in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato a causa di drammatiche evenienze patologiche. In verità, dichiarazioni anticipate, se in astratto potrebbero limitarsi a contenere indicazioni al medico per il massimo ed ottimale sforzo terapeutico (che nulla aggiungerebbe al dovere deontologico e giuridico del medico stesso), nella concreta realtà delle cose sono auspiccate da coloro e per coloro che ritengono che, in certe situazioni patologiche, preferiscono morire anziché vivere, essere lasciati morire anziché essere curati.

Assurte sempre più ad oggetto di vivaci dibattiti, di opposte prese di posizione sul piano etico e giuridico, nonché di testi e di proposte di legge in vari paesi, le dichiarazioni anticipate hanno trovato, nell'ambito dell'Unione europea, un riconoscimento di principio nella Convenzione sui diritti umani e la bioetica (Oviedo, 1997), poiché essa genericamente afferma che i desideri precedentemente espressi dal paziente «debbono essere presi in considerazione» (art. 9), senza però nulla dire circa i requisiti di validità di essi e lasciandone, così, la determinazione alla discrezionalità dei legislatori nazionali, pur sempre però in coerente attuazione dello spirito della Convenzione stessa e compatibilmente col modello etico e giuridico da essa espresso, incentrato sul principio personalistico della tutela della «dignità» dell'essere umano come «persona» non come mero «corpo» per tutto l'arco del processo terapeutico.

Sul piano etico e giuridico ed astrattamente considerate le dichiarazioni anticipate non presentano radicali obiezioni di principio. Ciò perché, da un lato trovano il proprio fondamento nella cultura che ha introdotto il consenso

informato nel rapporto medico-paziente, e perché, dall'altro, se ne individua la finalità fondamentale e autentica – quando non si voglia intenderle come pratica induttiva o facilitante logiche di abbandono terapeutico o, peggio, contrabbandarle come la surrettizia e scivolosa china verso l'eutanasia passiva non consensuale² – di rendere ancora possibile, nelle situazioni estreme in cui non sembra più sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può più esprimersi e la solitudine di chi deve decidere, quel rapporto personale tra medico e paziente che ordinariamente viene svolto dal dialogo informato del paziente col medico. Il problema delle dichiarazioni anticipate è costituito, invece, dal modo della loro concreta attuazione (nella loro struttura, requisiti e limiti di validità), e dal loro valore vincolante od orientativo per il medico, che finiscono per investire la legittimazione etica e giuridica di una prassi in termini accettabili.

In materia sono schematizzabili le tre seguenti soluzioni, non solo ipotizzabili, ma in certi paesi già legislativamente adottate o comunque prospettate e dibattute.

A) La *soluzione della vincolatività assoluta* delle dichiarazioni anticipate, che – in ossequio al principio incondizionato dell'autodeterminazione del soggetto – impone al medico il dovere di dare attuazione a tali dichiarazioni, espresse in qualunque forma (scritta od orale), a chiunque comunicate e da chiunque attestate (congiunti, amici, terzi), concernenti la sospensione o la non attivazione di qualsiasi trattamento sanitario, ed accertabili con qualunque mezzo probatorio (anche testimoniale)³. Essa presenta il grave inconveniente della *inattendibilità*, poiché, prescindendo da precisi requisiti di validità: *a*) non è in grado di garantire l'identità e la capacità del dichiarante, il reale contenuto e la data della dichiarazione, nonché la attualità delle volontà del medesimo; *b*) si presta, pertanto, al rischio di disinvolve e arbitrarie, quan-

² *Docet* la legislazione olandese, depenalizzatrice della pratica eutanassica qualificata come forma di rispetto della volontà del malato e poi subito dilatata alla soppressione di molti malati non coscienti (terminali, incurabili ma non terminali; affetti da sofferenze esistenziali o per solitudine senile) anche in assenza del testamento biologico, sul presupposto che la tutela del migliore interesse del malato può essere affidata non solo al soggetto ammalato, ma anche a colui che di lui si prende cura, quale lo stesso medico.

³ Così, ad es., nei noti casi di Nancy Cruzan e di Terry Schiavo, entrambe da molti anni in stato vegetativo ritenuto permanente, nei confronti delle quali due tribunali americani hanno ritenuto di autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiali su richiesta, rispettivamente, del padre e del marito e sulla base di asserite dichiarazioni anticipate, invocate a distanza di tanti anni e ricostruite sulla base di testimonianze, nel primo caso, di parenti e amici e, nel secondo caso, del marito (con una nuova famiglia) e contro la volontà del padre.

do non anche di mendaci e interessate, ricostruzioni di volontà del malato da parte di terzi; *c*) porta a privare il medico di quegli spazi di autonomia decisionale, che, come vedremo, debbono essere salvaguardati proprio per il rispetto delle esigenze espresse dall'autore delle dichiarazioni, che sarebbero invece frustrate da automatismi esecutivi.

B) La opposta *soluzione della assoluta non vincolatività* delle dichiarazioni anticipate, per la quale dette dichiarazioni sono da ritenere prive di valore o, al più, di un valore puramente orientativo, stante l'inattendibilità delle stesse per gli intrinseci ed insuperabili vizi: 1) della *difficoltà di ricostruzione dell'effettiva volontà* del soggetto: *a*) per le inevitabili *ambiguità del linguaggio* (stante le difficoltà per il paziente di definire in modo corretto le situazioni cliniche che intende fare oggetto delle dichiarazioni; ancor più nei casi di redazione senza l'assistenza di medico dotato di specifiche competenze) e dei conseguenti dubbi nel momento della loro attuazione; *b*) per l'astrattezza e genericità dei contenuti, dovute alla distanza, psicologica e temporale, tra le condizioni personali in cui la dichiarazione viene effettuata e le condizioni reali di malattia in cui essa dovrebbe trovare applicazione; 2) della conseguente loro inattualità e dubbia persistenza per la profonda differenza tra una volontà espressa in un lontano momento di benessere e, comunque, quando la non incombenza dell'evento letale consentiva una valutazione astratta, distaccata dalle reali angosce di una vita che fugge, ed una scelta, espressa in stato di lucidità mentale, all'interno di una situazione esperienziale concreta di malattia, dopo un approfondito colloquio con se stessi, col medico ed eventualmente coi familiari. Tant'è che si discute su quale sia il momento più appropriato per le dichiarazioni anticipate e se non sia persino augurabile che esse avvengano nel tempo in cui la persona è, oltre che nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, in buona salute, al riparo dallo stress provocato dall'insorgere della malattia e dell'ammissione in ospedale, poiché in tal caso la decisione di esprimere o di rinunciare ad esprimere le dichiarazioni può diventare un importante momento di riflessione sui propri valori, la propria concezione di vita e sul significato della morte come segno dell'umana finitezza, contribuendo così ad evitare quella «rimozione della morte», quale tratto ritenuto non positivo della nostra cultura; 3) dell'*ardua adattabilità*, in breve, delle dichiarazioni alle precise condizioni concrete in cui viene a trovarsi il paziente; 4) delle inaccettabili implicazioni della vincolatività assoluta per il medico (es.: il dovere di lasciare morire, in base al generico contenuto del testamento, il paziente effetto da una malattia in sé mortale, ma curabile o divenuta tale). Tale soluzione presenta, però, opposti inconvenienti, perché, in base alle suddette incertezze e, quindi, della prevalenza del princi-

pio di precauzione *in dubio pro vita*: a) renderebbe sempre doveroso l'intervento terapeutico o, comunque, restituirebbe al medico una piena libertà decisionale ed operativa, anche nei casi in cui, in base alle peculiarità della situazione concreta, le dichiarazioni presentano una loro indubbia attendibilità; b) vanificherebbe il principio dell'autodeterminazione del soggetto, con un ritorno a quella concezione paternalistica del medico onnidecedente, superata – come già visto – dalla concezione personalistica del malato-protagonista delle decisioni che lo riguardano.

C) La *soluzione della vincolatività relativa*, ossia del valore né assolutamente vincolante, né meramente orientativo, delle dichiarazioni anticipate, che si ripresenta come la più corretta, perché fa salvo il rispetto della volontà «reale» del soggetto, per il fatto che si ritiene che alla volontà del soggetto debba essere data esecuzione non deterministicamente e meccanicamente, ma riconsiderandone la verosimile persistenza o meno in rapporto alla concreta ed eventualmente mutata situazione clinica e terapeutica del momento in cui il medico è chiamato ad operare; senza privare così il medico stesso di quello spazio di autonomia decisionale ed operativa necessario per assicurare, nell'interesse dello stesso paziente, la presumibile persistenza o meno della volontà espressa nelle dichiarazioni anticipate⁴. A tal fine la vincolatività è subordinata alla presenza della seguente serie di condizioni di garanzia:

1) anzitutto, in ossequio al principio della dignità umana, della più *libera autodeterminazione* sia dei soggetti che intendono avvalersi delle dichiarazioni anticipate (statisticamente un'esigua minoranza, anche nei paesi che già da tempo le hanno legalizzate), sia dei soggetti (la grande maggioranza) che nutrono un'avversione o addirittura una autentica ripugnanza per tali dichiarazioni. Sicché le proposte implementazioni delle dichiarazioni anticipate possono essere condivise, se intese non nel senso di un auspicato ricorso ad esse da parte di tutti o della maggioranza dei soggetti, favorito da promozioni sociali (non dissimili da quelle per la donazione di organi *post mortem*) o, peggio, da abominevoli forme di induzione⁵. Bensì unicamente nel senso di favo-

⁴ È questa la soluzione sostanzialmente proposta in Italia dal Comitato nazionale di bioetica nei fondamentali documenti: *Questioni bioetiche sulla fine della vita* (1995) e *Dichiarazioni anticipate di trattamento* (2003); con ampie motivazioni anche da noi accolte.

⁵ Nella solita Inghilterra, il cui utilitarismo in materia di bioetica non suscita ormai più sorprese, un noto ospedale londinese, nel ricoverare pazienti alla soglia dei settantacinque anni di età e, quindi, in una fase di fragilità anche psichica, propone (o impone?) l'apposizione della firma a dichiarazioni di rinuncia a terapie di sostegno vitale nel caso di sopravvenienza, nel corso del trattamento, di eventi infausti, anche non estremi (es.: perdita della vista o della mobilità).

rire la corretta formulazione delle dichiarazioni per coloro che intendono avvalersene e la corretta attuazione per coloro chiamati ad attuarle, onde evitare il paventato rischio che sotto il pretesto dell'implementazione delle dichiarazioni surrettiziamente si favorisca nei pazienti, specie anziani, un atteggiamento di resa nei confronti della morte e si trasformi l'assistenza dei malati terminali in una burocratica accelerazione del processo del morire;

2) dell'*attendibilità* delle dichiarazioni, attraverso la subordinazione ai *requisiti di validità* della volontà, espressa da soggetto maggiorenne, capace di intendere e di volere, informato, autonomo e non sottoposto ad alcuna pressione familiare, ambientale, sociale; in *forma scritta*, mai orale o spersonalizzata nella mera sottoscrizione di moduli prestampati⁶; di *contenuto non equivoco e specifico* circa le situazioni cliniche da prendere in considerazione (es.: trattamenti meramente posticipativi della morte) o di tipi di terapie (es.: le sole emotrasfusioni e non anche altre terapie alternative nel caso di testimone di Geova); munite di data (e, per taluni, rinnovabili secondo certe periodicità); con l'auspicio, ai suddetti fini, della compilazione con l'assistenza di un medico, che può controfirmarle;

3) della *conformità delle dichiarazioni all'ordinamento giuridico*, dovendo esse sottostare ai *limiti* di compatibilità, oltre che con le norme di buona pratica clinica e di deontologia medica, con le norme del diritto positivo. Con la conseguente esclusione, innanzitutto, degli interventi di eutanasia attiva, in tutti i paesi, compresa l'Italia, in cui tale eutanasia è vietata. Al quale proposito è fondamentale precisare – per evitare equivoci ed erronee convinzioni nella pubblica opinione – che la legalizzazione delle dichiarazioni anticipate non può essere inaccettabilmente interpretata come legalizzazione anche dell'eutanasia attiva, come diritto del soggetto di pretendere dal medico di essere ucciso, ma va intesa come riconoscimento al singolo del solo diritto di chiedere la non atti-

⁶ Non pecca certo di coerenza il Disegno di legge italiano, pendente innanzi al Senato, che richiede non solo la forma scritta delle dichiarazioni anticipate, bensì addirittura e *ad pompam* la loro redazione per atto pubblico notarile, nonché l'invio di copia ad un istituendo registro nazionale (art. 12) e la modificabilità e la revocabilità anch'esse nella forma pubblica notarile (art. 14). Ma ad un tempo ammette, nei casi – costituenti la normalità – di assenza di tale dichiarazione, le decisioni sostitutive del fiduciario, se nominato, o, altrimenti, e in ordine, del coniuge non separato, dei figli, del convivente stabile, dei genitori, dei parenti entro il quarto grado (art. 3). Un atto, anche questo, di slealtà legislativa, che si aggiunge a tanti altri in materia di bioetica, perché sotto le ipocrite parvenze di salvaguardare l'autodeterminazione del soggetto, surrettiziamente intende favorire l'abbandono delle cure rispetto a tutta una serie i soggetti costituenti un «peso» familiare e sociale: in palese violazione delle autentiche finalità personali delle dichiarazioni anticipate.

vazione o la sospensione di pratiche terapeutiche: anche nei casi più estremi e tragici di sostegni vitali che avrebbe il diritto di rifiutare in stato di coscienza (es.: sperimentazioni rischiose, onerose, sproporzionate alla situazione clinica concreta, estremamente invasive e gravose per la serenità del trapasso);

4) dell'*attualità delle dichiarazioni*, cioè della loro presumibile persistenza al momento della presa in considerazione dal medico: *a)* sia per la non intervenuta revoca, totale o parziale, conservando il soggetto il diritto di revocarle in tutto o in parte in qualsiasi momento e vincolando la revoca, anche se informale e pur espressa in stato di ridotta coscienza; *b)* sia per la persistente *rispondenza tra le dichiarazioni anticipate e la situazione clinica e terapeutica* al momento della loro presa in considerazione, per cui tale rispondenza deve ragionevolmente ritenersi che sia venuta meno in relazione alla mutata situazione clinica e ai progressi tecnici delle medicina e della farmacologia, eventualmente avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni stesse o verosimilmente ignorate dal soggetto. Ciò in base alla ragionevole presunzione che nessun dichiarante intenda optare per un totale abbandono terapeutico e, quindi, delle possibilità di beneficiare di sopravvenuti trattamenti⁷;

5) dell'*eventuale nomina di un fiduciario* (figura presente in molti modelli di dichiarazioni anticipate e anche accolta da certe legislazioni), da coinvolgere obbligatoriamente nei processi decisionali del medico per fare conoscere e realizzare le volontà del paziente, vigilando contro le tentazioni mediche di accanimenti o di abbandoni terapeutici e sulla via concreta da seguire nell'eventualità di modificate situazioni cliniche o di nuovi sussidi terapeutici; senza però che le valutazioni di tale fiduciario siano vincolanti.

Dovere del medico è, pertanto, procedere non all'automatica e meccanica esecuzione delle dichiarazioni anticipate, ma accertare la presenza o meno delle suddette condizioni essenziali. E in presenza, accertata, di esse prevale – previa esauriente motivazione dei propri convincimenti – il dovere del medico di

⁷ Di questa realtà umana appare prendere atto la già citata Convenzione di Oviedo, che a proposito delle dichiarazioni anticipate usa le espressioni «*wishes*» e «*soubaits*» e «*shall be taken in account*» e «*seront pris en comptes*» (art. 9), cioè non imposizioni, ma «desideri» e «presa in considerazione», e non più quella di desideri «determinanti», usata in una precedente versione. E ciò nel senso che – come viene chiarito nel Rapporto esplicativo (punto 62) – «tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza da allora ha fatto progressi, potrebbe esserci la base per non tenere in conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe, quindi, per quanto possibile, essere soddisfatto che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso medico».

rispettare le dichiarazioni anticipate del paziente e, nell'accertata assenza di esse, il dovere di curare, che non costituisce violazione dell'autonomia del paziente, ma ne esprime tutta la pregnanza, in forza anche del principio di precauzione *in dubio pro vita*. La presente soluzione evita gli opposti estremismi del «paternalismo duro» del medico onnidecidente in scienza e coscienza e dell'automatismo radicale del medico mero esecutore della volontà del paziente.

Quanto poi, all'ulteriore problema – e anche sul punto è aperto il dibattito – dell'opportunità o meno di un esplicito intervento legislativo, è certamente vero che il consolidamento di una corretta prassi anche in materia di dichiarazioni anticipate è un problema culturale prima che giuridico, poiché – si afferma – qualunque normativa positiva dovrebbe accompagnare e non precedere una forte presa di consapevolezza bioetica, per evitare quei pericoli di burocratizzazioni formali (già verificatisi anche rispetto al consenso informato, quando viene immiserito ad una firma apposta su un modulo prestampato) e i prevedibili fallimenti di scorciatoie legislative non nate da adeguata elaborazione culturale e di semplici imposizioni di modelli anglosassoni estranei alla nostra cultura poiché la contrapposizione tra cultura latina personalistica e cultura utilitaristica non è retorica. Ma è non meno vero che, pur senza facili ottimismo, una disciplina legislativa può concorrere, per la sua funzione propulsiva, alla sensibilizzazione e maturazione culturale, nonché a sottoporre le dichiarazioni anticipate ad una serie di regole, quale quelle sopraelencate, idonee a garantire la reale volontà del soggetto e a ridurre le tormentose incertezze dei medici.

5. Il problema dell'eutanasia attiva

L'*eutanasia attiva* (edulcorata anche con la slealtà semantica di «suicidio assistito») consiste – almeno nel suo significato più proprio – nel provocare la morte, possibilmente indolore, mediante un comportamento attivo, ad un soggetto affetto da malattia incurabile, allorché la morte sia imminente e i mezzi antidolorifici risultino impotenti ad attenuare l'intollerabilità o la tormentosità delle sofferenze fisiche.

È, innanzitutto, fondamentale distinguere l'*eutanasia attiva* non solo dalla già esaminata *eutanasia passiva* (*rectius*: rifiuto delle cure)⁸, ma anche dalla

⁸ La imprescindibile distinzione tra eutanasia passiva ed eutanasia attiva non è posta in crisi dal dato, invocato, dell'interruzione delle cure, su richiesta del malato, mediante un *comportamento attivo* (es.: distacco del respiratore): *a*) perché tale comportamento rientra, stante il

c.d. *eutanasia pura*, consistente nella morte naturale resa indolore per effetto di sostanze antidolorifiche, che leniscono le sofferenze del morente, senza provocarne o anticiparne consistentemente il decesso: cioè non nell'«aiutare a morire», ma nell'«aiutare nel morire». La quale eutanasia pura non ha mai posto problemi di liceità, in quanto si è sempre ritenuto che rientri nella lecita e doverosa attività medica anche il *trattamento antidolorifico*, finalizzato non alla morte del paziente, ma ad alleviare le gravi o insopportabili sofferenze, anche se in qualche misura può avere come effetto secondario, ma non intenzionale, una anticipazione del decesso⁹. Scopo della medicina – ancor più oggi con l'avvento della specializzazione, in seguito ai decisivi progressi della terapia del dolore, della *medicina palliativa* – non è soltanto quello di guarire o di procrastinare il più possibile la morte, ma anche di alleviare le sofferenze del malato: di aiutarlo «nel» morire e, quindi, a vivere questa sua ultima e radicale esperienza nel modo più umano possibile, dal punto di vista fisico e spirituale.

Nell'ambito, poi, dell'eutanasia attiva occorre distinguere tra:

A) l'*eutanasia attiva non consensuale*, che costituisce la forma più grave di eutanasia e che va, perciò, perseguita più severamente, per la sua triplice offensività, in quanto violazione: *a)* del principio della salvaguardia della vita; *b)* del principio del consenso (il cui rispetto dà luogo, nei vari ordinamenti giuridici, alla fattispecie criminosa, più attenuata, dell'omicidio del consenziente); *c)* del principio dell'eguaglianza e pari dignità dei soggetti, cioè di essere rispettati nel loro diritto alla propria morte: di vivere il proprio morire e di non essere privati dell'esperienza del proprio dolore e della propria irripetibile morte (conciliativa, liberatoria o agosciante che sia);

B) l'*eutanasia attiva consensuale*, che costituisce – come è noto – il vero e più dibattuto problema eutanascico.

principio dell'incoercibilità delle cure (così per l'art. 32/2 Cost. italiana), nel diritto al rifiuto delle stesse, che abbraccia sia l'attivazione di nuove terapie, sia la cessazione di quelle in atto, e converte – come già visto – l'obbligo del medico di curare nell'obbligo di cessare le cure; *b)* perché esso resta lecito, nonostante l'attuale (o anche futura) incriminazione dell'eutanasia attiva; *c)* perché la negata distinzione suddetta costituisce un sofisma, che si ritorce contro chi l'invoca, perché, trasformando il suddetto comportamento attivo in un'ipotesi di eutanasia attiva, lo rende punibile, pur costituendo esso, in realtà, soltanto un rifiuto delle cure.

⁹ Vale, qui, il *principio del doppio effetto*, in base al quale una azione od omissione, da cui derivino sia un effetto negativo sia un effetto positivo, sono da considerare lecite a condizione: *a)* che l'intenzione dell'agente sia informata dalla finalità positiva; *b)* che l'effetto diretto dell'intervento sia quello positivo; *c)* che l'effetto positivo sia proporzionalmente superiore o almeno equivalente all'effetto negativo; *d)* che l'intervento non abbia altri rimedi esenti da effetti negativi.

A favore della liceità vengono invocati gli argomenti: *a)* della *pietà* verso il malato incurabile e sofferente o incapace, per il suo particolare stato, di una vita degna; *b)* dell'*autodeterminazione*, presenti certe condizioni estreme, circa la propria vita. O, secondo posizioni più radicali, del *diritto alla libertà sul proprio corpo*: al suicidio per mano propria o al suicidio assistito (per mano altrui), per l'asserita identità con quello di questo, mera modalità organizzativa del proprio suicidio.

A sostegno dell'illiceità vengono invocati tre fondamentali ordini di argomentazioni:

1) *argomentazione di principio*, rappresentata innanzitutto dalla *irrinunciabilità della intangibilità della vita umana* come valore in sé dal suo primo palpito al suo momento terminale, che come tale non consente segmentazioni e commisurazioni, perché l'umanità, se perde il rispetto per una sola particella, perde il rispetto per l'intera vita; e perché il male, che ad essa può derivare dall'abbandono del principio e del senso dell'intangibilità della vita, è incomensurabilmente superiore ai contingenti e fallaci vantaggi, che si pensa di potere derivare dalla pena di morte, dall'aborto libero, dall'eutanasia, poiché è lo stesso *divieto generale di uccidere* che ne esce scosso nella «tabuizzazione» che lo circonda e deve circondarlo (il rispetto per la vita altrui da parte ancora della maggioranza degli uomini non è anche l'effetto di tale divieto generale, esistente *ab immemorabili?*). Con il fatale indebolimento della percezione sociale del valore della vita, la possibilità di tragici abusi, resi indiscernibili dalla permissività della legislazione autorizzatrice, e il disimpegno pubblico nell'assistenza ai morenti.

Quanto, poi, all'*asserito diritto al suicidio*, va rilevato: 1) che, *de iure condito* e nei vari ordinamenti giuridici, il suicidio non rientra né nei *fatti leciti*, perché giuridicamente autorizzati, né nei *fatti illeciti*, perché vietati, ma nei *fatti giuridicamente tollerati*, perché il suicidio (mancato) non è punito per note ragioni di opportunità, ma costituisce pur sempre un *disvalore giuridico*, espresso da chiari indici legislativi, quali l'incriminazione dell'omicidio del consenziente (cioè il suicidio per mano altrui) e delle altrui attività istigatrici o ausiliatrici del suicidio, nonché, per quanto riguarda la legislazione italiana, i divieti penali delle pubblicazioni e delle radioteletrasmissioni tali da poter provocare il diffondersi di suicidi e delle pubblicazioni quotidiane o periodiche di ritratti di suicidi; 2) che, *de iure condendo*, delle due l'una. O si riconferma la piena legittimità della suddetta normativa sul suicidio e, allora, occorre concludere che il suicidio resta giuridicamente un disvalore giuridico e, perciò, soltanto tollerato; con conseguente punizione di tutte le suddette atti-

vità favoreggiatrici. Oppure si ritiene che il suicidio debba essere elevato a diritto, e allora «coerenza» vuole che si accettino tutte le derivanti conseguenze: a) della *liceità* del suicidio per mano altrui, cioè l'omicidio del consenziente; b) della *liceità* dell'uccisione – da parte di ciascuno di noi, medico o non medico, e sulla base del semplice consenso del soggetto – di un'infinità di persone, malate o sane, anziane o giovani, desiderose, per le più diverse ragioni, di cessare di vivere senza il coraggio o la possibilità materiale di farlo; c) della vanificazione, in nome dell'affermazione teorica del diritto alla morte, dell'esigenza dell'accertamento della *validità del consenso*: estremamente difficile, se non impossibile, nella maggioranza dei casi, date le condizioni psichiche, in cui normalmente versano gli aspiranti al suicidio; d) dell'*inviolabilità* e della *garanzia* addirittura costituzionale (ex art. 2 della Costituzione italiana) di siffatto diritto, azionabile come *pretesa* verso lo Stato, *obbligato* ad apprestare gli strumenti – in nome del principio di eguaglianza – per l'uccisione di chi non è in grado di farlo di persona; col conseguente obbligo per i medici delle strutture sanitarie pubbliche di provvedervi; e) della *punibilità dell'intervento di salvataggio* come reato di violenza privata e dell'*applicabilità della legittima difesa* a favore dell'aspirante suicida, che reagisce contro chi tenta di impedirgli di suicidarsi; 3) che ci troviamo di fronte ad una tale serie di conseguenze, ad una così assoluta autodisponibilità della vita, che nessun ordinamento giuridico, non nichilista, potrebbe legittimare, e che ben poche persone potrebbero accettare, compresa l'esigua minoranza dei sostenitori del diritto al suicidio, che si limitino a porre il problema con riferimento soprattutto all'eutanasia attiva consensuale dei malati terminali e fortemente sofferenti, senza forse cogliere tutte le implicazioni della loro proclamazione del diritto al suicidio;

2) *argomentazione di ordine pratico*, rappresentata: a) dall'*incontenibilità dell'eutanasia pietosa*, poiché, aperta la breccia nell'intangibilità della vita umana, sul presupposto del «motivo pietoso» e della «vita non degna», si apre – la già citata esperienza olandese insegna – la scivolosa china dei «passi successivi»: dalla eutanasia passiva all'eutanasia attiva, anche non consensuale, del malato terminale, del malato incurabile ma non terminale: e perché non anche del vecchio, del portatore di handicap, del demente, del malato di mente? Col rischio di trasformare l'eutanasia individuale pietosa in eutanasia collettiva, di massa, e la difficoltà di distinguere l'eutanasia dal comune omicidio¹⁰; b) dalla *relatività delle diagnosi di incurabilità del male* e delle *prognosi*

¹⁰ Sulla «collettivizzazione» dell'eutanasia in Olanda, estesa a migliaia di soggetti non consenzienti, eloquenti sono le esplicite dichiarazioni ministeriali.

della morte imminente e l'umana possibilità di errori, che trasformano in «guarigioni miracolose» quelle che, non di rado, stanno a dimostrare l'umana fallibilità dei giudizi medici; c) dalla possibile *sopravvenienza* – specie nella nostra epoca caratterizzata dai grandi sforzi della ricerca medica accelerata – *di nuovi trattamenti medico-chirurgici*, che trasformano in curabili e in sopportabili o in più ampi spazi di sopravvivenza malattie prima non più curabili e non sopportabili e in volontà di vita o speranza di sopravvivenza precedenti desideri di morte; d) dagli imponenti progressi della medicina palliativa (la lenoterapia) che svuota di dentro la valenza dell'eutanasia pietosa, rendendola sorpassata, perché essa, pur se non finalizzata a posporre la morte ma nemmeno ad anticiparla, rende quel dolore, prima insopportabile e costituente la spinta primaria all'eutanasia autenticamente pietosa, in un dolore del tutto sopportabile, quando non anche vinto, se il trattamento antalgico è praticato da esperti, con possibilità di vita (affettiva, familiare, ecc.) del tutto accettabile. Da qui il denunciato paradosso e scandalo dell'atteggiamento generalizzato di disinteresse, in questa nostra epoca tanto sensibile alla sofferenza da malattie, per questo ramo della medicina, ove la moderna medicina manifesta la sua più profonda vocazione di cura in senso globale, non solo fisico, ma anche psicologico ed esistenziale, dei sofferenti. Ciò da parte degli stessi movimenti pro-eutanasici, che si battono per liberare, uccidendoli, i malati terminali atrocemente sofferenti, ma non per la sempre maggiore diffusione della medicina palliativa, stante la incompatibilità dei due obiettivi perché, come si rileva, la ricerca e la pratica palliativa si fondano sul presupposto ippocratico personalistico che è sempre un bene che il malato viva ed è sempre un dovere del medico aiutarlo a sopravvivere, mentre la pratica eutanasia sceglie la via più breve e comoda della soppressione «pietosa» del malato, disdegnando quella delle cure, più lunga ed onerosa, forse anche per la difficoltà di assistenza del malato terminale, spesso ansioso e insoddisfatto (con la conseguente tentazione del personale sanitario di ascoltare la richiesta di accelerazione della morte); e, più in generale, ancor più per il timore della medicina palliativa da parte dei sistemi sanitari contemporanei e del sistema di famiglia nucleare occidentale, stante i forti impegni economici ed assistenziali da essa richiesti; e) dall'estremo *soggettivismo del limite della sopportabilità del dolore umano*, nonché dall'estrema difficoltà *di accertare non solo la definitività o temporaneità* della volontà di morte e la *libertà e validità* del consenso prestato dai soggetti malati terminali, ma la stessa *serietà* delle reiterate invocazioni della morte, poiché anch'esse possono celare, per l'elementare istinto di conservazione e come esperienza insegnata, un tenace desiderio di vivere o di solidarietà

espresso paradossalmente con affermazioni opposte «del voglio morire», del «lasciatemi morire»; *f*) dalla pressoché fatale *burocratizzazione* della eutanasia in una sbrigativa apposizione di un visto (come già accaduto per l'aborto), col moltiplicarsi delle pratiche eutanasiche, non superabile col vano ufficio dell'accertamento della validità del consenso e del giudizio del medico «curante»; *g*) dall'insuperabilità di una difficoltà radicale di ogni legislazione eutanastica, perché o il mandato è insindacabile, col conseguente dovere per il medico di eseguirlo anche nel caso in cui si ritenga, in coscienza, insussistenti le circostanze indicate dal paziente a giustificazione dell'eutanasia (es.: il timore, infondato, di un nevrotico di essere affetto da un grave tumore) e, quindi, in profondo contrasto non solo con la deontologia medica, ma col più generale principio del fondamento dell'eticità di un atto nella convinzione del soggetto. Oppure il mandato è sindacabile, con la conseguente insicurezza del paziente circa l'adempimento della propria volontà e col conferimento al medico di un potere ultimativo di vita e di morte, già eticamente non riconoscibile;

3) *argomentazioni di opportunità*, collegate: *a*) all'*intorpidimento dell'identità morale e professionale del medico*, cui viene attribuito, accanto al tradizionale *potere-dovere di curare*, il tremendo *potere di uccidere*, che scalza alle fondamenta il sapienziale pilastro ippocratico del *primum non nocere*; *b*) al fatale *aumento di sfiducia* verso la classe medica e le strutture ospedaliere, che non potrà non accrescersi con l'acquisita *consapevolezza* che il medico ha anche il potere d'infliggere il «colpo di grazia», sapendosi che in base a consensi dubbi, presumibili, prestati o attestati da altri, si può essere uccisi, per liberare corsie ospedaliere e parenti da gravosi oneri o in vista del prelievo di organi per il trapianto, come prevedono legislazioni in materia; *c*) alla conseguente tendenza alla «*fuga dal pubblico ospedale*» dei malati, per volontà propria o dei parenti, allorché le condizioni volgono al peggio; e alla preferenza per i più rassicuranti ospedali privati, che viene ad accrescere le discriminazioni tra i malati poveri «eutanasiabili», degli ospedali pubblici, e i malati ricchi, «non eutanasiabili», degli ospedali privati; *d*) alle *alterazioni* della stessa *fiducia* che i consociati debbono nutrire nel diritto, preso atto che questo legalizza anche l'uccisione, nonché delle *complesse conseguenze* sui rapporti e situazioni giuridiche (a cominciare da quelle successive) e non giuridiche con l'anticipazione, specie se rilevante, della morte naturale.

E, per concludere, il coraggio della verità appare portare ad una presa d'atto: 1) dell'estrema difficoltà di distinguere tra l'*autentico movente altruistico della pietà* per il sofferente, il pilastro a sostegno dell'eutanasia attiva, e un *sottostante movente egoistico opportunistico* del tornaconto, mimetizzato da

pietà. La psicologia del profondo, ma anche quella più elementare, che sa distinguere tra «motivo apparente» e «motivo reale», rende sospettosi sull'*autenticità* di una così grande ed improvvisa «*esplosione di umana pietà*», che appare fra l'altro anacronistica in una umanità (almeno occidentale) sempre più disumanizzata e monodimensionale, sensibile alla propria libertà più che al dovere e al servizio, al diritto proprio più che al diritto altrui, e che delega agli spersonalizzati servizi sociali quella solidarietà, che è incapace di gestire in proprio; 2) della non casuale coincidenza tra la *diffusione dell'ideologia eutanasca* e la *diffusione dell'ideologia materialistico-edonistica dell'uomo-piacere*, la cui ragione di vita è la massimalizzazione – sempre delusa – del piacere e che ha perso il senso profondo della finitezza e del dolore umano, non sempre «inutile» e «nefasto», ma convertibile anche in un valore e che è, comunque, ineliminabile componente della vita: dalla nascita alla morte. Ideologia, che non lascia posto all'«*uomo-dolore*», incapace di una vita edonisticamente integrale (e, quindi, «senza dignità») e, perciò, disfunzionale, in quanto immagine di quella degradazione, che si cerca di rimuovere con l'immagine incontaminata dell'uomo (sempre giovane, bello, scattante, longilineo, profumato, deodorato, stirato, ecc.), e di quella morte, senza speranza e senza luce, che si cerca di negare, dimenticandola nel clamore di un frenetico agitarsi senza agire. E di cui l'eutanasia è un mezzo per l'obliterazione: la grande bugia di un mondo, ove, perduta la «pietà per la morte», si invoca la «morte per pietà»; 3) che la risposta alla fuorviante ideologia eutanasca sta in un minore utilitarismo egoistico e nella riscoperta della «*cultura dell'accompagnamento del malato alla morte*»: più solidarietà, vicinanza, compagnia, comunicazione, condivisione delle sofferenze, che, evitandone la solitudine e l'abbandono al non senso, fa venire meno la richiesta eutanasca¹¹; la quale, fra l'altro e comunque, è nella realtà pressoché inesistente. Per cui l'eutanasia, più che un'esigenza scaturente dal basso, è la teorizzazione ideologica di chi sta bene¹². E ancor prima, tale ri-

¹¹ Non è, per ciò solo, espressione di tale cultura il rimedio contro le tentazioni eutanasiche (attivato, ad es., in Inghilterra) della costituzione degli Istituti di accoglienza e sostegno dei malati terminali.

¹² Cioè di coloro che non hanno un'esperienza quotidiana diretta dei «morenti», perché, al contrario, le esperienze dei medici (in particolare, oncologi) e dei volontari delle associazioni di assistenza dei malati, nonché le inchieste in materia attestano: *a*) che gli eventuali richiedenti la morte sono non i malati circondati da presenza amorevole e aiutati da adeguate cure palliative, ma pressoché sempre i malati oggetto di cure non appropriate e che si sentono abbandonati e soli nella fase più tragica della loro vita; *b*) che anche l'eventuale richiesta eutanasca è, in genere, non un reale desiderio di morte, ma l'estrema accorata richiesta di non essere lasciati soli e di adeguate cure palliative; *c*) che la media dei suicidi tra gli ammalati di cancro è di gran lunga

sposta, sta nella riscoperta della *realtà*, misteriosa, della morte; 4) che dietro molte pressioni pro-eutanasiche, se certamente può stare il sincero desiderio della cessazione delle sofferenze di tanti malati terminali, si cela anche – come viene rilevato – una particolare visione del mondo, a suo modo forse sincera ma non pietosa, per la quale solo la vita sana è autentica vita umana, pienamente degna di rispetto e protezione; solo la malattia curabile, o comunque socialmente tollerabile (così solo in alcune forme di handicap), va combattuta; e la malattia non curabile va abolita, sopprimendo semplicemente la vita stessa del malato; 5) che, pertanto, entra in gioco – come viene precisato – non soltanto la riformulazione epistemologica della stessa medicina, con la perdita della sua specificità terapeutica e la trasformazione in una prassi formale e neutrale di manipolazione del corpo umano, ma una vera e propria riformulazione antropologica dell'idea stessa di vita: una sfida intellettuale e morale, di fronte a cui gli uomini «postmoderni» si trovano impreparati, e un sottile e compiuto nichilismo, poiché una vita, non più pensata – come invece abituati a ritenere forse da millenni – non come avente un valore, ma come principio di ogni valore, e che, al contrario, riceve o perde ogni valore in base ad opposte determinazioni di volontà, è ridotta allo statuto ontologico della materia bruta: delle cose; 6) che, in breve, ci si trova di fronte non ad un semplice dilemma bioetico. Bensì ad una sfida radicale, che rende rimpicciolite e banalizzate le stesse tragiche problematiche di fine della vita, perché investe il senso stesso della presenza dell'uomo nel mondo, in quanto, riflettendo sulla sua morte, l'uomo ben presto scopre che riflette non su di un evento, prima o poi ineluttabile, ma sulla sua mortalità, cioè su ciò che egli è. Un pensiero che può essere così inquietante da esigere di essere esorcizzato, onde il sollevato interrogativo: se dietro le tante istanze odierne favorevoli all'eutanasia non si celi, forse, il più grande, vistoso e fallace esorcismo, che mai l'umanità abbia creato.

6. *Il problema dell'accanimento terapeutico, dei malati in rianimazione e dei soggetti in stato vegetativo*

L'espressione «accanimento terapeutico» andrebbe abbandonata già al livello semantico, per il suo carattere emozionale e negativo, per l'uso impressionante dell'opinione pubblica e per la sua forza evocatrice di un «potere» medico fine a se stesso e di tenebrose sperimentazioni sui malati. Ma va,

inferiore a quella della popolazione sana e che il desiderio del suicidio o di eutanasia, manifestatosi nei primi sei mesi della diagnosi, viene meno in seguito alle cure antidolorifiche.

comunque, chiarita nei suoi contenuti, stante il fuorviante richiamarsi ad essa anche per legittimare, come rimedio, l'eutanasia passiva non consensuale.

Ad ogni buon conto con tale espressione si intende indicare un fenomeno opposto all'eutanasia passiva, perché consistente non nell'abbandono, ma nell'eccesso di terapie: cioè nell'attivazione o prosecuzione di terapie «*sproporzionate*» alle concrete circostanze cliniche o inutili o addirittura futili, quindi ingiustificate, che servirebbero non a prolungare la vita, ma soltanto l'agonia, e ad aggravare le sofferenze del malato terminale.

Il primo problema riguarda la difficoltà di stabilire quand'è che si tratta di un accanimento terapeutico o di una doverosa terapia, stante la difficoltà di una distinzione assoluta tra terapia proporzionata e terapia sproporzionata (per eccesso) alle concrete circostanze cliniche, anche perché molti successi della terapia moderna sono anche dovuti all'insistenza nel cercare di proteggere ogni pur residuo «diritto alla vita» del paziente, prodigandosi fino al limite dell'«impossibile».

Il secondo problema riguarda il tipo di utilizzo del concetto di accanimento terapeutico, perché: *a*) o con esso si vuole indicare una cosa *ovvia*, cioè che nei casi di indiscussa e comprovata sproporzione, di inutilità della terapia, che comporterebbe soltanto un aggravamento delle sofferenze, cessa l'obbligo per il medico di curare. E per legittimare l'interruzione terapeutica non è necessaria alcuna esplicita previsione legislativa (come comprova del resto la normale prassi medica che non ha mai posto particolari problemi giuridici), poiché tale interruzione non è causa (o concausa) né della morte, né di un'apprezzabile anticipazione della stessa; sicché versiamo fuori della stessa eutanasia passiva per mancanza del fatto stesso della «provocata morte»; *b*) o con esso si vuole indicare una cosa *pericolosa*, se, intendendolo in senso lato, si pretende di giustificare un'apprezzabile anticipazione della morte stessa e, quindi, il passaggio all'eutanasia passiva non consensuale.

Invero, rispetto ai malati che non abbiano espresso una valida volontà contraria alle cure, con dichiarazione anticipata o attuale, o versino in stato di incoscienza permane per il medico l'obbligo giuridico di attivare o continuare il trattamento terapeutico proporzionato: anche se la malattia è mortale, la morte a non lontana scadenza e la terapia può dilazionare per breve tempo la morte. Il dovere del medico di curare, se in via primaria comprende il dovere di guarire, in via subordinata implica il dovere di prolungare la vita o procrastinare la morte il più possibile. Pertanto il medico, omettente risponde di omicidio omissivo – per la costante giurisprudenza italiana – anche se ha soltanto *anticipato* l'evento letale. E nel dubbio circa la proporzionalità o spro-

porzionalità delle cure, vale il principio di precauzione *in dubio pro vita*.

Il problema dell'accanimento terapeutico si è, poi, acuitizzato, rispetto alle due ipotesi ampiamente controverse: 1) dei *soggetti sottoposti alle tecniche rianimative*; 2) dei *soggetti in stato vegetativo*.

A) Rispetto al primo tipo di soggetti, il problema dell'accanimento terapeutico, postosi in seguito all'avvento di tali tecniche rianimatorie e alla sottoposizione di persone ad esse per lunghi periodi e senza esito, in verità non appare neppure configurabile, perché delle due l'una, in quanto la *morte encefalica*, che oggi viene concordemente considerata – come vedremo – la morte della persona: 1) o non è ancora sopravvenuta, secondo i presenti metodi di accertamento e, pertanto, persiste l'obbligo giuridico di continuare il trattamento rianimatorio, perché fra l'altro può sussistere ancora la possibilità di ripresa del soggetto, come comprovano certi sempre più sconcertanti casi di «riviviscenza»; 2) oppure è accertata come *certa* e allora insorge l'obbligo non di continuare il trattamento rianimatorio, ma della sepoltura, quindi, della cessazione di ogni attività terapeutica, poiché ci si trova di fronte ad un corpo cadavere. Sicché nell'uno e nell'altro caso non vi è ragione per parlare di accanimento terapeutico.

B) Rispetto ai soggetti in stato vegetativo – un incubo degli incubi del nostro tempo – ci troviamo di fronte al quadro clinico di persone con ritenuta perdita completa di coscienza di sé e dell'ambiente a causa di traumi cranici o di anossia cerebrale, pur conservando però le funzioni vitali spontanee del circolo ematico e del respiro, il ritmo sonno-veglia (con corrispondente chiusura e apertura degli occhi), il movimento degli arti anche se ritenuto non intenzionale; ma con l'asserita incapacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici) e la necessità di un'alimentazione e idratazione artificiali (in via endovenosa o con sondino nasogastrico) fuori dei marginali casi di conservazione dei riflessi della masticazione e della deglutizione. Rispetto a tale situazione clinica, accanto a chi parla di *stato vegetativo permanente* altri preferiscono parlare, più prudentemente, stante le incertezze scientifiche in materia, di *stato vegetativo persistente*, mentre altri, ancora, distinguono tra: a) *stato vegetativo persistente*, qualora a seguito di un'attenta prolungata osservazione clinica sia attestata la perdurante incapacità del soggetto di attività psichica e di partecipazione all'ambiente per un mese; b) *stato vegetativo permanente*, qualora sia effettuata la prognosi della sua irreversibilità, stabilendosi però convenzionalmente – stante le divergenze scientifiche sui criteri di accertamento – che essa intervenga dopo la persistenza dello stato vegetativo per almeno un anno o, se di origine non

traumatica e, segnatamente, di origine anossica, per tre mesi. Periodi, decorsi i quali insignificanti sarebbero le probabilità di ripresa delle funzioni cognitive, essendo tale stato irreversibile con alto grado di certezza. Distinzione, questa, che viene respinta, perché l'irreversibilità rispetto ai c.d. soggetti in stato vegetativo permanente ha carattere prognostico-probabilistico e non diagnostico di assoluta certezza, essendo conosciuti casi di recupero della coscienza anche dopo anni dall'evento traumatico.

Ciò premesso, due sono le ipotesi rilevanti: 1) che esistano dichiarazioni anticipate di rifiuto, in caso di stato vegetativo, dell'alimentazione e idratazione artificiali, le quali debbono essere rispettate nei limiti, come sopra indicati, della loro vincolatività (compresa l'informazione che, in seguito alla cessazione del trattamento, il processo che porta alla "morte per sete e per fame" può durare anche due settimane); 2) che non esistano tali dichiarazioni, per cui si discute se tali sostegni vitali debbano cessare, nonostante il silenzio del soggetto, perché essi avrebbero carattere straordinario e costituirebbero accanimento terapeutico; oppure debbano proseguire fino alla morte naturale, costituendo la loro cessazione un'ipotesi di eutanasia passiva.

A favore di questa soluzione militano gli insuperabili argomenti, come meglio vedremo nel trattare della cosiddetta morte naturale encefalica (n. 7): 1) che lo stato vegetativo anche permanente non è ancora *morte encefalica*, la quale può intervenire – come attestano noti casi – anche dopo molti anni, e, quindi, senza un'esplicita e valida disposizione del soggetto tale sostegno non può essere interrotto; 2) che non è dimostrabile la *certezza* dell'esistenza, in tali soggetti vegetativi, neppure della totale incapacità di sensazioni e, in qualche momento, di avere coscienza di sé e dell'ambiente; 3) che ad essi va, perciò, riconosciuta la piena dignità umana e, quindi, garantito, il trattamento ordinario della alimentazione e idratazione artificiali; 4) che l'alimentazione e l'idratazione non danno luogo ad accanimento terapeutico, sia che si ritenga che non costituiscano forme di trattamento medico-terapeutico, né ordinario né straordinario, ma standard minimi di assistenza di base, praticabile anche dai familiari a domicilio (come più in generale l'alimentazione dei soggetti non autosufficienti: infanti, paralizzati, ecc.), ed implicanti un'assistenza a contenuto umanamente elevato, ma tecnicamente modesto; sia che si sostenga che trattasi di trattamento medico (perché sottende un sapere scientifico, è posto in atto da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati implicanti procedure tecnologiche); 5) che la sospensione di tale sostentamento costituisce, dal punto di vista umano e simbolico, una forma particolarmente crudele di «abbandono del malato» e non

una doverosa interruzione di un accanimento terapeutico, che ricorrerebbe solo nei casi in cui, come per i malati terminali, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite; 6) che il negare la dignità umana sulla base del criterio della coscienza è scivolare sulla *china eugenetico-razzista* della negazione di tale dignità anche ai soggetti infermi di mente, dementi, ritardati, colpiti da ictus, o di una graduatoria della dignità umana in base al criterio della maggiore o minore coscienza¹³; 7) che l'auspicato rappresentante legale, autorizzante la cessazione di tali attività, è elevato, inammissibilmente, a *fonte giuridica derogatrice* alla legislazione sulla morte encefalica e alla Convenzione di Oviedo, che prevede il consenso del rappresentante legale a «benefico diretto», cioè a *garanzia*, dei soggetti incapaci di consentire (art. 6), mentre «garante» non è certo chi richiede l'anticipazione della morte dei soggetti in questione; 8) che tale Convenzione si riferisce ai rappresentanti legali dei minori e infermi di mente, non ai soggetti in stato vegetativo, già garantiti dalla legislazione sulla morte encefalica; 9) che la vita umana va considerata un valore indisponibile, indipendentemente dal livello di salute, di autonomia, di capacità di intendere e di volere e di percezione della qualità della vita, che altri possono avere, nonché dalla fredda logica utilitaristica dei costi (in verità economicamente ridotti rispetto ai soggetti in questione per l'agevole praticabilità, anche non ospedaliera del trattamento) e dei benefici (scarsi in termini di recupero); onde arbitraria deve considerarsi qualsiasi distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute, non potendo la dignità essere attribuita, in misura variabile, in base alle condizioni di esistenza.

7. *Il problema della nozione, del momento e dell'accertamento della morte*

Le problematiche dei malati in fase terminale cessano, è ovvio, con la morte, la quale segna la fine della persona umana e il passaggio dalla tutela dell'uomo alla *tutela del cadavere*, che apre altre problematiche in ordine alla disponibilità e alla destinazione del cadavere stesso: alla sepoltura o cremazione,

¹³ Tra i vuoti umani di memoria vi è anche il fatto che in Germania le origini del concetto di eutanasia, inteso non come potere dispositivo del malato, ma come problema sociale, poi culminato nel nazismo eutanasiaco (che portò, fra l'altro, nel tempo di due anni, 1939-41, all'eliminazione di oltre 70.000 infermi di mente) risalgono a una cultura prenazista, incentrata sulla «pietà» per i «soggetti spiritualmente già morti», espressa significativamente dall'opera di BINDING-HOCHE, *L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute*, 1922, ed ampiamente invocata a supporto di detto programma.

al tavolo anatomico per finalità diagnostiche, scientifiche, didattiche, giudiziarie, o al prelievo di organi per il trapianto.

Ma anche la stessa *morte* ha sempre sollevato dubbi e problemi circa: 1) la *nozione di morte*, cioè in che cosa essa consista; 2) il *momento della morte*, cioè di quando un soggetto possa ritenersi morto; 3) l'*accertamento della morte*, cioè dei metodi e strumenti utilizzabili a tale scopo.

A) Quanto al *problema della nozione*, va rilevato come, tra i problemi essenziali della morte, è da sempre presente anche quello del fallace giudizio sulla «realtà» della stessa, trovando la «morte in sepolcro» menzione, con frequenza, sia negli scritti dell'antichità greca e romana, sia negli scritti successivi, moltiplicatisi specie nei secoli XVIII e XIX; e altresì conferma medico-legale nei reperimenti di cadaveri scomposti nella bara, nei reperti cadaverici (con lacerazioni del volto, strappamento dei capelli, morsicature alle mani e alle braccia, cambiamenti di posizione corporea), nonché nelle grida e lamentazioni di soggetti chiusi in bara o addirittura inumati.

Il problema della morte ha poi subito una razionalizzazione con le fondamentali acquisizioni da parte della «tanatologia». E cioè: 1) della *processualità*, dal punto di vista biologico, del passaggio dalla vita alla morte, trattandosi di fenomeno non istantaneo ma «graduale» per la diversa resistenza delle cellule alla mancanza di ossigeno, cominciando dalle strutture più nobili (pressoché fulminea per le cellule cerebro-corticali) e intervenendo a più lunga distanza per i tessuti poco differenziati (es.: i connettivi) o per gli elementi cellulari differenziatissimi ma con autonomia funzionale (es.: eritrociti, spermatozoi) (e con la notoria crescita per giorni, in autentici cadaveri, delle unghie e dei capelli); 3) della imprescindibile *distinzione* tra *morte biologica*, cioè della morte dell'intero organismo in tutte le sue componenti, tessutali e cellulari, e *morte clinica* (o legale), cioè della morte dell'individuo umano, essendo il concetto di vita dell'individuo intimamente compenetrato con quello di persona; 4) del progressivo *perfezionamento dei criteri* per stabilire quand'è che la morte è intervenuta.

La morte clinica viene, infatti fatta coincidere: 1) tradizionalmente, con l'*arresto della attività respiratoria*, considerata indispensabile funzione della vita, pur se accompagnata da un periodo di osservazione, onde dirimere ogni incertezza sulla realtà della morte; 2) in seguito a più approfondite conoscenze fisiopatologiche, coll'*arresto dell'attività cardiocircolatoria* in base alla radicata convinzione del *cor ultimum moriens*; 3) poi, ancora, coll'*arresto del tripode vitale* dell'attività respiratoria, cardiocircolatoria e nervosa, stante la loro correlazione e reciproca vicarietà, anche se l'arresto circolatorio pur sempre segna,

indirettamente, la morte del tripode, seguita all'interruzione del flusso del sangue ossigenato alle diverse componenti tissutali, 4) attualmente, con l'*arresto irreversibile di tutte le attività dell'encefalo*, cioè con la «morte encefalica», concetto ormai concordemente accolto e sancito anche in documenti internazionali e in legislazioni nazionali, compresa la legge italiana n. 578/1993.

E il passaggio dal concetto di morte cardiaca al concetto di morte encefalica è stato segnato dal fatto che la coincidenza morte clinica-arresto cardiaco, già incrinata dalla riattivazione del battito dopo la sospensione di qualche minuto (sincope), è stata posta in crisi con l'avvento delle *tecniche della rianimazione*, volte a ristabilire o a mantenere le tre funzioni vitali suddette, non irreversibilmente cessate o gravemente insufficienti. E che hanno rimesso in discussione la consolidata idea tradizionale di morte, stante il possibile triplice risultato del trattamento rianimatorio: *a)* del successo della per così dire «riviviscenza integrale» dell'individuo attraverso il ripristino della triplice funzione vitale (respiratoria, circolatoria, encefalica), con capacità di prosecuzione autonoma o assistita; *b)* del fallimento completo della «riviviscenza» a livello non solo encefalico, ma anche vegetativo (respiratorio e circolatorio); *c)* dell'insuccesso della «pseudoriviviscenza», limitata cioè alle sole funzioni respiratorie e circolatorie, essendo riuscito l'intervento rianimatorio non a fare regredire il danno encefalico, ma soltanto a realizzare l'innaturale artificiosa scissione del tripode vitale: cioè della sopravvivenza in soggetti totalmente deencefalizzati delle due funzioni respiratoria e circolatoria, in modo totalmente dipendente dall'artificio della macchina rianimatoria. E con la triplice acquisizione: *a)* che l'arresto cardiaco circolatorio non è necessariamente preclusivo di una riviviscenza integrale; *b)* che la permanenza della respirazione e circolazione non è necessariamente indicativa della persistenza di una vita reale; *c)* che, altresì, il soggetto può continuare a vivere anche a cuore fermo (come avviene in una certa chirurgia a cuore aperto, in cui si provoca o avviene l'arresto cardiaco, provvedendosi in tale periodo alla circolazione extracorporea assicurante l'ossigenazione del cervello).

Ciò premesso, la scelta tra le possibili definizioni di morte va operata, anch'essa, non in termini utilitaristici, ma secondo il *principio personalistico*, nel senso che:

1) il concetto di morte va considerato non più come mero «concetto di realtà», quale mero evento biologico o medico, ma come «*concetto di valore*»: quindi non più definibile con riferimento ai soli dati di natura (come poteva essere quando il problema della morte era escluso – se mai lo fu – già a priori, ritenendosi vita e morte divise da un taglio netto (segnato dall'immobilità di

una fiammella o dal non appannarsi di una superficie innanzi alle labbra del soggetto), e non più di esclusiva competenza medica (essendo tale soltanto l'accertamento della morte e i relativi parametri); ma con riferimento anche a *valori antropologico-filosofici*, poiché, coinvolgendo il bene primario della vita, investe un più ampio foro, portatore di istanze più integrali;

2) che la morte: *a)* deve essere *unica* a tutti i fini, non potendosi innanzitutto ammettere che il soggetto sia «morto» o «non morto», «meno morto» o «sufficientemente morto» a seconda delle diverse destinazioni del cadavere (sepoltura, tavolo anatomico, prelievi a fine di trapianto); *b)* deve essere *certa*, essendo la morte una *diagnosi* e non una *prognosi*, poiché il soggetto deve essere attualmente e non soltanto potenzialmente morto; *c)* deve identificarsi con la *morte encefalica*, perché è la più rispondente all'unità ed interezza ontologica dell'uomo, in quanto sta a significare: la *totalità* della cessazione delle funzioni encefaliche, dai centri superiori a quelli inferiori, che presiedono rispettivamente la vita intellettiva, di relazione ed affettiva, la vita sensitiva ed istintiva e la vita vegetativa del circolo e del respiro; l'*irreversibilità* della cessazione, dovendo esistere la *certezza scientifica* che le suddette funzioni non sono più ripristinabili con nessun mezzo conosciuto dalla scienza ed esperienza del momento storico; l'*impossibilità della prosecuzione autonoma* anche soltanto della attività respiratoria e circolatoria;

3) che la concezione personalistica esige il rispetto di due invocati *principi antropologico-filosofici*: *a)* il *principio dell'unità ontologica* dell'essere umano, che rende insostenibili pretesi *dualismi* tra vita psichica-intellettiva e vita sensoriale-vegetativa, perché, in primo luogo, entrambe sono componenti inscindibili di un unico «io», centro attivo delle funzioni superiori ed inferiori e sempre presente ed operante anche quando, per difetti organici o particolari condizioni, non potesse esprimere la pienezza della propria energia; perché, in secondo luogo, non può esservi individualità psichico-intellettuale senza substrato biosomatico e individualità biosomatica (vegetativa) senza qualche forma di coscienza elementare e sommersa; perché, in terzo luogo, l'affermazione che la vita dell'uomo non è riducibile alla sola vita vegetativa – condivisibile se intesa che non sono indici della vita il circolo e il respiro, non spontanei, ma indotti artificialmente dall'esterno, in un organismo che ha perso la sua capacità intrinseca di essere un tutt'unico – va respinta se volta a distinguere, in termini di valore, tra una vita umana, qualificata vegetativa e senza dignità (pur se unitariamente svolgentesi nella sua organica complessità) e una vita umana, qualificata psichico-intellettiva e con dignità, in quanto, personalisticamente, non è una elargita «dignità» il fondamento della vita umana, ma

la «vita umana» che è sempre, per sua natura, contrassegnata da incomparabile dignità; perché, in quarto luogo, l'accusa di esaltazione della vita vegetativa, anche quando è artificialmente indotta, è fuorviante e fuori luogo, in quanto le funzioni circolatoria e respiratoria vanno considerate non in se stesse (cioè comunque sussistenti, anche per l'artificio della macchina), ma in quanto espressione pur sempre della capacità intrinseca del soggetto di essere ancora fonte e fine di esse, onde, finché tale capacità persiste (e, quindi, dette funzioni restano spontanee), il soggetto è «vivo» in funzione dell'unico «atto esistenziale» che presiede la sua vita; perché, in quinto luogo, il metodo di accertamento del distacco intervallato del respiratore, della ripetizione degli elettroencefalogrammi, della rilevazione dei centri nervosi profondi, è dalle varie legislazioni imposto proprio per constatare la permanenza di questa capacità intrinseca; *b*) il *principio di precauzione in dubio pro vita*, per cui, di fronte al valore basilare della vita, i persistenti dubbi, *iuris et facti*, circa la qualificazione come vivo o come morto del soggetto con funzioni soltanto inferiori o soltanto superiori, *spontanee*, impongono la soluzione che garantisca, con la maggiore sicurezza, la vita e la dignità dell'uomo;

4) che, pertanto, la *morte dell'encefalo* sta a significare: *a*) la *morte naturale* di tutte le funzioni vitali, essendone il sistema nervoso centrale il centro propulsore e coordinatore; *b*) la *morte della persona*, perché non può parlarsi di vita, neppure vegetativa, della persona in un soggetto, in cui la capacità di essere fonte e coordinatore delle proprie funzioni si disintegra, il battito cardiaco e il respiro costituiscono un artificio, mantenuto dalla macchina; e la persistenza nel mantenimento di questa mera parvenza di vita (nei tristemente denominati «uomini pianta» o «sempre verdi» in verità contrasta con lo stesso principio della dignità della persona umana; *c*) la *morte vera* dell'individuo, onde la morte encefalica dovrebbe essere chiamata «morte» *tout court*, senza aggettivi, trattandosi di espressione impropria e allarmistica, perché evoca erronee idee di una morte del solo encefalo e del permanere di una vita umana nonostante la morte encefalica e non ha contribuito alla chiarificazione e sdrammatizzazione del problema della morte;

5) che vanno, conseguentemente, respinti i concetti utilitaristici, proposti, assieme ad altre ambiguità, da operatori di trapianti e da sostenitori della inutilità economico-sociale e della non-dignità dei soggetti decorticati o compromessi a livello tronco-encefalico: *a*) sia della *morte corticale*, limitata cioè alle regioni cerebrali *superiori* (corticale e subcorticale), che presiedono alla vita intellettuale e sensitiva e, quindi, di relazione, mentre permangono spontaneamente e per un tempo anche lungo le funzioni vegetative cardiocircolatorie,

dipendenti dalle strutture del tronco encefalico, ancora integre; *b*) sia della *morte tronco-encefalica* (afferzata specie nel Regno Unito), limitata cioè alle sole regioni encefaliche *inferiori* (al tronco encefalico), che presiedono le attività cardiocircolatorie, mentre persiste una funzionalità residua dei centri situati nelle regioni cerebrali superiori. E poiché la completa e irreversibile distruzione del tronco encefalico impedisce il funzionamento dell'encefalo nel suo complesso, essendovi localizzati i centri che presiedono l'attività respiratoria e cardiocircolatoria, si afferma l'equivalenza della morte tronco-encefalica alla morte encefalica nel suo complesso. Ma sia l'una che l'altra contrastano coi principi dell'unità ontologica dell'essere umano e di precauzione. Alla *morte corticale* vengono obiettate: *a*) sul *piano pragmatico*, la problematicità di una diagnosi certa di irreversibilità dei danni corticali, essendo noti i casi di soggetti, in tale ritenuto stato, che hanno recuperato anche se parzialmente e in tempi lunghi la vita di relazione; *b*) la *non certezza scientifica* che la cessazione delle funzioni superiori implichi una perdita totale di coscienza e di capacità di sensazioni; *c*) l'*imprecisione* e l'*arbitrio* dell'identificazione della morte dell'uomo con la morte corticale, poiché la sfera «interna» di un soggetto comprende una gamma di manifestazioni, dalle forme più alte dell'autocoscienza a quelle più sommerse (sentimenti, emozioni, sensazioni riflesse, quali la fame, la sete, ecc.), che non sono adeguatamente *accessibili* ad un'osservazione esterna (come comprovano casi di soggetti, ritenuti privi di coscienza, ma in realtà solo incapaci di reazioni percepibili dagli altri); *d*) la *percezione*, nella nostra cultura da non trascurare, dell'esistenza di una vita in presenza delle persistenti attività delle regioni encefaliche inferiori; *e*) la *problematicità* della sorte del decorticato: inumazione previo soffocamento o a corpo ancora respirante? Alla *morte tronco-encefalica* viene obiettato: *a*) che la compromissione dell'encefalo nel suo insieme è *non intrinseca* (cioè non esiste di per sé), ma *relativa* alla mancanza dell'input del tronco, onde le strutture nervose superiori della regione superiore del cervello, se stimolate in altro modo, possono riprendere a funzionare; *b*) che non è, comunque, corretto equiparare la *morte* alla sua *inevitabilità*, avendo la morte tronco-encefalica carattere più prognostico che diagnostico, poiché si considera il momento dell'inarrestabilità del processo, che conduce alla morte, come morte avvenuta.

B) Circa il *momento della morte*, la sua determinazione è rilevante: *a*) sia ai *fini penali*, perché segna il momento del passaggio non solo dall'omicidio tentato all'omicidio doloso consumato, e delle lesioni colpose all'omicidio colposo, ma dalla tutela riservata all'uomo vivente a quella prevista per il cadavere e – come già accennato – alla sua destinazione e utilizzazione; *b*) sia ai *fini civili*,

per stabilire l'ordine di successione, la presunzione di commorienza e, più in generale, l'incidenza di tale evento su tutto il complesso di rapporti giuridico-sociali che gravano sull'individuo vivente; c) sia perché, ai suddetti fini, gli ordinamenti di stato civile prescrivono che, nell'atto di morte, ne venga precisato il giorno e l'ora.

Dal concetto di morte encefalica deriva la seguente serie di corollari:

1) che il *momento della morte* è dato dal momento in cui è stata per la prima volta constatata la contemporanea presenza di tutti i parametri richiesti per la diagnosi di morte encefalica, anche se questa deve sottostare al successivo periodo di osservazione (così la legislazione italiana: dalla L. n. 235/1957 e successive integrazioni alla L. n. 644/1975, sui trapianti da cadavere, e all'attuale Decreto ministeriale 22/8/1994, esecutivo della L. n. 578/1993);

2) che, per evitare che la rianimazione venga ad alterare le cronologia della morte naturale anche ai suddetti effetti, vanno respinte: a) la proposta soluzione dell'anticipazione del momento della morte al momento dell'*inizio della rianimazione*, perché porterebbe a considerare già morto il soggetto in un momento in cui l'irreversibilità della cessazione delle funzioni encefaliche non era certa, potendo essere intervenuta successivamente; b) la proposta soluzione della posticipazione al momento della *cessazione della rianimazione*, perché trattasi di soluzione che rischia, potendo la rianimazione essere continuata dopo la morte encefalica (ad es. al solo scopo di conservare vitali organi per il trapianto), di rendere il medico, sospendendo egli prima o dopo la pratica rianimatoria, arbitro del momento del decesso. E perché, con palese contraddizione, finisce per posticipare la morte per il suddetto periodo di osservazione (di 6 ore per la legge italiana n. 578/1993) quando si sa essersi verificata all'inizio del periodo di osservazione (la cosiddetta «ora zero»); c) il concetto di *morte cardiaca* o del *tripode*, poiché la rianimazione dovrebbe essere praticata – con responsabilità altrimenti per omicidio – fino a quando l'attività cardiocircolatoria venga a spegnersi nonostante le pratiche rianimatorie in atto;

3) che subentra per il medico il *dovere di interrompere la rianimazione* una volta accertata l'irreversibilità della morte encefalica, in quanto il deencefalizzato, essendo un cadavere, deve seguire la sua naturale destinazione (della inumazione, come prevedono i regolamenti di polizia mortuaria). Anche contro la contraria volontà dei congiunti, che chiedono la continuazione della rianimazione, non avendo essi poteri decisionali in merito. Dovere che può essere posticipato quando il trattamento rianimatorio, divenuto *inutile* per il soggetto, sia necessario per la sopravvivenza del feto nel grembo materno o per mantenere vitali gli organi per il prelievo dal cadavere a scopo di trapianto,

essendo la continuazione di tale trattamento lecita, se mantenuta nei tempi strettamente necessari ai suddetti scopi; ed illecita, se praticata per un tempo indeterminato, in attesa di qualche malato bisogno di organi, contrastando tale protratta degradazione della persona umana a «uomo pianta», a «sempre-verde», e la conseguente costituzione di «banche viventi di organi» col principio personalistico della salvaguardia della dignità umana.

C) Circa, infine, il problema dell'*accertamento della morte*, la sua storia è caratterizzata dalla ricerca e introduzione di metodi diagnostici sempre più precoci. E si snoda attraverso: 1) la *fase dell'accertamento empirico*, che va dalla «prudenza degli antichi» contraria all'inumazione (con abbandono dei cadaveri in caverne, su alberi o in luoghi appositamente adibiti, e con lunghi periodi di osservazione), non potendosi ravvisare con le conoscenze dell'epoca la certezza della morte se non nell'intervento della putrefazione e per ovviare alla terrificante eventualità del giudizio fallace di morte. All'«empiricità dei barbari», con le precoci inumazioni per tutto il medioevo, dando ragione di molti degli errori sopra riferiti. Fino alla dimostrata erroneità, nel secolo XVII, dei tradizionali «segni caratteristici» di morte, ravvisati nell'aspetto del corpo (la c.d. *facies hippocratica*) o in altri segni (arresto del polso e del battito cardiaco, calo della temperatura, perdita della vista e udito, ecc.), sia per la ritenuta possibilità di respirazione in assenza di segni esteriori e di attività cardiocircolatoria e nervosa in caso di sospensione, almeno apparente, anche per lungo tempo della ventilazione; sia la non ritenuta decisività dell'arresto cardiaco, nota non essendo ancora l'auscultazione strumentale; 2) la *fase dell'accertamento tecnico*, iniziata sul finire del secolo XVIII con le crescenti ricerche tanatologiche sui confini tra vita e morte. E caratterizzata: *a*) dal graduale diffondersi dei *regolamenti di polizia mortuaria*, codificanti l'accertamento riservato ai medici e un prudenziale *periodo di osservazione* del cadavere prima dell'inumazione; *b*) dalla proposta di nuovi metodi di accertamento, spesso rapidamente accantonati, fino alla generale convinzione circa l'infallibilità della prova dell'arresto definitivo della attività cardiocircolatoria (mediante cardioauscultazione strumentale protratta e cardio-puntura, prova della fluorescenza, arteriotomia e flebotomia a conferma dell'arresto cardiocircolatorio periferico, ecc.); *c*) dall'acquisizione, quale punto pressoché fermo, dell'isoelettricità del tracciato elettrocardiografico, previa stimolazione cardiaca, quale prova sicura della morte; *d*) dalla prova della morte in via elettroencefalografica in seguito all'acquisizione della breve protrazione dell'attività cerebrale dopo l'interruzione del flusso sanguigno al cervello; *e*) dall'esigenza ed urgenza pratica – col perfezionarsi delle tecniche rianimatorie e l'avvento della chirur-

gia dei trapianti di organi (rene, cuore) di metodi tanatodiagnostici più precoci di quello elettrocardiografico e di pari certezza, che la semiotica tanatologica, in fervida evoluzione, è andata ricercando.

I *metodi di accertamento* si possono, oggi, così classificare:

1) i *metodi di accertamento tradizionali* (o comuni), di particolare semplicità, utilizzati in più tranquille epoche della storia della morte ed in via generale prima dell'avvento della grande rianimazione e della chirurgia dei trapianti, nonché ancora oggi per i casi di normale destinazione del cadavere (inumazione o, al più, per finalità didattiche, scientifiche, autoptico-giudiziarie, di riscontro diagnostico). E fondati: *a)* sulla *normale sintomatologia clinica* (arresto cardiorespiratorio, rigidità e lividezza cadaveriche, ecc.); *b)* sul *periodo di osservazione passiva* del cadavere (di durata variabile specie nelle legislazioni del secolo XVIII e poi stabilizzatosi nelle 24 ore dalla dichiarazione di morte), che compensa la fallibilità della suddetta sintomatologia e che con la comparsa dei fenomeni cadaverici consente un giudizio sicuro sulla intervenuta morte;

2) i *metodi di accertamento precoci* (o speciali), che si sono imposti e sono stati introdotti dalle varie legislazioni, compresa quella italiana, con l'avvento della chirurgia dei trapianti, stante l'assoluto ostacolo ai trapianti medesimi del suddetto periodo di osservazione e l'esigenza di una diagnosi di morte sempre più precoce col passaggio dai trapianti di parti anatomiche meno complesse ai trapianti di organi a struttura e funzioni più complesse (per la labilità cellulare all'anossia, variabile a seconda del tipo di tessuto e di organo, e per l'incidenza dell'ischemia sull'indispensabile «vitalità» della parte anatomica trapiantabile). Essi sono costituiti:

a) dal *metodo elettrocardiografico*, introdotto coll'avvento del trapianto della cornea e che – se integrato da altri previsti segni o se preceduto dalle diverse manovre rianimatorie (e, segnatamente, dalla stimolazione cardiaca) – dà la prova certa dell'arresto del cuore e, indirettamente, del sistema nervoso centrale attraverso il silenzio del tracciato elettrocardiografico constatato per un *sufficiente periodo di tempo* (di durata variabile per le divergenze sul tempo necessario per la totale distruzione anossica delle funzioni encefaliche; ma dalla più prudente scienza medica ritenuto non inferiore ai 15 minuti);

b) dal *metodo elettroencefalografico*, auspicato, osteggiato e introdotto coll'avvento del trapianto di organi (rene, cuore), essendo però stata ritenuta la non affidabilità, dopo iniziali ottimismo, del *metodo elettroencefalografico puro* (per le limitazioni inerenti alla strumentazione tecnica; per l'insufficienza del silenzio elettroencefalografico a provare la morte encefalica e non soltanto o al più una decorticazione; per la casistica degli sconcertanti recuperi,

dei soggetti in rianimazione e dopo prolungato silenzio elettroencefalografico, della attività cerebrale elettiva e di sopravvivenza cardiocircolatoria autonoma, anche per molti giorni; per la possibilità di muoversi su un piano non di diagnosi di morte attuale, ma soltanto di prognosi di morte certa). E l'*affidabilità*, invece, del *metodo elettroencefalografico integrato* dai mezzi della semiotica neurologica, chimica e strumentale, nonché dal periodo di osservazione «sorvegliata» della permanenza dei suddetti parametri (di durata variabile a seconda delle diverse opinioni, e che ha subito via via restrizioni dalle non meno 24 alle non meno 12 e poi 6 ore, suscitando anche interrogativi sulla certezza scientifica dell'intervenuta morte).

Pluralità di metodi, i suddetti, che sono pur sempre: *a)* in funzione diagnostica della *morte encefalica*, costituendo i metodi comuni ed elettrocardiografico ed il metodo elettroencefalografico metodi di accertamento, rispettivamente, *indiretti* e *diretti* di tale morte; *b)* e di *pari certezza assoluta*, essendo tali innanzitutto i suddetti metodi indiretti, ma anche il metodo diretto, elettroencefalografico: sicuramente dal punto di vista *teorico*, in quanto la dimostrazione diretta della fine totale dell'attività encefalica non è solo ineccepibile come diagnosi di morte, ma costituisce il punto di arrivo di un plurisecolare processo di approfondimento scientifico di tale diagnosi. Dubbi e interrogativi sono sorti sul piano pratico-applicativo.

8. Considerazioni conclusive

A conclusione di questo *excursus* sulla problematiche di fine della vita sovrviene una duplice considerazione.

La prima considerazione concerne la crescente rilevanza che è venuta acquistando il cosiddetto «*accanimento terapeutico*», che costituisce, sì, una possibilità medica ed un'eventualità pratica in seguito ai progressi della medicina nel campo terapeutico. Ma che è stato oggetto – come abbiamo già accennato – di enfattizzazioni, anche ad arte, da parte di certa pubblicistica, di un uso mediatico volto più che ad informare ad impressionare la pubblica opinione, di una conseguente evocazione nell'immaginario collettivo di incontrollati «poteri medici fine a se stessi» e di sperimentazioni sui malati indifesi; e, segnatamente, di una preordinata strumentalizzazione utilitaristica, da parte delle forze proeutanasiche, delle suscitate aversioni e timori emozionali per surrettiziamente mimetizzare, sotto le beneficianti sembianze della cessazione di impietosi trattamenti medici, l'accesso, non legislativamente consentito, dell'eutanasia passiva non consensuale.

La seconda e più rattristante considerazione è, invece, la constatazione della pressoché inesistente presa di coscienza collettiva dell'«*accanimento contro la vita*», il male oscuro che ammorba questa nostra civiltà occidentale in tutte le sue espressioni, che, se certune ostentate come conquiste, progresso e libertà, non celano il loro volto nichilistico: della denatalità e invecchiamento demografico, sterilità e impotenza, rarefazione spermatozoica, agalassia, droga e alcolismo giovanili, stragi abortive ed eutanasiche, infanticidi, embriomicidi ed embriosperimentazioni, suicidi, anoressia, depressione, nevrosi e disturbi psichici, tristezza profonda, despiritualizzazione, amoralità, assenza di ideali, esasperato individualismo, disgregazione familiare, solitudine, eclissi della legalità e criminalità organizzata e multinazionale, magia, satanismo, unitamente alla ancor più allarmante devastazione dell'abitabilità del pianeta e della prospettiva di una catastrofe planetaria sempre più incombente. Onde il sempre più inquietante interrogativo se tale stato di cose corrisponda ad una «crisi acuta», e quindi di pur lunga transizione, o costituisca invece un sintomo profondo di una «progressiva decadenza» di questa civiltà occidentale, sempre più stanca e vecchia, triste e depressa. E se a questa deriva autodistruttiva il non agevole rimedio consista nella riscoperta della «*cultura della vita*»: anche nei settori non secondari della bioetica e del diritto.

Il punto su...
Diritto penale e diritto europeo

prof. GIOVANNI GRASSO
Università di Catania

LA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI COMUNITARI
NELLA PROSPETTIVA DELLA FORMAZIONE
DI UN DIRITTO PENALE EUROPEO (*)

SOMMARIO: 1. Considerazione introduttive. – 2. L'emergere di beni giuridici sovranazionali; in particolare, gli interessi finanziari della Comunità. – 3. Le ragioni dell'inesistenza di un sistema penale europeo: il deficit democratico. – 4. (*Segue*): l'inesistenza di un'adeguata base giuridica. – 5. Gli attuali modelli di tutela dei beni giuridici comunitari. – 6. Il sistema sanzionatorio amministrativo comunitario e le sue prospettive di sviluppo: le "nuove" sanzioni amministrative poste a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. – 7. Il ricorso ai sistemi sanzionatori nazionali per la protezione degli interessi comunitari; i limiti di tale modello di tutela. – 8. Le iniziative di armonizzazione volte alla protezione delle finanze comunitarie: le previsioni della Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea e dei Protocolli Addizionali. – 9. L'art. 280 del trattato CE e le prospettive di un diritto penale europeo. – 10. Il *Corpus juris*: considerazioni preliminari. – 11. La Costituzione per l'Europa e la tutela degli interessi finanziari nell'Unione Europea. – 12. La creazione di una Procura Europea. – 13. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

In una riflessione sullo *stato attuale* e le *prospettive future* di un diritto penale europeo l'esame delle questioni legate alla tutela penale degli interessi finanziari assume un ruolo centrale.

La tutela degli interessi finanziari ha, da sempre, segnato il momento di emersione di innovazioni significative nell'ambito del sistema sanzionatorio comunitario.

In effetti proprio con riguardo alla tutela degli interessi finanziari è emerso uno specifico *acquis*, cementato da decisioni della Corte di Giustizia (si pensi alla sentenza relativa al mais greco), da interventi normativi nell'ambito del sistema sanzionatorio comunitario (si pensi al reg. 2988/95), dalla Convenzione PIF del 1995, da specifiche previsioni contenute nei trattati istitutivi (l'art. 280 del trattato CE introdotto dal trattato di Amsterdam) e da innovative proposte di riforma (si pensi al *Corpus Juris* e al Libro Verde dell'Olaf).

* Relazione all'incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema "Cooperazione tra OLAF e autorità giudiziarie nazionali, utilizzabilità degli atti di indagine e salvaguardia delle garanzie processuali" (Roma, 13-15 novembre 2006).

Anche la Costituzione per l'Europa attribuisce agli interessi finanziari uno status particolare, come dimostrano la previsione sulla creazione di una Procura Europea e l'art. III – 415 (che innova il vecchio testo dell'art. 280).

Cerchiamo allora di ricostruire i momenti essenziali di questa complessa vicenda normativa.

2. L'emergere di beni giuridici sovranazionali; in particolare, gli interessi finanziari della Comunità

Il punto di partenza della nostra indagine è costituito da un dato difficilmente contestabile: il nascere delle Comunità europee – organizzazioni sovranazionali che si sono sostituite agli Stati membri nel governo di importanti settori della vita economica – fa emergere una serie di beni giuridici che appaiono “meritevoli” e “bisognosi” di una protezione penale.

Tali interessi possono essere distinti in due grandi categorie: i beni propriamente istituzionali, cioè correlati all'esistenza stessa delle Comunità, in quanto necessari per l'esercizio delle competenze e dei poteri sovranazionali ad esse attribuite dai trattati (quali la funzione pubblica comunitaria, lo svolgimento dell'attività giurisdizionale da parte delle autorità giudiziarie comunitarie, gli interessi finanziari comunitari e la moneta unica); gli interessi che nascono dall'attività normativa della Comunità, in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico e all'affermazione delle libertà fondamentali; si è fatto a questo riguardo riferimento alla tutela del mercato europeo dei capitali, alla disciplina societaria, alla tutela dell'ambiente e alla lotta all'immigrazione clandestina. Si nota correttamente come questi interessi costituiscono degli interessi comuni propri dei singoli Stati, ma che acquistano una dimensione ed una rilevanza europea proprio per effetto dell'attività normativa della Comunità.

Con riguardo agli interessi finanziari della Comunità queste esigenze di tutela si manifestano sotto un duplice profilo; anzitutto in ordine alla protezione penale delle c.d. “risorse proprie” della Comunità; in secondo luogo in rapporto alla tutela delle varie forme di sovvenzione e contribuzione previste dalla politica agricola comune (o dagli altri meccanismi comunitari di intervento).

Per quanto concerne il primo profilo si deve ricordare che il funzionamento delle attività disimpegnate dalle istituzioni comunitarie non avviene più sulla base di contributi accordati dagli Stati membri, ma per mezzo di alcune entrate proprie della Comunità.

In rapporto a tali “risorse proprie” delle istituzioni sovranazionali si può ritenere che sussista un bisogno di tutela penale in forme corrispondenti a

quelle relative alle entrate tributarie dello Stato.

Per quanto concerne, invece, le esigenze di tutela penale in ordine ai meccanismi di sovvenzionamento e di contribuzione comunitaria, si deve ricordare che nell'ordinamento comunitario le frodi nelle sovvenzioni costituiscono, come recenti accurate indagini hanno dimostrato, un fenomeno di proporzioni assai consistenti.

Il sistema di erogazione di fondi comunitari possiede un sicura carica criminogena: è stato esattamente rilevato da Tiedemann che avere la possibilità di ricevere una prestazione senza controprestazione, solo sulla base di criteri astratti, comporta necessariamente lo stimolo a soddisfare artificialmente tali criteri.

Non si può d'altro canto dubitare che tali fenomeni illeciti presentino tutti quei requisiti ai quali una moderna teoria della legislazione penale condiziona il ricorso alla sanzione criminale: sia sotto il profilo del rango primario del bene (costituito dalle risorse della Comunità necessarie per l'espletamento dei suoi compiti), sia sotto quello della gravità dell'offesa (la cui particolare lesività non può misurarsi solo in termini di danno economico), sia infine sotto il profilo della sussidiarietà, attesa la minore efficacia degli altri strumenti di controllo sociale rispetto all'intervento penale.

3. *Le ragioni dell'inesistenza di un sistema penale europeo: il deficit democratico*

Nonostante l'emergere di questi beni giuridici propri delle istituzioni europee si riconosce di regola che non esiste un sistema penale dell'Unione Europea.

All'attuale configurazione di una competenza comunitaria in materia penale si opporrebbe – così si afferma di regola – il c.d. deficit democratico delle istituzioni comunitarie. Un sistema penale comunitario risulterebbe inoltre privo di una esplicita base giuridica nei trattati costitutivi.

Sotto il primo profilo si rileva che la struttura istituzionale dell'ordinamento comunitario non consentirebbe il rispetto del *principio di legalità*, un principio che, costituendo un elemento fondamentale comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, è stato recepito nell'ordinamento comunitario. Questa conclusione verrebbe confermata non solo da un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali, ma soprattutto dalle previsioni della Costituzione europea.

Con riguardo a tale obiezione si deve rilevare che essa, certamente valida con riguardo all'assetto originario dell'ordinamento comunitario, ha perduto

progressivamente di significato grazie al lento processo di democraticizzazione delle istanze decisionali comunitarie. La procedura di codecisione, così come disciplinata dall'art. 251 del trattato CE, grazie alle modifiche contenute nel trattato di Amsterdam, sembra garantire una pariordinazione tra Parlamento europeo e Consiglio europeo, che verosimilmente assicura il rispetto del principio di legalità; si era già osservato, del resto, che con riguardo al rispetto del principio di legalità si sarebbe dovuto ritenere sufficiente una soluzione che, come avviene di regola nelle strutture costituzionali federali, affidasse la funzione legislativa congiuntamente ad un parlamento democraticamente eletto ed a un Consiglio formato dai rappresentanti degli Stati membri eletti dai rispettivi Governi.

D'altro canto il rispetto del principio di legalità a livello comunitario dovrebbe consentire di escludere ogni profilo di contrasto con l'ordinamento costituzionale italiano. L'art. 11 della Costituzione italiana consente delle limitazioni di sovranità e quindi un trasferimento di competenze anche in materia penale; si richiede però in termini generali che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali caratterizzanti il sistema costituzionale. In materia penale ciò implica la necessità che quell'insieme di limiti e di garanzie, che caratterizzano il sistema penale di uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà [anzitutto quindi il principio di legalità] costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale.

Il rispetto del principio di legalità a livello comunitario garantirebbe quindi la legittimità, dal punto di vista del rispetto dei principi fondamentali della Costituzione italiana, della configurazione di una potestà comunitaria in materia penale.

Queste considerazioni assumono un valore più generale nel quadro del processo di formazione delle leggi europee disegnato dalla nuova Costituzione.

Nell'ambito del processo legislativo ordinario l'art. III-396 assegna al Parlamento la funzione piena di co-legislatore.

Non solo, si è esattamente notato da Bernardi che le nuove previsioni assegnano una certa funzione anche ai Parlamenti nazionali nella fase iniziale del processo legislativo, in particolare in funzione di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà (sulla base del relativo protocollo); nel settore dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia ai Parlamenti nazionali sono conferiti inoltre dei poteri particolari.

Pur senza sopravvalutare quest'ultimo meccanismo procedurale ed anche se alcune scelte appaiono discutibili, credo di poter osservare che, con la nuova Costituzione, l'obiezione relativa all'esistenza di un deficit democratico può essere definitivamente abbandonata.

4. (segue): *l'inesistenza di un'adeguata base giuridica*

Sotto il secondo profilo si rileva che l'attribuzione di una competenza penale alle istituzioni comunitarie, rappresentando una notevole limitazione di sovranità per gli Stati membri, richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua.

Tale base giuridica non può certamente essere rappresentata dal vecchio art. 172 del Trattato CE (artt. 229 nella nuova numerazione) con il suo generico riferimento al termine "*sanzioni*" in esso contenuto; in proposito risulta di grande significato l'esperienza del trattato CED nel quale l'attribuzione alle Comunità di una competenza in materia penale era espressamente prevista.

Va comunque rilevato che tali obiezioni si riferiscono alla creazione di un sistema penale comunitario. Esse non escludono che le istituzioni comunitarie, attraverso l'adozione di direttive, possano imporre agli Stati membri una armonizzazione dei sistemi penali nazionali in relazione alla protezione degli interessi comunitari.

Come si accennerà più avanti una parte della dottrina ha ritenuto che una base giuridica per l'introduzione di un vero e proprio sistema penale comunitario possa essere costituito dall'art. 280 del trattato CE (introdotto dal trattato di Amsterdam) e ora dall'art. III - 415 della nuova Costituzione europea.

Alessandro Bernardi ha sostenuto che con le nuove previsioni si assiste all'«auspicato ingresso dell'U.E. tra le istituzioni dotate di una potestà di incriminazione a tutti gli effetti vincolante».

Io non credo che le nuove disposizioni attribuiscano all'U.E. un potere di introdurre direttamente delle nuove incriminazioni, dando così vita ad un sistema penale europeo (in senso proprio).

Io ritengo però – come dirò più avanti – che le nuove disposizioni apportino delle innovazioni significative – e a volte radicali – al sistema precedente ed aprano una nuova fase nei rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto penale.

5. *Gli attuali modelli di tutela dei beni giuridici comunitari*

Esclusa l'esistenza di un sistema penale comunitario si può affermare che la tutela degli interessi finanziari della Comunità, se si eccettuano le limitate ipotesi in cui la normativa comunitaria fa ricorso al modello della "assimilazione" degli interessi comunitari ai beni nazionali corrispondenti, è affidata attualmente:

a) alla configurazione di fattispecie di illecito (che hanno natura non penale) da parte della normativa comunitaria,

b) ovvero al ricorso alle risorse sanzionatorie degli Stati membri che, nei sistemi nazionali, provvedono alla tutela dei beni giuridici comunitari.

La mia relazione sarà dedicata all'esame degli strumenti repressivi di tutela degli interessi finanziari.

Questo non significa ignorare altri strumenti di tutela di carattere preventivo che sono stati configurati e che sono stati oggetto in passato di attente analisi.

Mi limito a ricordare al riguardo che la normativa comunitaria ha previsto un miglioramento della cooperazione tra istituzioni comunitarie ed amministrazioni nazionali oltre che un rafforzamento degli strumenti di controllo sul piano amministrativo.

È evidente però che il rafforzamento di tali strumenti di controllo non esaurisce il bisogno di tutela degli interessi finanziari comunitari, che esige invece una protezione anche sul piano repressivo.

Vedremo allora di esaminare i modelli di tutela degli interessi finanziari della Comunità ai quali prima ho fatto cenno.

6. *Il sistema sanzionatorio amministrativo comunitario e le sue prospettive di sviluppo: le "nuove" sanzioni amministrative poste a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*

Con riguardo al primo modello di tutela delle finanze comunitarie, si può rilevare che solo in casi numericamente limitati la protezione dei beni giuridici della Comunità è assicurata dall'impiego di sanzioni amministrative comunitarie.

Tali sanzioni, che danno vita, come è stato detto, ad un vero e proprio "sistema sanzionatorio comunitario", possono essere inquadrate in diverse tipologie.

Proprio con riguardo alla tutela delle finanze comunitarie in alcuni recenti regolamenti, adottati nell'ambito delle politiche comuni dell'agricoltura e della pesca, la Commissione ha introdotto delle sanzioni che si differenziano nettamente dalle tradizionali sanzioni pecuniarie per un duplice ordine di ragio-

ni: anzitutto esse sono previste e regolate dalla normativa comunitaria, ma destinate ad essere applicate nei sistemi giuridici nazionali. In secondo luogo se ne distinguono per il loro contenuto poiché si tratta quasi sempre di sanzioni non patrimoniali (in particolare di misure interdittive) ovvero perché, anche quando si tratti di sanzioni di natura patrimoniale, presentano un contenuto sui generis.

Tra le sanzioni di questo tipo che sono già state utilizzate si possono ricordare *la perdita totale del premio speciale* dovuto ai produttori di carne bovina nel caso in cui il numero degli animali per il quale l'aiuto è stato richiesto sia superiore a quello risultante dal controllo (art. 9, 1 comma, reg. n. 714/1989); *l'esclusione dell'autore della violazione dai benefici dovuti per l'anno successivo* (cfr. art. 8, 2 comma, reg. n. 1738/1989, art. 9 ult. comma, reg. n. 714/1989, art. 6, §6 del reg. n. 3007/1984, così come modificato dal reg. n. 1279/90); *la diminuzione dell'aiuto concesso* di una somma supplementare commisurata alla entità delle inesattezze contenute nella richiesta di contributo (art. 5, § 1 del reg. 915/1989) ovvero *l'obbligo di restituire la somma ricevuta maggiorata di una certa percentuale determinata forfaitariamente* (art. 13, § 3, lett. b del reg. n. 33813/89, così come modificato dal reg. 1279/90).

La legittimità della introduzione di tali "nuove" sanzioni amministrative è stata contestata dalla Repubblica federale di Germania con un ricorso presentato dalla Corte di Giustizia.

La Corte, con sentenza pronunciata il 27 ottobre 1992, ha affermato la piena legittimità di tali sanzioni cui si riconosce la natura amministrativa: l'introduzione di sanzioni amministrative è consentita alle istituzioni comunitarie anche nei casi non esplicitamente previsti nei trattati istitutivi; l'unica condizione è che la previsione delle sanzioni risulti "necessaria" per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Si deve inoltre rilevare che la Corte pone in luce il carattere "punitivo" delle sanzioni contestate in quanto afferma esplicitamente che si tratta di sanzioni che "*vont au dé là la simple restitution d'une prestation indument versée*".

La Corte viene così a legittimare il potere delle istituzioni comunitarie di introdurre delle sanzioni che abbiano un carattere repressivo e non meramente riparatorio e risarcitorio; si tratta di una affermazione che può essere estesa anche alle sanzioni (come le ammende di cui all'art. 87 del trattato CE) che vengono comminate ed applicate dalle autorità comunitarie.

Il riconoscimento della legittimità di tali sanzioni non risolve certo tutti i problemi legati alla loro applicazione. In particolare, la circostanza che la loro disciplina applicativa debba essere ricercata nei sistemi sanzionatori nazionali

pone il problema della mancanza di uniformità nella loro applicazione. Viene così frustrato l'obiettivo di garantire l'uniformità delle misure sanzionatorie applicate agli autori di comportamenti illeciti (obiettivo indubbiamente perseguito dall'introduzione di tali sanzioni).

Proprio in questa prospettiva la relazione conclusiva di una ricerca sulle sanzioni amministrative degli Stati membri e sul sistema sanzionatorio comunitario, commissionata dalla Direzione Generale per il controllo finanziario e redatta da Bacigalupo, Tiedemann e me, ha proposto l'introduzione di una "parte generale" dell'illecito amministrativo comunitario, così da soddisfare ad un tempo le esigenze di certezza e di uniformità della disciplina.

Seguendo almeno in parte tale indicazione, la Commissione delle Comunità europee ha presentato una proposta di regolamento dedicata, appunto, alla regolamentazione di queste nuove sanzioni comunitarie.

Il regolamento successivamente adottato dal Consiglio (reg. n. 2988/95 del 18 dicembre 1995) detta una disciplina generale (sia pure non completa) delle sanzioni previste nella normativa comunitaria a tutela degli interessi finanziari della Comunità europea (art. 1, § reg. 1).

A questo fine il regolamento autorizza l'introduzione di alcune tipologie sanzionatorie (enunciate nell'art. 5) in tutti i casi in cui ciò sia necessario per garantire la corretta applicazione della normativa comunitaria (anche al di fuori dei settori dell'agricoltura e della pesca nei quali le nuove sanzioni erano state impiegate).

La disciplina generale delle sanzioni comunitarie contenuta nel regolamento prevede, tra l'altro, il riconoscimento dei principi di legalità e colpevolezza ed una regolamentazione della commisurazione di tali sanzioni amministrative (secondo le linee generali tracciate nella relazione conclusiva della ricerca prima citata).

Nell'ambito della dottrina italiana un importante lavoro di Anna Maria Maugeri procede ad una puntuale ricostruzione dei «*principi generali*» applicabili alle nuove sanzioni comunitarie, richiamando sia le previsioni del regolamento che i principi in tema di diritti fondamentali; come esattamente rilevato i principi in tema di diritti fondamentali (desunti sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che dalle convenzioni a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito) debbono essere rispettati dagli Stati membri in tutti i settori toccati dalla normativa comunitaria; è evidente, di conseguenza, che nella concreta applicazione delle «nuove» sanzioni le Autorità nazionali non possono trascurare il rispetto dei diritti fondamentali che sono ricompresi nel novero dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

7. *Il ricorso ai sistemi sanzionatori nazionali per la protezione degli interessi comunitari; i limiti di tale modello di tutela*

Nonostante che la sentenza della Corte di Giustizia prima citata (che ha riconosciuto la legittimità delle “nuove” sanzioni amministrative comunitarie) ed il regolamento n. 2988/95 consentano un più largo impiego delle sanzioni comunitarie, è certo che tali sanzioni non possono esaurire la tutela degli interessi finanziari delle Comunità.

Lo stesso regolamento n. 2988/95 (nei considerando n. 9 e n. 12) menziona esplicitamente l'applicazione delle sanzioni penali nazionali

Il sistema normale di tutela degli interessi delle Comunità è così rappresentato dal ricorso alle “risorse sanzionatorie” degli Stati membri, i quali provvedono ad introdurre nei loro sistemi giuridici le norme necessarie per la prevenzione e la repressione delle violazioni alla normativa comunitaria.

A questo riguardo si è già segnalata una evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nella sentenza *Amsterdam Bulb* la Corte aveva affermato che “l'art 5 del Trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la *facoltà* di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali”.

Questa impostazione era stata criticata da una parte della dottrina: la previsione delle sanzioni necessarie ad assicurare la prevenzione e la repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria costituisce l'oggetto non di una facoltà, ma di un vero e proprio *obbligo* per gli Stati membri; l'art. 5 (ora art. 10) del trattato CE impone, infatti, di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare il pieno rispetto della normativa comunitaria e tali misure possono essere costituite anche dalla introduzione di previsioni sanzionatorie ove ciò risulti necessario per garantire l'osservanza della disciplina di fonte comunitaria.

Tale prospettiva è stata recepita dalla Corte di Giustizia nella già citata sentenza relativa all'affaire del mais greco e nella sua successiva giurisprudenza. La Corte ha non solo riconosciuto l'esistenza di un obbligo per gli Stati membri di sanzionare le violazioni della normativa comunitaria, ma ha anche precisato i contenuti dell'obbligo in questione in una duplice direzione: occorre infatti che le violazioni del diritto comunitario vengano sanzionate in condizioni sostanziali e processuali analoghe a quelle applicabili alle violazioni del diritto nazionale “*di natura ed importanza similari*” e, in secondo luogo, che le san-

zioni abbiano comunque “*un carattere effettivo proporzionato e dissuasivo*”.

Cesare Rizza a questo riguardo, in un importante seminario svoltosi a Catania nel 1998, ha sottolineato il particolare rilievo che, in termini generali, possiede la sentenza nell'affaire «mais greco» perché essa esprime in modo estremamente chiaro l'*obbligo di risultato* che è desumibile dall'art. 5 (ora art. 10) del trattato CE.

La Corte sembra aver posto a carico degli Stati membri due obblighi di contenuto diverso (l'uno tendente ad una assimilazione della protezione penale delle finanze comunitarie alla tutela penale accordata ai fondi statali, l'altro volto a garantire una reale efficacia e un carattere dissuasivo alle sanzioni previste) tra i quali potrebbe anche immaginarsi una certa tensione o, addirittura un rapporto di contraddizione. Cosa succederebbe, ad esempio, se uno Stato membro non garantisse una efficace tutela ai propri interessi finanziari; sarebbe forse sufficiente estendere questa tutela inadeguata per soddisfare all'obbligo nascente dall'art. 5 del trattato CEE?

A mio giudizio tra i due principi indicati dalla Corte non esiste alcuna forma di contrasto o di tensione: l'assimilazione della tutela delle finanze comunitarie a quella prevista per i corrispondenti interessi nazionali costituisce solo uno *zoccolo minimo di protezione, una soglia di tutela* che deve essere superata per garantire che la tutela degli interessi finanziari della Comunità risulti *adeguata, proporzionata e realmente dissuasiva*. L'orientamento della Corte di Giustizia fa emergere così alcuni precisi vincoli per i legislatori nazionali tanto da costituire l'embrione di una vera e propria *politica criminale europea*.

È chiaro, però, come il nuovo indirizzo della Corte di Giustizia non esaurisce né risolve i problemi connessi alla tutela degli interessi della Comunità europea.

Per un verso è certo che non tutti gli Stati membri rispettano gli obblighi nascenti dalla sentenza del 21 settembre 1989. Una ricerca condotta per conto della Commissione delle Comunità europee ha posto in luce che in alcuni importanti paesi sono presenti delle norme poste a tutela delle finanze nazionali le quali certamente non si applicano alla tutela delle finanze comunitarie; in altri paesi l'assimilazione è affidata alla interpretazione giurisprudenziale di testi che non risultano sempre chiari; in altri ancora (come il Regno Unito) emergono delle aree in cui l'assimilazione non sembra assicurata.

Per altro verso si deve rilevare che, anche se tale obbligo venisse rispettato, non si riuscirebbe a garantire una protezione penale uniforme in tutto il territorio comunitario, anzi si darebbe vita ad una tutela degli interessi comunitari geograficamente frammentata.

In particolare le ricerche condotte hanno messo in luce che nei diversi sistemi penali gli interessi finanziari delle Comunità ricevono una tutela fortemente differenziata. E le differenze non concernono solo la natura o la misura della sanzione, ma anche la stessa punibilità di taluni comportamenti oltre che l'applicabilità di taluni istituti generali (come in diritto doganale francese la *transaction* che comporta l'estinzione dell'azione penale in caso di pagamento di una somma di denaro fissata dall'amministrazione doganale).

Ora, nel campo del diritto penale dell'economia una marcata differenza tra i diversi paesi in ordine al rischio penale, concernente comportamenti criminali di identico disvalore, può *costituire un fenomeno suscettibile di distorcere la concorrenza*.

8. *Le iniziative di armonizzazione volte alla protezione delle finanze comunitarie: le previsioni della Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea e dei Protocolli Addizionali*

Si capisce come, di fronte all'emergere di tali inconvenienti, siano progressivamente aumentate le voci che richiedono un'iniziativa a livello comunitario diretta a conseguire un'*armonizzazione* o un *coordinamento* delle disposizioni sanzionatorie degli Stati Membri, *configurando così dei vincoli alla libertà di scelta dei legislatori nazionali in ordine ai comportamenti da sanzionare e alla natura e alla misura della sanzione*.

In effetti la normativa comunitaria è in passato talvolta intervenuta per limitare le scelte sanzionatorie dei legislatori nazionali, ad esempio individuando i *comportamenti da sottoporre a sanzione* (come per esempio è avvenuto nella direttiva relativa alle "operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni riservate"), ovvero *fornendo delle indicazioni in ordine alla entità o addirittura alla tipologia delle sanzioni*.

In termini generali si può ritenere legittima l'imposizione di vincoli all'apprezzamento discrezionale degli Stati con riguardo alle scelte sanzionatorie.

È vero infatti che il diritto penale non rientra nell'ambito delle competenze originarie della Comunità, ma è altresì vero che la disparità esistente tra i sistemi penali degli Stati membri, per quanto concerne la tipologia e la struttura degli illeciti ed il livello delle sanzioni ovvero le insufficienze delle sanzioni previste, possono avere una incidenza negativa sul funzionamento della Comunità; si capisce quindi come gli organi della Comunità debbano avere il potere di intervenire per operare una armonizzazione delle disposizioni sanzio-

natorie nazionali o per imporre l'introduzione di fattispecie uniformi, ove ciò risulti necessario per il perseguimento degli obiettivi delle Comunità in quei settori in cui i trattati assegnino a tali organi delle competenze specifiche.

Se però si ammette di regola la legittimità di un intervento di armonizzazione da parte delle istituzioni comunitarie, i dubbi concernono piuttosto i limiti di tale intervento.

Le perplessità riguardano in particolare la potestà di obbligare gli Stati membri a configurare degli illeciti penali e quella di precisare in modo puntuale le sanzioni da introdurre (eliminando ogni discrezionalità degli Stati membri al riguardo).

Sotto il primo profilo deve ritenersi che non esistono ostacoli ad ammettere anche la configurazione di un obbligo di introduzione di fattispecie penali. In effetti le disposizioni comunitarie in questione abbisognano di essere tradotte nell'ordinamento interno di ogni Stato membro attraverso le necessarie disposizioni nazionali, che recepiscono le previsioni incriminatrici contenute nella normativa sovranazionale e stabiliscono le sanzioni nei limiti predeterminati. Ed è proprio questo elemento che consente di far ritenere un tale schema normativo compatibile con il principio della riserva di legge: le previsioni incriminatrici risultano sempre dall'intervento delle Assemblee parlamentari nazionali, che potranno – eventualmente – anche rifiutarsi di recepire le disposizioni comunitarie; ciò potrà provocare l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro, ma non la sostituzione delle disposizioni comunitarie alle difformi previsioni nazionali.

D'altro canto la giurisprudenza comunitaria, con le già citate sentenze nel caso "mais greco" e nel caso Zwartweld, ha desunto dall'art. 5 (ora art. 10) del trattato CE un obbligo per lo Stato membro di configurare degli illeciti penali; l'ordinamento comunitario conosce, quindi, una forma di responsabilità degli Stati per la mancata configurazione di fattispecie penali.

Con riguardo alla seconda questione si è ipotizzato, da parte di alcuni autori, un possibile contrasto col principio *nullum crimen sine lege* nelle ipotesi in cui il legislatore comunitario elimini ogni possibile margine di apprezzamento discrezionale per il legislatore nazionale (ad esempio determinando puntualmente le sanzioni da applicare).

A mio giudizio tali perplessità non risultano fondate: in una tale tecnica di normazione le fattispecie incriminatrici non possono che derivare dall'intervento del legislatore statale, sicchè un contrasto col principio *nullum crimen sine lege* deve essere in ogni caso escluso; il problema dell'ampiezza dei vincoli che la normativa comunitaria pone agli ordinamenti nazionali (beninteso nei

settori in cui i trattati assegnano alle istituzioni sopranazionali delle specifiche competenze) si rivela quindi come un problema la cui soluzione può essere colta non in termini di *legittimità* bensì in termini di opportunità politica e fattibilità tecnica.

In conclusione sarebbe da privilegiare, come ho già osservato qualche anno fa, una soluzione che garantisse che le sanzioni previste dagli Stati membri, pur senza essere identiche, si orientassero all'interno di una *griglia uniforme* (sia per quanto concerne la natura sia per quanto concerne la misura).

A sostegno della legittimità di un tale intervento si può d'altro canto richiamare anche l'art. 5 del Trattato CE (ora art. 10) alla luce della sentenza della Corte di Giustizia del 21 settembre 1989 nella causa Commissione c/Grecia.

Nella prassi delle istituzioni comunitarie è da rilevare che gli atti di volta in volta emanati hanno talvolta individuato i comportamenti illeciti che debbono essere sanzionati, ma, di regola non si forniscono delle indicazioni sulla natura dell'illecito e, sia pure con qualche eccezione, sulla misura delle sanzioni, limitandosi a prevedere l'obbligo di introdurre delle sanzioni che siano «adeguate», «appropriate», «efficaci», «sufficientemente dissuasive», con formulazioni scarsamente incisive ed interpretate dagli Stati quasi come clausole di stile prive di efficacia vincolante.

Diversa la posizione della Commissione che, anche di recente, ha inserito in proposte di direttive dei veri e propri obblighi di penalizzazione, ispirandosi agli orientamenti dottrinali prima citati.

Secondo la Commissione, in una logica di tipo funzionalista, gli obblighi *de quibus* trarrebbero la loro fonte di legittimazione nelle previsioni che di volta in volta consentono l'intervento della normativa comunitaria in un certo settore.

Si tratta di una posizione che ha ricevuto l'avallo del Servizio Giuridico del Consiglio e, ripetutamente, del Parlamento Europeo e che oggi trova un preciso riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia grazie alla recente sentenza del 13 settembre 2005 in materia di protezione dell'ambiente.

La Corte ha riconosciuto – in materia ambientale, ma con considerazioni che possiedono un valore generale – un potere delle istituzioni comunitarie di armonizzare le disposizioni sanzionatorie nazionali quando ciò si riveli «necessario per garantire l'effettività del diritto comunitario».

Secondo la Corte, presupposto di un tale intervento è la «necessità» di esso per raggiungere gli obiettivi di volta in volta previsti (nel caso di specie che si tratti di una «misura indispensabile di lotta contro le violazioni ambientali gravi»).

Nelle ampie e approfondite conclusioni dell'Avvocato Generale sono svi-

luppato con chiarezza i possibili limiti di un tale potere d'intervento che consente di imporre agli Stati membri l'introduzione di fattispecie penali uniformi: la norma comunitaria potrebbe identificare non solo i beni giuridici da proteggere, ma anche i comportamenti da sottoporre a sanzione penale.

Secondo l'Avvocato Generale, peraltro, il potere di armonizzazione delle istituzioni comunitarie non investirebbe *la scelta delle sanzioni*, che resterebbe di competenza degli Stati membri; un intervento di ravvicinamento, secondo l'Avvocato Generale, sarebbe possibile solo nell'ambito della cooperazione nell'ambito del III pilastro. Secondo l'Avvocato Generale «*la Comunità, nella fase attuale, è priva degli strumenti necessari per individuare il modo migliore di difendere i beni ambientali in ciascuno Stato membro, oscillando tra la privazione delle libertà una diversa restrizione dei diritti ed una sanzione pecuniaria*».

Si tratta peraltro di una conclusione che non appare accettabile. In effetti le stesse ragioni che giustificano una potestà delle istituzioni comunitarie di obbligare gli Stati membri ad intervenire per introdurre delle fattispecie penali uniformi militano anche a favore di un intervento che tocchi la materia sanzionatoria in senso stretto. Risulta, infatti, troppo riduttivo determinare i comportamenti da sottoporre a sanzione, senza nulla prevedere in ordine alla natura o alla misura delle sanzioni (come, ad esempio è avvenuto nella direttiva concernente la disciplina dell'*insider trading*); l'obiettivo di volta in volta perseguito (ad esempio la realizzazione di un mercato europeo dei capitali) può essere compromesso da una eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza della comune previsione della illiceità di certi comportamenti.

La Corte non prende esplicitamente posizione su questo particolare profilo. È da rilevare peraltro che la Commissione Europea, nella Comunicazione trasmessa al Consiglio e al Parlamento Europeo interpreta la sentenza nel modo più ampio, prevedendo espressamente che l'intervento comunitario possa «inquadrate» l'azione degli Stati membri precisando sia i comportamenti da sottoporre a sanzione penale sia il tipo di sanzioni da introdurre.

In dottrina le posizioni della Corte sono state oggetto di considerazioni almeno parzialmente critiche.

Non è in gioco in questo caso il rispetto del principio di legalità dal momento che gli obblighi di penalizzazione debbono essere tradotti negli ordinamenti nazionali attraverso il necessario intervento dei Parlamenti nazionali (secondo le procedure costituzionalmente previste).

Si sottolinea per altro che una tale potestà armonizzatrice implica il passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento soprannazionale «di fondamentali opzioni di politica criminale relative alla distinzione tra sanzione pe-

nale e strumenti alternativi di tutela». Verrebbe in gioco a questo riguardo sia la cernita dei beni meritevoli di protezione penale che le valutazioni relative alla “necessità” della sanzione penale alla luce del principio della *extrema ratio*, valutazioni queste che suppongono delle scelte di valore che la Comunità non sarebbe in grado di esprimere.

Sotto questo profilo si suggerisce di configurare gli obblighi comunitari di tutela quali «*obblighi di tutela adeguata*» e cioè quali obblighi di risultato che condizionano gli Stati membri quanto all’adeguatezza della tutela predisposta ma non indicano la natura penale o meno della stessa. Una tale soluzione non sancirebbe per altro una sorta di intangibilità delle scelte discrezionali dei legislatori nazionali perché vi sarebbe sempre il controllo della Corte di Giustizia (attraverso lo strumento del ricorso per inadempimento da parte della Commissione). Un tale controllo potrebbe sempre erodere la libertà di scelta dei legislatori nazionali perché potrebbe condurre ad affermare in concreto la necessità del ricorso alla sanzione penale, quando essa si presenti come unica forma di repressione adeguata.

Si tratta di una soluzione che non risulta del tutto inconciliabile con quella espressa dalla Corte, ma che gradua differentemente il vincolo esistente per i legislatori nazionali che verrebbero sottoposti, in questa prospettiva, a veri e propri «obblighi di penalizzazione esclusivamente in via eventuale e soprattutto indiretta cioè sub specie di adeguatezza della tutela».

In ogni caso è da rilevare che già in precedenza la Corte aveva avviato un’analisi che aveva condotto in talune situazioni ad affermare un obbligo per gli Stati membri del ricorso all’opzione penale.

La Corte di Giustizia ha fatto riferimento alla necessità del ricorso allo strumento penale, nell’ordinanza Zwartveld, sviluppando la linea argomentativa della sentenza *mais greco*.

Ancora più evidenti risultano le conclusioni della Corte di Giustizia nella sentenza *Uniliver* nella quale la Corte conclude nel senso delle necessità dell’opzione penale con riguardo a condotte di pubblicità ingannevoli che risultano lesive di beni ritenuti fondamentali, quali la tutela dei consumatori, la salute pubblica e la lealtà delle transazioni commerciali. La Corte per altro perviene a tale risultato valorizzando canoni di politica criminale (quali soprattutto la proporzione e l’efficacia dissuasiva) che relegano ad un ruolo marginale il principio della *extrema ratio*.

Si pone quindi il problema di una possibile collisione (o divergenza) tra i criteri tipici di una (emergente) politica criminale europea e quelli della tradizionale politica criminale nazionale.

Per esempio il criterio dell'equivalenza della tutela negli Stati membri (criterio ribadito dall'art. 280 Trattato CE e decisivo onde evitare proprio i fenomeni distorsivi ai quali si è fatto cenno) potrebbe condurre a risultati differenti da quelli cui conduce il criterio della sussidiarietà penale; si è rilevato, ad esempio, che è possibile che una incriminazione si riveli non necessaria in uno Stato membro per l'esistenza di possibili alternative di tutela, mentre a livello europeo potrebbe essere privilegiata l'opzione penale «il cui scopo sia quello di garantire una protezione non solo efficace ma anche equivalente in tutto l'unitario spazio giuridico dell'Unione».

Allo stesso modo si sono sottolineati i non facili rapporti che si delineano tra il principio di sussidiarietà comunitaria e quello di sussidiarietà penale. Sul punto la soluzione preferibile sembra essere quella, prospettata da Picotti e Sicurella, secondo cui la valutazione di *extrema ratio* dovrebbe intervenire dopo che sia stata constatata la necessità dell'intervento sovranazionale (anche in termini di armonizzazione).

In definitiva mi pare che dalla posizioni della dottrina e dagli orientamenti della Corte di Giustizia emerge, gradualmente ma inesorabilmente, una politica criminale sovranazionale che limita in modo crescente la discrezionalità penale degli Stati membri ed elabora dei criteri di selezione dei fatti punibili non del tutto coincidenti con quelli delle politiche criminali nazionali.

È chiaro per altro che quanto più si afferma una politica criminale sovranazionale tanto più appare necessario garantire la piena democraticità dei processi decisionali comunitari.

8.1. Specificamente con riguardo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità sono da porre in luce due ulteriori profili. Anzitutto la relazione conclusiva di quella ricerca condotta per conto della Commissione Europea alla quale prima si è fatto cenno ha suggerito una serie di misure di armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali per accordare una tutela *efficace ed adeguata* alle finanze comunitarie.

I suggerimenti formulati nella relazione conclusiva della ricerca menzionata sono stati alla base di una importante iniziativa di armonizzazione assunta nell'ambito del terzo pilastro attraverso la conclusione, il 26 luglio 1995, della Convenzione avente ad oggetto la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea (la cui ratifica è stata autorizzata nel nostro paese con la legge 300 del 2000).

La Convenzione prevede l'obbligo per gli Stati membri di considerare come illeciti penali taluni comportamenti lesivi degli interessi finanziari delle

Comunità (e in particolare la presentazione o l'utilizzo di documenti falsi, inesatti o incompleti ovvero la mancata comunicazione di informazioni in violazione di un obbligo giuridico, cui consegue un danno per il bilancio comunitario, ovvero la distrazione di fondi comunitari per fini diversi da quelli per i quali essi sono stati concessi). La Convenzione inoltre vincola gli Stati membri anche nella scelta delle sanzioni, prevedendo per le frodi gravi (tra le quali rientrano quelle che superano una certa soglia quantitativa) l'introduzione di pene privative della libertà personale.

La Convenzione contiene poi altre importanti disposizioni in tema di applicazione della legge penale nello spazio (attraverso la previsione di criteri di collegamento che obbligano lo Stato ad esercitare la propria giurisdizione), in tema di estradizione (attraverso la previsione del principio *aut dedere aut iudicare* e la esclusione della rilevanza del carattere fiscale del reato per cui l'estradizione è richiesta) e in tema di *ne bis in idem* (recependo le previsioni della Convenzione conclusa al riguardo nel quadro della cooperazione politica tra gli Stati membri).

Le previsioni della Convenzione sono state successivamente arricchite e completate da due protocolli addizionali: il primo, firmato il 27 settembre 1996, introduce l'obbligo per i legislatori nazionali di prevedere delle fattispecie penali aventi ad oggetto i fatti di corruzione (propria) dei funzionari comunitari e dei funzionari di altri Stati membri suscettibili di ledere gli interessi finanziari comunitari.

Ancora più importanti le previsioni del secondo protocollo (firmato il 19 giugno 1997) che introducono un obbligo per gli Stati membri di sanzionare penalmente il riciclaggio di denaro proveniente da frodi o fatti di corruzione in danno del bilancio comunitario. Due ulteriori previsioni del secondo protocollo completano ed arricchiscono il meccanismo di tutela delle finanze comunitarie; la prima consiste in un obbligo per gli Stati membri di prevedere una responsabilità delle persone giuridiche per i fatti di frode, corruzione e riciclaggio lesivi delle finanze comunitarie; le sanzioni a carico delle persone giuridiche non debbono essere necessariamente penali, ma debbono comunque risultare «effettive, proporzionate e dissuasive» e comprendere almeno delle sanzioni pecuniarie. La seconda previsione introduce un obbligo per gli Stati membri di prevedere nei sistemi sanzionatori nazionali la confisca del «prodotto» dei delitti di frode corruzione e riciclaggio commessi in danno del bilancio comunitario.

L'inserimento nel II Protocollo addizionale di una disposizione riguardante la responsabilità delle persone giuridiche risulta certamente di grande interes-

se. Non vi è dubbio, infatti, che una delle differenze più significative tra i sistemi sanzionatori degli Stati membri è costituita proprio dalla previsione solo in alcuni tra di essi di una responsabilità penale delle persone giuridiche.

8.2. Alla Convenzione PIF ed ai suoi protocolli addizionali è stata data attuazione nel nostro sistema con la legge 300 del 2000 che, pur in presenza di alcuni profili problematici, dimostra l'ampiezza dell'incidenza che il diritto dell'Unione Europea può avere sui sistemi penali degli Stati membri, anche in tema di modifica di istituti di parte generale.

Si è introdotto nel codice penale un nuovo art. 316 ter che presenta una struttura assai simile all'art. 2 l. 898/1986, ma vi aggiunge anche l'ipotesi (non contemplata in quest'ultima previsione) dell'omissione delle informazioni dovute.

I profili problematici di tale nuova disciplina si collegano, per un verso, alla mancata abrogazione dell'art. 2 l. 898/1986 e, per altro verso, alla possibile convergenza dell'art. 316 ter c.p. e dell'art. 640 bis nella disciplina di una stessa situazione di fatto.

La clausola di sussidiarietà contenuta nell'art. 316 ter c.p. potrebbe non impedire che emergano interpretazioni, come già avvenuto in precedenza per l'art. 2 l. 898/1986, che sostanzialmente riducano l'area di applicazione dell'art. 640 bis c.p. facendo sì che la nuova previsione – così come è avvenuto con l'art. 2 l. 898/1986 – si riveli come una previsione di favore per chi attenta alle finanze comunitarie (dal momento che comportamenti che, altrimenti, sarebbero stati ricondotti all'ipotesi di cui all'art. 640 bis vengono ora ricompresi nella nuova previsione più lievemente sanzionata).

Meritevole di apprezzamento è invece l'art. 322 bis che estende ai funzionari comunitari e ai funzionari di altri Stati membri alcune fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione colmando una lacuna che la dottrina aveva da tempo segnalato.

Degno di rilievo è anche l'art. 322 ter che introduce la confisca del prodotto o del profitto di alcuni reati contro la P.A., anche nella forma della c.d. confisca di valore.

L'art. 11 della legge prevede inoltre una delega al Governo per l'introduzione di una responsabilità da reato per le persone giuridiche alla quale è stata data attuazione con il d. lg. 231/2001 (anche se in una forma ridotta che attenua il significato politico criminale di tale importante innovazione).

L'incidenza del diritto comunitario nel diritto penale investe quindi in maniera consistente istituti propri della parte generale.

9. L'art. 280 del trattato CE e le prospettive di un diritto penale europeo

Una importante modifica dei modelli di protezione delle finanze comunitarie è stata formulata dall'art. 280 del trattato CE (introdotto dal trattato di Amsterdam) che sostituisce l'art. 209 A precedente. Mentre tale ultima previsione si limitava a configurare un obbligo per gli Stati membri di "assimilare" la tutela delle finanze comunitarie a quella dei corrispondenti interessi finanziari nazionali, la nuova formulazione si preoccupa di precisare che le misure adottate a tutela degli interessi finanziari della Comunità debbono essere "*dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri*"; non solo, il 4° paragrafo dell'art. 280 prevede che il Consiglio adotti le misure necessarie "nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire ad una *protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri*".

Il nuovo art. 280 è stato l'oggetto d'interessanti prese di posizione. Si è così correttamente sottolineato che il nuovo art. 280 costituisce la base giuridica più appropriata per tutte le iniziative comunitarie riguardanti le tutele delle finanze comunitarie. In particolare, la nuova previsione può rappresentare lo strumento per iniziative di armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali, in materia di tutela delle finanze comunitarie e di prevenzione e di repressione delle frodi ai danni del bilancio delle Comunità; si è anzi rilevato che la nuova previsione sposta il *baricentro* del sistema di protezione delle finanze comunitarie dal modello della assimilazione della protezione accordata agli interessi comunitari a quella prevista per gli interessi nazionali corrispondenti al modello della armonizzazione dei sistemi nazionali, il solo che possa garantire il carattere *dissuasivo, efficace e equivalente in tutti gli Stati membri* della protezione così accordata alle finanze comunitarie.

È chiaro d'altro canto che una tale armonizzazione comunitaria dovrebbe investire anche gli aspetti sanzionatori perché solo in tal modo la tutela accordata agli interessi comunitari risulterebbe *efficace ed equivalente*, come richiede la nuova disposizione. In questa prospettiva si può rilevare che una iniziativa volta a realizzare una «parte generale» delle sanzioni amministrative comunitarie poste a tutela degli interessi finanziari della Comunità (completando così il disegno che è stato intrapreso con il già citato regolamento 2988/95) potrebbe in futuro trovare una appropriata base giuridica nella nuova previsione normativa.

Una questione che sinora ha però suscitato un ampio e vivace dibattito, con divergenti prese di posizione, è costituita dalla possibilità che il nuovo

art. 280 del trattato CE possa legittimare delle iniziative che tocchino anche il *diritto penale* dal momento che, secondo il 4° paragrafo dell'articolo, ultima frase, le misure adottate “*non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale e l'amministrazione interna della giustizia*”.

A mio giudizio tale espressione, che pure presenta una certa carica d'ambiguità, deve essere interpretata nel senso di escludere l'adozione di misure di applicazione diretta in materia penale (misure, cioè, suscettibili di incidere direttamente sui sistemi penali nazionali); in altre parole, l'art. 280 non legittima l'adozione di un regolamento (suscettibile quindi di applicazione diretta) in materia penale.

Alcuni autori (Picotti nel corso del seminario di Catania del 1998 e Tiedemann sulla rivista *Agon*) hanno rilevato che l'art. 280, pur escludendo una incidenza diretta sui sistemi penali nazionali, consentirebbe comunque la *configurazione di un sistema penale comunitario* (sia pure di carattere sussidiario).

Io credo però che la configurazione di un sistema penale sovranazionale (così come era previsto nel trattato istitutivo della CED) richiede una base giuridica chiara e non ambigua, che non può certo essere ravvisata nel nuovo art. 280.

D'altro canto, come sottolineato da Labayle, la stessa espressione impiegata in questa previsione normativa si ritrova nell'art. 135 del trattato Ce in materia di cooperazione doganale, in relazione alla quale è addirittura impensabile la configurazione di un intervento penale sovranazionale; si tratta di un importante argomento sistematico che contraddice l'opinione espressa da Tiedemann e da Picotti.

Mi pare corretto, invece, sottolineare, richiamando le opinioni espresse proprio nel seminario di Catania da De Vero e Picotti, che le misure a tutela delle finanze comunitarie, previste nel nuovo articolo, dovrebbero essere adottate dal Consiglio Europeo sulla base della procedura di codecisione ai sensi dell'art. 189 B del trattato CE (articolo 251 nella nuova numerazione); tale procedura – come si è già detto – garantisce una piena partecipazione del Parlamento europeo al processo di adozione della normativa comunitaria, consentendo così di rispettare compiutamente le esigenze sottese al principio di legalità. Si dovrebbe, quindi, ritenere ormai superata l'opinione secondo la quale è il deficit *democratico* delle istituzioni comunitarie ad impedire la configurazione di un vero e proprio sistema penale comunitario; l'ostacolo, in verità, è ormai costituito soltanto dalla mancanza di legittimazione sul piano normativo.

Se le considerazioni fin qui svolte inducono ad escludere che l'art. 280 possa costituire la base giuridica per la configurazione di un sistema penale comunitario esse non escludono, invece, che la nuova previsione possa essere utilizzata per elaborare delle iniziative di armonizzazione in materia penale nel settore della tutela delle finanze comunitarie. È da rilevare infatti che, in mancanza di tali iniziative, l'obiettivo di realizzare una tutela che sia ad un tempo "efficace" ed "equivalente" in tutto il territorio comunitario si rivelerebbe del tutto illusorio; non bisogna dimenticare infatti che la tutela delle finanze comunitarie – così come quella delle finanze nazionali – è attualmente affidata (anche se non esclusivamente) alle sanzioni penali.

D'altro canto, come si è avuto modo di segnalare, le misure di armonizzazione dovrebbero essere recepite negli ordinamenti nazionali attraverso l'intervento dei legislatori statali; dovrebbe essere esclusa invece ogni possibilità di "efficacia diretta" delle disposizioni contenute in una eventuale direttiva di armonizzazione dal momento che la cosiddetta efficacia diretta delle direttive non è ammessa in materia penale.

L'ammissibilità di una armonizzazione dei sistemi penali ex art. 280 del Trattato CE trova conferma nella circostanza che le disposizioni del III pilastro prevedono tra i propri obiettivi il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in una serie di settori che si collegano all'attività della criminalità transnazionale, senza menzionare la tutela delle finanze comunitarie. Una tale previsione risulterebbe difficilmente giustificabile se non si ammettesse che l'armonizzazione delle legislazioni in questo settore è già legittima in base alle previsioni del pilastro comunitario e, in particolare, in base al già menzionato art. 280 del Trattato CE.

In conclusione allora l'art. 280 non è di ostacolo ad una "penalizzazione del diritto comunitario" nei termini che si sono prima indicati.

A sostegno di questa conclusione si può richiamare d'altro canto la proposta di direttiva in materia di tutela delle finanze comunitarie presentata qualche anno fa dalla Commissione Europea.

10. Il Corpus juris: considerazioni preliminari

Prima di passare a considerare le previsioni della nuova *Costituzione per l'Europa*, mi sembra giusto accennare ad un progetto di riforma che ha influenzato in modo decisivo il dibattito relativo alla protezione delle finanze comunitarie e alle prospettive di un diritto penale europeo e le stesse previsioni della nuova Costituzione.

Mi riferisco al *Corpus juris*, elaborato da un gruppo di ricercatori europei sulla base di un mandato conferito dalla Commissione europea, su sollecitazione del Parlamento Europeo.

Punto di partenza della nuova proposta è che il quadro attuale della tutela accordata agli interessi della Comunità è lungi dal risultare adeguato. È diffuso ormai il convincimento che le tecniche di protezione degli interessi comunitari finora impiegate e prima brevemente delineate non garantiscano una tutela che sia ad un tempo efficace ed omogenea nei diversi Stati membri; anche le iniziative di armonizzazione, alle quali taluni guardano con un certo favore, non sembrano dotate di un impatto immediato. Proprio in materia di finanze comunitarie le lacune di protezione sono state segnalate dal Parlamento europeo, da funzionari della Commissione, da operatori del diritto e da consistenti settori della dottrina penalistica.

D'altro canto il livello di cooperazione giudiziaria finora raggiunto, nonostante le molte iniziative in cantiere, non pare certo soddisfacente. Anche alcuni operatori del diritto impegnati nella prevenzione e repressione dei fatti lesivi delle finanze comunitarie ovvero nella lotta alla criminalità di tipo transnazionale o transfrontaliera hanno sottolineato la necessità di creare un vero e proprio *spazio giudiziario europeo*; esemplare è al riguardo il c.d. "Appello di Ginevra", lanciato dieci anni fa da alcuni pubblici ministeri e magistrati appartenenti a diversi paesi europei. Queste considerazioni hanno indotto ad interrogarsi sulla *necessità, o comunque sulla opportunità* di un *salto di qualità* nelle tecniche di tutela degli interessi comunitari e, in particolare, se non sia possibile passare "dai concetti di armonizzazione e cooperazione a quelli di unificazione del diritto"; in altre parole se non sia possibile creare un sia pur ridotto "sistema penale comunitario", introducendo un nucleo di regole penali "*destinate ad assicurare, in uno spazio giudiziario europeo largamente unificato, una repressione più giusta, più semplice e più efficace*".

È in questo quadro che si inserisce l'elaborazione del "*Corpus Juris*" quale conclusione di una ricerca dedicata allo spazio giudiziario europeo, e realizzata sotto gli auspici della Commissione dell'Unione Europea. La relazione conclusiva della ricerca suggerisce di introdurre un ristretto numero di disposizioni penali (di carattere sia sostanziale che processuale) volte alla tutela degli interessi finanziari comunitari e destinate ad essere applicate in tutto il territorio dell'Unione Europea così da costituire l'embrione di un *sistema penale sovranazionale*.

Le proposte formulate, nonostante l'ambiziosa intitolazione del progetto (*Corpus juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finan-*

ziari dell'Unione Europea) costituiscono certo un "diritto penale comune europeo", ma si tratta, come è stato esattamente rilevato, di un "diritto comune suppletivo" in quanto le disposizioni proposte non risultano autosufficienti, ma necessitano di un (più o meno ampio) completamento da parte di regole penali e processuali nazionali.

Le disposizioni del progetto intendono comunque istituire uno "spazio giudiziario e giuridico europeo" perché esse darebbero vita ad uno "spazio" nel quale debbono operare alcune disposizioni incriminatrici comuni, la cui uniforme applicazione deve essere garantita nel processo penale.

Non è questa la sede per un esame puntuale ed approfondito delle previsioni di diritto penale sostanziale e processuale del *Corpus juris*.

Qui basta dire che esso si muove lungo tre direttrici di fondo:

a) l'unificazione del diritto penale sostanziale, attraverso la configurazione di 8 fattispecie penali e la elaborazione di un gruppo (abbastanza esteso) di principi di parte generale;

b) la centralizzazione (o europeizzazione) delle fasi delle indagini preliminari affidate ad un Procuratore generale europeo (si tratta per altro come osservato da Chiavario in un convegno a Trento di qualche anno fa, di una centralizzazione «leggera»);

c) l'affidamento della fase del giudizio ai giudici nazionali, che per altro dovrebbero applicare le disposizioni sostanziali e processuali del *Corpus juris* e solo sussidiariamente le regole nazionali e quindi diventerebbero, sotto questo aspetto, dei giudici europei.

Le disposizioni del *Corpus juris*, come è stato esattamente rilevato, appaiono il frutto di un'attenta comparazione giuridica, volta, dove è possibile, a creare un diritto comune di sintesi nel quale convergono le diverse tradizioni giuridiche nazionali; laddove questo non risulta possibile il progetto opera delle scelte selezionando il modello adottato da uno (o più) sistemi nazionali; così il progetto, nella regolamentazione del P.M. europeo, compie una precisa scelta di campo a favore di un'assoluta indipendenza del PGE dall'esecutivo, anche se una tale soluzione non corrisponde alle scelte di alcuni (o forse la maggioranza) dei sistemi processuali degli Stati membri.

Il *Corpus juris* ha dato impulso ad un vivace dibattito che ha rivelato l'esigenza di ulteriori approfondimenti volti, da un lato, ad un più puntuale sviluppo dell'analisi comparata dei diversi sistemi giuridici nazionali, al fine di valutare l'impatto dell'eventuale adozione di un tale strumento nei singoli ordinamenti e, dall'altro, ad una indagine della rispondenza delle soluzioni proposte ai principi fondamentali della costruzione comunitaria.

È a tali esigenze che lo studio «*Suivi Corpus Juris*», condotto, nel periodo tra marzo 1998 e settembre 1999, sotto l'egidia dell'Unità di Lotta Antifrode (divenuta, nel 1999, OLAF) e sollecitato dallo stesso Parlamento europeo nelle sue due Risoluzioni del 12 giugno e 22 ottobre 1997, ha inteso rispondere, proponendo altresì una nuova versione dell'articolato che, pur confermando l'impianto originario del documento – fondato sull'unificazione normativa del diritto penale sostanziale e la centralizzazione della fase delle indagini, dominata dalla figura del PME, quale organo comune di indagine –, arricchisce le proposte originarie, soprattutto sul piano di un maggiore rispetto dei principi generali del diritto penale, esplicitamente consacrati, ed in particolare del principio di legalità, nell'intento di superare alcune delle obiezioni formulate riguardo al progetto originario, senza tuttavia contraddire le scelte fondamentali della versione del 1997.

11. *La Costituzione per l'Europa e la tutela degli interessi finanziari nell'Unione Europea*

Si è rilevato che le innovazioni contenute nella nuova Costituzione per l'Europa segnano *una nuova fase* nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale. Proprio in materia di tutela delle finanze comunitarie – materia nella quale si è cementato uno specifico *acquis* – le innovazioni appaiono le più significative.

A questo riguardo si impone una considerazione preliminare.

Nella *Costituzione per l'Europa* scompare la vecchia divisione in pilastri. Nella intelaiatura del trattato costituzionale l'obiettivo della creazione di uno «*spazio di libertà di sicurezza e di giustizia*» (a cui è dedicato l'art. I-42 della parte I e il capo IV della parte III) diventa il punto di riferimento di tutte le disposizioni, attualmente divise tra primo e terzo pilastro, in materia di abolizione dei controlli alle frontiere interne, di asilo ed immigrazione, di prevenzione della criminalità, di cooperazione di polizia, di cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, e di ravvicinamento delle legislazioni in materia penale.

La scomparsa della divisione in pilastri avrebbe effetti in qualche modo rivoluzionari.

Tutta l'area dello spazio di libertà di sicurezza e di giustizia è sottoposta al principio di preminenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale (art. I-6).

Trattandosi di materia a competenza concorrente tra Unione e Stati membri trova applicazione il principio di cui all'art. I-12, comma 2° secondo il quale «Gli stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui

l'Unione non ha esercitato la propria»; un cambio di prospettiva radicale rispetto all'originaria impostazione del III pilastro;

Trova applicazione il principio dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione, così come è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza Van Duyn;

È previsto il controllo della Corte di Giustizia sulla base degli ordinari principi (ad eccezione della ipotesi di cui all'art. III-377) non nei ristretti limiti previsti dalle disposizioni del III pilastro (anche dopo le innovazioni contenute nel trattato di Amsterdam) che hanno fatto parlare a questo riguardo di un *deficit giurisdizionale* dell'Unione.

Tutta l'area dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia è sottoposta alle regole ordinarie del processo legislativo (voto a maggioranza qualificata nel Consiglio; pariordinazione del P.E. salvo alcune eccezioni specificatamente previste).

Ora, è chiaro che le disposizioni previste in tema di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, cooperazione giudiziaria in materia penale e ravvicinamento delle disposizioni processuali (art. III-270) potranno trovare applicazione anche in materia di tutela delle finanze comunitarie.

La materia delle finanze comunitarie potrebbe essere investita anche dalle iniziative di ravvicinamento riguardanti il diritto penale sostanziale disciplinate ora nell'art. III-271.

Tale disposizione, raccogliendo una proposta formulata dal gruppo di lavoro n. X che aveva elaborato, nell'ambito della Convenzione, le proposte relative allo «spazio di libertà di sicurezza e di giustizia», distingue due ambiti di intervento: quello dei fenomeni criminali di carattere transnazionale (nell'ambito del quale vengono individuati 9 diversi settori) e quello della tutela degli interessi di carattere sovranazionale (interessi propri dell'Unione Europea) oggetto di una politica dell'Unione, in un settore nel quale si sono avuti interventi di armonizzazione.

In quest'ambito – delineato in verità in modo meno chiaro rispetto alle originarie proposte del Gruppo di lavoro e del Presidium della Convenzione – è previsto che «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, la legge quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione».

Ora, è evidente che gli interessi finanziari rientrano nell'ambito delle mate-

rie per cui un tale intervento è possibile; esse anzi sembrano costituire un caso paradigmatico di materia oggetto di una politica dell'Unione interessata già da misure di armonizzazione.

11.1. La materia degli interessi finanziari è però disciplinata da un'altra previsione, collocata al di fuori del capo relativo allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che sembra consentire misure di armonizzazione assai più incisive.

Si tratta dell'art. III-415, che sostituisce l'art. 280 del trattato CE al cui commento dobbiamo qui rinviare.

È stato correttamente notato da Picotti che la nuova previsione ha un particolare significato dal punto di vista sistematico.

Essa si inserisce in un sistema che già prevede all'art. III-271 una facoltà per le istituzioni comunitarie di intervenire per il ravvicinamento dei sistemi penali nazionali attraverso l'introduzione di *regole minime*.

Sotto questo profilo osserva giustamente Picotti che l'intervento normativo per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione è oggetto non di una *facoltà* di intervento – sottoposto per di più a limiti e condizioni assai restrittive – ma di un vero e proprio *obbligo*.

D'altro canto si deve notare egualmente che l'intervento de quo è consentito non solo attraverso l'adozione di leggi – quadro europee, ma anche di leggi europee tout court.

Questa circostanza, unita alla scomparsa della clausola che escludeva ogni influenza sul diritto penale nazionale o sull'amministrazione nazionale della giustizia, ha indotto alcuni autori a ritenere che la disposizione in esame rappresenti «una *specifica* “base giuridica” per la creazione di un diritto penale europeo posto a presidio degli interessi finanziari comuni, immediatamente operativo quanto a norme (e sanzioni) di diritto penale sostanziale, alla stregua di quelle delineate dal *Corpus Juris*» (Picotti).

Si tratta di una posizione che coglie opportunamente sul piano sistematico la differenza di funzione tra l'art. III-271 (disposizione generica in tema di ravvicinamento delle legislazioni) e l'art. III-415 (concernente specificamente la materia degli interessi finanziari).

Con riguardo alla tutela degli interessi finanziari quest'ultima previsione svincola, in effetti l'intervento sovranazionale dagli angusti limiti in cui è confinato nell'art. III-271, sia con riguardo al contenuto (non vi è qui alcun riferimento a «regole minime»), sia con riguardo ai presupposti (non occorre qui che l'intervento risulti «indispensabile»).

Fatta questa doverosa premessa debbo continuare a tener fermo il mio punto di vista secondo il quale tale disposizione non consente un intervento diretto in materia penale (dotato di immediata applicazione negli ordinamenti interni) né tanto meno la creazione di un sistema penale europeo.

A tale conclusione si deve pervenire a mio giudizio per un duplice ordine di ragioni.

Anzitutto da un punto di vista politico – costituzionale sembra strano che un intervento così importante (e addirittura eversivo della tradizionale impostazione dei rapporti tra diritto sovranazionale e diritto penale) avvenga in mancanza di una base giuridica chiara e non ambigua; l'esperienza storica insegna che quando nei trattati istitutivi si è voluto dar vita ad un sistema penale sovranazionale lo si è fatto attraverso previsioni chiare ed univoche prevedendo nel contempo una serie di disposizioni processuali da applicare e una serie di principi generali da rispettare; così nel trattato istitutivo della CED la competenza penale era esplicitamente prevista negli art. 18, 19 e 30 del Protocollo Giurisdizionale, vi era inoltre un'articolata disciplina processuale di carattere transitorio in attesa dell'emanazione di una regolamentazione sovranazionale ed era previsto un protocollo contenente i "principi generali" del diritto penale militare europeo. Si può menzionare ancora la proposta di art. 280 bis presentata dalla Commissione Europea nel Corso della Conferenza di Nizza (v. *infra* il prossimo paragrafo)

Da un punto di vista *sistemico* può apparire singolare che un intervento di tale portata in materia penale non sia in qualche modo richiamato nel capo relativo allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che pure affronta il tema della tutela degli interessi soprannazionali in diverse previsioni (v. III-271, e III-274).

La mia opinione è allora che la disposizione in esame non consente la diretta creazione di un sistema penale sovranazionale, ma costituisce una base giuridica appropriata per interventi di armonizzazione dei sistemi penali nazionali; in mancanza di tali interventi l'obiettivo di garantire una protezione efficace ed equivalente degli interessi finanziari dell'Unione non sarebbe perseguibile.

Un tale intervento di armonizzazione, come si è accennato, sarebbe diverso quanto al contenuto e quanto ai presupposti di legittimazione da quello consentito dall'art. III-271.

Al di fuori della materia penale, l'art. III-415 consentirebbe invece degli interventi diretti in materia sanzionatoria, attraverso l'introduzione di fattispecie di illecito e sanzioni di carattere amministrativo; quest'ultima conclusione

risulta giustificata oltre che dall'impiego del termine "legge" (accanto alla "legge quadro") nella previsione, dall'*acquis* della giurisprudenza comunitaria (che aveva ammesso, come si è detto, diretti interventi in materia sanzionatoria) e dalla prassi normativa precedente (si pensi, solo per citare un esempio, al regolamento n. 2988/95).

12. La creazione di una Procura Europea

Questa posizione peculiare nel sistema dell'Unione della tutela degli interessi finanziari trova un *pendant* in materia processuale nell'art. III-274, che prevede la possibilità di creare una Procura Europea «*per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*».

La disposizione prevede che una legge europea, adottata dall'unanimità dal Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo possa creare una Procura Europea, accogliendo così una delle più significative proposte del *Corpus Juris*.

La competenza del Procuratore Europeo – nelle proposte formulate dalla Convenzione – non era limitata esclusivamente alla tutela degli interessi finanziari, ma comprendeva anche «la lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale». Quest'ultima competenza è stata soppressa, accogliendo la proposta di compromesso della Presidenza irlandese; vi è però la possibilità che una decisione del Consiglio, adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione, possa estendere le competenze della Procura Europea.

A questo riguardo si deve lamentare che il testo costituzionale, in una materia così delicata, circoscriva il ruolo del Parlamento europeo che si dovrebbe limitare ad «approvare» le decisioni del Consiglio (e che quindi non potrebbe modificare il testo sottoposto alla sua deliberazione, secondo le procedure legislative ordinarie).

A differenza delle previsioni del *Corpus Juris*, il Procuratore europeo delineato dalla Costituzione non rappresenta un organo giudiziario sovranazionale a cui corrisponde una unificazione – se pure limitata – del diritto penale sostanziale (ovvero la configurazione di un sistema penale europeo); il Procuratore dovrebbe essere il *dominus* della fase delle indagini preliminari (nelle materie affidate alle sue competenze), mentre egli eserciterebbe l'azione penale dinanzi agli organismi competenti degli Stati membri (che applicheranno le disposizioni sostanziali e processuali proprie del relativo sistema giuridico).

Secondo Picotti peraltro il riferimento contenuto nel 2° § dell'articolo alla

«definizione» dei reati oggetto dell'intervento del Procuratore delineerebbe «una competenza esplicita dell'Unione ad un intervento diretto in materia penale».

Si tratta per altro di una conclusione non condivisibile: la previsione di un intervento diretto in materia penale risulterebbe eversiva dell'attuale sistema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale; essa quindi richiederebbe, come ho già rilevato, una base giuridica chiara e non ambigua. Non si può dimenticare che l'art. I-42 nell'ambito dei contenuti dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, menziona il ravvicinamento della legislazione e non la creazione di un sistema penale europeo.

A questo proposito ha ricordato correttamente Sicurella che la Commissione durante la Conferenza di Nizza aveva proposto l'inserimento nel trattato CE di una apposita previsione (art. 280 bis) che rinviava ad un atto di diritto derivato per la definizione delle «norme fissanti gli elementi costitutivi delle fattispecie e la pena»; l'art. 274, mentre riprende la formulazione del testo proposto dalla Commissione per gli aspetti processuali, omette ogni riferimento agli aspetti sostanziali.

Inoltre l'espressione «definizione» dei reati di competenza della Procura Europea indica soltanto la necessità di «*individuare*» nominativamente i reati ai quali si estende la competenza di tale organo sovranazionale, esso d'altro canto si riferiva, nel testo originariamente predisposto, anche ai reati di rilevanza transnazionale, in relazione ai quali nessuno aveva ipotizzato l'ammissibilità di un intervento diretto in materia penale.

L'art. III 274 contiene un ambiguo riferimento ai rapporti tra il Procuratore generale ed Eurojust; al riguardo, commentando la previsione, leggermente diversa in verità, contenuta nel testo presentato dal Presidium, si scriveva che «*l'espressione "nell'ambito di Eurojust" intende lasciare al legislatore la flessibilità necessaria per definire le relazioni strutturali e funzionali tra la Procura e l'Eurojust che si ritiene appropriate*». Sul punto si era già rilevato che la struttura embrionale di coordinamento e di cooperazione – costituita da Eurojust – avrebbe potuto svilupparsi in un organismo diverso sulla base delle prove che il nuovo strumento avrebbe dato sul campo.

La legge europea destinata ad introdurre la Procura europea dovrebbe non solo stabilire il relativo statuto, ma anche le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alla sua attività e all'ammissibilità delle prove e le regole relative al controllo giurisdizionale degli atti del Procuratore Europeo. In questa prospettiva la creazione di tale organo sovranazionale dovrebbe comportare la configurazione di un vero e proprio *corpus* di

regole applicabili alla fase delle indagini preliminari, così da delineare un sistema processuale europeo (anche se limitato a tale fase processuale).

Si tratta, com'è facile rilevare, della ricezione di alcune tra le più significative previsioni del Corpus Juris.

Deve però aggiungersi che la Costituzione europea non crea la Procura Europea, ma si limita a prevedere una base giuridica per la sua creazione; non sappiamo se e quando vi sarà il necessario consenso politico che consentirà l'effettiva introduzione della Procura europea.

13. *Considerazioni conclusive*

Avevo avuto occasione di rilevare che la Costituzione europea non costituisce un punto d'arrivo, ma solo la fase intermedia di un lungo e complesso percorso di integrazione che è ancora in itinere e in cui ogni risultato raggiunto costituisce la base per nuove proposte e nuovi sviluppi.

Quest'affermazione, di carattere generale, è valida certamente e vorrei dire *a fortiori* per il diritto penale.

Da questo punto di vista le previsioni della Costituzione non creano ancora un sistema penale sovranazionale perché non danno vita ad una potestà di incriminazione delle istituzioni europee (una tale potestà non si ricollega neppure a mio giudizio alle previsioni dell'art. III-415 che riguarda la tutela degli interessi finanziari dell'U.E.).

È chiaro però che le previsioni di cui abbiamo parlato consolidano un (già esistente) *diritto penale dell'Unione* (e cioè ad un insieme di previsioni che presentano un contenuto penale) che, ai sensi dell'art. I-12 costituisce una *competenza concorrente* dell'Unione e degli Stati membri.

Si tratta in effetti di un modello normativo nel quale si assiste ad una singolare integrazione e coordinazione tra norme sovranazionali e norme statali ed in cui debbono combinarsi l'integrazione sovranazionale e il coordinamento tra ordinamenti, secondo lo schema che M. Delmas Marty ha di recente definito «*pluralismo ordinato*».

È evidente che in tale diritto penale europeo la tutela degli interessi finanziari occupa un ruolo primario.

13.1. Le difficoltà che incontra la ratifica del trattato costituzionale non escludono certo che ad una ratifica della Costituzione si possa comunque pervenire.

A questo riguardo è da rilevare che in sede di elaborazione della Costitu-

zione è stata presa esplicitamente in considerazione la possibilità di una qualche difficoltà in sede di ratifica. La dichiarazione n. 30, adottata dalla Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, prevede che, se, al termine del periodo di due anni a decorrere dalla firma del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, i quattro quinti degli Stati membri hanno ratificato detto trattato e uno o più Stati membri hanno incontrato difficoltà nelle procedure di ratifica, la questione sia deferita dal Consiglio europeo; risulta sempre possibile quindi che, nonostante le difficoltà iniziali, il processo della Costituzione possa completarsi.

Tali difficoltà pongono per altro il problema di riflettere nelle possibili opzioni alternative.

A questo riguardo si è formulata la proposta di rivedere il testo del Trattato costituzionale, puntando ad una Costituzione più semplice e agile.

Su questo piano mi limito ad alcune brevi considerazioni sul metodo e sui contenuti.

Sotto il primo profilo sarebbe auspicabile che la revisione del testo costituzionale venisse affidata al Parlamento europeo così da garantire ad un tempo legittimazione democratica e adeguata spinta propulsiva.

Sul piano dei contenuti debbo rilevare che alcuni delle innovazioni della Costituzione europea – quali il recepimento dei diritti fondamentali all'interno del testo costituzionale e l'eliminazione della suddivisione in pilastri – rappresentano dei punti irrinunciabili che non dovrebbero più essere messi in discussione.

13.2. Il lavoro di revisione del testo costituzionale potrebbe però essere l'occasione per una riflessione più generale.

Bisogna chiedersi in particolare se per un nucleo ristretto di interessi dell'Unione Europea non si debba operare quel «salto di qualità» nelle tecniche di tutela che era stato delineato con il Corpus Juris configurando un, sia pur limitato, sistema penale europeo.

A questo riguardo sembra necessaria una riflessione sui *beni giuridici comunitari* che, alla luce dell'applicazione del principio di sussidiarietà, nel suo duplice significato, debbono trovare una protezione penale. Sul punto proprio le critiche formulate ripetutamente nei confronti della scelta certamente riduttiva del Corpus Juris (che limita il sistema penale soprannazionale che si intende creare alla sola tutela degli interessi finanziari) debbono indurre ad estendere l'area dei beni giuridici di rilevanza comunitaria.

Riflessioni quali quelle di recente condotte nell'ambito della dottrina italiana

da Sicurella e da Picotti costituiscono sicuramente una utile base di partenza.

È chiaro però che, anche nella prospettiva della creazione di un vero e proprio sistema penale europeo, la tutela degli interessi finanziari giocherà un ruolo primario.

Si era già rilevato che la protezione degli interessi finanziari ha consentito la cristallizzazione di uno specifico *acquis* che comprende anzitutto uno specifico sistema sanzionatorio di carattere amministrativo che presenta anche una sua “parte generale” (sia pur limitata), costituita dal regolamento 2988/95.

Alla tutela degli interessi finanziari è dedicata anche una delle più significative iniziative di armonizzazione realizzate nell’ambito del III Pilastro, e cioè la Convenzione PIF con i suoi Protocolli addizionali.

Dalla tutela degli interessi finanziari muovono le più significative sentenze della Corte di Giustizia che hanno delineato le linee essenziali dei modelli di protezione dei beni giuridici dell’Unione Europea.

Anche la Costituzione per l’Europa, assegna, come si è visto, alla tutela degli interessi finanziari un ruolo peculiare, che si è cercato brevemente di tratteggiare.

È prevedibile allora che le future proposte di creazione di un sistema penale europeo muovano da tale settore, così com’è avvenuto per il Corpus Juris.

13.3. Un punto per altro mi sembra irrinunciabile: la configurazione di un autentico sistema penale europeo presuppone che si garantisca al Parlamento Europeo un ruolo primario nelle scelte legislative e si assicuri il rispetto dei diritti fondamentali garantendo il valore giuridicamente vincolante della Carta europea. Sotto entrambi i profili le previsioni della Costituzione europea costituiscono, come ho già accennato, dei punti fermi dai quali non è possibile prescindere.

prof.ssa PETRA VELTEN
Università di Linz

DIRITTO PENALE EUROPEO (*) (**)

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Strumenti e principi del processo di europeizzazione nel diritto penale. – 1. Percorsi verso l'europeizzazione. - 2. Strumenti dell'armonizzazione. - 3. Sviluppo concreto dell'armonizzazione. - 4. Il principio del riconoscimento reciproco nel processo penale. - 5. Conclusioni. – III. Il dibattito giuridico-politico.

I. *Introduzione*

Quando in Europa si parla di diritto penale, si fa tuttora riferimento a culture completamente diverse tra loro. Solo pochi esempi: gli olandesi seguono una loro strada tanto nella disciplina penale degli stupefacenti, quanto in quella dell'eutanasia; l'Irlanda ha un atteggiamento estremamente severo in materia di aborto; l'Austria e la Germania puniscono con durezza le manifestazioni d'opinione dei neonazisti (si pensi alla cosiddetta "menzogna di Auschwitz"). Anche il ruolo della legge penale è profondamente diverso in ambito europeo: mentre il sistema di *Common Law* esprime grande fiducia nei confronti di una giurisprudenza e di una cultura giuridica che si autodisciplinano, nell'Europa continentale vige, quale corollario del principio *nulla poena sine lege*, la riserva di legge. E ancora: gli Stati nordici ancorano l'intervento punitivo al principio del luogo di effettiva commissione del reato, assai più di quanto non accada in Germania ed Italia. Per non dire del diritto processuale penale, che registra in Europa sistemi completamente differenti. Da un lato, vi sono ordinamenti che adottano il modello accusatorio, il quale è caratterizzato dai poteri e dalla responsabilità delle parti processuali; esso attribuisce grande importanza al dibattimento e, conseguentemente, al principio dell'immediatezza nella formazione della prova. Dall'altro lato, vi sono Paesi dell'Europa continentale dove il processo penale si connota per l'obbligatorietà

* Testo della relazione tenuta dall'autrice al XXI Congresso per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, sul tema "Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania" (Catania, 6-7 ottobre 2006).

** Traduzione dal tedesco a cura del dott. Andrea De Petris.

dell'azione penale e per la continua crescita della fase istruttoria, con collaterale perdita di centralità del dibattito.

Ad ogni modo, la dottrina tedesca d'oggi è unanime nel ritenere che il treno per l'Europa sia partito – anche in campo penale – e nulla lo possa più fermare¹. Per converso, rimane estremamente controverso il giudizio sul processo di integrazione dei sistemi penali², essendo profondamente differenti, al riguardo, gli atteggiamenti dei vari Stati membri. Anche l'azione degli organi della Comunità e dell'Unione Europea è valutata in modo critico. Mentre alcuni la indicano con l'immagine orrorifica di “forze scatenate”³, altri assumono un atteggiamento “tolleranza radicale”⁴. Gli oppositori dell'armonizzazione temono che tanto nel diritto penale sostanziale che in quello processuale finisca per imporsi sempre l'ordinamento più punitivo, con grave rischio per la tradizione penalistica liberale. I fautori del processo di adeguamento sottolineano, invece, come in un territorio in cui la libertà di circolazione, di stabilimento e di esercizio delle attività professionali vengono assicurate al di là dei confini nazionali, l'intervento punitivo non possa rimanere a compartimenti stagni.

II. *Strumenti e principi dell'uropeizzazione del diritto penale*

Cosa sottende il processo di armonizzazione e in quale direzione ci sta conducendo? Mi propongo di passare in rassegna, anzitutto, gli strumenti e i principi del processo di europeizzazione nel campo del diritto penale sostanziale⁵.

¹ Cfr. per tutti GLEß, *Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, in *ZStW* 116 (2004), 353.

² V., più in dettaglio, i contributi di: WEIGEND, *Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht*, in *ZStW* 116 (2004), 275 ss.; HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, in *ZStW* 116 (2004), 304 ss.; BACIGALUPO, *Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs*, in *ZStW* 116 (2004), 326 ss.; NESTLER, *Europäisches Strafrecht*, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss.; GLEß, *Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.; SCHÜNEMANN, *Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur Europäischen Strafverfolgung*, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.; VOGEL, *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung*, in *ZStW* 116 (2004), 400 ss.; BURUMA, *Radikale Toleranz*, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss.; MILITELLO, *Der Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung: Ein Januskopf*, in *ZStW* 116 (2004), 436 ss.; KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in *JA* 2005, 220 ss.

³ Principalmente: NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss. (350); SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.

⁴ BURUMA, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss.

⁵ V. in proposito BACIGALUPO, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (2001), 1361.

Successivamente, mi soffermerò brevemente sui termini del dibattito giuridico-politico⁶.

1. *Percorsi verso l'europeizzazione* – In via del tutto preliminare occorre prendere atto della situazione attuale. Da un punto di vista idealtipico, si possono distinguere due vie che conducono all'europeizzazione del diritto penale⁷. La prima è quella dell'“eurointegrazione”: l'armonizzazione del diritto penale e/o del diritto processuale penale viene perseguita al fine precipuo di costituire uno spazio giuridico unitario. La seconda via è quella della “giustizia penale nazionale eurocooperativa”. Quest'ultima, diversamente dall'armonizzazione, lascia intatti gli ordinamenti penali nazionali, favorendo, d'altro canto, la creazione di uno spazio giuridico comune tramite il riconoscimento reciproco degli ordinamenti penali e processuali interni ai singoli Stati. Nel primo caso, dunque, si rende necessaria la ricerca, a livello europeo, di soluzioni di compromesso, per esempio nei settori nevralgici che si sono citati – come l'eutanasia, la disciplina penale degli stupefacenti e quella dell'aborto – con la conseguenza di perseguire l'allineamento di ordinamenti penali e processuali tra loro diversi. L'adozione del secondo modello, invece, comporterebbe, ad esempio, che la disciplina penale irlandese in tema di aborto venga riconosciuta ed applicata anche in Germania o in Olanda.

2. *Strumenti dell'armonizzazione* – Passerà ancora molto tempo prima che il diritto comunitario e quello europeo acquisiscano la portata che passo adesso a descrivere⁸. Vorrei soffermarmi in primo luogo sugli strumenti di armonizzazione del diritto penale e sugli attori di questo processo, non prima di aver ricordato che gli organi della Comunità europea non hanno competenza alcuna a produrre direttamente una legislazione penale sovranazionale⁹. Su

⁶ Sull'importanza delle questioni giuridico-politiche, cfr. JUNG, *Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts*, in *JuS* 2000, 417.

⁷ Cfr. in argomento BURUMA, *Radikale Toleranz*, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss. (426).

⁸ Anche in questo caso si tratta di una materia trasversale; cfr. in proposito: HECKER, *Europäisches Strafrecht* (2005) 5, 7 ss.; WASMEIER, *Stand und Perspektiven des EU-Strafrechts*, in *ZStW* 116 (2004), 325. Per quanto riguarda l'intesa sui contenuti di un “diritto penale dell'Unione europea”, cfr. KLIP, *Strafrecht in der Europäischen Union*, in *ZStW* (117) 2005, 895.

⁹ Del resto, il dibattito sul concetto stesso di legislazione penale è molto acceso. Cfr. in proposito sui criteri di distinzione, v. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts* (2001), 74 ss.; in seguito, HECKER, *Strafrecht*, 141. I contrassegni del diritto penale in senso stretto sono, secondo quest'ultimo, la finalità repressiva e la condanna etico-sociale della misura sanzionatoria; il comminare pene detentive o pecuniarie, che potrebbero essere commutate in pene detentive sostitutive; la validità dei principi di colpa e legalità; l'applicazione delle sanzioni da parte

questo insegnamento convergono sia la dottrina dominante¹⁰, sia la prassi, anche se tale concordia di opinioni inizia lentamente a vacillare¹¹. Per converso, è pur vero che sia gli organi comunitari, sia quelli dell'Unione Europea hanno influenzato finora in modo persistente la legislazione penale in Europa. Da un lato, infatti, essi detengono una competenza di indirizzo degli Stati membri e, dall'altro lato, secondo la dottrina dominante, perseguono il principio di fedeltà comunitaria in vista dell'assimilazione del diritto penale. Non vanno trascurati, poi, gli obblighi di assimilazione che operano direttamente nel diritto penale nazionale¹² e l'utilizzo di norme in bianco da parte del legislatore penale nazionale. Queste ultime rivestono un ruolo rilevante soprattutto nel diritto penale accessorio. Si tratta di rinvii statici o dinamici ai regolamenti delle CE. Quale ultimo vincolo, viene in rilievo il dovere (in capo al giudice nazionale) di interpretazione conforme al diritto comunitario.

Concentriamo adesso l'attenzione sulle concrete competenze di indirizzo della Comunità Europea¹³. Come noto, esistono due tipologie di fonti che permettono al diritto comunitario di esplicare l'anzidetta funzione orientativa: il riferimento è alla *direttiva* e al *regolamento*. Il regolamento produce un diritto immediatamente vigente all'interno degli Stati membri; per questa ragione non esistono regolamenti in materia penale¹⁴. La direttiva, invece, richiede

di un tribunale in un processo previsto a tale scopo e la registrazione della pena in un registro penale. Secondo tale punto di vista non sono materia di diritto penale in senso stretto (criminale) le ammende delle norme antitrust (art. 83, comma 2, lett. *a* del Trattato CE), le penalità di mora (art. 87, comma 2, lett. *a* del Trattato CE) e le sanzioni previste dal diritto agrario e della pesca; vedi in proposito HECKER, *Strafrecht*, 144 s..

¹⁰ DANNECKER, *Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, in *JURA* 1998, 79 s.; EISELE, *Einführung in das Europäische Strafrecht – Sanktionskompetenzen auf europäischer Ebene*, in *JA* 2000, 896 ss.; JUNG, in *JuS* 2000, 417; SATZGER, *Die Europäisierung*, 92 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 153 ss.

¹¹ In relazione all'art. 280, comma 4, del Trattato CE alcuni autori sostengono invece che "le misure necessarie a prevenire e contrastare le frodi ai danni degli interessi finanziari della Comunità" ivi menzionate comprendano anche le disposizioni penali sovranazionali della CE; così ad es. TIEDEMANN, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Festschrift für Claus Roxin* (2001), 1406 ss.; ZIESCHANG, *Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts*, in *ZStW* 113 (2001), 259 ss.

¹² Cfr. BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (1996), 107 ss.; DANNECKER, in *JURA* 1998, 79 s.; TIEDEMANN in *Roxin-FS*, 1401; SATZGER, *Europäisierung*, 188 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 229 ss.

¹³ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 270.

¹⁴ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 140.

di essere convertita in norma nazionale¹⁵. Essa è vincolante rispetto all'obiettivo perseguito, ma non anche riguardo alla scelta dei mezzi e delle vie per il raggiungimento di tale obiettivo. Per entrambe le fonti comunitarie è necessaria una maggioranza qualificata del Consiglio, ovvero 232 dei 321 voti disponibili. In questo modo dovrebbe essere assicurato che almeno il 62% della popolazione europea sia rappresentata dalla maggioranza deliberante. Ciò che può rendere problematico, a livello politico, questa procedura è la potestà di codecisione del Parlamento Europeo *ex art. 251* del Trattato CE, posto che essa comporta in ultima analisi una necessaria convergenza del Parlamento e del Consiglio circa la normativa che si progetta di introdurre. Sebbene le direttive costituiscano null'altro che un ordine a carico degli Stati membri, esse sono in grado di determinare una considerevole forza armonizzatrice: gli Stati membri che non vi si adeguano, infatti, possono essere sanzionati dalla Corte di Giustizia per violazione del trattato comunitario.

Fin qui, dunque, le competenze penali in ambito comunitario viste dall'angolazione sovranazionale.

Ben maggiori, e assai più rilevanti in pratica, sono le competenze dell'Unione europea relative alla collaborazione intergovernativa¹⁶. Nell'ambito del cosiddetto "terzo pilastro", ovvero della collaborazione tra gli Stati membri nel settore della "sicurezza interna", le *decisioni-quadro* rappresentano l'elemento centrale di armonizzazione dell'Unione Europea¹⁷. O meglio, così è stato fino a poco tempo fa. Per le decisioni-quadro vale quanto si è detto per le direttive: attraverso le prime può essere solamente intimato agli Stati membri di armonizzare il loro diritto penale sostanziale o processuale. Perché ciò accada, si rende necessario inoltre il voto unanime del Consiglio. Diversamente da quanto previsto per le direttive comunitarie, per le decisioni-quadro non si richiede la partecipazione del Parlamento. Conseguentemente risulta

¹⁵ Sul fatto che in specifici casi ed eccezionalmente la direttiva possa non essere convertita: HECKER, *Strafrecht*, 138.

¹⁶ Il concetto di *competenza di indirizzo* in relazione alla competenza operativa degli Stati membri può essere inteso esclusivamente in senso fattuale e non giuridico.

¹⁷ La natura giuridica delle decisioni quadro è un tema tuttora controverso. Vi è chi le considera alla stregua di atti internazionali (in tal senso BÖSE, *Art. 34 TUE*, in *Schwarze* (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 1, 6; STREINZ, *Der Vertrag von Amsterdam*, in *EuZW* 1998, 142) e chi sottolinea che esse hanno una portata di gran lunga maggiore rispetto all'ambito del diritto dell'Unione (così BRECHMANN, *Art. 34*, in CALLIESS, RUFFERT (a cura di), *Kommentar zum EUV und EGV*² (1999), 7). Cfr. in proposito anche ADAM, *Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht*, in *EuZW* 2005, 559 s.

più agevole emanare una decisione-quadro piuttosto che una direttiva. Per parte loro gli Stati membri si sono spesso rifiutati di approvare decisioni-quadro in materia penale. Ciò è accaduto soprattutto per ragioni di competenza. Una decisione-quadro di questo tipo possiede inoltre una forza armonizzatrice ridotta¹⁸. Essa è certamente vincolante, ma non può essere avviato un procedimento di violazione dei trattati davanti alla Corte di Giustizia, nel caso in cui gli Stati membri non ottemperino ai doveri in essa contenuti.

Infine, l'armonizzazione del diritto penale in ambito EU può essere perseguita anche attraverso *accordi* tra gli Stati membri e *convenzioni*. Queste due forme di collaborazione intergovernativa non rivestono tuttavia nella prassi un ruolo di particolare rilevanza, poiché si tratta di modalità procedurali estremamente complesse.

Ancora una parola sulla portata di queste competenze¹⁹. Laddove esista una competenza della Comunità Europea, questa prevale su quella dell'Unione Europea. In tal modo si vorrebbe impedire la fuga dal diritto comunitario a favore della collaborazione interstatuale. Ammesso che possa vantarne²⁰, la Comunità Europea detiene in materia penale solo potestà accessorie nei suoi ambiti di competenza²¹: la politica commerciale, il mercato interno, l'agricoltura e la pesca, la tutela dei consumatori, l'energia, i trasporti, l'ambiente, il sostegno alla ricerca e le politiche sociali. Già l'esistenza di tali competenze comunitarie di indirizzo costituisce materia assai controversa. Nell'ambito delle Comunità Europee vige in verità il "principio di autorizzazione". Con ciò si intende che la produzione normativa degli organi comunitari deve avere in ogni caso un fondamento giuridico. Orbene, esiste un fondamento giuridico per provvedimenti di indirizzo in materia penale? Finora gli Stati membri – diversamente dalla Commissione – hanno sempre convenuto che esso non esista²². Ciò ha portato in molti casi a modificare le proposte di direttive della

¹⁸ Cfr. in tal senso WAGNER, in *RdU* 2006, 33.

¹⁹ In merito alle diverse posizioni, cfr. BÖSE, *Strafen und Sanktionen*, 61 ss., 414; HUGGER, *Strafrechtlichen Anweisungen der Europäischen Gemeinschaft* (2000), 54 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 283 ss. con ulteriori citazioni.

²⁰ In senso critico, cfr. SATZGER, *Europäisierung*, 452; WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?*, in *ZStW* 105 (1993), 799; HECKER, *Strafrecht*, 283.

²¹ Competenze accessorie sono ad esempio, richiamandosi alla lezione degli "implied powers", prese in considerazione da OPPERMANN, *Europarecht*, (2000), 527; contrario invece HECKER, *Strafrecht*, 286 con ulteriori citazioni.

²² Cfr. in proposito la dimostrazione offerta da HECKER, *Strafrecht*, 271 ss.

Commissione rispetto alle direttrici del Consiglio concernenti l'emanazione di norme penali. Di regola, dunque, si rimane legati alla generale indicazione secondo cui dovrebbero essere gli Stati a preoccuparsi di fornire sanzioni punitive efficaci, proporzionate e dissuasive, nella premessa che tali misure non debbano essere necessariamente penali.

Secondo la Commissione, invece, inerebbe alle competenze speciali, in materia di mercati agrari, trasporti, ambiente e protezione dalle truffe, il diritto di emanare direttrici per l'armonizzazione del diritto penale. Accanto a queste competenze specifiche, alcuni chiamano in causa il potere di armonizzazione risultante dall'art. 95 del Trattato CE, che consente al Consiglio, tra l'altro, di emanare provvedimenti per l'allineamento delle disposizioni normative che abbiano ad oggetto il funzionamento del mercato interno. Il Consiglio sarebbe competente nella misura in cui eventuali divergenze nell'attuazione delle norme in materia di imposte, concorrenza, mercato e diritti d'autore, possano distorcere la competizione nell'ambito degli Stati membri.

Qualora sussistano tali competenze, esse incontrano il loro limite nei principi di sussidiarietà e proporzionalità²³.

Il primo limite prevede che una direttrice comunitaria possa essere presa in considerazione solo come *ultima ratio*. Ad essa si può ricorrere unicamente quando non possa conseguirsi in altro modo una equivalente armonizzazione di concreti obiettivi comunitari (concernenti il mercato interno, la tutela dell'ambiente, gli interessi finanziari delle CE). Da ciò derivano tre conseguenze: in primo luogo, la competenza relativa alle concrete politiche comunitarie risulta limitata; in secondo luogo, il pregiudizio dovuto all'esistenza di norme penali non armonizzate deve evincersi chiaramente nel caso concreto; infine, deve mancare la disponibilità degli Stati membri a porre in essere di propria iniziativa un procedimento di armonizzazione. Il principio di sussidiarietà costituisce quindi un vero freno all'armonizzazione.

L'ostacolo successivo è rappresentato dal principio di proporzionalità. Esso prescrive che le direttrici comunitarie siano specifiche, necessarie ed appropriate. Ad esempio, devono ritenersi inappropriate quelle direttrici la cui attuazione normativa finirebbe per contrastare con l'assetto valoriale del diritto penale nazionale. Qualora, per continuare nell'esemplificazione, nei confronti delle frodi in materia di sovvenzioni a danno delle CE venissero previste delle

²³ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 295 ss.

sanzioni più gravi di quelle comminate per la frode in se stessa – il cui disvalore è certamente maggiore in ragione del danno arrecato –, una tale indicazione risulterebbe inadeguata. E ancora, appaiono inappropriate quelle direttrici comunitarie che non lasciano alcun margine di iniziativa individuale agli Stati membri. In breve: ammesso che l'anzidetta competenza comunitaria esista, essa non è dotata in realtà di grande respiro contenutistico.

Tutto ciò ha determinato una modificazione delle principali attività della Commissione in materia di armonizzazione del diritto penale: esse non si sviluppano quasi più a livello sovranazionale, bensì a livello intergovernativo. Questo epilogo è favorito dalla dottrina dominante, che considera tali attività assolutamente innocue in relazione alla disciplina delle competenze. Secondo tale opinione, gli artefici del processo di armonizzazione del diritto penale sarebbero in questo caso gli Stati membri, ragion per cui non si porrebbero problemi di sovranità. Più avanti sottoporro a verifica quanto tale punto di vista sia convincente sul piano dei suoi contenuti. Al momento preme rilevare che alla base dell'anzidetto orientamento vi è la seguente interpretazione del Trattato UE: nell'ambito dell'Unione Europea il Consiglio avrebbe la possibilità di emanare direttive per la definizione delle cosiddette misure minime concernenti le caratteristiche oggettive dei comportamenti penalmente sanzionabili e le sanzioni penali comminate. In base al dato testuale, questa competenza è limitata all'ambito della criminalità organizzata, del terrorismo e del commercio illegale di stupefacenti. In pratica, il corrispondente art. 31^e del Trattato UE viene interpretato invece come se questo prevedesse una competenza di armonizzazione per ogni forma di criminalità.

Una parola adesso sul terzo binario dell'europeizzazione, ossia sui cosiddetti doveri di assimilazione derivanti dall'art. 10 del Trattato CE sulla fedeltà comunitaria. Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, sarebbe compito degli Stati membri assicurarsi che il diritto comunitario posto a tutela di determinati interessi venga effettivamente rispettato. Quest'ultimo deve quindi tutelarli anche attraverso l'allestimento di sanzioni; un obbligo di emanazione di norme penali si configurerebbe soprattutto quando beni giuridici comparabili siano protetti dal diritto penale interno. Un esempio in proposito, relativo alla corruzione dei Parlamentari e dei pubblici ufficiali in genere, è rappresentato dall'equiparazione dei funzionari pubblici e parlamentari nazionali ai funzionari e parlamentari dell'Unione Europea attraverso la legge sulla corruzione UE.

Un ulteriore ma certamente non insignificante livello di europeizzazione²⁴, è costituito dall'obbligo di interpretazione conforme al dettato comunitario²⁵, che ha avuto un ruolo decisivo nella nota Sentenza Pupino della Corte Europea di Giustizia²⁶. L'oggetto della decisione riguardava il processo penale celebrato di fronte al tribunale di Firenze contro Maria Pupino, maestra d'asilo accusata di aver illegittimamente punito e ferito dei bambini. La pubblica accusa chiese l'audizione, al di fuori del dibattimento, di otto bambini ritenuti vittime dei comportamenti oggetto del giudizio; bambini che, all'epoca dei fatti, non avevano ancora compiuto cinque anni. La difesa si oppose alla richiesta, in quanto detta forma di acquisizione della prova non era consentita dal diritto italiano per i delitti in questione. Il Tribunale di Firenze si rivolse allora alla Corte di Giustizia attivando un ricorso pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2, 3 ed 8 della decisione quadro 2001/220/JI, adottata dal Consiglio il 15 Marzo 2001 in relazione alla posizione della vittima nel processo penale²⁷, onde verificare le possibilità di un'applicazione del diritto italiano conforme alla decisione quadro. La Corte di Lussemburgo statuí che gli Stati membri sono obbligati ad interpretare il diritto nazionale "in modo conforme alle decisioni quadro"²⁸: pertanto, il Tribunale di Firenze doveva eventualmente tenere in considerazione l'intero ordinamento nazionale al fine di valutare in che misura il diritto interno potesse essere applicato senza risultare in contrasto con la decisione quadro interessata²⁹. L'obbligo di interpretazione conforme alle dispo-

²⁴ Per l'interpretazione conforme al punto di vista comunitario, in generale cfr. le sentenze della CGCE; sentenza del 7.1.2004 nella causa C-60/02, raccolta 2004 I-00651, 62; sentenza del 26.9.1996 nella causa C-168/95, racc. 1996 I-4705, 37 – Arcaro; sentenza del 12.12.1996 nelle cause riunite C-74/95 e C-129/95, racc. 1996 I-6609, 24 – Telecom Italia; causa C-60/02, pubblicata in GUCE C 47 v 21.2.2004, S 7, racc. 2004 I-00651, nonché SATZGER, *Europäisierung*, 518; HECKER, *Strafrecht*, 328 con ulteriori citazioni.

²⁵ Deve tutelare l'unanimità degli ordinamenti degli Stati membri autorizzati dal diritto comunitario, in proposito HECKER, *Strafrecht*, 331. In merito alla portata HECKER, *Strafrecht*, 332 ss.; STREINZ, *Europarecht*⁷, 454 ss.

²⁶ Causa C-105/03, sentenza della CGCE del 16.6.2005, pubblicata in GUCE C 193 v 6.8.2005, S 3.

²⁷ GUCE 2001 L 82 v 22.3.2001, S 1.

²⁸ Causa C-105/03, sentenza della CGCE del 16.6.2005, 43, 44, 47.

²⁹ Anche in questo caso la CGCE fa prevalere sul diritto dell'Unione i principi di una interpretazione *conforme alle direttive* elaborati in occasione delle precedenti decisioni pertinenti (sentenza del 26.9.1996 nella causa C-168/95, racc. 1996 I-4705, 37 – Arcaro; sentenza del 12.12.1996 nelle cause riunite C-74/95 e C-129/95, racc. 1996 I-6609, 24 – Telecom Italia), che rafforzano in maniera decisiva la validità di un atto giuridico, caratterizzando da allora il diritto comunitario. Ciò è molto importante in quanto lo stesso risultato si sarebbe potuto ottenere anche senza una tale argomentazione, poiché le decisioni quadro andrebbero già rispettate ai sensi

sizioni cornice veniva limitato dai principi generali dell'ordinamento, ed in particolare dall'istanza di certezza del diritto e dal divieto di retroattività, con la conseguenza ulteriore che l'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario veniva meno, qualora conducesse ad una applicazione *contra legem* della normativa nazionale. Tale tutela mal si concilia, però, con l'obiettivo di un accertamento conservativo posto dalla CGCE nel caso concreto³⁰. Il tribunale italiano, infatti, si era limitato a deferire la causa in quanto dal proprio punto di vista essa sarebbe stata possibile solo *contra legem*³¹.

Fin qui la ricognizione degli strumenti di armonizzazione. Un cenno merita adesso la situazione successiva al progetto di Costituzione europea: invero il Trattato istitutivo della Costituzione sottoscritto a Roma alla fine di ottobre 2004³² si era posto l'obiettivo di ridefinire gli ambiti istituzionali delle CE e dell'UE, attraverso la fusione dei Trattati relativi alle Comunità e all'Unione³³. L'architettura per pilastri verrebbe in questo modo abbandonata³⁴. Sul piano dei contenuti, ciò comporterebbe per il cosiddetto terzo pilastro dell'UE una sua parziale comunitarizzazione. Da questo punto di vista, esso verrebbe valorizzato nel momento in cui fosse riconosciuto ai cittadini un generale "diritto alla sicurezza". Il Trattato costituzionale conduce in tal modo ad una europeizzazione del diritto penale chiara e ben più ampia di quella attuale³⁵. In

di un'interpretazione in senso internazionale del diritto nazionale, cfr. in proposito attentamente KILLMANN, in *JBl* 2005, 568; ADAM, in *EuZW* 2005, 560; HERRMANN, in *EuZW* 2005, 437 (in nota). A quanto pare, la CGCE ha voluto esplicitamente sottolineare l'importanza delle decisioni quadro come strumenti di regolazione del terzo pilastro nell'ambito del diritto comunitario.

³⁰ Si pongono in maniera critica al riguardo anche TINKL, *Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 16.6.2005 – C 105/05 (Pupino)*, in *StV* 2006, 37 con ulteriori citazioni; ADAM, in *EuZW* 2005, 561; FETZER, GROB, *Die Pupino-Entscheidung des EuGH – Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU? – Erwiderung auf Hermann*, in *EuZW* 2005, 435, *EuZW* 2005, 550 s. Il confine tra un'interpretazione che deve rispettare un certo atto giuridico e l'effetto immediato di tale atto giuridico permangono labili.

³¹ Per questa ragione si tratta di stabilire se l'art. 34, comma 2, lettera *b* del TUE valga per un'interpretazione conforme alle decisioni quadro. Esistono al riguardo opinioni contrastanti. Favorevoli all'applicazione HILLGRUBER, in *JZ* 2005, 842 (in nota); TINKL, in *StV* 2006, 39; contrari HERRMANN, in *EuZW* 2005, 437 (in nota); KILLMANN, in *JBl* 2005, 569.

³² GUCE C 310 del 16.12.2004, 1.

³³ Sulla storia e le fonti del trattato costituzionale vedere STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Die neue Verfassung für Europa. Einführung mit Synopse* (2005), 1 ss., 27 ss.

³⁴ Cfr. in proposito VON BUBNOFF, *Legislative Gestaltung des europäischen Rechtsraums und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten – Entwicklung bis 2006, in Pache* (a cura di), *Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?* (2005), 106.

³⁵ Cfr. in merito alle competenze nell'ambito del trattato costituzionale sotto il profilo del

particolare, il Trattato costituzionale inserisce il diritto penale nell'ambito della competenza c.d. ripartita tra Unione e Stati membri, che ricorda la competenza concorrente. Detta competenza è subordinata ai principi di sussidiarietà e di precedenza del diritto dell'Unione. In base a ciò, l'Unione può intervenire solamente qualora gli Stati membri non siano in grado di realizzare adeguatamente l'obiettivo prefissato, e l'Unione sia in una posizione migliore a tale riguardo. Ma se l'Unione interviene, le sue norme prevalgono su quelle degli Stati membri. La preminenza del diritto dell'Unione, comunque, non può essere equiparata ad un diritto sovranazionale immediatamente vigente negli Stati membri. Esistono infatti svariate forme di disciplina simili alle attuali. La norma di partenza in materia penale è costituita dall'art. I-42 del Trattato costituzionale, che contiene speciali disposizioni in materia di libertà, sicurezza e diritto. Ci sono in proposito leggi europee, da un lato, e leggi cornice, dall'altro³⁶, alle quali – ove ciò sia necessario – dovrebbero adeguarsi le disposizioni degli Stati membri. La legge europea è l'erede del regolamento, la legge cornice è l'erede della direttiva. Le decisioni-quadro non sono più previste dal Trattato costituzionale. Le leggi europee hanno carattere sovranazionale e sono immediatamente vigenti negli Stati membri, mentre le leggi cornice richiedono un provvedimento di ricezione nel diritto interno da parte degli Stati membri. Secondo il Trattato costituzionale, l'Unione Europea sarà dotata di una competenza normativa in materia penale. Questa si evince dalla potestà di emanare leggi europee. Inoltre, essa dispone anche di una esplicita competenza di indirizzo, grazie alle leggi cornice europee.

La questione decisiva riguarda dunque in quali settori del diritto penale possano essere emanate leggi e leggi cornice europee. In relazione al diritto penale sostanziale, l'art. III-271 I prevede l'emanazione, attraverso leggi cornice, di disposizioni minime in taluni campi di materia caratterizzati da forme di criminalità particolarmente pericolose. A questi settori appartengono, ad esempio, il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale di donne e minori, il traffico illegale di stupefacenti, etc. L'art. III-271 II disciplina una competenza accessoria delle leggi cornice europee la cui ampiezza dà da pensare³⁷. In quest'ultimo ambito non è consentita l'emanazione di norme

diritto penale WALTER, *Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?*, in *ZStW* 117 (2005), 914 ss.

³⁶ Dotate di carattere legislativo: STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Verfassung*, 63; VON BUBNOFF, in *PACHE* 106. Privi di carattere legislativo sono i decreti e le ordinanze europee.

³⁷ Per la critica vedere WALTER, in *ZStW* 117 (2005), 928 s.

penali immediatamente applicabili³⁸. Altre disposizioni del Trattato costituzionale, come ad esempio l'art. III-415, consentono ciò nell'ambito della lotta alla corruzione. Tutto considerato, il Trattato costituzionale comporta una considerevole "comunitarizzazione" del diritto penale, quanto meno per quel che riguarda le cornici istituzionali di un diritto penale europeo. Comunque, il futuro destino della Costituzione Europea è notoriamente molto incerto. Il Trattato costituzionale per il momento non è entrato in vigore, perché non tutti gli Stati membri lo hanno (ancora) ratificato³⁹.

3. *Sviluppo concreto dell'armonizzazione* – In relazione al concreto sviluppo del processo di armonizzazione, si possono individuare diverse tendenze. Da un lato, è cresciuto in misura esponenziale il numero dei provvedimenti bisognosi di armonizzazione, dall'altro, il contenuto e la consistenza delle specifiche discipline sono divenuti sempre più dettagliati e di portata sempre più ampia. Gli spazi di attuazione normativa da parte degli Stati membri sono limitati come mai prima. Ho avuto modo di accertarmene personalmente, insieme al mio collega di Amburgo Degener. Nell'ambito di una commissione presieduta da Mirielle Delmas-Marty, avremmo dovuto valutare lo stato dei lavori di armonizzazione per la Germania⁴⁰, con riguardo ad una serie di decisioni quadro dell'UE. Attraverso un esame generale avevamo ravvisato nella maggior parte dei casi elementi positivi, tali per cui lo stato della legislazione tedesca risultava conforme alle decisioni quadro. In taluni casi, tuttavia, ciò accadeva nonostante un limitato inadempimento di quanto previsto dagli obblighi europei: eravamo dell'opinione, infatti, che la creazione di ulteriori fattispecie di reato non sarebbe stata conforme al diritto costituzionale tedesco. Naturalmente, avevamo attentamente argomentato il nostro modo di procedere, o quanto meno questo era quello che credevamo. Quando la ricerca fu messa per iscritto, gli elementi positivi da noi riscontrati si erano tramutati in altrettanti aspetti negativi. Oltre alla crescente ristrettezza della disciplina, è possibile ravvisare che

³⁸ Si discute inoltre sul fatto che altre disposizioni del trattato costituzionale, come ad es. l'Art. III-415 relativo alla lotta alle frodi, rendano possibile quanto detto. Cfr. in proposito in dettaglio STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Verfassung*, 63; VON BUBNOFF, in PACHE 106. Atti senza carattere legislativo sono i regolamenti e i decreti europei.

³⁹ Per conoscere l'attuale stato del processo di ratifica negli Stati membri: http://europa.eu.int/constitution/ratification_en.htm (20. 3. 2006).

⁴⁰ Cfr. il risultato di questo studio in DEGENER-VELTEN, *Rapport allemand*, in *L. harmonisation des sanctions en Europe, The harmonisation of criminal sanctions in Europe*, dir. DELMAS-MARTY, GIUDICELLE-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWARD, *Société de législation comparée, coll. d'UMR de droit comparé*, 17-31, 2003.

l'attività di armonizzazione del livello sovranazionale si è concentrata in misura crescente sul terzo pilastro, quello cioè dell'attività intergovernativa. Questa tendenza, comunque, ha trovato un termine nel 2005 grazie ad una decisione assunta dalla Corte Europea di Giustizia, sulla quale tornerò in seguito. In ambito comunitario devono essere poste in rilievo le direttive sul riciclaggio di denaro sporco e sul diritto penale relativo a reati commessi in posizioni di *Insider*. Esistono inoltre numerosi regolamenti che richiedono di "emanare sanzioni adeguate". Tali richieste si intensificano a causa del generale dovere di lealtà ad un obbligo penale. Nella maggior parte dei casi si tratta di materie penali accessorie, come la disciplina dei generi alimentari o dei rifiuti. Solo il regolamento sull'introduzione dell'Euro, e con esso la richiesta di sanzionare la falsificazione della nuova moneta, ha interessato il nucleo del diritto penale. Molto più consistente è invece il contributo dell'UE all'armonizzazione nel terzo pilastro. Fino a oggi sono state emanate decisioni quadro in tema di tutela dell'Euro⁴¹, tratta di esseri umani, traffico di clandestini, riciclaggio, terrorismo, mezzi di pagamento senza contante, pedopornografia, ambiente, corruzione in ambito privato e attacco a sistemi informatici⁴². I classici settori nominati nell'art. 31 del Trattato UE, ovvero la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illegale di stupefacenti, sono stati dunque da tempo superati. Vorrei qui illustrare, a titolo esemplificativo, alcune decisioni quadro e direttive.

Nel 1990 il penalista Gunther Arzt ammoniva, osservando che "le norme penali contro il riciclaggio di denaro sporco non si riveleranno quelle armi miracolose nella lotta contro il traffico di droga che al momento vengono considerate. Anche per questa ragione, non dovrebbero sacrificarsi, in favore di queste nuove norme, quei principi del diritto penale nei quali, indipendentemente dalle attuali esigenze politiche, hanno trovato finora espressione le concezioni penalistiche della nostra comunità giuridica"⁴³. Nel 1991 è entrata in

⁴¹ Pertanto le decisioni quadro sono considerate da una parte puramente come atti internazionali (in tal senso Böse, *Art. 34 TUE*, in SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 1, 6; STREINZ, *Der Vertrag von Amsterdam*, in *EuZW* 1998, 142), d'altra parte viene invece sottolineato il fatto che il tema delle decisioni quadro superi di gran lunga l'ambito del diritto dell'Unione (così BRECHMANN, *Art. 34*, in CALLIESS, RUFFERT (a cura di), *Kommentar zum TUE und EGV*² (1999), 7). Cfr. in proposito anche ADAM, *Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht*, in *EuZW* 2005, 559 seg.

⁴² Un prospetto aggiornato sulle decisioni quadro finora emesse si trova in KILLMANN, *Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH*, in *JBl* 2005, 567 note 6 e 7.

⁴³ ARZT, "Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Heblerei, Strafvereitelung und Begünstigung", in *NStZ* 1990, 1 ss.

vigore la direttiva sul riciclaggio dell'UE⁴⁴, nel 1993 l'accordo del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, il ritrovamento, la confisca ed il sequestro dei proventi di reati⁴⁵, nello stesso anno la Germania ha ratificato l'accordo di Vienna sulle sostanze che causano dipendenza emanata nel 1988⁴⁶. Tutte e tre le normative anzidette vincolano gli Stati membri a sanzionare penalmente il riciclaggio di denaro sporco, ovvero a sanzionare efficacemente tali illeciti. I comportamenti illeciti vengono descritti in maniera sostanzialmente identica: il riciclaggio viene inteso come acquisto e detenzione, trasformazione, trasferimento, occultamento di proprietà derivanti da determinati antefatti. L'accordo di Vienna annoverava tra gli antefatti solo i reati di droga. I due testi europei intendono invece ricomprendere *tutte* le attività criminali, sebbene la direttiva UE consentisse agli Stati membri una certa libertà di definizione. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, sia in base alla direttiva UE, sia sulla scorta dell'accordo di Vienna, l'autore dell'illecito deve essere consapevole degli antefatti che danno vita al riciclaggio; la qual cosa può desumersi anche dalla presenza di circostanze oggettive. L'accordo del Consiglio d'Europa prevede invece che assuma rilevanza la semplice sconsideratezza dell'agente. Il legislatore tedesco ha emanato il § 261 StGB, andando oltre le misure minime richieste. Nella norma tedesca infatti l'ancoraggio ai reati di droga è scomparso, risultando inoltre sufficiente sul piano soggettivo la mera sventatezza. Ricordo ancora bene la sorpresa mia e dei colleghi dell'Istituto di Diritto penale di Münster, quando dovemmo constatare che già l'interramento di un cadavere può costituire una forma di riciclaggio. Infatti, si occulta un oggetto derivante da un reato. Incorre in una forma di riciclaggio anche chi frequenta regolarmente un bar aperto da tempo e sospettato di costituire un luogo di riciclaggio di denaro sporco per il fatto di essere frequentato raramente da altri avventori. Consentitemi un consiglio: non fate mai acquisti in uno delle centinaia di noti negozi di materassi che inesplicabilmente si moltiplicano nelle grandi città e che svendono i loro prodotti a prezzi assolutamente sorprendenti. Rischiereste di essere condannati, ove dovesse risultare che si tratta effettivamente di riciclaggio. Con i colleghi penalisti del menzionato Istituto, concludemmo la nostra disamina con l'annotazione "il riciclaggio è impossibile da provare", per non porre in imbarazzo gli studenti e non metterci noi stessi nei pasticci. Le altre insidie di questo delitto si manifestarono quando le

⁴⁴ N. 91/308 GUCE N.L del 28.06.1991, 77.

⁴⁵ Straßburger übereinkommen, Vertragsgesetz 08.04.1998, BGBl II 519.

⁴⁶ Wiener Suchtstoffübereinkommen, Vertragsgesetz 22.07.1993, BGBl II 1136.

procure scoprirono che il § 261 StGB poteva essere uno strumento ideale per mettere fuori combattimento avvocati difensori sgraditi. Un avvocato di Amburgo è stato condannato per riciclaggio per aver accettato un onorario di circa 100.000 dal suo cliente: benché si trattasse di un episodio di minima rilevanza, le prove a suo carico sono state considerate in modo esagerato. I giudici si sono dimostrati consonanti sia con il legislatore che con le intenzioni della Commissione UE, la quale, in una proposta di direttiva, entrata poi in vigore nel 2001, aveva esteso il divieto di riciclaggio di denaro sporco a tutte le forme di grande criminalità, nonché ad occupazioni ed attività che si svolgono al di fuori del settore finanziario, coinvolgendovi in particolare avvocati e notai. Anche alcuni avvocati civilisti stanno scoprendo che le loro attività ricadono spesso nel divieto di riciclaggio.

Il Tribunale Costituzionale federale⁴⁷ ha confermato quattro anni dopo la condanna dell'avvocato difensore⁴⁸, rilevando tuttavia quanto segue: il § 261 StGB è compatibile con la Costituzione tedesca solo a certe, limitate condizioni. L'accettazione di un onorario da parte di un avvocato difensore può essere sanzionata come riciclaggio solo laddove si abbia conoscenza della provenienza del denaro. Nel frattempo si è creata una considerevole giurisprudenza concernente l'ispezione di studi legali e i procedimenti a carico di avvocati per sospetto riciclaggio⁴⁹. Ad ogni modo, per opinione unanime, non ha trovato conferma la speranza che con la disposizione in questione si sarebbe riusciti a colpire "il cuore" della criminalità organizzata. Ciò non ha tuttavia impedito all'UE di emanare nel 2005 una direttiva "per la lotta contro l'utilizzo del sistema finanziario per riciclaggio e finanziamento del terrorismo", che tra l'altro estende obbligatoriamente in tutti gli Stati membri il reato di riciclaggio a vicende accessorie punite con la condanna minima ad un anno di reclusione⁵⁰.

Al 2003 risale la decisione quadro sulla pedopornografia⁵¹. Le questioni dibattute in materia riguardavano i limiti di età, l'entità minima delle pene e la scelta di sanzionare o meno anche la pedopornografia virtuale. Si è concluso che per pedopornografia si intende la rappresentazione pornografica di ogni

⁴⁷ BverfG, in *NJW* 2004, 1305.

⁴⁸ OLG Hamburg, in *NJW* 2000, 673.

⁴⁹ Nomos Kommentar-ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch* (2005), 261 notifica 120 ss.

⁵⁰ Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in *JA* 2005, 220 ss.

⁵¹ Decisione quadro 2004/68/JI del Consiglio per la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, GUCE L 13 del 20.1.2004, 44.

persona sotto i 18 anni, indipendentemente dalla effettiva maturità sessuale. In questa fattispecie di reato dovrebbe essere compresa anche la semplice pedopornografia virtuale, ovvero la rappresentazione di individui minorenni realizzata artificialmente con programmi di grafica computerizzata, o la rappresentazione di un individuo adulto che però dimostra un'età inferiore ai 18 anni. Al riguardo, tuttavia, di fronte alla riserva costituzionale "di definizione minima della fattispecie" gli Stati membri possono eccezionalmente rivedere al ribasso la norma. Nel caso di rappresentazioni animate tramite computer, l'atto non possiede nemmeno la qualità di una tentata violazione dell'autodeterminazione sessuale. Lo stesso dicasi per colui che diffonde una rappresentazione di cui egli sa che ad essere chiamata in causa è solo l'apparenza di una manifestazione pedopornografica. È chiaro, dunque, che qui non si tratta della tutela di concreti interessi giuridici violati attraverso la realizzazione delle rappresentazioni sanzionate, quanto della scelta di impedire che un determinato comportamento venga posto in essere o che un certo atto – occasionalmente innocuo – venga effettivamente commesso.

Nel 1998, nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata, venne obbligatoriamente statuito a carico degli Stati membri che la partecipazione ad un'associazione criminale fosse punibile. Si definì pertanto il concetto di associazione criminale⁵². (Mi si consenta una breve parentesi: il provvedimento comune fu il precursore della decisione quadro fino al Trattato di Amsterdam alla fine degli anni '90. Ma torniamo alla tematica che stavamo esaminando). La norma in oggetto diventa degna di nota dal momento che gli Stati nordici ignoravano assolutamente disposizioni di questo tipo. Dal loro punto di vista, dei comportamenti che non costituiscono in alcun modo un attacco contro beni tutelati giuridicamente non sono sanzionabili. Di contro, in Inghilterra regna il concetto secondo cui già la cospirazione, senza ulteriori interventi attivi, viene considerata reato. In Germania ed Italia esisteva il cosiddetto concetto di "associazione per delinquere". L'operato in favore di un'organizzazione con obiettivi criminali o terroristici era già sanzionabile. La prima deliberazione del 1998 rappresenta ancora un esempio di armonizzazione cauta ed attenta, comunque non necessariamente riuscita. Secondo i critici, il comportamento da sanzionare sarebbe stato regolato in misura talmente dettagliata da

⁵² Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss.

risultare infine incomprensibile⁵³. Alcuni lo ritengono insensato. Per comportamento si intende “l’attiva partecipazione alle attività sanzionabili dell’organizzazione”. Non è però chiaro cosa debba intendersi con ciò. Non si tratta di comportamenti attivi come l’assassinio o simili. Infatti, tra le attività sanzionabili rientra anche il caso della “persona che non partecipa effettivamente al compimento del reato”. Non può trattarsi nemmeno di interventi di assistenza. A questo proposito è prevista una specifica forma di comportamento, così definito: “chi partecipa attivamente alle particolari attività dell’associazione ed è consapevole che la sua partecipazione concorre all’attuazione di comportamenti sanzionabili dell’associazione stessa in base all’art. 1”. Anche questa forma di comportamento risulta oscura. Non si sa bene nemmeno se il concorso debba risultare determinante per la realizzazione del comportamento sanzionabile o se sia sufficiente un semplice aiuto. Pertanto, rimane aperta anche la questione concernente cosa debba intendersi per comportamento sanzionabile. Qui il cerchio si chiude.

Il provvedimento comunitario non è chiaro nemmeno rispetto ai termini di applicazione della pena. L’ambito di applicazione del diritto penale nazionale è stato esteso ad associazioni che intendono realizzare in territorio estero comportamenti tra quelli indicati. Questo collide però con la disciplina nazionale di applicazione della pena, che richiede un collegamento con il contesto interno. In Germania nel diritto penale internazionale vige il principio di territorialità, detto anche principio del luogo del delitto. Questo criterio viene integrato in casi specifici con il principio di personalità passiva, per il caso in cui un cittadino di un ordinamento subisca danni o lesioni di qualche tipo al di fuori del contesto territoriale nazionale, ed il principio di personalità attiva, secondo cui i cittadini di un ordinamento possono essere chiamati a rispondere anche per azioni commesse al di fuori di quell’ordinamento. Se dunque la nuova disposizione attuativa del provvedimento in esame si interpreta in modo tale che per associazioni criminali non sussiste più alcun vincolo di collegamento con il contesto territoriale nazionale (quanto meno a livello europeo), l’ambito di validità del diritto penale tedesco ne risulta enormemente aumentato. Se in Spagna un cittadino spagnolo offre appoggio ad un’associazione criminale ivi operante (e questa può essere una qualunque banda di ladri), le procure tedesche dovrebbero indagare contro di lui. In che modo questa discrepanza possa essere corretta è argomento sul quale si interrogano i penali-

⁵³ Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss.

sti ed i commentatori della nuova disposizione, i quali la criticano unanimemente definendola sia “confusa”, o quanto meno non riuscita, sia troppo indefinita ed ampia nella formulazione.

Da allora le disposizioni sono divenute più precise, e gli ambiti di recepimento da parte degli Stati membri nettamente più ristretti. Ciò si riflette nella decisione quadro del 2001 in materia di terrorismo⁵⁴. Nell’anzidetta decisione l’associazione terroristica è stata definita più precisamente, ma senza approntare una limitazione tra l’ambito della resistenza legale giustificata ed il terrorismo. La definizione contiene numerosi concetti estremamente indefiniti. Questi vanno interpretati in modo molto restrittivo, per poter pervenire ad un ragionevole ambito di applicazione delle nuove disposizioni sulle associazioni terroristiche. Tra le altre, viene trattata la variante di associazioni il cui scopo è porre in essere reati indicati in una catalogazione apposita e che assumono particolare rilevanza quando tali comportamenti appaiano oggettivamente in grado di apportare danni allo Stato o ad un’organizzazione internazionale e qualora essi siano stati commessi con l’intenzione di intimidire pesantemente la popolazione, costringere a determinati atti un governo o un’organizzazione internazionale o destabilizzare delle strutture di carattere costituzionale, economico o sociale. Dovrebbe inoltre essere sanzionabile la guida o il sostegno di un’associazione che intenda porre in essere tali comportamenti solamente in un qualche momento futuro. Questa definizione contiene numerosi concetti che hanno portato i commentatori alla disperazione: cos’è un’organizzazione internazionale? Rientra in tale definizione qualunque impresa economica attiva a livello internazionale? In quali casi vengono destabilizzate delle strutture di carattere sociale, e cosa sono poi tali strutture?

Uno sviluppo assolutamente nuovo è stato portato dalla decisione quadro sulla tutela penale dell’ambiente, entrata in vigore nel febbraio 2003⁵⁵. Questa normativa era stata presentata inizialmente dalla Commissione come proposta di direttiva sulla protezione penale dell’ambiente⁵⁶. Gli Stati membri rappresentati nel Consiglio respinsero la proposta di direttiva facendo appello alla

⁵⁴ Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss. Decisione quadro 2003/80/JI del Consiglio del 27.1.2003 sulla protezione dell’ambiente grazie al diritto penale, GUCE L 29 del 5.2.2003, 55.

⁵⁵ Decisione quadro 2002/475/JI del Consiglio del 27 gennaio 2003 per la lotta al terrorismo, GUCE L 164 del 22.6.2002, 3.

⁵⁶ GUCE C 180 del 26.6.2001, 18 (2001/C 180 E/20).

propria sovranità nazionale⁵⁷. Per via di questa riserva di competenza, l'accoglimento della direttiva fu rifiutata a grande maggioranza. Dopo lunghe trattative, gli Stati membri attivarono infine gli strumenti del "terzo pilastro". L'ex proposta di direttiva fu quindi congedata come decisione quadro. La Commissione, tuttavia, ribadì il punto di vista secondo cui la criminalità ambientale sia competenza delle CE, potendo pertanto essere definita solo attraverso il diritto comunitario. Per questa ragione, essa ha presentato ricorso per la dichiarazione di nullità della decisione quadro davanti alla Corte Europea di Giustizia. La Corte di Lussemburgo ha ammesso il ricorso e ha dichiarato nulla la decisione quadro⁵⁸. Essa ha accolto un potere ordinatorio della Comunità Europea sulla base di una speciale delega nel diritto comunitario. Ricordo che secondo il Trattato UE le potestà delle CE precedono quelle dell'UE⁵⁹. Attraverso questa norma di collisione, come detto, dovrebbe essere impedita una "fuga nella collaborazione interstatale" del terzo pilastro⁶⁰. La decisione ha sollevato sconcerto ed avrà conseguenze considerevoli sul piano delle competenze. In effetti, la Corte Europea di Giustizia esclude che tanto il diritto penale, quanto il diritto processuale penale ricadano tra le competenze del legislatore comunitario; questi può però emanare delle istruzioni in materia penale⁶¹, quando esse "siano necessarie ad assicurare la piena efficacia delle norme da lui emanate a difesa dell'ambiente, nel caso in cui l'applicazione di sanzioni più efficaci, proporzionate e dissuasive da parte delle autorità competenti rappresenti una misura irrinunciabile per la lotta al grave danno all'ambiente"⁶². La Corte di Lussemburgo riconosce dunque al diritto comunitario una potestà residuale per tutti gli ambiti in cui questa è competente sul piano materiale. Questa decisione avrà conseguenze rilevanti anche al di là dello specifico ambito della tutela penale dell'ambiente. In questo caso si tratta di decisioni quadro già emanate. Per molte di loro, in conseguenza di quanto detto, esiste una preminente competenza accessoria delle Comunità Europee. Così, la Commis-

⁵⁷ Vedere in proposito e in merito alle argomentazioni della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio nel procedimento dinanzi alla WAGNER, in *RdU* 2006 (in nota), 33.

⁵⁸ Causa C-176/03, sentenza della CGCE del 13.9.2005, pubblicata in *GUCE* C 315 del 10.12.2005, 2.

⁵⁹ Vedere in proposito sulla decisione concreta WAGNER, in *RdU* 2006, 33; STREINZ, in *JuS* 2006, 166 s. (in nota).

⁶⁰ HERRNFELD, *Art. 47 TUE*, in SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 9; WAGNER, in *RdU* 2006, 34.

⁶¹ La CGCE subordina la decisione quadro esplicitamente al diritto penale criminale. Cfr. in tal senso anche STREINZ, in *JuS* 2006, 166 s.

⁶² CGCE del 13. 9. 2005 nella causa C-176/03, 48.

sione ha effettivamente anche annunciato di voler modificare alcune delle decisioni quadro a suo giudizio viziata da errori⁶³. Per la maggior parte di queste disposizioni, ad ogni modo, i termini per la loro impugnazione sono già scaduti⁶⁴. Per il futuro, comunque, si assisterà ad un trasferimento di competenze dall'UE alle CE⁶⁵. Questo è particolarmente delicato, poiché da un lato comporta un maggiore coinvolgimento del Parlamento, dall'altro anche la possibilità di una decisione a maggioranza, piuttosto che un procedimento di compromesso vincolato dal principio di unanimità.

4. *Il principio del riconoscimento reciproco nel processo penale* – Prima di dedicarmi alle valutazioni politico-giuridiche, ancora una breve digressione su ambiti molto dibattuti del procedimento penale. Come in passato, la decisione quadro troverà spazio nella cornice della collaborazione giudiziaria. In questo settore esistono già delle decisioni quadro: le più note, accanto a quella sulle vittime di procedimenti penali⁶⁶, sono soprattutto il provvedimento sul mandato di arresto europeo⁶⁷ e la proposta di decisione quadro sulle disposizioni europee in materia di raccolta di prove⁶⁸. Alla loro base sta il principio del cosiddetto riconoscimento reciproco⁶⁹, deciso a Tampere nel 1999. Si tratta di un allontanamento dai severi principi dell'assistenza legale rispetto a giudizi e decisioni di altri Stati membri. Queste ultime dovrebbero essere riconosciute – il che vuol dire innanzi tutto eseguite – da parte dello Stato che abbia cercato aiuto, senza ulteriori accertamenti sulla loro legalità e soprattutto sulla reciproca sanzionabilità. Da un lato, ciò comporta l'attuazione di un *ne bis in*

⁶³ Vedere in proposito il prospetto allegato alla comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583.

⁶⁴ Cfr. in proposito la comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583, 6.

⁶⁵ Comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583, 3.

⁶⁶ GUCE 2001 L 82 del 22.3.2001, 1.

⁶⁷ 2002/584/JI, GUCE L 190 del 18.7.2002, 1.

⁶⁸ *Vorschlag für den Rahmenbeschluss des Rates für die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren* del 14.11.2003, KOM (2003) 688 def. In merito a questo tema sono state nel frattempo emessi dal Parlamento europeo i seguenti documenti: *Stellungnahme des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt* del 23.2.2004, 2003/0270 (CNS); *Bericht des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten* del 22.3.2004, A5-0214/2004 def.; *Legislative Entschließung des Parlaments* del 31.3.2004, P5_TA-PROV(2004)0243. Cfr. anche AHLBRECHT, *Der Rahmenbeschluss-Entwurf der Europäischen Beweisordnung - eine kritische Bestandsaufnahme*, in *NSiZ* 2006, 70.

⁶⁹ Cfr. GLEß, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.

idem di livello europeo per giudizi o decisioni di archiviazione, dall'altro, però, la fornitura di un aiuto per la loro attuazione. Una tale forma di assistenza giudiziaria nell'esecuzione della pena era finora sconosciuta nell'UE. La condizione per l'esecuzione interinale della pena è ancora costituita dalla sanzionabilità reciproca del comportamento alla base del giudizio. Il comportamento sulla cui base viene comminata la pena deve dunque costituire reato anche secondo il diritto dello Stato che attua la sanzione, come nel caso in cui detto comportamento fosse stato commesso nell'ambito di validità del proprio ordinamento nazionale. Un ulteriore passo a favore del reciproco riconoscimento è rappresentato dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁷⁰. Questa dovrebbe in futuro disciplinare in modo diverso le procedure di estradizione tra gli Stati membri. In molti casi, anche in questo contesto permane come preconditione per l'attuazione di tale disposizione la reciproca sanzionabilità. Per determinati delitti, o meglio ambiti delittuosi, esiste tuttavia un obbligo di estradizione anche laddove manchi una corrispondente sanzionabilità dell'atto nell'ordinamento nazionale; ciò, però, vale solamente se il reato è stato commesso nell'ambito di validità del diritto penale dello Stato richiedente. La conseguenza di questo reciproco riconoscimento attraverso il mandato di arresto europeo consiste nel fatto che norme straniere che derogano a disposizioni del proprio ordinamento nazionale, i cosiddetti diritti transfrontalieri di sanzione, possono essere applicate anche nel proprio ambito statale. Uno Stato dell'UE deve consegnare i propri cittadini alla giustizia penale di altri Stati membri anche nel caso in cui, secondo il proprio giudizio, gli atti da questi commessi non sono sanzionabili o l'entità della sanzione penale non appare commisurata all'entità del reato compiuto. Se uno Stato – ad esempio l'Inghilterra – si comporti in modo illegittimo nei confronti di un proprio cittadino che in una piazza tedesca neghi l'olocausto, è questione sulla quale regna l'incertezza⁷¹. È però indubbiamente illegittimo estradare in Germania colui che abbia immesso in rete la “menzogna di Auschwitz”. In questo frangente entra in gioco il cosiddetto diritto di applicazione della pena: nei casi di delitti a distanza, nei quali l'illecito si verifica in una certa nazione ma le conseguenze hanno luogo in un'altra, trova applicazione l'ordinamento giuridico più punitivo⁷². Lo stesso vale per reati commessi in terra straniera che

⁷⁰ 2002/584/JI, GUCE L 190 del 18.7.2002, 1.

⁷¹ Cfr. da un parte VON SCHÜNEMANN, in ZRP 2003, 185 (187), e dall'altra DEITERS, *Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa*, in ZRP 2003, 359.

⁷² Formulato come verdetto generale da SCHÜNEMANN, in ZRP 2003, 185 (187); con riserve

vengono perseguiti a livello globale in virtù del principio di diritto mondiale. In base ad esso, ad esempio, nel caso della diffusione di alcuni scritti pornografici realizzati negli Stati Uniti, la Germania può richiedere l'estradizione dell'autore residente in Spagna. Il riconoscimento reciproco, quindi, prevede logicamente anche il rispetto dei limiti della propria sovranità⁷³. Il Tribunale Costituzionale federale ha notoriamente dichiarato nulla⁷⁴ la legge tedesca sul mandato di arresto europeo⁷⁵, sia perché l'abbandono del principio del luogo del delitto per cittadini tedeschi violerebbe l'art. 16, comma 2, secondo periodo, della Costituzione, sebbene la decisione quadro non ne comporti la subordinazione al provvedimento comunitario, sia perché l'esclusione delle vie legali contro l'autorizzazione della consegna di un cittadino tedesco ad altri Stati membri risulterebbe contraria all'art. 19, comma 4, Cost. Al legislatore spetterebbe un obbligo di recepimento conforme ai diritti fondamentali attraverso l'utilizzo delle possibilità di configurazione ivi previste. Riguardo alla garanzia del contenuto sostanziale, il legislatore dovrebbe inoltre assicurare che l'interferenza abbia luogo lasciando intatto l'ambito di tutela sancito dall'art. 16, comma 2, Cost. La fiducia dell'indagato nel proprio ordinamento giuridico verrebbe in questo ambito particolarmente garantito, qualora l'atto alla base della richiesta di estradizione presenti un rilevante collegamento con l'assetto giuridico interno. Nell'estate 2006 è stata emanata una nuova legge⁷⁶, la quale stabilisce che la decisione delle autorità di prima istanza sulla nullità di tutti gli ostacoli all'autorizzazione dovrà essere sottoposta in futuro alla ratifica dei tribunali sovranazionali. Non è inoltre concessa l'estradizione di cittadini tedeschi se il reato presenta collegamenti col contesto interno. L'estradizione verrà effettuata in futuro esclusivamente nei casi in cui il reato sia stato com-

da FUCHS, *Österr JBl* 2003, 405 (408).

⁷³ DEITERS, *Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa*, ZRP 2003, 359-362.

⁷⁴ In *NJW* 2005, 2289. Similmente, ma con maggior impulso dal punto di vista contenutistico da parte della corte costituzionale polacca, in *EuR* 2005, 494.

⁷⁵ *Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)* del. 21.7.2004.

Ciò ha incluso le decisioni in merito al mandato di arresto europeo come (nuova) ottava parte nella *Internationale Rechtshilfegesetz (IRG)*; *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* del 23 dicembre 1982 (BGBl 1982 I PAG. 2071) nella versione della pubblicazione del 27 giugno 1994 (BGBl 1994 I, 1537) ultima versione vigente. Si veda in proposito nel dettaglio VON BUBNOFF, *Der Europäische Haftbefehl. Auslieferung und Neuerungen des Gemeinschaftsinstrumentpag. Ein Leitfadens für die Praxis* (2005).

⁷⁶ *Bundesgesetzblatt* 2006 n. 36 da 1721 a 1726

messo e abbia effetto in maniera considerevole all'estero oppure qualora il reato abbia un tipico carattere sovranazionale, come nel caso della criminalità organizzata. La legge inoltre contiene una clausola apposita per i cittadini stranieri: considerati i milioni di immigrati in gran parte ottimamente integrati in Germania, non avrebbe senso far riferimento, nel caso di un'extradizione, esclusivamente alla cittadinanza giuridica. Uno straniero domiciliato in Germania da decenni non potrebbe infatti essere trattato in maniera diversa da un suo vicino tedesco. La autorità competenti in materia penale hanno d'altronde potere discrezionale in merito alla parità di trattamento.

Tutto questo per quanto concerne il mandato di arresto europeo.

Ancora più problematica appare l'applicazione del principio del riconoscimento reciproco del diritto di prova. Nel libro verde sull'istituzione di una procura europea la Commissione ha presentato la seguente proposta⁷⁷: i tribunali degli Stati membri dovrebbero essere obbligati ad ammettere tutti quegli elementi di prova accertati correttamente secondo il rispettivo diritto nazionale di un altro Stato membro. Ciò risulta problematico in quanto le condizioni di accertamento e valutazione delle prove sono stabilite secondo sistemi distinti l'uno dall'altro. Molti paesi sono poco esigenti a livello di ammissione delle prove, ponendo, per esempio, requisiti minimi rispetto al procedimento d'inchiesta, perché prevedono condizioni estremamente rigorose nel corso della loro valutazione. Mentre un ordinamento giuridico prescrive tutta la possibile attenzione già nella fase della raccolta delle prove durante le indagini, un altro ordinamento si assicura attraverso speciali cautele nel corso del dibattimento principale. Così, l'ammissione della prova documentale francese nell'udienza principale colliderebbe con il principio di immediatezza del diritto processuale tedesco, e la riproduzione di testimonianze oculari nella fase istruttoria secondo gli ordinamenti giuridici continentali sarebbe incompatibile con lo *hearsay* del *jurytrial* britannico⁷⁸. Tali differenze di sistema vengono completamente dimenticate attraverso l'istituzione di disposizioni che favoriscono la circolazione delle prove⁷⁹.

La proposta alternativa al processo penale europeo, presentata da alcuni penalisti tedeschi, rifiuta il principio del riconoscimento reciproco⁸⁰. Al suo

⁷⁷ Cfr. NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss.

⁷⁸ Così anche NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss. (446).

⁷⁹ GLEß, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.

posto, essi privilegiano il principio della cosiddetta migliore agevolazione. In via generale, dovrebbe trovare applicazione solo un ordinamento giuridico, e cioè quello del paese di provenienza della procura che conduce le indagini. Nei casi di pesanti ingerenze in materia di diritti fondamentali, come l'arresto, il trasferimento e la custodia di beni di valore per confisca o deterioramento, dovrebbe essere possibile ricorrere a provvedimenti penali solo se questi siano ammissibili sia in base al diritto dello Stato che conduce il procedimento, sia di quello che vi dà esecuzione.

Ancora un riferimento al progetto di Trattato: nell'ambito del riconoscimento reciproco, in base all'Art. III-270 I possono essere emanate sia leggi, sia leggi quadro europee, che disciplinino il riconoscimento reciproco. Nel momento in cui sia interessato il diritto processuale penale – si pensi in particolare alla fungibilità delle prove – sono di nuovo ammissibili solamente le leggi quadro europee (Art. III-270 II).

5. *Conclusioni* – Inizialmente gli organi di EU e CE erano cauti e attenti nel prescrivere misure di armonizzazione. Mentre essi si limitavano agli ambiti espressamente indicati nei Trattati, quali criminalità organizzata, traffico di stupefacenti, difesa degli interessi finanziari della UE, oggi sembra che detti organi ricerchino una “armonizzazione completa”. Ritmo, ampiezza delle materie disciplinate, entità delle indicazioni, sono sorprendenti. Se agli Stati membri veniva in passato raccomandato di prevedere “sanzioni efficaci”, oggi vengono stabilite delle cosiddette “pene massime di minima entità”. Da tutto questo deriva quasi naturalmente il prossimo progetto di armonizzazione: l'allineamento dei sistemi penali. Il modo in cui si sta procedendo in questa direzione viaggia su un doppio binario. Al posto dell'armonizzazione interviene il principio di riconoscimento. Una conseguenza di questo veramente troppo affrettato processo di europeizzazione ed armonizzazione mi sembra soprattutto il fatto che si trascurino, da un lato, i principi giuridici, dall'altro, i principi liberali. I principi giuridici vengono trascurati nel momento in cui delle fattispecie formulate come progetti di legge non sono più costruiti con ponderazione, ma vengono fatti sorgere velocemente dal nulla. Il risultato di siffatte indicazioni comunitarie è necessariamente la creazione di fattispecie indefinite, come il riciclaggio nel codice penale tedesco o l'associazione terroristica e criminale.

Prima si concepivano le leggi come lavori secolari; si avvertiva l'esigenza di creare non solo delle competenze che consentissero l'intervento statale nella misura desiderata, ma anche delle disposizioni che limitassero detto interven-

to in modo da tutelare i cittadini da ingerenze arbitrarie. Oggi sembra che la questione riguardi solamente le *possibilità* di intervento, non più la definizione di confini. Le direttive e le decisioni quadro sul riciclaggio lo mostrano bene, così come la possibile conseguenza di certe tecniche di regolamentazione, ovvero individuare persone indesiderate come capri espiatori.

Un'ulteriore tendenza che è possibile osservare è l'abbandono dell'idea del carattere frammentario del diritto penale. L'intervento punitivo viene visto come una panacea, sebbene la ricerca criminologica abbia sottratto quasi completamente le basi alla speranza della sua efficacia. D'altra parte, si è anche osservato che – almeno in Germania – in materia di certezza della disciplina il legislatore nazionale non era affatto migliore dei progetti normativi ultimamente elaborati dalla Commissione. Nondimeno, buona parte della responsabilità spetta agli organi europei, dal momento che sono stati loro ad evocare questi spettri.

III. *Il dibattito giuridico-politico*

Fin qui una breve ricognizione sullo stato attuale dell'armonizzazione del diritto penale. Ora vorrei delineare in modo altrettanto breve il dibattito giuridico-politico che ha generato queste aspirazioni verso l'armonizzazione. Gli scettici mettono in dubbio innanzi tutto la stessa necessità di un'azione di armonizzazione⁸¹. La risposta che ricevono è la seguente: da un lato, l'armonizzazione favorirebbe la protezione degli obiettivi specifici della Comunità Europea, con ciò intendendosi che un diritto penale armonizzato è condizione per il funzionamento di un mercato comune. Se il diritto penale dell'ambiente è caratterizzato da una diversa severità nei vari Stati membri dell'UE, il paese che protegge meno l'ambiente può in questo modo ottenere vantaggi rispetto alle altre nazioni. Lo stesso vale per la disciplina tributaria, quella di cartelli ed intese, quella della concorrenza, etc.; d'altronde, una visione del genere non vale automaticamente per tutti gli ambiti della criminalità. Per questa ragione vengono riproposte anche in questa sede le opinioni avanzate in merito alla cooperazione nel terzo pilastro: l'UE dovrebbe rappresentare per i propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e legalità. Essa non può quindi sopportare aree di impunità, dei cosiddetti *safe havens*. Pertanto, dei comportamenti generalmente pericolosi per la libertà dovrebbero essere sanzionati in

⁸¹ SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss. con ulteriori citazioni.

tutto il territorio dell'Unione⁸². Il terzo obiettivo di un'armonizzazione è quello di evitare conflitti di competenza. Ciò riguarda il diritto processuale. Accanto a queste tre finalità appena menzionate, i critici sospettano l'esistenza di obiettivi apocrifi dissimulati dietro aspirazioni all'armonizzazione. Essi temono che in questo modo il potere della Comunità venga rafforzato a spese degli Stati membri.

Fin qui non si è ancora arrivati alle critiche principali. In effetti molti Stati vedono negli sforzi di armonizzazione più di una semplice minaccia alla loro sovranità. Un argomento fondamentale delle critiche riguarda il deficit di democrazia di certe decisioni quadro⁸³. In pratica, si tratterebbe di una legislazione governativa. La tesi sostiene che il principio democratico garantisce al cittadino il fatto che possa essere incarcerato come nemico della società solo in base alla legge penale alla cui formazione egli stesso abbia avuto la possibilità di partecipare attivamente. Questa critica va presa seriamente, anche se non è pienamente fondata. Non è vero che il diritto penale possa essere legittimato solo attraverso l'approvazione o la partecipazione democratica. Se così fosse, uno Stato non potrebbe condannare cittadini stranieri privi del diritto di voto. È però giusto che la riserva di una legge parlamentare e democratica garantisce una precisa qualità delle deliberazioni, anche a colui che in quanto parte di una minoranza non vede rappresentati i propri interessi. Normalmente il procedimento parlamentare garantisce che anche le minoranze non possano essere semplicemente ignorate. Dal momento che le sedute del Consiglio (quanto meno quando si tratta di decisioni quadro) non sono pubbliche, e poiché, inoltre, una dimensione pubblica critica a livello europeo non si è ancora costituita nella stessa misura in cui esiste nei singoli Stati nazionali, il procedimento normativo dell'UE è ancora assai lontano da quello parlamentare.

Una breve conclusione, a questo punto, è necessaria: un'autolimitazione, al posto della convinzione che il diritto penale rappresenti la panacea di tutti i mali, faciliterebbe molto le cose. In alcuni ambiti, soprattutto, quando sono chiamati in causa reati di carattere economico e la tutela di beni giuridici europei, l'armonizzazione costituisce un obiettivo legittimo. L'inflazione di decisioni quadro è però funesta sotto due punti di vista: essa stimola una precipi-

⁸² Con intento riassuntivo del dibattito KREß, in *ZStW* 116 (2004), 445 e ss.; VOGEL, in *ZStW* 116 (2004), 400 ss.

⁸³ SCHÜNEMANN, *Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene - Die Schranken des Grundgesetzes*, in *ZRP* 2003, 185.

tosa ed approssimativa attività legislativa degli Stati membri, favorendo così le contingenti posizioni punitive di rottura. Alcune attuali riserve contro le spinte all'armonizzazione erette dagli Stati membri verrebbero abbattute se gli organi comunitari ritrovassero il loro originario *self-restraint* e si limitassero a quegli ambiti in cui i deficit di armonizzazione sono veramente dannosi per lo spazio economico comune. Al momento, invece, le finalità perseguite possono essere riassunte solo in questo modo: molto diritto (europeo), meno sicurezza (giuridica) ed ancor meno libertà⁸⁴.

⁸⁴ WEIGEND, in *ZStW* 116 (2004), 275 ss. (302).

Il punto su...
Principio di precauzione e diritto penale

prof. GABRIO FORTI
Università Cattolica del S.C. di Milano

“ACCESSO” ALLE INFORMAZIONI SUL RISCHIO
E RESPONSABILITÀ: UNA LETTURA
DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Il principio di precauzione e la costruzione sociale dei rischi. – 2. L'euristica della disponibilità e le critiche alla coerenza della precauzione. – 3. Il principio di precauzione nella “retro-spettiva” penalistica. – 4. La questione dell' accesso alle informazioni sui rischi. – 5. Precauzione e astrazione del pericolo. – 6. Vicinanza alla fonte del pericolo e doveri di controllo. Qualche spunto ricostruttivo al confine tra politica criminale e dogmatica della colpa.

I. Il principio di precauzione e la costruzione sociale dei rischi

Il «credo interdisciplinare», il progetto lisztiano di «scienza penale integrata», come ribadito autorevolmente anche di recente, «sembra ancora prestarsi a offrire costruttivi ritrovati e ulteriori fruttuosi sviluppi, nella teoria e nella prassi»¹. Tra i «nuovi contenuti»² di cui questa idea può arricchirsi, non è difficile intravedere proprio l'indicazione a preservare l'aderenza di concetti come quelli di “rischio”, “pericolo” e “sicurezza” al loro più credibile sostrato fattuale; a mobilitare, dunque, gli anticorpi della razionalità e della pazienza (che sono poi anche gli «anticorpi della democrazia»)³, contro le formidabili spinte all'autismo⁴ e alla «filautia» (il compiaciuto amore di se stessi, motteg-

* Testo della relazione presentata al Convegno di studio, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, sul tema “Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo”, Abbadia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006.

¹ G. KAISER, “*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*“ aus der Perspektive der Kriminologie, in *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, a cura di U. Sieber e H.-J. Albrecht, Berlin, 2006, p. 66 ss., 67, 72.

² KAISER, “*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*“, cit., p. 72.

³ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003³, p. 260.

⁴ Se ne veda il ricco campionario tratto dalla recente legislazione italiana sciorinato da L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, 2006, p. 18, spec. con riferimento a quella che vi viene definita la «legislazione autistica», che «non ascolta». Tra i molti esempi, la progettata legislazione in materia ambientale: «ottenuta la delega, la valutazione dei contenuti dei decreti veniva affidata a 24 esperti; la cui discussione, a un certo punto, è stata sostituita dal semplice invito a esprimere per posta elettronica un giudizio sull'intero pacchetto (una proposta di circa 700 pagine)».

giato da Erasmo da Rotterdam nei legulei del suo tempo)⁵ che non di rado si esercitano sugli odierni giuristi e legislatori,

Tra i molti odierni compiti di una tale «scienza» c'è, allora, palesemente, quello di impegnarsi alla decostruzione del lessico del rischio in tutti i contesti normativi di occorrenza, a cominciare da quello, che più ci concerne (e nel quale esso può contare su un'ormai risalente tradizione)⁶, del diritto penale. Si tratta in sostanza di impegnarsi a portare allo scoperto la base empirica di ogni valutazione in materia: la stima probabilistica più o meno labile su cui vengono fondate le prognosi di possibile verificazione di eventi dannosi come conseguenza di attività umane. Solo una volta saggiata, soppesata e perimetrata la relativa “base scientifica”, potrà porsi la questione dei criteri normativi adottati o adottabili per la sua gestione e valutazione, a cominciare da quella – annosa e complessa – che, in ambito penalistico, si addensa attorno alla ben nota categoria del rischio consentito⁷.

Per quanto possa apparire scontata, una tale indicazione riveste un notevole e perdurante rilievo alla luce non solo della vaghezza di cui anche in ambito giudiziario sono frequentemente rivestite le asserzioni in merito ai rischi e, giocoforza, alla loro realizzazione nell'evento⁸, ma soprattutto perché proprio dalla ricostruzione delle relative basi fattuali può stagliarsi con nettezza la

⁵ ERASMO DA ROTTERDAM, *Moriae encomium*, trad. it. *Elogio della follia*, Torino 2002, pp. 163-164.

⁶ Per una rassegna delle originarie occorrenze e dei più odierni sviluppi del concetto di rischio nel campo penale, v. C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt am Main, 1993, p. 28 ss.

⁷ Tra i testi di riferimento, oltre a tutta la letteratura penalistica in tema di colpa, si vedano più specificamente, tra gli altri: W. PREUß, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974; M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs, erlaubtes Risiko' für die Strafrechtssystematik*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, a cura di T. Vogler e altri, Berlin, 1985, p. 405ss.; W. SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken. Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt a.M., 1998.

⁸ Secondo la concettualizzazione corrente, si dice che, una volta verificatosi l'evento, questo potrà venire imputato all'agente (a titolo di colpa o, secondo altre prospettive sistematiche, di “imputazione oggettiva”) solo ove esso sia stato *realizzazione dello specifico rischio* vietato e un tale requisito non potrà dirsi integrato qualora si sia potuta riscontrare l'inosservanza da parte dell'agente di una mera regola «cautelativa» diretta a gestire i rischi inerenti a certe attività (ad es. con la fissazione di valori-soglia), regola di per sé sganciata da una finalità propriamente cautelare, ossia di prevenzione della verificazione di esiti lesivi, e la cui violazione non potrà trovare alcuna «realizzazione» nell'evento. Cfr., con vari ulteriori riferimenti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 359 ss., spec. 439 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 413 ss. Nel quadro della teoria dell'“imputazione oggettiva”, v., per tutti C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, I, München, 2006, p. 384ss.

componente di costruzione sociale⁹ inerente non solo a ogni giudizio circa la loro accettabilità sociale e giuridica ma, già, alla loro definizione. Consapevolezza resa ancor più vivida dall'estrema variabilità e relatività di tali valutazioni sia tra i diversi ordinamenti, sia anche all'interno dei medesimi sistemi giuridici, a seconda dei periodi e dei settori di disciplina. Proprio la prospettiva *interdisciplinare* può dunque rendere più avvertiti non solo sull'esistenza di «differenti regimi di regolazione dei rischi» perfino in uno stesso contesto normativo, ma soprattutto circa i fattori che influiscono sui criteri adottati per fronteggiare i rischi stessi¹⁰.

Anche l'ormai collaudato addestramento del criminologo (il cultore *soprattutto*, ma non certo solo, del versante empirico, entro l'alveo della "scienza penale integrata") a indagare sui meccanismi selettivi alla base di ogni scelta di criminalizzazione può essere non meno fruttuosamente messo in campo per vagliare le decisioni di *concentrare* le risposte sanzionatorie e preventive su *determinate* fonti di pericolo sociale. E ciò avendo ben chiaro il sottofondo di insicurezza¹¹, a sua volta largamente costruito socialmente¹² e mediaticamente¹³, da cui spesso dipendono le valutazioni *ex ante* circa la gravità di *cer-*

⁹ Sul mondo delle "realità" culturali e sociali, si veda di recente J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006. Sui "costrutti sociali" e le concezioni di verità nel processo penale, si legga F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 83 ss.

¹⁰ C. HOOD - H. ROTHSTEIN - R. BALDWIN, *The Government of Risk*, Oxford-New York, 2001, p.171.

¹¹ Cfr. F. X. KAUFMANN, *Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie*, in BAYERISCHE RÜCKVERSICHERUNG AKTIENGESELLSCHAFT (a cura di), *Gesellschaft und Unsicherheit*, Karlsruhe, 1987.

¹² Cfr. ad es. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., p. 71s.

¹³ Sulla rappresentazione televisiva del fenomeno criminale, cfr. G.FORTI-M.BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano 2005. Sulla notevole influenza dei media nella formazione degli atteggiamenti e delle mentalità del pubblico, nonché delle politiche criminali, v. recentemente G. CAVENDER, *Media and Crime Policy. A Reconsideration of David Garland's The Culture of Control*, in *Punishment & Society*, Vol. 6, No. 3, 2004, pp. 335-348. Sul tema generale, v. D. ALTHEIDE, *Creating Fear: News and the construction of crisis*, New York, 2002; G. CAVENDER, *In the shadow of shadows: Television reality crime programming*, in M. FISHMAN e G. CAVENDER (a cura di), *Entertaining crime: Television reality programs*, New York, 1998; M. EDELMAN, *Constructing the political spectacle*, Chicago, IL 1988; J. FISKE, *Television culture*, London, 1987; T. GITLIN, *Inside prime time*, New York, 1983; E. GOODE, *The American drug panic of the 1980s: Social construction or objective threat*, in *Violence, Aggression and Terrorism*, 3(4), 1989, pp. 327-348; J. GUSFIELD, *The culture of public problems: Drinking-driving and the symbolic order*. Chicago, IL, 1981; S. HALL, *Culture, the media, and ideological effect*, in J. CURRAN, M. GUREVITCH and J. WOOLLACOTT (a cura di), *Mass communication and society*, Beverly Hills, CA, 1979, pp. 315-348; L. HAZELRIGG, *Constructionism and practices of objectivity*, in J. HOLSTEIN

ti rischi, ma soprattutto quelle *ex post* in merito alla possibilità di imputare eventi dannosi che ne siano reputati la realizzazione.

Questo medesimo arsenale concettuale volto all'analisi e discussione critica delle più manifeste autoreferenzialità dei sistemi normativi, può utilmente esercitarsi anche sul terreno di quella che per molti versi può considerarsi una delle formule magiche¹⁴ dei nostri tempi, grazie alla quale si è pensato e si pensa di mettere a tacere le ansie poste dai rischi pervasivi che ci circondano: il principio di precauzione (*precautionary principle*¹⁵, *Vorsorgeprinzip*)¹⁶. Un principio di buon senso¹⁷, basato su un'idea ingegnosa, non sempre però, nel-

and G. MILLER (a cura di), *Reconsidering social constructionism*, New York, 1993, pp. 485-500; S. IYENGAR - D. KINDER, *News that matters*, Chicago, IL, 1987; E. MANDEL, *Delightful murder*, London, 1984; N. RAFTER, *Shots in the mirror: Crime films and society*, New York, 2000; R. REINER - S. LIVINGSTONE - J. ALLEN, *No more happy endings? The media and popular concern about crime since the Second World War*, in R. SPARKS and T. HOPE (a cura di), *Crime, risk and insecurity: Law and order in everyday life and political discourse*, London, 2000, pp. 107-126; M. RYAN - D. KELLNER, *Camera politics: The politics and ideology of contemporary Hollywood film*, Bloomington, IN, 1988; R. SPARKS, *Television and the drama of crime*, London 1992; ID., *The media and penal politics*, in *Punishment and Society*, 2(1), 2000, pp. 98-105; R. SURETTE, *Media, crime, and criminal justice: Images and realities*, Pacific Grove, CA, 1998; J. THOMPSON, *The media and modernity: A social theory of the media*, Stanford, CA, 1995; G. TUCHMAN, *Making news: A study in the construction of reality*, New York, 1978; R. WILLIAMS, *Television: Technology and cultural form*, New York, 1974; J.Q. WILSON, *Thinking about crime*, New York, 1977.

¹⁴ R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, trad.it., *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, 1975, p. 13s.: «nulla come il diritto è adatto ad offrire, con formule vuote ma magiche, spesso perfino imponenti, con mere tautologie (in breve: con vuote *chiacchiere*), seducenti pseudo-motivazioni».

¹⁵ Sul tema, per un primo orientamento nella letteratura specialmente internazionalistica, si vedano: A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle on International Law*, New York: 2002; P. HARREMOËS (a cura di), *The Precautionary Principle in the 20th century: late lessons from early warnings*, London, 2002; T. O'RIORDAN - J. CAMERON - A. JORDAN (a cura di), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, London, 2001; R. HARDING - E. FISHER (a cura di), *Perspectives on the Precautionary Principle*, Annandale, N.S.W., 1999; T. O'RIORDAN - A. JORDAN, *The Precautionary Principle, Science, Politics and Ethics*, Norwich, 1995; D. FREESTONE - E. HEY, *The Precautionary Principle and International Law: the challenge of implementation*, Boston, 1995; H. HOHMANN, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London, 1994; T. O'RIORDAN - J. CAMERON (a cura di), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994.

¹⁶ Sul tema v. ad es., D. KOEHLIN, *Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz*, Basel - Frankfurt/M., 1989; E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, in U.E. SIMONIS (a cura di), *Präventive Umweltpolitik - Optionen und Restriktionen*, Frankfurt/M New York, 1987.

¹⁷ N. GARRETT, "Life is the Risk We Cannot Refuse": A Precautionary Approach to the Toxic Risks We Can, in 17 *Georgetown International Environmental Law Review*, 517, Spring, 2005, p. 517 ss.

le sue applicazioni, foriera di risultati altrettanto ingegnosi¹⁸.

Secondo diverse valutazioni, il principio sarebbe espressione della strategia *maximin* (o criterio di Wald), con la quale si risponde alle situazioni (assai frequenti nel campo dei problemi ambientali)¹⁹ nelle quali i decisori, non essendo in grado di assegnare una probabilità alle conseguenze prospettate, adottano la scelta della migliore combinazione lineare delle alternative disponibili, all'interno del peggiore stato di natura, pensando di assicurare, così, danni meno gravi²⁰.

Secondo una nota formulazione rawlsiana, il *maximin* suggerisce di «classificare le alternative secondo il loro peggior risultato possibile: dobbiamo adottare l'alternativa il cui peggior risultato è superiore ai peggiori risultati delle altre» ossia evitare le linee di condotta con le peggiori conseguenze negative. Si tratta dunque di una regola che richiama la nostra attenzione «verso il peggio che può accadere in uno qualsiasi dei corsi di azione proposti e ci spinge ad agire alla luce di esso»²¹. Peraltro, secondo la formulazione di Rawls, la soluzione *maximin* sarebbe giustificata quando si prospettino gravi rischi, la relativa probabilità non possa essere assegnata e, infine, «la persona che sceglie ha una concezione del bene tale che si preoccupa ben poco, o addirittura per nulla, di quello che potrebbe essere il suo guadagno al di là del minimo garantitogli, di fatto, dall'adozione della regola del *maximin*. Non vale la pena correre un rischio per ulteriori vantaggi, soprattutto quando risulta che si può perdere molto di quanto sta a cuore»²².

¹⁸ B. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should it Affect Civil and Criminal Liability?*, in *Les Cahiers De Droit*, 43, 2002, p. 78.

¹⁹ S. CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, in *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 12, 2002, p. 268.

²⁰ C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005, p. 60, anche con rif. a J. ELSTER, *Explaining Technical Change*, Cambridge, 1983, pp. 185-207.

²¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad.it., *Una teoria della giustizia*⁷, Milano, 1999, p. 137 ss.; ID., *Justice as Fairness. A Restatement*, trad.it., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002, p. 63.

²² S. M. GARDINER, *A Core Precautionary Principle*, in *J. Pol. Phil.*, 14, 2006, p. 33 ss. Criticamente, con vari argomenti, sul principio *maximin*, v. C. R. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Cornell L. Rev.*, 91, 2006, p. 876 ss.: «If you took the maximin principle seriously then you could not ever cross a street (after all, you might be hit by a car); you could never drive over a bridge (after all, it might collapse); you could never get married (after all, it might end in a disaster), etc. If anybody really acted this way he would soon end up in a mental institution». «My claim is instead that maximin makes the most sense when the worst-case scenario under one course of action is much worse than the worst-case scenario under the alternative course of action, and when the choice of maximin does not result in extremely significant losses» (*ivi*, p. 892).

Il principio di precauzione, al pari del *maximin* con cui si tende a imparentarlo, esprime dunque una posizione tutt'altro che neutra o puramente oggettiva, collocandosi a sua volta sul precario crinale che separa il pendio dell' accertamento scientifico basato sui fatti da quello della valutazione discrezionale del legislatore e del giudice. E anche su di esso (o sugli opposti argomenti volti a svuotarne l'apporto di riflessione), come avremo modo di rilevare nella parte conclusiva del presente lavoro, incombe l'insidia hegeliana (tanto conaturata alla fisionomia del "moderno") di considerare più «sensato» (ossia, di volta in volta, più meritevole di mobilitare o smobilitare in un certo momento le maggiori risorse cautelari) ciò che è più forte e che, dunque, «prevale» nel flusso dell'accadere²³, ora nella rinnovata forma dei principi del libero mercato, ora, invece, in quella della circospezione ipercautelativa, sospettosa verso qualsivoglia spinta di innovazione.

Definito la più importante applicazione del principio di sicurezza in un contesto normativo²⁴ e, comunque, caratterizzato da una frequentissima occorrenza in una serie di documenti internazionali, oltre che da ampi richiami nel campo delle politiche ambientali e delle enunciazioni in merito allo «sviluppo sostenibile», esso ha trovato la sua più nota e citata formulazione al Principio 15 della Dichiarazione sull'Ambiente e lo Sviluppo (resa alla Conferenza delle Nazioni Unite, riunita a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992): «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»²⁵.

Assai rilevanti, anche per la prospettiva penalistica, sono poi i richiami al principio in atti normativi comunitari, a cominciare dal'art. 174, comma 2, del Trattato che istituisce la Comunità europea (nel testo risultante dal Trattato di Amsterdam, il quale a sua volta ha ripreso le disposizioni già introdotte dal Trattato di Maastricht del 1992). Al titolo XIX («Ambiente») si stabilisce che

²³ Evocava recentemente questo centrale tratto hegeliano e "moderno", C. MAGRIS, *Se Kafka cede alla «dittatura» dei bestseller*, in *Corriere della Sera*, 21 febbraio 2006, p. 39.

²⁴ Cfr. M. GEISTFELD, *Reconciling cost-benefit analysis with the principle that safety matters more than money*, in *New York University Law Review*, 76, 2001, p. 174.

²⁵ Un'ampia rassegna degli atti internazionali in cui il principio di precauzione ha trovato riconoscimento nel contesto delle politiche dell'ambiente è compiuta dalla *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione* (COM(2000) 1 def.), del 2 febbraio 2000 (su cui v. la sintesi *infra*, nel testo), Allegato II.

«La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, *in via prioritaria alla fonte*, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"²⁶. Il principio dunque non è solo ripreso (anche se non definito) in questo importante testo comunitario²⁷, ma vi è altresì collocato in un preciso contesto, insieme ad altri principi di grande rilievo. Esso è altresì menzionato nel Progetto di Costituzione europea (all'articolo III-233, comma 2), con una formulazione pressoché identica a quella del Trattato²⁸ e si calcola del resto che, ad es., solo tra il 1992 e il 1999, non meno di 27 risoluzioni del Parlamento europeo vi abbiano fatto riferimento²⁹.

Particolare rilievo in materia (come sintesi degli svariati nodi che si addensano attorno al principio) assume la Comunicazione della Commissione, del 2 febbraio 2000, dedicata appunto al principio di precauzione. Essa si è posta «il problema di come e quando utilizzare il principio di precauzione, nell'ambito

²⁶ Il co. 3 dello stesso articolo prevede poi che «nel predisporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto: – dei dati scientifici e tecnici disponibili,... – dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione...».

²⁷ Corsivi nostri. Si osserva peraltro nella *Comunicazione della Commissione*, cit., al punto 3: «Come altre nozioni generali contenute nella legislazione, quali la sussidiarietà o la proporzionalità, spetta ai responsabili politici e, in ultima analisi, alle istanze giurisdizionali precisare i contorni di questo principio. In altri termini, la portata del principio di precauzione è collegata anche all'evoluzione giurisprudenziale che, in qualche modo, è influenzata dai valori sociali e politici che prevalgono in una società. Non bisogna per questo concludere che la mancanza di definizione si traduca in una incertezza giuridica. La pratica acquisita in materia di ricorso al principio di precauzione dalle istanze comunitarie e il controllo giurisdizionale consentono, infatti, di attribuire una portata sempre più precisa a tale nozione».

²⁸ «La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e sul principio "chi inquina paga"».

²⁹ D. VOGEL, *Risk Regulation in Europe and the United States*, Berkeley, Ca., 2002. Cfr. SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 17. Tra le sue più significative applicazioni in ambito comunitario può ad esempio menzionarsi il Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa le procedure nel campo della sicurezza alimentare. Uno dei principi generali di tale atto normativo afferma che «la legislazione alimentare si basa essenzialmente sull'analisi dei rischi fondata sulle prove scientifiche disponibili. In virtù del principio di precauzione, gli Stati membri e la Commissione possono adottare misure provvisorie e adeguate di gestione del rischio allorché una valutazione rivela la probabilità che si verifichino effetti nocivi per la salute o nei casi di incertezza scientifica».

dell'Unione europea e a livello internazionale» e dunque di come affrontare «il dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante». Si è osservato infatti come «l'individuazione di un corretto equilibrio tale da consentire l'adozione di azioni proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti», richiede «una procedura strutturata di adozione delle decisioni sulla base di informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo»³⁰.

Secondo la Commissione, «le valutazioni dei rischi dovrebbero essere fondate sui dati scientifici e statistici esistenti», ma se in effetti la maggior parte delle decisioni viene assunta «in circostanze nelle quali sono disponibili informazioni sufficienti per adottare adeguate misure preventive», in altri casi «questi dati possono essere per molti aspetti incompleti. Il fatto di invocare o no il principio di precauzione è una decisione esercitata in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti³¹, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possono essere potenzialmente pericolosi e incompatibili con il livello di protezione prescelto»³². Si afferma allora la ne-

³⁰ Cfr. il punto 1 del Sommario.

³¹ Cfr. anche il punto 5.1.3 della *Comunicazione*, cit.: «Vi sono tuttavia situazioni in cui i dati scientifici sono ampiamente insufficienti per poter concretamente applicare tali elementi di prudenza, nei quali la mancanza di modellizzazione dei parametri non consente alcuna estrapolazione e in cui i rapporti causa/effetto sono ipotizzati ma non dimostrati. In queste situazioni i responsabili politici sono posti dinanzi al dilemma di agire o di non agire.

Il ricorso al principio di precauzione presuppone

- l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento;
- una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non conclusivo o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione».

³² Al punto 5, si precisa in particolare: «Vi è una controversia sulla presa in considerazione dell'incertezza scientifica nell'analisi del rischio, e in particolare se tale presa in considerazione debba essere effettuata nella valutazione del rischio o nella gestione del rischio. Tale controversia deriva da una confusione tra una strategia di prudenza e l'applicazione del principio di precauzione. Questi due aspetti sono complementari ma non devono essere confusi. La strategia di prudenza è iscritta nella politica di valutazione dei rischi che è determinata prima di qualunque valutazione dei rischi stessi e che fa appello agli elementi descritti al punto 5.1.3. Essa fa quindi parte integralmente del parere scientifico espresso da coloro che valutano il rischio. L'applicazione del principio di precauzione appartiene, invece, alla gestione del rischio, quando l'incertezza scientifica non consente una valutazione completa di tale rischio e i responsabili ritengono che il livello prescelto di protezione dell'ambiente o della salute umana, animale o vegetale possa essere mi-

cessità di «trovare il giusto equilibrio, in modo tale da pervenire a decisioni proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti, che siano inoltre in grado di garantire il livello di protezione prestabilito»³³, il che «richiede un processo decisionale strutturato basato su informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo. Tale struttura è fornita dai tre elementi dell'analisi dei rischi: la valutazione del rischio, la scelta della strategia di gestione del rischio e la comunicazione del rischio».

Tra le affermazioni più significative contenute nella Comunicazione si segnala quella secondo cui l'analisi costi-benefici³⁴ dovrebbe comunque «tenere conto del principio generale e della giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche»³⁵. La Commissione peraltro non specifica in che senso e misura debba essere riconosciuta una tale precedenza e dunque lascia «analiticamente problematica e insoddisfatta»³⁶ l'attesa di ricevere dal suo documento un'indicazione applicativa per il principio di precauzione³⁷. Il testo comunitario, come

nacciato. La Commissione ritiene che le misure che applicano il principio di precauzione si iscrivano nel contesto generale dell'analisi del rischio, e più in particolare nella gestione del rischio».

³³ Cfr. il punto 6.3 della *Comunicazione*, cit.: «I principi generali di applicazione».

«Questi principi non sono limitati all'applicazione del principio di precauzione. Essi si applicano a qualunque misura di gestione dei rischi ed è opportuno sottolineare che una strategia basata sul principio di precauzione non dispensa dall'applicare, nella misura del possibile, questi criteri generalmente utilizzati quando si può disporre di una valutazione completa del rischio.

Invocare il principio di precauzione non consente quindi di derogare ai principi generali di una buona gestione dei rischi.

I principi generali comportano:

- la proporzionalità,
- la non discriminazione,
- la coerenza,
- l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancanza di azione,
- l'esame dell'evoluzione scientifica».

³⁴ Per un tentativo di concretizzare il principio, così come enunciato dalla Commissione, sulla base di un'analisi costi-benefici che tenga adeguato conto del principio di sicurezza, cfr. GEISTFELD, *Reconciling cost-benefit analysis*, cit., p. 176 ss.

³⁵ Punto 6 del Sommario: «L'esame dei vantaggi e degli oneri comporta un confronto fra i costi generali della Comunità dell'azione e dell'inazione, nel breve e nel lungo periodo. Non si tratta semplicemente di un'analisi economica costi/benefici: la sua portata è molto più ampia e comprende considerazioni non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico. Nell'effettuare tale analisi, si dovrà tenere conto del principio generale e della giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui la protezione della salute ha la precedenza sulle considerazioni economiche».

³⁶ GEISTFELD, *Reconciling cost-benefit analysis*, cit., p. 176.

³⁷ Anche sull'onere della prova, la Commissione non perviene all'affermazione secondo cui

si è osservato in dottrina, mostra del resto soprattutto un'utilità nella definizione degli aspetti politico-procedimentali della logica della precauzione, più che nell'offrire contenuti direttamente fruibili dall'applicazione giuridica³⁸.

Proprio in considerazione di questi suoi intendimenti, almeno due sono i profili del documento particolarmente propizi a immettersi nel discorso del giurista, anche penale, peraltro destinati comunque a subire il filtro delle categorie e dei principi che governano il contesto di disciplina di volta in volta considerato. Innanzi tutto l'esigenza, ben esplicitata nel testo o, di seguire procedure quanto più possibile trasparenti e di coinvolgere, in una fase quanto più possibile precoce, tutte le parti interessate, anche per consentire ai responsabili di adottare misure legittime in grado di realizzare il livello prescelto di protezione sanitaria o ambientale³⁹: si tratta di un vincolo che impone alle autorità una democratizzazione delle procedure di *risk assessment* e che sopravanza ogni considerazione basata sul mero calcolo costi-benefici⁴⁰. E poi, ma *conseguentemente*, l'affermazione per cui «le misure basate sul principio di precauzione possono stabilire una responsabilità in materia di produzione delle prove scientifiche necessarie ad una valutazione del rischio completa»⁴¹.

Proprio questi profili saranno particolarmente valorizzati nell'ulteriore sviluppo della presente riflessione, dedicata peraltro soprattutto a saggiare alcune delle possibili ricadute del principio nel campo del diritto penale.

il principio di precauzione ne determini imprescindibilmente un'inversione, con la conseguente possibilità per l'azione regolamentare di inibire l'attività in attesa che chi intende esercitarla fornisca la prova della sua innocuità. Al punto 6.4 si afferma infatti come ciò costituisca «un modo di applicare il principio di precauzione» nel «caso in particolare delle sostanze ritenute a priori pericolose o che possono essere potenzialmente pericolose ad un certo livello d'assorbimento». «In altri casi, nei quali non è prevista una simile procedura di autorizzazione preventiva, può spettare all'utilizzatore, persona privata, associazione di consumatori o di cittadini o al potere pubblico di dimostrare la natura di un pericolo e il livello di rischio di un prodotto o di un procedimento. Un'azione adottata in base al principio di precauzione può comportare in alcuni casi una clausola che preveda l'inversione dell'onere della prova sul produttore, il fabbricante o l'importatore; tuttavia un tale obbligo non può essere sistematicamente previsto in quanto principio generale. Questa possibilità dovrebbe essere esaminata caso per caso, quando una misura viene adottata a titolo di precauzione nell'attesa dei dati scientifici supplementari, per dare ai soggetti, che hanno un interesse economico nella produzione e/o nella commercializzazione del prodotto o del procedimento in questione, la possibilità di finanziare le ricerche scientifiche necessarie su base volontaria». Cfr. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., p. 40 s.

³⁸ Cfr. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., p. 42.

³⁹ Cfr. *Comunicazione*, cit., in calce al punto 6.2.

⁴⁰ In questo senso, v. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., p. 42.

⁴¹ Cfr. *Comunicazione*, cit., in calce al punto 6.4.

2. L'euristica della disponibilità e le critiche alla coerenza della precauzione

Il principio di precauzione, come si diceva, deve la sua diffusione e popolarità soprattutto al fatto di presentarsi come una possibile risposta al problema del rischio e dell'incertezza⁴²; anzi, soprattutto all'incertezza *del* rischio, visto che l'esigenza di «adottare scelte normative in condizioni di incertezza scientifica è endemica»⁴³ e il principio sembrerebbe offrire un criterio per adottare misure di protezione (ad es. dell'ambiente) prima che si sia conseguita la prova scientifica del danno o del pericolo di un danno⁴⁴.

Laddove allora ci si voglia interrogare sulla sua servibilità a orientare possibili soluzioni normative, anche in campo penale, è da tale base di incertezza che occorre prendere le mosse; anzi, prima ancora, dai criteri per conseguire quella prova scientifica del rischio, della probabilità di verificazione del danno, rispetto alle cui insufficienze esso sembra comunque poter offrire un criterio di azione (o, meglio, un obbligo di astensione dall'azione).

Si distinguono in proposito due tipi d'incertezza⁴⁵. C'è innanzi tutto quella inerente a ogni valutazione di rischio come probabilità e non, appunto, certezza, di verificazione di un certo evento. Questo primo livello di incertezza si riferisce dunque a situazioni in cui il danno ha natura probabilistica, ma è comunque noto o è possibile assegnare una certa distribuzione di probabilità alla sua verificazione.

L'«incertezza vera», potremmo anche dire l'ignoranza in cui versano i decisori pubblici (che a quel punto non hanno nemmeno più a che fare con un rischio propriamente detto), si produce in tutte le situazioni nelle quali non è

⁴² Cfr. il punto 5.1.3 della *Comunicazione*, cit., dove si identificano cinque caratteristiche del metodo scientifico da cui può derivare la situazione di incertezza: «le variabili prescelte, le misurazioni effettuate, i campioni individuati, i modelli utilizzati e le relazioni causali impiegate», oltre che le «controversie sui dati esistenti» o «mancanza di dati». Si osserva altresì come l'incertezza possa «riguardare elementi qualitativi o quantitativi dell'analisi» e «una strategia più astratta e generalizzata, preferita da alcuni scienziati, consiste nel separare tutte le incertezze in tre categorie: distorsione, aleatorietà e variabilità reale» mentre «alcuni altri esperti preferiscono categorizzare in termini di stima dell'intervallo di fiducia della probabilità del verificarsi e della gravità dell'impatto del pericolo».

⁴³ GEISTFELD, *Reconciling cost-benefit analysis*, cit., pp. 114ss., 174. Come osserva e documenta Stella (*Giustizia e modernità*, cit., p. 430), l'incertezza scientifica costituisce del resto il «paradigma» con il quale anche i giudici «devono costantemente misurarsi».

⁴⁴ D. FREESTONE - E. HEY, *Origins and Development of the Precautionary Principle*, in D. FREESTONE - E. HEY (a cura di), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Boston, 1996, pp. 3-13.

⁴⁵ CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, cit., p. 265 ss.

nemmeno possibile stabilire la probabilità di verifica di un certo accadimento (ad es. quando molteplici sono i fattori di rischio cui si è esposti)⁴⁶. Potremmo inquadrare entro questo secondo tipo di incertezza anche le situazioni nelle quali si vengano a spalancare aree sempre più vaste e profonde di non-conoscenza, tali da sottrarsi alla stessa possibilità di essere colmate e superate e quindi di permettere la definizione di un bisogno di conoscenze ulteriori; ciò anche a causa della moltiplicazione di teorie, discipline, paradigmi, ognuno dei quali portatore di una propria visione del mondo e di una definizione dei propri margini d'incertezza⁴⁷. In un tale variegato contesto, la stessa idea d'incertezza diviene relativa.

Emblematico il settore delle emissioni chimiche nell'ambiente⁴⁸, dove l'insicurezza trova la sua origine fondamentale nella ipercomplessità dei sistemi ambientali, ossia nel fatto che la quantità di fattori che influenzano un certo fenomeno (ad es. il prodursi di un effetto tossico) è così ampia e molteplice, che riesce difficile se non impossibile (a differenza che nelle situazioni ideali di laboratorio) differenziare tra fattori rilevanti e fattori che, da un punto di vista tossicologico, non svolgono alcun ruolo primario poiché anch'essi

⁴⁶ Cfr. CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, cit., p. 267 s.; P. DAVIDSON, *Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post Keynesian Perspective*, 5, *J. Econ. Persp.*, p. 131; SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 59 s.

⁴⁷ B. GILL, *Nichtwissen in der postsäkularen Wissensgesellschaft – der Zuwachs an selbst- und fremddefiniertem Nichtwissen*, in S. BÖSCHEN - M. SCHNEIDER - A. LERF (a cura di), *Handeln trotz Nichtwissen*, Frankfurt/Main, 2004, p. 20, anche con rif. a P. WEHLING, *Jenseits des Wissens?*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 2001, 30, pp. 465-484.

⁴⁸ Nel campo chimico, la procedura corrente di valutazione del rischio consiste nella raccolta di informazioni a tre livelli: la quantità di emissioni e i processi di dispersione e abbattimento (*Verteilungsprozesse und Abbauprozesse*) determinano la concentrazione nell'ambiente (*PEC, Predicted Environmental Concentration*); il rapporto delle concentrazioni nell'ambiente con i valori soglia per gli effetti tossici (*PNEC, Predicted No Effect Concentration*) determina il rischio, ossia la possibilità di produzione di effetti tossici. Il rapporto PEC/PNEC viene definito «quoziente di rischio»: un coefficiente inferiore a 1 viene considerato non problematico, mentre valori superiori richiedono ricerche più approfondite. Cfr. SCHERINGER, *Das Reichweiten-Konzept - Eine Methode zum Umgang mit Unsicherheit und Nichtwissen in der Chemikalienbewertung*, in BÖSCHEN E ALTRI (a cura di), *Handeln trotz Nichtwissen*, cit., p. 68s., che segnala peraltro la possibilità di procedere, invece che alla determinazione di un unico coefficiente – il rapporto PEC/PNEC – a una valutazione separata degli indicatori di emissione, esposizione ed effetti. Per una discussione delle due alternative (valutazione del rischio sulla base di un quoziente di rischio oppure valutazione dei fattori di pericolo intrinseci), cfr., rispettivamente, C.A. PITTINGER - W.E. BISHOP, *Unraveling the Chimera: A Corporate View of the Precautionary Principle*, in *Human and Ecological Risk Assessment*, 5, 1999, pp. 951-962 e D. SANTILLO - P.A. JOHNSTON, *Is There a Role for Risk Assessment within Precautionary Legislation?*, *ivi*, 5, 1999, pp. 923-932.

potrebbero determinare il fenomeno⁴⁹.

Come rilevato dalla Commissione europea⁵⁰, «una valutazione di dati scientifici relativi ai rischi è un elemento necessario per ricorrere al principio di precauzione» ed essa è logicamente e cronologicamente preceduta dalla «identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno». Tale valutazione (che «dovrebbe essere adottata sulla base dei dati disponibili nel momento in cui si considera se siano necessarie misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana, animale o vegetale»), «richiede dati scientifici affidabili e un ragionamento rigorosamente logico che porti ad una conclusione la quale esprima la possibilità del verificarsi e l'eventuale gravità del pericolo sull'ambiente o sulla salute di una popolazione data, compresa la portata dei possibili danni, la persistenza, la reversibilità e gli effetti ritardati». E tale «valutazione dei rischi comprende quattro componenti: l'identificazione del pericolo⁵¹, la caratterizzazione del pericolo⁵², la valutazione dell'esposizione⁵³ e la caratterizzazione del rischio⁵⁴».

⁴⁹ M. SCHERINGER, *Das Reichweiten-Konzept*, cit., p. 63 ss.

⁵⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, cit., 5.1.1-5.1.2.

⁵¹ «Con identificazione del pericolo s'intende l'identificazione degli agenti biologici, chimici o fisici che possono avere effetti negativi. Una nuova sostanza o un nuovo agente biologico possono rivelarsi attraverso i loro effetti sulla popolazione (malattia o morte), o sull'ambiente e può essere possibile descrivere gli effetti attuali o potenziali sulla popolazione o sull'ambiente prima che la causa sia identificata al di là di ogni ragionevole dubbio» (*Comunicazione della Commissione*, cit. All. III).

⁵² «La caratterizzazione del pericolo consiste nella determinazione, in termini quantitativi e/o qualitativi, della natura e della gravità degli effetti nocivi collegati con gli agenti o le attività causali. In questa fase deve essere stabilito il rapporto tra le quantità di sostanze pericolose e gli effetti. Tuttavia, a volte è difficile o impossibile provare tale rapporto, ad esempio perché il nesso causale non è stato individuato al di là di ogni ragionevole dubbio» (*Comunicazione della Commissione*, cit. All. III).

⁵³ «La valutazione dell'esposizione consiste nella valutazione quantitativa o qualitativa della probabilità di esposizione all'agente in questione. Oltre alle informazioni sugli agenti stessi (fonte, distribuzione, concentrazioni, caratteristiche, ecc.), sono necessari dati sulla probabilità di contaminazione o esposizione della popolazione o dell'ambiente al pericolo» (*Comunicazione della Commissione*, cit. All. III).

⁵⁴ «La caratterizzazione del rischio corrisponde alla stima qualitativa e/o quantitativa, tenendo conto delle inerenti incertezze, della probabilità, della frequenza e della gravità degli effetti negativi sull'ambiente o sulla salute, conosciuti o potenziali, che possono verificarsi. Tale caratterizzazione viene stabilita sulla base dei tre componenti precedenti ed è strettamente collegata alle incertezze, variazioni, ipotesi di lavoro e congetture effettuate in ciascuna fase del procedimento. Quando i dati disponibili sono inadeguati o non conclusivi, una strategia prudente e di precauzione per la protezione dell'ambiente, della salute o della sicurezza potrebbe essere quella di optare per l'ipotesi più pessimista. Quando tali ipotesi si accumulano, vi è

Visto che «i limiti della conoscenza scientifica possono influenzare ciascuna di queste componenti, e quindi anche il livello generale d'incertezza e le basi delle future azioni protettive o preventive», si ritiene «opportuno cercare di completare le quattro fasi sopra descritte prima di adottare decisioni». E di particolare delicatezza al riguardo è quella che, nel documento comunitario, viene definita «la caratterizzazione del rischio», ossia la «stima qualitativa e/o quantitativa, tenendo conto delle inerenti incertezze, della probabilità, della frequenza e della gravità degli effetti negativi sull'ambiente o sulla salute, conosciuti o potenziali, che possono verificarsi». Su tale stima finiranno per ricadere «le incertezze, variazioni, ipotesi di lavoro e congetture» formulate in relazione alle altre componenti e sarà proprio la constatazione che «i dati disponibili sono inadeguati o non conclusivi», a suggerire «una strategia prudente e di precauzione per la protezione dell'ambiente, della salute o della sicurezza», che «potrebbe essere quella di optare per l'ipotesi più pessimista».

Il sostrato fattuale, il vincolo di verità-necessità verso il quale ci si dovrebbe almeno protendere per restringere i margini di «pura forza» inerenti alle decisioni normative adottate in questo campo e per conseguire quella «trasparenza» così essenziale per dissipare i dubbi che il principio di precauzione funga da copertura di interessi diversi da quello della tutela dell'ambiente e delle persone⁵⁵, sarà dunque costituito innanzi tutto dai risultati dell'analisi statistica. Grazie a essa si potrà conseguire una prima ricostruzione del rischio e, dunque, del relativo presupposto di incertezza, che è fondamentale per porsi una questione di rilevanza del principio di precauzione.

Tale analisi può essere condotta con diversità di metodologie. Si distingue in proposito tra un metodo classico-frequentistico⁵⁶ e uno bayesiano⁵⁷. Ben-

indubbiamente un'esagerazione del rischio reale ma, correlativamente, una certa garanzia che il rischio non venga sottovalutato» (*Comunicazione della Commissione*, cit. All. III).

⁵⁵ Anche solo per non esporre il ricorso al principio di precauzione alla critica corrente di fungere da veicolo di politiche di protezionismo commerciale, come talora avanzato dal WTO. Cfr. CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, cit., p. 269.

⁵⁶ Secondo la concezione frequentista, la probabilità di un evento deve basarsi su di un numero elevato di *osservazioni* effettuate su un determinata popolazione in condizioni ben specificate, detta *classe di riferimento*. In particolare, la probabilità condizionale si identifica con la frequenza relativa; ad esempio, la probabilità di contrarre un cancro polmonare data la condizione di maschio bianco fumatore per almeno vent'anni si identifica con la frequenza relativa del cancro polmonare fra i maschi bianchi che hanno fumato sigarette per almeno venti anni entro una data popolazione, che costituisce la classe di riferimento.

⁵⁷ Il teorema di Bayes, proposto da Thomas Bayes (e presentato nel 1763 nell'articolo *Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, pubblicato postumo in *Philosophical*

ché il secondo sia stato ritenuto preferibile ai fini dell'applicazione del principio di precauzione⁵⁸, anch'esso però non risponde totalmente alle procedure cognitive con le quali gli individui compiono le loro previsioni. Il modello formale non ha infatti piena capacità descrittiva dei processi inferenziali effettivamente adottati dall'uomo, il quale non di rado trascura la distribuzione della frequenza di base o probabilità a priori. Come sottolineato da ampia letteratura, anche e proprio in materia di principio di precauzione, i discostamenti nella pratica delle condotte umane dall'applicazione dei modelli formali derivano soprattutto dal processo di elaborazione delle informazioni necessarie per esprimere il giudizio probabilistico, ossia dalle c.d. "euristiche" adottate per la formulazione di stime o previsioni⁵⁹.

L'euristica è una strategia particolare che consente all'individuo di risolvere un problema compatibilmente con la complessità del compito e la limitatezza dei suoi sistemi di immagazzinamento e di elaborazione delle informazioni. Essa produce indicazioni non sempre accurate, ma non per questo più irrazionali delle risposte teoriche che si dovrebbero ottenere sulla base di un modello normativo. Infatti, spesso gli individui forniscono risposte «abbastanza buone» proprio perché, date certe circostanze, queste risposte sono il frutto del funzionamento naturale del sistema cognitivo. Le euristiche sono anche procedure flessibili in quanto, pur basandosi sui meccanismi generali di funzionamento della mente, si modulano secondo il compito richiesto.

Tra le varie euristiche studiate e conosciute⁶⁰, con riferimento al principio

Transactions of the Royal Society of London), si basa su due fondamentali teoremi delle probabilità: il teorema della probabilità composta e il teorema della probabilità assoluta. L'inferenza bayesiana è un approccio all'inferenza statistica in cui le probabilità non sono interpretate come frequenze, proporzioni o concetti analoghi, ma piuttosto come livelli di fiducia nel verificarsi di un dato evento. In argomento, v. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 402 ss.

⁵⁸ Cfr. CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, cit., p. 269 ss..

⁵⁹ D. KAHNEMAN - P. SLOVIC - A. TVERSKY (a cura di), *Judgement under uncertainty: Heuristic and biases*, Cambridge, 1982.

⁶⁰ Ad es. la c.d. *euristica della rappresentatività*: una scorciatoia di pensiero che consente di ridurre la soluzione di un problema inferenziale a un'operazione di giudizio particolarmente semplice, che consiste nel valutare la probabilità di un'ipotesi in base ad un giudizio di similarità. Si ha dunque un giudizio circa la rilevanza (in che misura gli attributi che appartengono all'esemplare A consentono di collocarlo nella categoria B?) che produce un giudizio di probabilità (quanto è probabile che A sia un esemplare della categoria B?). L'errore sistematico più frequente in relazione a quest'euristica è l'insensibilità alla probabilità di base (a priori) secondo cui i profili fortemente stereotipati risultano in grado di contrastare completamente, fino ad annullarle, le probabilità a priori fornite ai soggetti. Si parla poi di euristica di *ancoraggio e accomodamento* quando, dovendo emettere dei giudizi in condizioni di incertezza, le persone ridu-

di precauzione si tende a richiamare soprattutto l'euristica della disponibilità (*availability heuristic*). Con essa, connessa al concetto cognitivo di accessibilità (*accessibility*)⁶¹, si valuta la probabilità di verificazione di un determinato evento sulla base della facilità con cui si ricorda o si è in grado di pensare ad esempi pertinenti⁶²: generalmente elementi che appartengono a un'ampia classe sono ricordati meglio e più velocemente di elementi che appartengono, invece, a classi più ristrette; così come eventi ritenuti molto probabili sono ricordati meglio di eventi ritenuti poco probabili.

Si tratta di un tipico modo con cui la mente umana tende a rappresentarsi i rischi⁶³, basato sulla facilità di materializzare nella mente situazioni nelle quali il rischio si è realizzato e la cui evocazione tende dunque più facilmente a generare la paura⁶⁴. Un atteggiamento ben sintetizzato, qualche anno fa, da un articolo di giornale, che parlava della «paura del fumatore per il morso del serpente»: formula sintetica che rendeva assai bene l'irrazionalità (o la razionalità "altra") nella percezione umana del rischio, che induce a sottovalutare i rischi reali (come appunto quelli di malattie derivanti dal fumo o degli incidenti stradali), anche per la errata convinzione di poterli facilmente controllare, e invece a ingigantire rischi rarissimi (come appunto il morso di un serpente)⁶⁵.

In queste euristiche si è ravvisata l'applicazione di un «processo di sostituzione degli attributi» (*attribute substitution*), ossia una strategia di risposta a

cono l'ambiguità ancorandosi ad un punto di riferimento stabile per poi operare aggiustamenti e infine raggiungere una decisione finale. Si tratta dunque di processi di stima di un qualche valore a partire da un certo valore iniziale, rispetto al quale viene accomodato il nuovo esemplare. Cfr., in questo campo, gli esperimenti di B. FISCHHOFF - M. BAR-HILLEL, *Diagnosticity and the base rate effect*, in *Memory and Cognition*, 12, 1984, pp. 402-410.

⁶¹ Per «accessibilità» s'intende «la facilità con cui alcuni contenuti mentali sono richiamati dalla mente». Cfr. E. T. HIGGINS, *Knowledge activation: Accessibility, applicability, and salience*, in E.T. HIGGINS e A. KRUGLANSKI (a cura di), *Social psychology: Handbook of basic principles*, New York, 1996, pp.133-168. V. anche, di D. KAHNEMAN, la *Prize Lecture* dell' 8 dicembre 2002: *Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Intuitive Judgment and Choice*, p. 453.

⁶² D. KAHNEMAN, *Maps of Bounded Rationality*, cit., p. 454.

⁶³ A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., pp. 11-14. Sul confronto Canada-Stati Uniti nella percezione del rischio SARS e terrorismo, v. N. FEIGENSON E ALTRI, *Perceptions of Terrorism and Disease Risk: A Cross-National Comparison*, in *Mo. L. Rev.*, 69, 2004, p. 991 ss.

⁶⁴ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems*, in *Pace Environmental Law Review*, Winter, 2005 - Winter, 2006, pp. 10-12.

⁶⁵ Cfr. l'articolo con questo titolo di S. ETZOLD, *Die Angst des Rauchers vor dem Schlangenbiss - oder: Warum wir Risiken wie Anthrax oder BSE fürchten und andere unterschätzen*, in *Die Zeit*, 2001, n. 44.

quesiti difficili attraverso una loro «sostituzione» con quesiti più semplici⁶⁶. Capita allora che «una classe i cui esempi possono essere richiamati più facilmente apparirà più numerosa di un'altra i cui casi sono meno richiamabili alla mente»⁶⁷. Oltre che dalla familiarità, la percezione del rischio sarà influenzata dalla salienza⁶⁸ e dalla vicinanza nel tempo di certi accadimenti⁶⁹.

Un tale meccanismo riproduce nel campo dei rischi quella medesima accresciuta reattività dettata dall' «immaginazione ribelle» (ulteriormente eccitata dagli odierni baccani mediatici) verso ciò che è presente e immediato, ben espressa da un antico apologo cinese⁷⁰ e illustrata da un pensiero del filosofo Bacone: «il sentimento considera soltanto il presente, la ragione invece considera il futuro e il tempo nella sua totalità» e «poiché il presente riempie di più l'immaginazione, la ragione di solito viene vinta»⁷¹. È la stessa Commissione europea, del resto, nella Comunicazione citata, a porre in rilievo come sia stato «lo straordinario sviluppo dei mezzi di comunicazione» ad aver favorito una «nuova capacità di cogliere l'emergere di nuovi rischi»⁷².

⁶⁶ D. KAHNEMAN - S. FREDERICK, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgement*, in T. GILOVICH - D.W. GRIFFIN - D. KAHNEMAN (a cura di), *Heuristics and Biases: : the Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge, 2002, pp. 49, 53. Riprende queste considerazioni SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 36 ss.

⁶⁷ TVERSKY - KAHNEMAN, *Judgment Under Uncertainty*, cit., p. 11; SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 36.

⁶⁸ «Ad esempio, l'impatto sulla probabilità soggettiva di tali accadimenti del vedere una casa che brucia è maggiore della semplice lettura della notizia su un giornale» (TVERSKY - KAHNEMAN, *Judgment Under Uncertainty*, cit., p. 11).

⁶⁹ P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, London, 2000, ripreso da SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 37.

⁷⁰ Vi si narra di un re che vide passare un bove destinato al sacrificio: il re ne provò grande pietà e ordinò di sostituirlo con un montone; in seguito, il re ammise che ciò era avvenuto per il fatto di *avere visto* il bove e di *non avere visto* il montone. Cfr. MENG-TZU, *Primo libro*, § 57, in G. PAUTHIER, *Confucius et Mencius*, p. 230ss. Il racconto, già richiamato da V. Pareto (in *Trattato di sociologia generale*, I, § 1135), è ripreso in C. PERELMAN - L. OLBRECHTS -TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1958, trad. it., Torino, 1966, p. 123.

⁷¹ F. BACON, *Of the Advancement of Learning*, libro II, p. 157: «dopo che la forza dell'eloquenza e della persuasione hanno fatto apparire presenti le cose future e remote, allora la ragione può prevalere sull'immaginazione ribelle». Il brano è ripreso, nello stesso contesto, da C. PERELMAN - L. OLBRECHTS -TYTECA, *Traité de l'argumentation*, cit., p. 124.

⁷² Si legge infatti nell'Introduzione della *Comunicazione*, cit. «Un certo numero di recenti avvenimenti ha mostrato che l'opinione pubblica percepisce con maggiore intensità i rischi cui sono potenzialmente esposte le popolazioni o il loro ambiente. Lo straordinario sviluppo dei mezzi di comunicazione ha favorito questa nuova capacità di cogliere l'emergere di nuovi rischi, prima che le ricerche scientifiche abbiano potuto fare piena luce sul problema. I responsabili politici debbono prendere in considerazione i timori collegati a tale percezione, adottando

Vari analisti (e specialmente i critici) del principio di precauzione ravvisano soprattutto in questa scorciatoia euristica, in questo effetto dell'«immaginazione ribelle», uno dei fattori principali alla base della sua capacità di attrazione, visto che anch'esso spingerebbe a concentrare le attenzioni preventive (e le reazioni punitive, quando qualcosa è accaduto) su ciò che è familiare (ad es. il rischio di contrarre tumore polmonare per effetto del fumo), piuttosto che su rischi anche maggiori e più gravi, che però non hanno o non hanno ancora catalizzato le apprensioni delle opinioni pubbliche (ad es. il rischio di ammalarsi di tumori cerebrali a seguito dell'uso di telefoni cellulari)⁷³.

Proprio la «disponibilità» di rischi diversi, tra ordinamenti o sistemi, sarebbe allora alla base della relatività del ricorso al principio di precauzione, mobilitato selettivamente come criterio normativo di gestione solo di *certe* situazioni di incertezza e non di altre, in funzione dell'appuntarsi dell'attenzione, nelle diverse culture, sistemi sociali e ordinamenti, su *certi* rischi avvertiti come particolarmente inquietanti perché associati ad avvenimenti vicini nel tempo e «salienti».

Emblematica di tale relatività di prospettiva è la notoria contrapposizione di orientamenti che sembrerebbe dividere l'Europa dagli Stati Uniti⁷⁴. Se in ambito europeo, come si è visto, anche alla luce di significativi atti normativi, al principio di precauzione viene riconosciuta piena e generale validità sovranazionale⁷⁵, nel contesto americano si manifestano accenti prevalentemente

misure preventive per eliminare o, quanto meno, limitare il rischio ad un livello minimo accettabile. Il 13 aprile 1999 il Consiglio ha adottato una risoluzione che chiedeva alla Commissione, tra l'altro, «di essere in futuro ancora più determinata nel seguire il principio di precauzione preparando proposte legislative e nelle altre attività nel settore della tutela dei consumatori, sviluppando in via prioritaria orientamenti chiari ed efficaci per l'applicazione di questo principio». Questa comunicazione costituisce un elemento della risposta della Commissione».

⁷³ CHAREST, *Bayesian Approaches to the Precautionary Principle*, cit., p. 269. Analoga ci pare la critica (citata in CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004, p. 409) del giudice S. Breyer al sistema statunitense di regolamentazione dei rischi, ritenuto affetto da una *tunnel vision*, ossia dalla tendenza a concentrarsi sull'azzeramento di certi rischi, incuranti di una valutazione costi-benefici, nonché da una *random agenda selection*, con un eccessivo affidamento, nel determinare le priorità di prevenzione dei rischi, sulla percezione sociale di questi: v. S. BREYER - V. HEYVAERT, *Institutions for Regulating Risk*, in R.L. REVESZ - P. SANDS - R.B. STEWART (a cura di), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development. The United States, the European Union and the International Community*, Cambridge, 2000, p. 284ss.

⁷⁴ Cfr. ad es., anche per una metafora ispirata al *Fantasma di Canterville*, di O. Wilde, J.B. WIENER, *Whose Precaution after all? A comment on the comparison and evolution of risk regulatory systems*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 13, 2003, p. 207 ss.

⁷⁵ Cfr. la *Comunicazione della Commissione*, cit., al punto 4: «Ne deriva che questo princi-

critici, e si insiste soprattutto sulla sua vaghezza e sull'esigenza di un suo più approfondito aggancio ai risultati scientifici⁷⁶. Peraltro proprio gli Stati Uniti, in settori diversi da quello della protezione ambientale, specialmente nel campo della lotta al terrorismo, hanno mostrato di muoversi secondo le più rigorose logiche del principio di precauzione: la guerra in Iraq e svariate misure antiterrorismo sono state legittimate proprio in base all'affermazione per cui l'adozione di misure preventive non richiede la certezza di verificazione del danno⁷⁷.

Gia il confronto tra scelte di tutela contro i rischi ambientali e contro il terrorismo rivela dunque in realtà come in USA e in Europa non viga una diversa concezione del principio di precauzione, ma semplicemente una mobilitazione selettiva dello stesso nei confronti di rischi che, presentando nelle due aree una diversa forza evocativa (anche a causa di esperienze particolarmente suscitatrici dell'«immaginazione ribelle», come, rispettivamente, l'attacco alle Twin Towers dell'11 settembre o il disastro di Cernobyl), scatenano reazioni e avversioni differenziate⁷⁸.

Ma non è solo il confronto tra Stati Uniti ed Europa a manifestare diversità significative nelle priorità e nei criteri adottati per la gestione dei rischi. Scarti non meno importanti sono altresì rilevabili tra le politiche adottate in uno stesso paese in settori diversi, visto che mentre rispetto a certi rischi si risponde con misure non meno draconiane di quelle ricordate da Foucault a proposito della lebbra e della peste (si pensi al rischio della influenza aviaria), per altri la risposta è assai più morbida e reattiva (come rivela l'incoerenza delle politiche proibizionistiche verso l'assunzione di «sostanze»)⁷⁹.

pio ha conosciuto un progressivo consolidamento nel diritto internazionale dell'ambiente, divenendo un vero principio di diritto internazionale di portata generale».

⁷⁶ Emblematico della posizione americana quanto asserito in un editoriale del *Wall Street Journal*: «The precautionary 'principle' is an environmentalist neologism, invoked to trump scientific evidence and move directly to banning things they don't like - biotech, wireless technology, hydrocarbon emissions» (*Fear of the Future*, in *Wall St. J.*, Feb. 10, 2000, p. A18).

⁷⁷ SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Pace Environmental Law Review*, cit., p. 3ss.: «La Casa Bianca non riteneva che Saddam Hussein disponesse con certezza di armi di distruzione di massa. Pensava tuttavia che ciò potesse avere una certa probabilità e che questo fosse sufficiente per giustificare l'intervento». Sviluppa una inquietante teorizzazione a sostegno di forti limitazioni delle libertà individuali dettate dalla minaccia terroristica, v. R. POSNER, *Catastrophe: Risk and Response*, New York, 2004. Per vari e incisivi rilievi critici nei confronti di questa prospettiva, cfr. F. CENTONZE, *la normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 388ss.

⁷⁸ SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 14.

⁷⁹ HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 6.: «il risultato è un "arcipelago" politi-

Le fluttuazioni nella percezione del rischio tendono a riflettere ondate di panico che non necessariamente corrispondono a cambiamenti nei livelli del pericolo⁸⁰. Come è stato scritto, l'«euristica della disponibilità non opera in un vuoto sociale»: «ciò che è “disponibile” a certi individui, gruppi, culture, e anche nazioni non lo è per tutti»⁸¹. Così, nel dibattito americano sul controllo delle armi da fuoco, i soggetti favorevoli a una legislazione più restrittiva saranno quelli portate a evocare più facilmente episodi in cui tale legislazione avrebbe evitato eventi letali e, viceversa, le persone contrarie avranno maggiormente presenti casi in cui la detenzione privata di armi ha sortito un analogo effetto preventivo⁸². Non meno rivelatrici dell'operare di siffatte “euristiche” potrebbero del resto essere repute le prese di posizione in merito alla riforma della legittima difesa recentemente introdotta in Italia, bastando al riguardo un rapido confronto tra gli accenti allarmistici della relazione al d.d.l. e i commenti di ben altro segno espressi da larga parte della dottrina penalistica⁸³.

co e intellettuale di ambiti di rischio, isolati uno dall'altro e gestiti con atteggiamenti molto diversi tra loro».

⁸⁰ Cfr. G. LOEWENSTEIN - J. MATHER, *Dynamic Processes in Risk Perception*, in *J. Risk & Uncertainty*, 3, 1990, p. 155; SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 38.

⁸¹ SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 39.

⁸² Cfr. SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 39, con rif. a D. M. KAHAN - D. BRAMAN, *More Statistics, Less Persuasion: A Cultural Theory of Gun Risk Perceptions*, in *U. Pa. L. Rev.*, 151, 2003, p. 1291.

⁸³ Cfr. la legge 13 febbraio 2006, n. 59 che ha riformato la scriminante della legittima difesa, mediante l'aggiunta all'art 52 c.p. dei due seguenti commi: «Nei casi previsti dall'articolo 614 primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o l'altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale». Emblematico dei meccanismi cognitivi alla base dell'euristica della disponibilità è l'*incipit* della Relazione al disegno di legge: «con tragica monotonia si ripetono le rapine nelle case e nelle ville. Branchi di uomini feroci – italiani o stranieri che siano – non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare. In Italia abbiamo, in confronto al resto d'Europa, il più basso numero di detenuti rispetto agli abitanti». Così prosegue la Relazione: «...– questo dovrebbe farci riflettere su un possibile legame con la frequenza delle rapine – ma in compenso abbiamo il più alto numero, in proporzione, di agenti dell'ordine, oltre 300.000 sommando tutti i vari tipi di polizia. Numero enorme, che però non appare in grado di arginare questi odiosi crimini. Si pensa perciò di applicare il principio federalista di sussidiarietà, devolvendo nuovi compiti alla polizia locale. Ma perché non applicare fino in fondo tale principio, riconoscendo ad ogni cittadino il diritto naturale all'autodifesa, restituendogli la sovranità

È anche alla luce delle considerazioni predette che il principio di precauzione è stato sottoposto a un fuoco di fila di critiche, di cui non è certo possibile dare conto in questa sede. Per lo più esse si appuntano sulla sua asserita tendenza a estrapolare e porre sotto al lente dei decisori pubblici *un* novero di rischi, attirando su di essi lo zelo preventivo ma lasciando sullo sfondo o ignorando del tutto sia rischi diversi, sia gli stessi rischi che proprio la mobilitazione delle risorse preventive su quegli unici “euristicamente” selezionati potrebbe generare⁸⁴. Queste critiche si sono particolarmente rivolte alle versioni “forti” del principio, una delle quali è ad esempio quella che prescrive l’adozione di misure preventive anche se non sia possibile determinare scientificamente alcune delle relazioni causali coinvolte e, inoltre, che in tal caso debba gravare su chi propone lo svolgimento dell’attività sospetta (e non sulla società o sullo Stato) l’onere di provare che il danno non si verificherà⁸⁵. Anche le riserve che hanno investito simili opzioni di «protezione aggressiva»⁸⁶, han-

almeno nel proprio domicilio? [...] Al povero imputato, colpevole di aver difeso la propria vita, la propria famiglia, i propri beni, la scritta nei tribunali “la legge è uguale per tutti” appare spesso come una beffa, il ghigno irridente di una giustizia cieca, imprevedibile e crudele.[...] sarebbe anche un importante segnale all’opinione pubblica che esiste, nella maggioranza del Parlamento, una reale volontà di invertire la rotta, tutelando finalmente un po’ di più i cittadini onesti e un po’ meno i criminali. L’unica alternativa, ma è chiaramente un paradosso, sarebbe mettere un poliziotto a difesa di ciascuna famiglia».

⁸⁴ SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Pace Environmental Law Review*, cit., p. 4.

⁸⁵ Cfr. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Pace Environmental Law Review*, cit., pp. 5-6, che critica la versione forte in base al rilievo che essa richiederebbe la sicurezza assoluta.

⁸⁶ Cfr. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Pace Environmental Law Review*, cit., pp. 10-12. Cfr. anche *ivi*, pp. 7-10. «In all four of those areas, the precautionary principle is said to require aggressive protection. What I’m going to try to argue is that that’s just not so, that for each of these problems the precautionary principle forbids the very steps that it requires. Let’s go at it first by thinking about genetic engineering of food and arsenic. Genetic engineering of food, it’s true, gives rise to risk; and the precautionary principle calls for precautions against risk. The problem is, if we don’t allow genetic engineering of food, we will give rise to risks of starvation; because there’s some hope, speculative to be sure, that genetic engineering of food can deliver safe and nutritious and inexpensive food to countries where this is literally lifesaving. A ban on genetic engineering of food is literally dangerous to people who have a great deal to gain from genetic modification. So my suggestion is that the precautionary principle forbids genetic modification of food because it gives rise to risk, but the precautionary principle also forbids forbidding of genetic engineering of food because forbidding genetic engineering of food gives rise to risk. Let’s explore another example: arsenic. The former head of the Environmental Protection Agency, Administrator Christine Whitman, said in the early days of trying to defend the suspension of regulation, that there’s something we’re worried about, which is the expense of the rule that costs \$ 210 million, and for some water systems that burden is going to be very hard. And for some users of water that’s going to be very expensive - up

no dato vigore ad altre versioni più “deboli”, del tipo di quella secondo cui la mancanza di prove decisive sulla verifica del danno non andrebbe assunta come ragione sufficiente per astenersi da una regolamentazione dell’attività, il cui esercizio comunque dovrebbe essere ammesso (come nella delicata questione del riscaldamento globale che, per quanto scientificamente controverso, non ha impedito l’adozione di misure preventive)⁸⁷.

3. Il principio di precauzione nella “retro-spettiva” penalistica

Il principio di precauzione, con l’intenso dibattito che su di esso si è sviluppato in questi anni, ha certamente il pregio di mettere in luce, contribuendo a tematizzarle, alcune essenziali questioni politico-giuridiche e politico-criminali: si presenta come uno dei terreni d’elezione per saggiare il groviglio cognitivo in cui si dibattono le scelte dei decisori pubblici al cospetto del rischio, tanto di eventi dannosi in generale, quanto di catastrofi ambientali o dello stesso fenomeno criminale.

Accanto a questi profili di fondo e in modo ancor più impellente, il principio di precauzione si para dinnanzi al penalista nella veste assai attraente di criterio per lo scioglimento di nodi ingombranti che proprio il tema del rischio sospinge sotto il pettine della *lege lata*. Peraltro, ove “importato” su questo terreno esegetico-applicativo, di diritto penale in senso stretto, il prin-

to \$ 400 per year or more. And what we’re worried about is they’re going to stop relying on their water companies and they’re going to start using wells, local wells. What worries us about those local wells is that they are contaminated. What Administrator Whitman argued, and it wasn’t an implausible worry (it may have been wrong, but it wasn’t implausible), was that the arsenic regulation would give rise to risks of its own in the form of increased use of highly contaminated, dirty well water».

⁸⁷ Come esempio di tale versione si cita la seguente dichiarazione ministeriale resa al Secondo Congresso internazionale sulla Protezione del Mare del Nord del 1987 (International Conference on the Protection of the North Sea, SICPNS): «“[A] precautionary principle is necessary which may require action to control inputs of [dangerous] substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence”». Cfr. J. MORRIS, *Defining the Precautionary Principle*, in *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, a cura di J. Morris, Oxford, 2000, pp. 1, 3. Come osserva peraltro C. PIERGALLINI (*Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del ‘tipo’*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p. 1696, n. 29), «le versioni ‘minimalistiche’ del principio di precauzione scontano un’inevitabile contraddizione interna: se si versa, infatti, in una condizione di incertezza scientifica, sembra arduo rinvenire regole ‘modali’ di contenimento del rischio, che postulano, per la loro stessa esistenza, la sufficiente conoscenza della morfologia del rischio che si intende ridurre. A ben vedere, quando scarseggiano le conoscenze, la precauzione suggerisce principalmente cosa non si deve fare non che cosa si può fare».

cipio di precauzione si vedrebbe sottoposto a una decisa torsione rispetto alle sue più correnti letture e applicazioni: l'immissione nel "discorso" penalistico ne rovescerebbe il profilo corrente, dai tratti tipicamente progettuativi, prospettivi, delle politiche ambientali, a quelli *retro-spettivi* di criterio di imputazione di responsabilità *ex post*⁸⁸.

La differenza di visuale spiega forse l'interesse abbastanza limitato che questo argomento ha finora suscitato nella dottrina penalistica⁸⁹. E infatti il diritto penale tradizionale, diciamo pure "classico", come sappiamo, non è propriamente attrezzato per la gestione del rischio: esso si limita a reagire a fatti commessi, ponendosi tipicamente la questione – soprattutto retro-spettiva – della colpevolezza della loro causazione⁹⁰. La responsabilità penale per colpa risponde a un modello di imputazione il quale, dovendosi basare sull'evento e sulla necessaria realizzazione nell'evento del rischio vietato, vede confinate le sue capacità di controllo ai casi in cui è successo qualcosa (e quel «qualcosa» appare sufficientemente circoscrivibile entro limiti spazio-temporali)⁹¹: quota, peraltro, infinitesimale della casistica di *comportamenti* che ogni giorno, in quantità massive, integrano violazioni di regole preventive, cautelari⁹² e quindi danno luogo a rischi non consentiti.

Il principio di precauzione prende in esame e traduce in una prescrizione di condotta anche pericoli lontani nel tempo e nello spazio, casi nei quali esiste una bassa probabilità di verificazione o il semplice sospetto di un pericolo, nonché condotte in sé non pericolose, ma tecnicamente evitabili, che presenta-

⁸⁸ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 63ss.

⁸⁹ Cfr. R. CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, in *Moderas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2003, p. 154 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 119 ss.; F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, p. 162 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., pp. 461 ss., 525 ss., 634 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 250 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, II, p. 1743 ss.

⁹⁰ M. PIETH, *Risikomanagement und Strafrecht*, in *Risiko und Recht*, a cura di T. Sutter-Somm e altri, Basel-Genf-München, 2004, p. 598.

⁹¹ Caratteristica che peraltro tende a non annettersi agli «incidenti» che minacciano l'odierna società del rischio. Cfr. U. BECK, *Dalla società industriale alla società del rischio*, in *Teoria sociologica*, 1994, p. 54.

⁹² Cfr. L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1068, 1078. V. anche, G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del Codice penale*, in *Jus*, 2001, p. 161s.

no una dannosità «incrementale»⁹³. Esso del resto viene avvicinato e almeno in parte assimilato al principio di prudenza (*Vorsichtsprinzip*), all'*in dubio pro securitate*, in base al quale interventi potenzialmente pregiudizievoli per l'ambiente devono essere vietati se la loro dannosità non è provata, ma è semplicemente «non improbabile» o, in certe versioni, anche solo «pensabile»⁹⁴. Al punto che proprio per questo suo proiettarsi nell'ultravioletto degli accadimenti possibili, secondo certe interpretazioni, inerente al principio sarebbe la preoccupazione, ben chiara al pensiero ambientalista⁹⁵, ma anche trasfusa in importanti atti normativi⁹⁶, di preservare l'ambiente per le generazioni future⁹⁷.

Peraltro, quanto più si facciano evanescenti i contorni del pericolo prospettato e, quindi, si allarghi il campo applicativo del principio di precauzione, tanto più quest'ultimo vedrà sfumare anche i propri stessi lineamenti normativi e aumentare la possibilità che una sua stretta applicazione dia luogo a seri problemi giuridici e politici. Una dilatazione della portata del principio tende infatti a porsi gradualmente in conflitto, fino a essere del tutto incompatibile, con le regole fondamentali che governano gli ambiti di disciplina entro i quali esso aspira a trovare riconoscimento. Così, mentre politiche di programmazione territoriale e scelte amministrative potranno venire orientate anche da semplici sospetti di rischio, viceversa, quando si tratti di interventi formali o informali sui diritti individuali, ben più significativi dovranno essere i requisiti probabilistici da porre a fondamento delle scelte normative adottate, non potendocisi appagare di mere proiezioni congetturali e anzi spesso richiedendosi un'esposizione di interessi e valori di rango elevato. Correlativamente, più difficile diviene la possibilità di trarre dalla precauzione linee di orientamento per l'adozione di decisioni normative compatibili con i principi propri del sistema giuridico di riferimento⁹⁸.

Il principio di precauzione presenta del resto, al pari degli altri grandi prin-

⁹³ M. KLOEPFER, *Umweltrecht*³, München, 2004, p. 177s.

⁹⁴ KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 179.

⁹⁵ Si vedano, per tutti, H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, trad. it., *Il principio responsabilità*, Torino, 1993; ID., *Sull'orlo dell'abisso*, Torino, 2000.

⁹⁶ Questa lettura ampia del principio è stata ad esempio propugnata dal governo tedesco, anche alla luce dell'art. 20a della Costituzione (*Grundgesetz*), che attribuisce allo Stato il compito di tutelare «anche con responsabilità per le future generazioni i fondamenti della vita naturale». Su questa norma, si vedano: H.D. JARASS-B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, 3. Aufl., München, 1995, p. 449; H. SCHULZE-FIELTZ, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, a cura di , II, 1998, p. 229.

⁹⁷ KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 173.

⁹⁸ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 180, con vari riferimenti.

cipi del diritto ambientale (principio del «chi inquina paga», principio di cooperazione, principio di integrazione), un alto grado di astrazione, non incompatibile con un'attitudine degli stessi a vincolare in qualche modo le scelte legislative, ma che anche rende estremamente problematica e comunque eccezionale la possibilità di verificarne in concreto l'effettiva violazione⁹⁹. Se qualche vocazione a fungere da *deus ex machina* per la soluzione delle complessità delle società del rischio può competere al principio, essa sarà dunque non universale e indifferenziata, ma necessariamente adattata ai letti di Procuste dei contesti di disciplina entro cui esso voglia adagiarsi. Con l'effetto che esso dovrà ogni volta «rialzarsi» da un tale «letto» rivestito delle nuove fattezze e, magari, del limo che lo scomodo confronto con il quadro normativo pertinente gli avrà imposto. E tanto più ciò sarà avvertibile, quanto più il principio venga in contatto con un *habitat* massimamente limaccioso e colloidale quale è quello del diritto penale, nel quale esso si troverà posto a confronto con gli specifici e stringenti dettami che informano quest'ambito dell'esperienza giuridica. Una volta racchiuso entro tale avvolgente contesto normativo, non sarebbe certo possibile assumere il principio di precauzione e la sua inosservanza né come base sufficiente per l'imputazione penale di fatti dannosi, né, io credo, come elemento in grado di integrare di per sé (ossia senza una previa delibazione dei suoi livelli di rilevanza penalistica) uno dei requisiti da cui una tale imputazione viene fatta dipendere. Proprio il raggio d'azione del principio, esteso al mero *sospetto* dell'esistenza di rischi per i beni giuridici, in campo penale, lo porrebbe infatti in conflitto con le fiere riserve avanzate dalla dottrina verso forme eccessivamente spinte di anticipazione della tutela¹⁰⁰ o, in modo peraltro più controverso, verso la stessa categoria del pericolo astratto¹⁰¹.

Un aspetto altrettanto caratteristico del diritto penale tradizionale (conseguente all'indefettibile presupposto della colpevolezza), è infatti che «il reato sussiste nei casi standard di violazioni di interessi protetti giuridicamente che sono direttamente accessibili alla percezione soggettiva; i rischi che minacciano il futuro sono, al contrario...soprattutto pericoli che...non sono più percepibili sensorialmente: soltanto raramente ci si accorge di loro...; e dunque fare delle cose che “in sé sono nella norma e possibili” lo si evince forse soltanto dalla comprensione di correlazioni ecologiche complesse, alle quali la nostra cono-

⁹⁹ KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 169.

¹⁰⁰ Per una recentissima rassegna delle prese di posizione della dottrina sul diritto penale del pericolo, cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 35 s.

¹⁰¹ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 533ss.

scienza empirica generale comincia ad accostarsi solo molto lentamente»¹⁰².

A fronte di queste e altre considerazioni di segno analogo, difficilmente eludibile è peraltro l'osservazione secondo cui la quantità, gravità e pervasività dei rischi da cui siamo attornati (con la necessità di tutelare in qualche modo le potenziali «vittime della società del rischio»)¹⁰³ interroga *anche* il diritto penale circa il contributo di protezione che esso può svolgere, sia pure appunto nella sfera assegnatagli dai principi che lo reggono e governano. Ciò particolarmente nei confronti almeno dei rischi strutturali che minacciano *du-revolmente* i beni primari della vita e dell'integrità fisica, considerato che quello espresso in sede penale è l'unico giudizio unitario sulla *persona*, in grado dunque di portare ad espressione il disvalore della colpevole creazione o mantenimento di gravi rischi e di incidere sull'attività d'impresa con «l'enfasi di denuncia» che gli è caratteristica¹⁰⁴. Del resto, come si è osservato in dottrina, una riflessione sul – reale o ipotetico – ricorso alle risorse punitive svolge sempre «il prezioso compito di segnalare le molteplici esigenze di tutela sottostanti», le quali, ancorché non necessariamente «cristallizzate nel modello penalistico, vanno comunque garantite, magari nell'ambito di una migliore risposta della modulazione sanzionatoria»¹⁰⁵. Inoltre, alla luce di quel principio regolativo, ma soprattutto di quella postura mentale del penalista al cospetto della sua materia che si riassume nel dettame dell'*extrema ratio*, questo ruolo euristico dell'ipotesi punitiva *dovrebbe* anche sollecitare una mobilitazione dell'inventiva giuridica che consenta di sospingere ai margini, in uno spazio sempre più residuale l'effettivo intervento della sanzione penale.

Il principio di precauzione, pur con la sua vaghezza e servibilità per «tutte le stagioni», esprime del resto un'istanza di rispetto di essenziali valori sociali nei confronti dei quali il ruolo della proverbiale arma a doppio taglio della pena non può essere del tutto o comunque aprioristicamente accantonato.

¹⁰² STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 112, anche con rif. a G. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, in *ZStW*, 1993, p. 680 ss.

¹⁰³ Richiama ampiamente questo concetto, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., ad es. pp. 221 ss., 515 ss.

¹⁰⁴ Cfr. G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 28, anche con rif. a B. FISSE - J. BRAITHWAITE., *Corporations, crime and accountability*, Cambridge, 1993, pp. 44 ss. e 84; v. anche G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del Codice penale*, cit., p. 153 ss.

¹⁰⁵ A.ALESSANDRI, *Parte generale*, in C.PEDRAZZI e altri, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1998, p. 11.

È soprattutto in relazione alla funzione *preventiva* della pena e, soprattutto, del *giudizio* penale di colpevolezza, alla sua attitudine di orientare le condotte al rispetto degli interessi esposti alle attività rischiose, che questo ruolo, per quanto residuale, può essere soprattutto giocato, anche se, come detto, ciò non potrà avvenire sanzionando l'inosservanza di regole di condotta costruite puramente e semplicemente in rapporto ai livelli di rischio la cui rilevanza sia stata definita in base a tale principio.

Al diritto penale compete del resto non di rado una potenzialità di ribilanciare gli squilibri di forza sociale che non può essere ascritto in eguale misura agli strumenti sanzionatori-risarcitori a disposizione del diritto amministrativo e civile. E l'entità di questi squilibri, a tutto svantaggio delle potenziali vittime della produzione e dello sviluppo tecnologico rispetto agli enormi interessi in gioco, è ampiamente documentata. Si calcola ad esempio che negli Stati Uniti più del 50% dei farmaci omologati nel decennio 1976-1985 abbia manifestato *successivamente all'omologazione* rischi seri per la salute¹⁰⁶. In tutti questi casi, intere popolazioni si sono trovate forzatamente nella veste di cavie inconsapevoli, a disposizione delle imprese produttrici dei farmaci perché queste potessero acquisire cognizioni in merito a proprietà ed effetti tossici dei medicinali da esse commercializzati. L'importanza attribuita dalle imprese (e dalle organizzazioni internazionali che se ne fanno portavoce)¹⁰⁷ al principio del libero mercato (come in occasione del divieto europeo di importazione di carne americana agli ormoni)¹⁰⁸ e, soprattutto, alla libertà di immettere al consu-

¹⁰⁶ C.F. CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle: improving information-generation and legal protection*, in *Eur. J. Oncol. Library*, vol. 2, p. 40, con rif. a M.D. GREEN, *Safety as an element of pharmaceutical quality: the respective roles of regulation and tort law*, in *St. Louis Un. Law Journal*, 2000, 42, pp. 163-190.

¹⁰⁷ Ad esempio il WTO. In argomento, v. ad es. J. BOHANES, *Risk Regulation in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle*, in *Columbia Journal of Transnational Law Association*, 40, 2002, p. 323 ss.; H.-J. PRIESS - C. PITSCHAS, *Protection of public health and the role of the precautionary principle under wto law: a trojan horse before Geneva's walls?*, in *Fordham International Law Journal*, 24, 2000, p. 519 ss.

¹⁰⁸ Cfr. indicativamente gli argomenti addotti a sostegno del "libero commercio" in contrapposizione a un'applicazione restrittiva del principio di precauzione, in M. VICTOR, *Precaution or Protectionism? The Precautionary Principle, Genetically Modified Organisms, and Allowing Unfounded Fear to Undermine Free Trade*, in *The Transnational Lawyer*, 2001, p. 295 ss. Emblematico al riguardo l'intervento dell'Appellate Body dell'Organizzazione Mondiale del Commercio che ha giudicato il divieto della Comunità europea di prodotti trattati con ormoni, in violazione dell'art. 5.1 dell'Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), che richiede ai membri del WTO di giustificare le misure in materia di salute e sicurezza sulla base di una valutazione scientifica del rischio (v. WTO Appellate Body Report: *Hormo-*

mo prodotti non assolutamente sicuri, ha un'immediata traduzione in termini di costi materiali e morali per le popolazioni coinvolte.

Il penalista, specie quello che non voglia abiurare al suo «credo interdisciplinare», e a un discorso di verità *ormai* inscindibile da quello del riconoscimento delle *persone*, non può dunque restare insensibile alla questione delle forze che governano la gestione del rischio e dello squilibrio che spesso la caratterizza. Forse, peraltro, da attentamente considerare nello stesso alveo delle enunciazioni che si richiamano alla precauzione, vista l'esposizione anche di questo principio a una manipolazione selettiva, giocata sullo sfruttamento di troppo facili euristiche della paura e finalizzata a distogliere l'attenzione dai più gravi (e, spesso meno volentieri rinunciabili) rischi delle società tecnologicamente avanzate.

Prima di lumeggiare talune possibilità d'immissione del principio di precauzione nel tessuto della sistematica penalistica, e anche per affinare la riflessione al riguardo, può risultare utile premettere una considerazione generale (nell'ambito comunque di una visione retrospettiva del principio, che ne consideri la rilevanza quando qualcosa è già accaduto e si tratti di definire le responsabilità per la causazione del fatto stesso) che valga a distinguere l'alveo della tutela propriamente riservata alle risorse sanzionatorie penali rispetto a quello ascrivibile agli strumenti del diritto civile.

Per quanto possa apparire ingiusto configurare una responsabilità civile in assenza della prevedibilità del danno e, quindi, di ogni tipo di rimproverabilità soggettiva in capo all'agente, il criterio alla base delle decisioni normative in tale ambito non può esimersi dalla scelta di quale, tra due soggetti diversamente "innocenti", l'agente (ossia colui che ha prodotto un danno imprevedibile) e il danneggiato, la vittima (chi, dunque, il danno lo ha semplicemente subito), debba sopportare le conseguenze dell'evento verificatosi: in caso di esclusione o delimitazione della responsabilità del primo per i danni cagionati, si avrebbe una conseguente "esternalizzazione" dei costi derivanti dall'esercizio della sua attività, con un onere in tal senso che finirebbe per gravare soprattutto sul secondo¹⁰⁹.

Un'applicazione retrospettiva del principio di precauzione si mostra diffi-

nes: European Communities - Measures Affecting Meat and Meat Products, AB-1997-4, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Adopted by Dispute Settlement Body, February 13 1998, European Communities, United States and Canada, Appellant; European Communities, Canada and United States, Appellee; Australia, New Zealand and Norway, Third Participants; Feliciano, Ehlermann and Matsushita).

¹⁰⁹ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 68s. Nella dottrina italiana, cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

cilmente conciliabile con una responsabilità basata sulla colpa, con la *fault*¹¹⁰, e dunque sulla riconoscibilità-prevedibilità dell'evento (visto che il principio è essenzialmente una rinuncia a tale parametro, asserendo l'esigenza di assumere l'eventualità peggiore, inaspettata, non provata)¹¹¹, potendo esso viceversa trovare il suo alveo di accoglienza giuridica nell'ambito di ipotesi di responsabilità oggettiva, o quanto meno di *strict liability*: un criterio di imputazione delle conseguenze della propria condotta non estranea, come sappiamo, alla responsabilità civile¹¹² e anzi ritenuta coerente con i principi di una *tort liability* concepita ai fini non certo primariamente della punizione degli agenti, ma della compensazione, riparazione, delle vittime per i danni subiti¹¹³.

Anche se si conoscono e sono ampiamente applicati in vari ordinamenti modelli di responsabilità civile che vedono la tradizionale finalità riparatoria affiancata da scopi punitivi e non mancano percorsi di avvicinamento tra le due forme di responsabilità¹¹⁴, la linea di demarcazione rispetto alla responsabilità penale (o, comunque, rispetto alla più ampia e articolata sfera del diritto

¹¹⁰ Sul tema, nella dottrina italiana, v. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.; ID., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 643 ss. e 123 ss.; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, 1984, 595 ss.

¹¹¹ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 67.

¹¹² Cfr. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 69: «The better question to ask is: as between two innocent parties, the actor and the victim, who should pay? Someone must shoulder the loss. The two possibilities are the party who caused the damage, or the party who suffered it. Between these two, the one who caused the loss bears responsibility. The damage is a cost of the activity that the defendant carried out. If liability is not found, the effect is to thrust the cost of the defendant's activity onto the victim. The cost is externalized from the defendant to the plaintiff. In *Cambridge Water*, the contamination of the groundwater was caused by the tannery operation in the course of degreasing pelts. In other words, the water was contaminated for the purpose of degreasing pelts. Therefore, the cost of producing the leather consisted of the cost of the plant, equipment, and labour, the price of the pelts, the PCE, and the contamination of the water supply. The contamination of the water supply will not be a *private* cost for the tannery unless liability is found, but it is, in fact, a cost of the product irrespective of who ends up paying. If liability is not found, then the price of the pelts will not reflect the cost of cleaning the water, and therefore the victim with the dirty water will subsidize production of the leather»

¹¹³ Cfr. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 66ss.; C. TINKER, *State Responsibility and the Precautionary Principle*, in D. FREESTONE - E. HEY (a cura di), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation*, Boston, 1996, p. 5 ss.

¹¹⁴ Cfr. F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996. V. anche G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.

punitivo)¹¹⁵ resta ancora definibile con nettezza nella caratteristica di quest'ultima di non limitarsi a ristabilire un equilibrio alterato dall'illecito attraverso il risarcimento del danno o altre forme di compensazione, ma di infliggere un sovrappiù di afflizione, anche sulla base di un certo grado di rimproverabilità soggettiva identificabile nel fatto¹¹⁶. Un sovrappiù da cui peraltro le teorie relative-preventive della pena si attendono anche una ricaduta «prospettica», e non solo retrospettiva, sotto forma di un'influenza sulle condotte individuali *prima* che esse vengano poste in essere, ossia motivando nei consociati un'astensione il più possibile generalizzata dalla realizzazione di fatti potenzialmente offensivi dei beni giuridici¹¹⁷. Ed è questo *plus* di risposta sanzionatoria rispetto alla mera riparazione del danno che esige irrinunciabilmente in campo penale, come tutti sappiamo, anche il *plus* di rimproverabilità-colpevolezza nei confronti di chi ha realizzato il fatto dannoso.

La distinzione così tratteggiata tra i campi riservati all'intervento delle sanzioni¹¹⁸, rispettivamente, civili e penali, non è certo incontrovertibile e non sempre trova riscontro negli orientamenti giurisprudenziali. Anche il penalista del resto (specie se munito di sensibilità politico-criminale e, soprattutto, attento a quella più difficile verità dei precetti giuridici che passa attraverso il riconoscimento dei diritti e delle capacità delle persone), non può astenersi dal problematizzare criticamente la discrezionalità in senso lato delle decisioni pubbliche, che esprimono diverse opzioni nel dosaggio delle risposte istituzionali, cercando di inquadrarla come parte di complessi processi sociali, organizzativi e politici¹¹⁹ e, soprattutto, essendo ben consapevole della necessità di un

¹¹⁵ Sul tema, anche per importanti distinzioni concettuali, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, spec. p. 479ss.

¹¹⁶ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., pp. 76-77.

¹¹⁷ Tra i criteri di definizione della «materia penale» da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in relazione all'art. 6 della relativa Convenzione, particolare rilievo assume quello basato sulla natura della sanzione e sulle finalità da essa perseguite, «penale» considerandosi la sanzione avente carattere afflittivo (con la possibilità di conversione della sanzione pecuniaria in pena detentiva in caso di mancato pagamento) che persegue finalità di prevenzione generale e speciale. Così Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, Oztürk, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1985, p. 894. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali*, cit., p. 490.

¹¹⁸ Assumendo qui il termine «sanzione» nel senso più comune, che ci pare però anche più corretto, di reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto giuridico e dunque applicabile anche alle misure riparatorie. In questo senso, v. MAUGERI, *Le moderne sanzioni penali*, cit., p. 482, che ricorda come questa sia anche l'accezione lata di sanzione fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria.

¹¹⁹ R. BALDWIN - K. HAWKINS, *Discretionary Justice: Davis Reconsidered*, in *Public Law*, 1984, p. 599.

approccio al tema del rischio basato sullo studio allargato e complessivo del sistema e delle interazioni dei «regimi di regolazione del rischio»¹²⁰, dove il termine «regime», in particolare, indica «il complesso di geografia istituzionale, regole, pratiche e idee ispiratrici che sono associate alla regolazione di un particolare rischio o pericolo»¹²¹.

È, appunto, inerente a questo concetto il carattere di «sistema», trattandosi di un «insieme di parti che interagiscono o almeno sono correlate tra loro, piuttosto che fenomeni “unicellulari”»¹²². Secondo un’immagine frequentemente richiamata, è una tale visione sistemica che conferisce anche quella che è stata detta la prospettiva del «tubetto di dentifricio»¹²³, ossia l’attenzione a quanto le strettoie imposte alla discrezionalità pubblica in certi snodi della catena decisionale tendano a produrre, favorire o stimolare, in *altri* snodi del sistema, la rivendicazione di corrispondenti ampliamenti dei margini di scelta dei decisori.

Il punto centrale in questa materia (anche, come si è visto, per l’operare di svariate scorciatoie cognitive), resta dunque quello della *scelta* dei rischi da regolare, del contenuto del regime di regolazione e, specialmente, dell’entità dello sforzo regolativo, con l’esigenza di tener conto delle caratteristiche formative del regime che ne sono alla base: i problemi tecnici posti dalle diverse tipologie di rischio ai processi di mercato e legali, la forza delle preferenze e degli atteggiamenti pubblici e, certo non ultima per importanza, la pressione esercitata dagli interessi organizzati.

Il ruolo dell’eventuale risposta penale (ivi compreso il peso che può assumere un principio come quello di precauzione) non può che essere inquadrato all’interno di questa più generale prospettiva di gestione dei rischi. In ambito penalistico non mancano del resto gli auspici di un significativo potenziamento della tutela apprestata dal diritto civile (oltre che amministrativo)¹²⁴, anche nell’ambito delle tradizionali funzioni compensative del danno subito dalle vittime¹²⁵, per quanto arretrata sia su questo terreno l’esperienza

¹²⁰ Intendendosi, per «regolazione del rischio», «le interferenze dello Stato nei processi sociali e di mercato al fine di controllare potenziali conseguenze avverse alla salute». Cfr. HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 3.

¹²¹ HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 9.

¹²² HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 9.

¹²³ HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 15, che riprendono l’espressione da BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 582.

¹²⁴ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 483 ss., anche con rif. a G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit.

¹²⁵ In tal senso, v. l’auspicio di PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 642. V. anche F. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzio-*

italiana¹²⁶ e comunque ingegnandosi nella risoluzione dei problemi che anche in campo civile può incontrare l'accertamento del nesso di causalità in caso di esposizione di massa a sostanze tossiche¹²⁷. In questo contesto di discussione s'inquadra ad esempio la proposta di costituire un foro nazionale unico che decida sui ricorsi per risarcimento sulla base del criterio della proporzionalità¹²⁸.

Tornando allo specifico rapporto tra uso giudiziale della responsabilità civile e penale, del tutto centrale in una visione allargata, di sistema, della regolazione del rischio, è il riscontro delle svariate contaminazioni, interferenze e sovrapposizioni che tendono a interessare il rapporto tra i due ambiti.

In Italia, in un recente commento alla sentenza d'appello del caso del Petrochimico di Porto Marghera, si sono ad esempio ravviate suggestioni civilistiche, nella «scorciatoia del *versari* intrapresa dai giudici», con una «irruzione della "*responsabilità per rischio*"», basata su «regole prevenzionali depurate della loro tradizionale funzione di elemento di definizione di un rischio tipico, per opera di una trasformazione che replica la fisionomia delle 'clausole generali di responsabilità civile', in cui la negligenza funge esclusivamente da criterio di ascrizione del danno». Ne deriva «che si venga chiamati a rispondere di tutte le conseguenze lesive iscrivibili nel generico obbligo di contenimento del danno alla salute insito nelle regole disattese» con l'effetto di porsi in contrasto con il principio di colpevolezza¹²⁹.

Attingendo invece qualche goccia dal grande mare dell'esperienza comparata, notiamo come, rispetto a talune decisioni adottate, in una interessante casistica, dalla giurisprudenza canadese, la dottrina abbia lamentato la tendenza dei giudici a richiedere anche in campo civile l'inosservanza della diligenza doverosa, con il paradossale effetto di rendere più difficile il risarcimento del danno rispetto all'applicazione della sanzione penale a carico dell'autore di fatti analoghi¹³⁰.

natori, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 42.

¹²⁶ A ricordarlo è sempre STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 484.

¹²⁷ Se ne veda l'analisi, anche con riferimento al caso dell'asbesto, in STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 483ss.

¹²⁸ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 508 ss., anche con rif. a D. ROSENBERG, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: a «Public Law» Vision of the Tort System*, in *Harvard Law Review*, 97, 1984, p. 856 ss.

¹²⁹ C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1697.

¹³⁰ Cfr. PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 77s., anche con riferimento ai casi: *R. v. Kurtzman* (1991), 4 O.R. (3d) 417 (C.A.); *R. v. Alexander*, [1999]

Così, nel caso di una conceria che aveva inquinato un corso d'acqua durante il procedimento di sgrassaggio del pellame¹³¹, il danno arrecato sarebbe stato propriamente da considerare una conseguenza dell'attività produttiva svolta, con l'effetto di "computare" il risarcimento dello stesso tra i costi del produttore, insieme a quelli dello stabilimento, dei macchinari, del lavoro, della materia prima. Se viceversa in casi del genere, come in effetti statuito in una pronuncia severamente criticata dalla dottrina, la responsabilità venga esclusa per mancanza di prevedibilità del fatto, una quota rilevante dei costi sociali della produzione si troverebbe a gravare su chi ha subito il danno: le vittime sarebbero costrette a finanziare la produzione del pellame¹³².

Per converso, anche in quelle latitudini, si è potuta riscontrare, come illustrato da un caso emblematico deciso dalla British Columbia Court of Appeal¹³³, un'eccessiva disinvoltura a trasporre sul terreno penalistico le indica-

N.J. (Quicklaw) No. 19 (Nfld. C.A.); *Ontario v. London Excavators & Trucking Limited* (1998), 40 O.R. (3d) 32 (C.A.); *R. v. Rio Algom Ltd.* (1989), 66 O.R. (2d) 674 (C.A.).

¹³¹ Cfr. *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather Plc.*, [1994] 1 All E.R. 53; [1993] H.L.J. No. 41, come cit. in PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 67. «The tannery uses a chemical, an organochlorine called perchloroethene, or PCE, to degrease pelts. PCE is delivered in large drums that are carried by forklift to a reservoir that feeds a degreasing machine. The forklift tips the drum and pours PCE into the reservoir. When PCE is poured in this manner, a few drops commonly spill onto the concrete floor of the tannery. During the period that this practice occurs, PCE is not thought to be harmful. It is not on any list of prohibited or regulated substances, and regulatory authorities do not test for its presence in drinking water. PCE is also known to be highly volatile, meaning that it evaporates easily and quickly. When small amounts of PCE spill on the ground, they can reasonably be expected to evaporate before they seep into the ground. A few years later, PCE is discovered in the groundwater near the site of the tannery. Somehow, despite its volatility, PCE found its way through the floor and into the ground before it evaporated. The contaminated groundwater is the water supply for a local municipality. Regulatory authorities have determined that PCE is harmful to human health, and updated regulations stipulate that drinking water must not contain PCE. If a party with rights to the water supply brings a civil action for compensation, what should be the result?».

¹³² PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 69.

¹³³ *R. v. Imperial Oil Ltd.*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) No. 2031 (B.C.C.A.); (2001) 148 C.C.C. (3d) 367 (B.C.C.A.), come citato in PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., pp. 70-71. Nei casi (ad es. di circolazione stradale) di *absolute liability* è sufficiente che l'accusa provi la realizzazione del fatto, non avendo alcuna rilevanza la *fault*, soggettiva od oggettiva. La differenza rispetto alle ipotesi di *strict liability* è che in questi l'accusa ha l'onere di provare il fatto (*actus reus*) «oltre ogni ragionevole dubbio», ma è riconosciuta all'imputato, come *defence*, la possibilità di dimostrare la *absence of fault* (ad esempio di aver osservato la diligenza prescritta adottando «all reasonable care to prevent the commission of the offence, or that he had a reasonable belief in a mistaken set of facts that, if true, would have resulted in the offence not occurring»).

zioni offerte dal principio di precauzione o da principi affini.

Ci attardiamo su questa decisione non certo perché difettino all'esperienza italiana ampie casistiche pertinenti¹³⁴, ma perché ci pare che le considerazioni formulate in relazione alla pronuncia giudiziale adottata, richiamando vari profili di diritto comparato, possa offrire spunti rilevanti non solo sul terreno sistematico-ricostruttivo, ma anche su quello politico-criminale e propositivo, cui verranno dedicati i rilievi conclusivi del presente scritto.

Il caso aveva visto coinvolta una raffineria che immetteva residui di raffinazione in un corso d'acqua. In particolare il processo di raffinazione faceva uso di *methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl*, o *MMT*, un additivo della benzina. La raffineria era autorizzata a servirsi di questo composto chimico, sia pure a certe condizioni, tra cui periodici controlli sulle emissioni e l'applicazione di un sistema per l'eliminazione dell'*MMT* prima dell'immissione nelle acque. L'impresa verificava i contenuti delle proprie emissioni anche più frequentemente di quanto richiesto dalle autorizzazioni, ed era altresì dotata di un sistema di gestione ambientale (*environmental management system*) dei versamenti e di un programma di valutazione del rischio che riesaminava ogni aspetto operativo ogni cinque anni. Tra le normative cui la raffineria avrebbe dovuto attenersi, v'era la sez. 36(3) del *Fisheries Act* federale, che vietava di «depositare sostanze nocive (*deleterious*) di qualsiasi tipo in acque popolate da pesci»¹³⁵.

All'epoca in cui la raffineria era in attività, l'*MMT* non era considerato nocivo per la fauna ittica, come documentato dal *Material Safety Data Sheet* (*MSDS*) fornito dai produttori della sostanza, così come non esisteva alcuna ricerca pubblicata da cui risultasse una tale pericolosità. Ciò malgrado, accadde che uno degli scarichi non superasse il test di tossicità e ricerche successive dimostrassero la potenziale dannosità dell'*MMT* per la fauna ittica. Emerse inoltre che la sostanza fornita alla raffineria non era stato *MMT* puro, bensì un composto denominato *LP46* consistente di un 46% *MMT* e di 54% di solvente, e che il sistema di depurazione della raffineria non era in grado di eliminare tale solvente dalle immissioni.

¹³⁴ Immane il rinvio alle sentenze (Tribunale Venezia, 22 ottobre 2001; Corte d'Appello di Venezia, 15 dicembre 2004) pronunciate sul caso del Petrolchimico di Porto Marghera (e consultabili sul sito www.petrochimico.it). In argomento, cfr. F. CENTONZE - F. D'ALESSANDRO, *La sentenza del Tribunale di Venezia sul Petrolchimico di Porto Marghera*, in *Riv.giur.del-ambiente*, 2003, p. 119ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1684ss.

¹³⁵ *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, Section 36(4): «[...] no person shall deposit [...] a deleterious substance of any type in water frequented by fish [...]».

Paradossalmente la Corte d'appello, riformando la sentenza dei giudici di grado inferiore, pervenne a una condanna dell'impresa che gestiva la raffineria, pur ammettendo che all'epoca dei fatti non fossero note le proprietà tossiche dell'MMT e dell'LP46 per la fauna ittica¹³⁶. In nessun pregio fu tenuto l'argomento della difesa, secondo cui la tossicità non poteva essere prevista in considerazione delle informazioni ricevute dal fornitore della sostanza (che non facevano riferimento alla sua tossicità), dell'assenza di letteratura scientifica in argomento e del fatto che il prodotto venisse utilizzato da anni senza conseguenze.

In questa pronuncia si è ravvisata un'applicazione del principio di precauzione, ancorché esso non vi sia stato menzionato espressamente e il lessico utilizzato dai giudici potesse far pensare a un accertamento basato sui criteri della *due diligence* (anche se lo standard venne fissato in termini così rigorosi da escludere la reale applicazione di un criterio di prevedibilità), dal momento che si giunse alla condanna essendosi ravvisato un obbligo dell'impresa di accertare la tossicità della sostanza chimica pur in assenza di dati messi a disposizione dal produttore e di una letteratura scientifica in materia¹³⁷. Come asserito dal giudice dissenziente Newbury, si applicò in realtà «un criterio di perfezione»¹³⁸, come tale incompatibile con un vero requisito di colpa-negligenza e avvicicabile piuttosto a un'ipotesi di *absolute liability*.

Interessante richiamare al riguardo la distinzione tra *strict* e *absolute liability* del diritto penale canadese. La prima si caratterizza per porre l'onere della prova della non-colpevolezza a carico dell'imputato, così che sull'accusa graverà la sola prova dell'*actus reus*. Tale responsabilità è stata dichiarata costituzionalmente legittima (ossia compatibile con il *Charter of Rights and Freedoms*), dalla Corte Suprema del Canada¹³⁹, almeno in relazione alle cosiddette *regulatory* o «*quasi-criminal*» *offences*. in base al rilievo che tali reati sanzionano divieti essenziali al benessere pubblico (*public welfare*), che la condanna per *regulatory offences* è meno grave che per le violazioni «criminali» propriamente dette (comportando dunque uno stigma minore), che i cittadini si sottopongono volontariamente a regimi regolativi nel momento in cui intraprendono determinate attività e, soprattutto (almeno alla luce delle successive considerazioni) che il dominio sulla prova della colpa è solitamente «nelle mani del-

¹³⁶ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 76.

¹³⁷ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 73.

¹³⁸ R. v. Imperial Oil Ltd., cit., Newbury J.A. (dissenting), come cit. in PARDY, *op.loc.ult.cit.*

¹³⁹ Nella sentenza sul caso *Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 at 257-258.

l'imputato», con la conseguente difficoltà per la pubblica accusa di pervenire a una condanna ove questa sia appunto subordinata alla relativa prova¹⁴⁰.

Secondo la dottrina che ha criticato questa decisione, lo standard di condotta richiesto da un'applicazione stretta di un siffatto «principio di precauzione», ossia l'adeguamento a un modello costruito col «senno» acquisito *ex post* in base a quanto *già* accaduto, condurrebbe anche oltre una mera inversione dell'onere della prova, mascherando in realtà, dietro l'asserita pretesa che l'imputato fornisca la prova della propria diligenza, un'ipotesi di responsabilità assoluta (*absolute liability*), certo non più compatibile in materia penale con alcun dettame costituzionale¹⁴¹.

«Il fatto che l'MMT sia stato immesso nelle acque dimostra certamente che qualcuno non si è attenuto ai suoi doveri. Quel qualcuno, io credo, non è stata l'*Imperial Oil*, ma lo Stato. La sezione 36(3) del *Fisheries Act* non definisce uno specifico standard di condotta, limitandosi a vietare il deposito di “sostanze nocive in acque popolate da pesci [...]”, senza che i privati possano avvalersi di una chiara definizione di ciò che sia una tale sostanza (*deleterious substance*)¹⁴² e con il risultato che l'applicazione del principio di precauzione *ex post*, finirà per far gravare sui privati ciò che lo Stato non ha potuto o voluto fare, ossia identificare gli elementi la cui presenza segna la linea di demarcazione tra lecito e illecito». «L'autorità pubblica evita di applicare a se stessa il principio di precauzione, accollandolo sulle spalle di soggetti che dispongono di minori risorse di ricerca»¹⁴³. «Formulare un reato di *strict liability* con una vaga previsione legale e poi esigere una condotta precauzionale equivale a

¹⁴⁰ Così in *Wholesale Travel Group Inc.*, cit., p. 257 (Iacobucci J.).

¹⁴¹ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., pp. 75-76.

¹⁴² La sez. 34 della legge così definisce il concetto di «sostanza nociva» (*deleterious substance*): (a) any substance that, if added to any water, would degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, or (b) any water that contains a substance in such quantity or concentration, or that has been so treated, processed or changed, by heat or other means, from a natural state that it would, if added to any other water, degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, and without limiting the generality of the foregoing includes (c) any substance or class of substances prescribed pursuant to paragraph (2)(a), (d) any water that contains any substance or class of substances in a quantity or concentration that is equal to or in excess of a quantity or concentration prescribed in respect of that substance or class of substances pursuant to paragraph (2)(b), and (e) any water that has been subjected to a treatment, process or change prescribed pursuant to paragraph (2)(c)».

¹⁴³ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 77.

dire alle imprese private: “Non sappiamo veramente quale sia la regola. Lasciamo a voi il compito di valutare quando ci possa essere violazione dello standard di condotta. Se sbagliate, è affar vostro. Vi riterremo penalmente responsabili per un fatto che solo retrospettivamente si è rivelato in contrasto con la norma”»¹⁴⁴.

Varie obiezioni sono state poi mosse dalla dottrina agli specifici argomenti posti dalla Corte Suprema canadese a sostegno dell'adozione di un criterio tanto rigoroso di imputazione del fatto¹⁴⁵. Si è rilevata innanzi tutto l'impossibilità di identificare nelle sole *regulatory offences* e non anche nelle *criminal code offences* la caratteristica di colpire importanti interessi collettivi (quasi che un omicidio o una violenza sessuale avessero meno impatto in tal senso rispetto a un inquinamento); il fatto che anche la condanna per questi reati comporta l'applicazione di pene detentive; il carattere meramente fittizio dell'asserzione secondo cui si verserebbe in un ambito nel quale il cittadino accetta consensualmente di sottoporsi a regolamentazione amministrativa, visto che non c'è ormai attività produttiva che non ricada sotto tale regolamentazione; e, infine, la confutazione della tesi secondo cui in materia di colpa le prove della responsabilità siano soprattutto “nelle mani dell'imputato”, ravvisandosi una tale caratteristica in qualsiasi reato e comunque non ritenendosi una tale considerazione sufficiente per esentare la pubblica accusa dall'onere di provare ogni elemento dell'imputazione¹⁴⁶.

Il confronto tra queste posizioni non vale soltanto come segnalazione di un'occorrenza *anche* straniera delle discrasie tra dottrina e giurisprudenza, fin troppo familiari alle nostre latitudini. Da esso crediamo di poter trarre anche un'utile tematizzazione del principio di precauzione in ambito penalistico e, con essa, qualche riflessione conclusiva in merito a una sua possibile lettura sul terreno politico-criminale e dogmatico.

¹⁴⁴ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 76.

¹⁴⁵ Cfr. D. STUART, *Wholesale Travel: Presuming Guilt for Regulatory Offences is Constitutional but Wrong*, (1992), 8 C.R. (4th), pp. 225, 228-229, ripreso adesivamente da PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., pp. 74 ss.

¹⁴⁶ Come si ricorda nel medesimo contesto, «il guaio di simili argomenti a favore di scorciatoie nell'applicazione della legge è che potrebbero essere adottati a giustificazione di un'inversione dell'onere della prova per qualsiasi reato». Cfr. STUART, *Wholesale Travel*, cit., p. 229 (ripreso da PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 75, nota 40), anche richiamandosi a un'osservazione del giudice Dickson in una sentenza decisa dalla Corte Suprema del Canada (nel caso *Strasser v. Roberge* (1979), 50 C.C.C. (2d) 129 at 139).

4. La questione dell'accesso alle informazioni sui rischi

Volendo impostare un primo bilancio delle considerazioni svolte fin qui e azzardare qualche spunto ricostruttivo, ispirato peraltro da una materia e da un dibattito indubbiamente complessi e dai confini incerti, mobili e magmatici, la mia idea è che esista una generale incompatibilità del principio di precauzione con i criteri *retrospettivi* propri della responsabilità penale e, soprattutto, con la correlativa necessità di appoggiare quest'ultima su un sufficiente livello di certezza dei pericoli: requisito da cui, per definizione, l'idea di precauzione tende a prescindere¹⁴⁷. Lo stesso essenziale parametro di imputazione costituito dalla "realizzazione del rischio" non appare praticabile in rapporto al rischio meramente o comunque tendenzialmente congetturale preso in considerazione dal principio di precauzione per delineare la regola di condotta.

In questo senso non mi pare di poter condividere la piana trasposizione del principio sul terreno penalistico compiuta dalla sentenza d'Appello nel noto caso del Petrolchimico di Porto Marghera. Facendo ricorso alla c.d. *default option*, i giudici hanno attribuito rilevanza penale al semplice sospetto, anche indistinto, della possibile cancerogenicità della sostanza, fondando la responsabilità sul riscontro che l'agente non abbia regolato la propria condotta tenendo conto di questa caratteristica, almeno fino a quando non fosse stata acquisita, questa volta scientificamente, la prova del contrario¹⁴⁸. E ciò, si veda bene, nell'esercizio di un'attività autorizzata e, quindi, riconducibile a quello che viene detto un ambito di "rischio consentito".

A qualche livello, peraltro, ritengo che il principio di precauzione possa venire valorizzato anche sul terreno penalistico attingendo soprattutto al significato che esso assume in collegamento con altri principi ispiratori delle politiche pubbliche in materia ambientale e, soprattutto, codificati in importanti atti normativi comunitari e internazionali.

Si è visto in particolare come il principio di precauzione in molti inquadra-

¹⁴⁷ Cfr. in quest senso, di recente, A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p. 565, che rileva come in questi casi l'evento sia indeterminabile *ex ante* e si definisca solo *a posteriori*, spesso nelle forme dell'aumento del rischio, divenendo oggetto di rimprovero per la violazione di regole cautelari o, propriamente, cautelative. Ravvisa invece questa potenzialità del principio, C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., spec. p. 1771 ss.

¹⁴⁸ Cfr. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., p. 1694: «è una logica che si coniuga perfettamente con la svelata natura ultraprudenziale e profilattica della regola comportamentale: ci si ispira al principio di precauzione, offrendone però una lettura temporalmente decontestualizzata e strutturalmente fuorviante».

menti e nello stesso Trattato che istituisce la Comunità europea sia associato, oltre che al «principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente», al principio del «chi inquina paga», in base al quale i costi dell'inquinamento ambientale non devono essere sostenuti dal sistema sociale nel suo complesso (la massa dei contribuenti), bensì da quel sottosistema costituito dai soggetti che ne siano considerati «responsabili» in quanto intervenuti nella catena causale del danno (*Verursacherprinzip*)¹⁴⁹. La vicinanza di queste due fondamentali enunciazioni nel campo della tutela ambientale le costituisce in endiadi e determina un'inevitabile traslazione bidirezionale dei rispettivi significati.

Una prima fondamentale considerazione che nasce da un tale accoppiamento è che quanto più lontano dalla fonte di inquinamento interviene la «cautela», tanto più difficile sarà un'applicazione coerente dello stesso principio «chi inquina paga», vista l'impossibilità, a quella distanza, di eliminare del tutto le conseguenze dannose e di quantificare i costi. Una tale distanza impedirà dunque di porre a carico del «sistema sociale nel suo complesso» almeno una parte del danno prodotto. Per converso, quanto più rigorosamente venga applicato il principio di precauzione (e, quindi, quanto più vicino alla fonte e quanto più anticipatamente si sia intervenuti in via cautelativa), tanto meglio gli interventi *ex-post* sulla situazione danneggiata riusciranno a realizzarne un soddisfacente ripristino e, si veda bene, anche con minori costi per lo stesso inquinatore, visto che le misure preventive più anticipate tendono a essere meno gravose degli oneri di risanamento successivi.

Una lettura comune dei due principi va dunque nel senso di richiedere interventi che, proprio per anticipare la verifica del danno e per facilitare e rendere meno oneroso il ristabilimento della situazione compromessa, dovrebbero essere il più possibile *vicini* alla fonte del pericolo¹⁵⁰. Secondo una tale lettura, la prescrizione che impone di prefigurarsi le conseguenze più sfavorevoli della condotta e, in ragione di ciò, di astenersi, nasce dall'identificazione di una situazione almeno inizialmente posta entro la sfera di controllo dell'agente («chi inquina»), il quale soltanto, grazie a una tale posizione, si troverà nella condizione di arrestarne o contenerne gli sviluppi dannosi, con ciò riducendo i costi del ripristino per sé («...paga») e per la collettività.

Analoga del resto può apparire l'impostazione di alcune letture restrittive del principio di precauzione, che ne ravvisano la pertinenza solo per il con-

¹⁴⁹ KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 189 ss.

¹⁵⁰ KOEHLIN, *Das Vorsorgeprinzip*, cit., p. 48.

trollo (e dunque la presa in considerazione negli sforzi preventivi) dei rischi di danni irreversibili¹⁵¹, visto che l'irreversibilità del danno non si manifesta fin dall'inizio, ma subentra quasi sempre in una certa fase della catena causale, allorché il meccanismo di produzione dell'evento comincia ad andare, letteralmente, "fuori controllo".

Sul terreno penalistico, dunque, la lettura del principio di precauzione congiuntamente al principio del «chi inquina paga» vale innanzi tutto a rimarcare l'ovvio dato di fatto per cui la risposta punitiva, applicata *dopo che* un accadimento si è prodotto, tanto più se (come non di rado accade in campo ambientale) foriero di conseguenze devastanti e irreparabili, è ancor più insufficiente del rimedio risarcitorio apprestato in campo civile a riequilibrare il danno prodotto e ripristinare la situazione *quo ante*. Resta semmai da riflettere sulle implicazioni di questa visione integrata di due criteri-guida delle politiche e legislazioni in materia ambientale a orientare un rimprovero e, quindi, un giudizio di colpevolezza personale, sulla base del fatto che l'agente abbia cagionato un'offesa ai beni giuridici protetti non avendo sfruttato il *plus* di conoscenze e di possibilità di azione connesso appunto alla sua *vicinanza* rispetto alla fonte del pericolo.

Come sottolineato dalla dottrina in materia di reato omissivo improprio, specialmente nella definizione delle c.d. posizioni di garanzia che si estrinsecano in obblighi di controllo di una fonte di pericolo¹⁵², derivanti «anzitutto dalla presenza di un potere di organizzazione o di disposizione relativo a cose o situazioni potenzialmente pericolose» che si collocano nella «sfera di appartenenza» di certi soggetti, le «fonti di pericolo» (ossia gli agenti cui si deve l'immissione di situazioni pericolose nell'ambiente), sono in genere quelle che dispongono delle maggiori conoscenze sul pericolo stesso (o almeno di alcune delle conoscenze indispensabili per la sua comprensione) e sono tendenzialmente (anche se non esclusivamente) le più idonee ad attivare in modo efficace e tempestivo le necessarie cautele preventive (pur non essendo spesso in grado di controllare con i propri soli mezzi preventivi i rischi generati).

¹⁵¹ Cfr. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Pace Environmental Law Review*, cit., pp. 12ss. «My suggestion is, if there's an irreversible harm on the one side and a reversible one on the other, we should pay the extra amount to protect ourselves against the irreversible harm. This is just to describe a narrow version of the precautionary principle. Let's call it the Irreversible Harm Precautionary Principle, which doesn't run afoul of the problem of incoherence, which doesn't depend on any selectivity in human minds, depending on whether examples are evident».

¹⁵² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004³, p. 386 ss.

Non destituita di fondamento (e anzi corroborata da un'ampio corredo di dati e riflessioni empirico-criminologiche nel campo del *white collar crime*)¹⁵³ appare del resto l'asserzione, già ricordata, della Corte Suprema canadese in merito al «dominio sulla prova della colpa» solitamente «nelle mani dell'imputato», con la conseguente difficoltà per la pubblica accusa di pervenire a una condanna in questo campo di attività

Ecco allora che l'interesse penalistico del principio di precauzione può risiedere principalmente nella sua attitudine a conferire rilievo al differenziale di conoscenza, alla signoria esclusiva sulle situazioni pregne di rischio di cui disponga chi intraprenda, specie se in forma organizzata, certe attività produttive aventi un potenziale impatto sui beni giuridici. Non sarà di per sé dunque la prospettabilità di rischi che potrà generare un dovere all'astensione dalla condotta pericolosa (e correlativamente un'imputazione di eventi non meglio descritti che se ne possano considerare, problematicamente, la «realizzazione»), almeno laddove la condotta possa iscriversi nell'alveo di rischi «autorizzati», bensì un insieme di elementi più complessi scaturenti dal confronto tra i livelli di conoscenza di cui disponeva l'agente *al momento del fatto* e di quelli a (o messi a) disposizione delle istanze *lato sensu* pubbliche.

Alla luce delle considerazioni precedenti, il soggetto agente, nell'atto di intraprendere e di proseguire un'attività in relazione alla quale siano prospettabili dei rischi a carico di beni giuridici, viene gravato del dovere di diffusione delle proprie conoscenze *lato sensu* preventive, esponendosi a una qualche forma di rimprovero in caso di eventi dannosi (pur in conseguenza di attività autorizzate e, dunque, di rischi originariamente «consentiti») la cui verifica possa essere ricondotta a un *deficit* di conoscenze cautelari in capo alle istanze di controllo evitabile da parte del soggetto.

Si è già richiamata l'attenzione su affermazioni centrali contenute nella *Comunicazione* della Commissione in materia di precauzione, quali quelle sull'esigenza «di seguire procedure quanto più possibile trasparenti e di coin-

¹⁵³ In particolare con riferimento alla sterminata letteratura che documenta la difficoltà di rilevamento e repressione dei *white collar crimes*, sia per la complessità e sofisticazione delle pratiche illecite, sia per il carattere collettivo o superindividuale dei beni colpiti, tale da determinare una volatilizzazione della qualità di vittima, nonché una anonimità delle strutture comunicative e, con esse, uno sfumare o annullarsi del tutto delle occasioni o incentivi alla denuncia. Per limitarsi solo a qualche essenzialissimo riferimento, v. E. H. SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, trad. it., *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, a cura di G. Forti, Milano, 1987, p. 70; H. CROALL, *White-collar crime*, Philadelphia 1994, pp. 12-15; M. PUNCH, *Dirty business*, London 1996, pp. 257-258.

volgere, in una fase quanto più possibile precoce, tutte le parti interessate»¹⁵⁴ e sulla possibilità che le misure basate sul principio di precauzione possano «stabilire una responsabilità in materia di produzione delle prove scientifiche necessarie ad una valutazione del rischio completa»¹⁵⁵.

Si potrebbe parlare di una istituzionalizzazione dell'attività svolta da soggetti economici dotati di particolari risorse conoscitive e operative, finalizzata a rendere possibile un più ampio accesso alle informazioni in materia di rischi e al loro controllo. Essa può trovare cornice giuridica adeguata innanzi tutto nei noti enunciati costituzionali inerenti all'iniziativa economica (art. 41) e alla proprietà (art. 42), avendo però ben presente come, in un' «economia delle reti» qual è quella da cui sempre più siamo attornati, la proprietà sia progressivamente sostituita dall'accesso¹⁵⁶, ed è dunque in relazione anche (o soprattutto) a questa entità che occorre (ri) pensare le condizioni che la rendano possibile «a tutti», e che ne «assicurino» la «funzione sociale»

Le due centrali affermazioni messe in luce nella *Comunicazione* sembrano inoltre porsi allo sbocco di quel recente assetto dei rapporti tra cittadini e Stato per il quale, soprattutto, si rinvergono ormai molteplici correlati di disciplina, anche in ambito penalistico, nei termini di un passaggio dallo *Stato imprenditore* allo *Stato regolatore* post-keynesiano¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Cfr. *Comunicazione*, cit. in calce al punto 6.2.

¹⁵⁵ Cfr. *Comunicazione*, cit. in calce al punto 6.4.

¹⁵⁶ Cfr. J. RIFKIN, *The Age of Access*, trad.it., *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2001, p. 7: «in un'economia delle reti, è più facile che sia negoziato l'accesso a una proprietà fisica o intellettuale, piuttosto che venga scambiata la proprietà stessa. Così, nel processo economico, la proprietà del capitale fisico – un tempo fondamento della civiltà industriale – diventa sempre meno rilevante. Anzi, è probabile che sia considerata dalle aziende un mero costo operativo più che un patrimonio; qualcosa da prendere a prestito più che da possedere. È il capitale intellettuale la forza dominante, l'elemento più ambito della nuova era. Nella *new economy* sono le idee, i concetti, le immagini – non le cose – i componenti fondanti il valore. Ed è necessario sottolineare che il capitale intellettuale raramente viene scambiato; rimane, invece, in possesso del fornitore, il quale lo noleggia o ne autorizza un uso limitato da parte di terzi».

¹⁵⁷ Cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, pp. 455-456, che ricorda come questa evoluzione abbia ridisegnato «il baricentro dell'intervento pubblico: dal controllo, *ieri*, dei *fini* dell'attività economica pubblica e privata, che ha storicamente prodotto i suoi più significativi riflessi penali nella valorizzazione (in Italia) di figure come il peculato per distrazione (nella sua versione giurisprudenziale di delitto economico)... al controllo, *oggi* (ed ancor più *domani*), delle *regole del gioco* attraverso "autorità amministrative indipendenti" (o "poteri pubblici indipendenti"), con un conseguente crescente impiego del diritto penale nei termini di uno strumento diffuso ed integrato di *tutela di secondo grado* del bene giuridico "istituzionale" (i poteri dell'autorità); ma anche con la necessità di

Si tratta di un'evoluzione che dà storica attuazione all'idea hayekiana (e tar-do-foucaultiana)¹⁵⁸ secondo cui la complessità delle economie e del mercato impedirebbe allo Stato centrale di avere un'adeguata conoscenza locale e, dunque, di intervenire efficacemente: «la conoscenza delle circostanze di cui dobbiamo fare uso non esiste mai in forma concentrata o integrata, ma solo come insieme di frammenti dispersi di una conoscenza incompleta e spesso contraddittoria che tutti i singoli individui posseggono»¹⁵⁹. Ecco allora che lo "Stato regolatore" alla prese con la "società del rischio" non potrebbe che affidarsi sempre più alla *preventive governance* o, come viene anche detto, al prudenzialismo¹⁶⁰.

In altri termini, il rafforzamento delle istituzioni preposte a garantire l'accesso egualitario all'informazione sarà suggerito tutte le volte in cui l'osservanza delle regole sia soprattutto affidata, come nel contesto post-keynesiano della "seconda modernità", agli stessi attori sociali i quali, a quel punto, rivestiranno una posizione istituzionale che li farà garanti dell'uguaglianza nell'applicazione delle regole e, quindi, dell'*accesso* alle istituzioni.

L'idea post-keynesiana di uno Stato che si ritrae dalla diretta regolazione della vita economico-sociale, incentivando strategie di autodisciplina e *compliance* da parte dei soggetti privati, ha dunque come presupposto cognitivo una migliore conoscenza delle situazioni da parte degli operatori, più prossimi alle situazioni locali. Una tale conoscenza non è indipendente dal quadro istituzionale in cui i soggetti stessi si trovano ad agire, visto che sarà esso a defini-

contribuire direttamente con lo stesso strumento penale alla *definizione di un nucleo minimo di regole di comportamento* degli operatori»

¹⁵⁸ Ricorda questo interesse, negli ultimi scritti di Foucault, per l'evoluzione dello Stato verso un controllo indiretto della vita sociale, anche attraverso lo sviluppo di istituzioni all'interno delle quali gli stessi individui interessati assumessero compiti regolativi, J. BRAITHWAITE, *The new Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *BJC*, 2000, 40, p. 225, spec. con riferimento a M. FOUCAULT, "Governmentality", in R. BURCHALL-C. GORDON-P. MILLER (a cura di), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, London, 1991.

¹⁵⁹ F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, London, 1949, p. 77, come cit. in BRAITHWAITE, *op. cit.*, pp. 230-231. Questa concezione di Hayek conta ben precise matrici di psicologia teorica, espresse ad esempio nell'opera dello stesso von HAYEK, *The Sensory Order. An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology*, trad. it., *L'ordine sensoriale. I fondamenti della psicologia teorica*, Milano, 1990: il riconoscimento di un'intrinseca limitazione della razionalità umana sfocia in una concezione antinduttivistica e fonda la critica, sviluppata in altre opere del pensatore austriaco, a ogni ideale di pianificazione sociale.

¹⁶⁰ Anche questo rilievo è ripreso da BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 227, con rif. a C. SHEARING, *Reinventing Policing: Policing as Governance*, in *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden Baden, 1995.

re l'accesso alle informazioni pertinenti e la capacità di comportarsi concretamente sulla base delle conoscenze possedute. Il ruolo dello Stato (o in generale di un'istanza pubblica, superindividuale), per quanto residuale rispetto alle aggregazioni comunitarie localizzate sul territorio, resta quello di garantire un'eguaglianza di accesso alle risorse innanzi tutto conoscitive. Esso quindi, in una società genuinamente liberale e democratica, non potrà che porsi in antagonismo con quello che è stato detto «l'uso dell'assenza di ordine, cioè del caos, come arma suprema del potere nella sua lotta per il dominio»¹⁶¹, riferibile tanto ai sistemi chiusi delle istituzioni burocratiche, quanto agli squilibri generati da ciò che va sotto il nome di «globalizzazione»¹⁶².

Il ruolo delle istituzioni non è del resto molto dissimile da quello identificato più in generale nella cultura¹⁶³ e, come si è rilevato nell'ambito degli studi

¹⁶¹ Cfr. Z. BAUMAN, *The Individualized Society*, trad. it. *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Bologna, 2002, p. 48, che riprende qui lo studio di Michel Crozier sul "fenomeno burocratico": «La strategia della lotta per il potere consiste nel fare di se stessi l'incognita dei calcoli altrui, impedendo nello stesso tempo agli altri di assumere un ruolo analogo nei propri calcoli. In termini più semplici, ciò significa che il dominio si ottiene da un lato abolendo le regole che limitano la propria libertà di scelta e dall'altro imponendo il massimo possibile di regole restrittive della condotta altrui. Quanto più grande è la mia libertà di manovra, tanto maggiore è il mio potere; quanto più limitata è la mia libertà di scelta, tanto minori sono le mie possibilità di successo nella lotta per il potere. Da questa analisi l'"ordine" emerge come un concetto agonistico ed "essenzialmente contestato". I concetti di ordine variano radicalmente nello stesso contesto sociale; ciò che è ordine per i potenti assomiglia stranamente al caos per i loro sudditi. Nella lotta per il potere è sempre l'altra parte che si desidera rendere più "ordinata" e prevedibile; sono sempre i passi altrui che si vorrebbero vedere ridotti a routine e privati di ogni elemento di contingenza e di sorpresa, mentre ci si riserva il diritto di ignorare la routine e di procedere in maniera stravagante. Data la lotta per il potere, il processo di costruzione dell'ordine deve essere conflittuale».

¹⁶² BAUMAN, *loc.op.ult.cit.*

¹⁶³ Cfr. ad es. BAUMAN, *La società individualizzata*, cit., p. 46: «La manipolazione delle probabilità, e di conseguenza l'evocazione dell'ordine dal caos, è il miracolo che la cultura compie ogni giorno. Più esattamente: chiamiamo "cultura" il compimento routinario di questo miracolo. Parliamo di "crisi culturale" se la routine viene contestata e violata tanto spesso da non apparire più affidabile, per non dire scontata». Cfr. anche D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, trad. it., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994, p. 51: «Le istituzioni sorgono per ridurre l'incertezza presente nei rapporti tra gli uomini. [...] Le incertezze nascono dall'incompletezza dell'informazione sui comportamenti degli altri. I limiti di calcolo individuali sono determinati dalla incapacità della mente umana di trattare, organizzare e utilizzare le informazioni. Per far fronte a questa incapacità e per superare le incertezze conseguenti alla difficoltà di conoscere e rapportarsi all'ambiente si sviluppano regole e procedure che semplificano il processo. Il contesto istituzionale che ne consegue, forzando i rapporti tra gli uomini in una struttura rigida, limita il loro campo di scelta».

economici più sensibili ai profili, appunto, istituzionali¹⁶⁴, la stessa crescita non può essere fatta dipendere solo da fattori di stabilità macroeconomica, richiedendosi altresì un sistema di diritti chiaramente definiti e concretamente tutelati, meccanismi regolativi della concorrenza sensibili anche alle tenuta etica degli operatori, un minimo di coesione sociale, istituzioni politicamente legittimate in grado di incanalare i conflitti sociali e, in generale, un adeguato livello di legalità e di responsabilità del potere pubblico¹⁶⁵. Ed è particolarmente interessante al riguardo il rilievo di come la qualità delle istituzioni e dunque la loro capacità di realizzare gli scopi che ne hanno ispirato la creazione, non dipenda soltanto dal modo in cui esse sono concepite e strutturate, ma anche dalla misura in cui le comunità vi hanno concretamente accesso¹⁶⁶. Senza una sorveglianza delle reali possibilità di «accesso» alle varie fasi delle procedure decisionali, anche le politiche economiche meglio impostate sono destinate al fallimento, come ormai hanno compreso anche le grandi istituzioni bancarie internazionali¹⁶⁷, con ciò mostrando di apprezzare il rapporto tra

¹⁶⁴ Cfr. spec. NORTH, *Istituzioni*, cit.; ID., *Epilogue: economic performance through time*, in L.J.ALSTON-T.EGGERTSSON-D.C.NORTH (a cura di), *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, 1996, pp. 342-355, nonché gli altri saggi contenuti in questo volume.

¹⁶⁵ Specie con riferimento alle politiche di sviluppo nei confronti dei paesi poveri, anche in considerazione dei numerosi fallimenti che ne hanno caratterizzato gli esiti, in Asia come in America Latina, si sottolinea dunque come la liberalizzazione dei mercati non possa andare disgiunta da una rigorosa regolazione e, soprattutto, da un efficace controllo del sistema finanziario: più in generale dallo sviluppo di quello che viene detto il «capitale sociale» di un paese. Cfr. G. KOCHENDÖRFER-L.e K. VAN DE SAND, *Institutional Development Should Supersede the Conventional Project Approach!*, in *Earth Times News Service*, 24 agosto 2000.

¹⁶⁶ «Le istituzioni non dovrebbero essere considerate in isolamento dai soggetti che ne fruiscono o che ci si aspetta le utilizzino, dall'istruzione, esperienza e competenza di questi soggetti o dalle informazioni di cui essi dispongono», fattori necessariamente influenzati dalla cultura, dalle regole e dai valori propri della società o del gruppo. Accade così che, «per un caratteristico effetto di retroazione, anche il sistema legale meglio concepito non potrà conseguire i suoi obiettivi se non troverà applicazione o se solo certi gruppi sociali vi avranno accesso»: KOCHENDÖRFER-VAN DE SAND, *op. loc. cit.* Con riferimento ai progetti nei confronti dei paesi poveri, nel medesimo documento, si prende atto di come per troppo tempo le politiche di sviluppo si siano basate sulla semplice relazione lineare tra scarsità di risorse e povertà, trascurando l'importanza dell'accesso alle risorse, siano esse materiali, produttive, finanziarie, commerciali, tecniche, formative o conoscitive. Viceversa, lo sviluppo appare sempre più come una «sequenza di processi aperti e correlati», che tenti di conciliare gli interessi dei diversi gruppi sociali in competizione tra loro su una base di equità e, quindi, grazie a istituzioni che definiscano le regole, condizioni e modalità di accesso alle risorse.

¹⁶⁷ Si veda, significativamente, il *World Development Report 1999/2000*, «Entering the 21st Century», New York, 2000, della Banca mondiale, nel quale tra l'altro si sottolinea l'importanza dei «processi» non meno che delle politiche perseguite: «Outcomes of policies based on con-

cultura ed economia e l'importanza di una economia forte come prerequisito fondamentale per lo sviluppo economico, «e non viceversa»¹⁶⁸.

Da questa accentuazione del ruolo cognitivo delle istituzioni e, quindi, delle regole, ossia dell'insieme di vincoli formali (norme, leggi, costituzioni) e informali (regole di condotta, convenzioni e codici di autoregolamentazione) al comportamento umano, nonché delle modalità della loro applicazione¹⁶⁹, deriva peraltro la necessità di differenziare due ben distinti livelli istituzionali.

Un primo livello è quello, appunto, generalmente regolativo, che contribuisce a togliere incertezza, visti «i limiti della mente nel trattamento delle informazioni» sia per la complessità dei problemi, sia per i limiti di disponibilità da parte degli individui «del software necessario per la loro soluzione»¹⁷⁰.

Da questo livello regolativo proprio di gran parte delle istituzioni, occorre peraltro distinguere un alveo più ristretto di regole primarie il cui ruolo è di tutelare il livello di conoscenze e *capacità*¹⁷¹ minime degli attori sociali neces-

sensual, participatory, and transparent processes are more easily sustained. Institutions of good governance that embody such processes are critical for development and should encompass partnerships among all elements of civil society» (p. 14). «A solid foundation of effective organizations and enabling institutions is a necessary precondition to development. In this context “institutions” are sets of rules governing the actions of individuals and organizations, and the interaction of all relevant parties and the negotiations among the participants. Specifically, countries need institutions that strengthen organizations and promote good governance, whether through laws and regulations or by coordinating the actions of many players, as international treaties and public-private partnerships do. Rule-based processes increase the transparency of policies designed to create desired outcomes and of organizations used to implement them» (p.3).

¹⁶⁸ Cfr. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, cit., pp. 325-326.

¹⁶⁹ NORTH, *Epilogue*, cit., p. 344. Cfr. in senso analogo *World Development Report 1999/2000*, cit., p. 23 dove il concetto di “istituzione” viene assunto come coincidente con quello di “regole”, siano esse di natura formale (costituzioni, leggi, regolamenti e contratti) o informale (valori e norme sociali): «le istituzioni al contempo permettono e limitano le azioni di individui e organizzazioni». «Le stesse organizzazioni sono caratterizzate da regole interne, che definiscono per i rispettivi appartenenti le condizioni di eleggibilità, responsabilità, sanzioni e ricompense. L'efficacia e la fedeltà con cui i membri dell'organizzazione ne perseguono gli obiettivi dipendono da queste regole» (p. 23)

¹⁷⁰ NORTH, *Istituzioni*, cit., p. 51.

¹⁷¹ Un approccio ai problemi sociali basato sulle capacità, anziché sulle risorse, richiama soprattutto il pensiero di M.C. Nussbaum che, muovendo da una prospettiva filosofica di “liberalismo neo-aristotelico”, misura la qualità della vita offerta da una società sulla capacità di essere e di fare delle persone che vi vivono, sul livello di riconoscimento della loro dignità e sulla possibilità per esse di compiere le loro scelte nella concretezza delle situazioni particolari. Distanziandosi dal punto di vista kantiano di Rawls, la Nussbaum insiste dunque su una teoria della giustizia nella quale le parti contraenti non siano necessariamente soggetti «adulti e capaci», come è impli-

sario per permetterne l'accesso alle istituzioni allargate. È a questo livello che si riferiscono, tra le altre, recenti, significative asserzioni di principio in materia di politica di sviluppo secondo cui «per alleviare la povertà occorre mettere mano a quelle strutture che limitano lo sviluppo e causano povertà»: a quelle istituzioni che i gruppi sociali svantaggiati possano «utilizzare per affermare i propri interessi, e per organizzare l'accesso alle risorse, in quanto esse li “abilitano” a “partecipare alla definizione delle regole che determinano le loro esistenze”, e che assumono portata non solo locale ma nazionale»¹⁷².

Un tale dettame assume rilievo anche per i sistemi economico-sociali “avanzati” ove anche in questi, secondo una tendenza ampiamente osservata dai più acuti analisti della globalizzazione, si pongano massicci problemi di accesso differenziato alle risorse e alle istituzioni. La riflessione si innesta dunque necessariamente sul riscontro dei nuovi equilibri che caratterizzano, nelle società della “seconda modernità”¹⁷³, i rapporti tra Stato e comunità sociale. Ciò tanto più prendendo atto di come pur avanzatissimi sistemi di regolamentazione del rischio¹⁷⁴, con l'affermarsi di ideologie neo-liberali e, quindi, di politiche di *deregulation*, vedano fortemente ridotte le loro potenzialità di intervento a causa di pesanti contrazioni di *budget*¹⁷⁵.

In quello che è stato definito il «“nuovo disordine mondiale” detto “globalizzazione”», si è prodotto «un effetto autenticamente rivoluzionario: *la svalutazione dell'ordine in quanto tale*: «nel mondo che si va globalizzando *l'ordine diventa l'indice dell'impotenza e della subordinazione*»¹⁷⁶. Interessante è del resto rilevare come questa portata “deistituzionalizzante” del fenomeno della globalizzazione assuma le sembianze di un'erosione di quella «forma or-

cito nell'idea di un «contratto funzionale al reciproco vantaggio», ma comprenda «le forme più estreme di bisogno e di dipendenza di cui gli esseri umani possono fare esperienza»: «le cure per i bambini, gli anziani e le persone con handicap fisici o psichici sono una parte significativa del lavoro che è necessario fare in ogni società; inoltre, nella maggior parte delle società, esse sono fonte di ingiustizie. Una qualunque teoria della giustizia ha bisogno di pensare a questi problemi sin dall'inizio, nella pianificazione delle istituzioni di base» (M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002, p. 37; v. anche, *ivi*, *l'Introduzione* di C. Saraceno, pp. 7-23).

¹⁷² KOCHENDÖRFER-VAN DE SAND, *op. loc. cit.*

¹⁷³ L'espressione è del sociologo Ulrich Beck, che la preferisce a “post-modernità”: «del resto questa parolina, *post*, è il bastone da ciechi degli intellettuali. essi chiedono soltanto cosa non succede più, non *che cosa avviene*» (U. BECK, *Freiheit oder Kapitalismus. Gesellschaft neu denken*, trad. it., *Libertà o capitalismo?*, Roma, 2001, p. 19).

¹⁷⁴ Cfr., *infra*, il § 6.

¹⁷⁵ Cfr. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 408.

¹⁷⁶ BAUMAN, *La società individualizzata*, cit., p. 49.

todossa di comunità» che è «costruita attorno al nucleo di una densa ragnatela di interazioni frequenti e durevoli che sono fondamentali per un investimento di fiducia a lungo termine»¹⁷⁷. Non a caso è lo stesso approccio economico cognitivo-istituzionale a porre l'accento, richiamandosi a von Hayek (uno dei campioni più sbandierati dalle odierne politiche neoliberali)¹⁷⁸, sulla specifica temporalità che si annette alle istituzioni e alla cultura, che sono il frutto dell'«apprendimento collettivo», ossia dell'esperienza incarnata nel linguaggio, nelle istituzioni, nella tecnologia trasmessa nel tempo da generazione a generazione; soprattutto, sottolineando come la moderna crescita economica sia puntellata dagli incentivi ad acquisire una conoscenza pura, incentivi a loro volta «incarnati da sistemi di credenze espressi nelle istituzioni».

In sintesi. L'evoluzione post-keynesiana dello Stato e il contrarsi dei meccanismi regolativi dell'economia sembra traducibile fundamentalmente in doveri a carico delle politiche pubbliche di strutturarsi sotto forma di «politiche abilitanti»¹⁷⁹.

Nella stessa direzione ci pare si muovano alcune delle più attente riflessioni dedicate alla discrezionalità pubblica, orientate a criticare la visione razionalistica e meccanicistica dei processi decisionali. Riflessioni che, per il miglioramento della amministrazione del *welfare*, suggeriscono di porre l'accento più che su una definizione formale dei diritti di aggiudicazione, sul potenziamento delle procedure informali che precedono o sostituiscono l'aggiudicazione stessa¹⁸⁰. Ciò innanzi tutto perché la maggior parte delle decisioni formalizzate e giuridiche tende ad avere un esito binario: «anche se il mondo non è un posto semplice, il diritto richiede che i problemi sociali vengano trattati con il rigore della logica binaria: si è «coniugati» oppure no; si è membri della famiglia oppure no; «disoccupati» o no, anche se spesso le persone hanno difficoltà a servirsi di designazioni così nette» e l'effetto è, a volte, che i decisori debbano adottare scelte di compromesso¹⁸¹. Una nozione formale di giustizia è persuasiva nel campo degli scambi tra individui, ma lo è meno nelle questio-

¹⁷⁷ BAUMAN, *La società individualizzata*, cit., p. 53. Qui Bauman si richiama a un noto lavoro di Richard Sennett (*The Corrosion of Character*, trad. it., *L'uomo flessibile*, Milano, 2001): «Basta col lungo termine» è un principio che corrode la fiducia, la lealtà e la dedizione reciproca» (*ivi*, p. 22).

¹⁷⁸ Cfr. NORTH, *Epilogue*, cit., p. 349, con rif. a F.A. von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1960, p. 27.

¹⁷⁹ Cfr., con riferimento al pensiero di M. Nussbaum, SARACENO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁰ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 587.

¹⁸¹ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., pp. 585-586.

ni di governo e distribuzione¹⁸², visto che molte questioni di interesse pubblico sono più «policentriche»¹⁸³ che suscettibili di risposte binarie. In questi casi «interagiscono molti fattori che tolgono il terreno sotto i piedi dei giuristi», rendendo meno appropriate le decisioni basate su criteri di razionalità strumentale che su una ponderazione dei valori in gioco.

Inoltre, ogni decisione deve necessariamente selezionare un novero di «fatti rilevanti» che per lo più sono «il prodotto di complessi processi legali e organizzativi nei quali la realtà viene costruita e decostruita socialmente»¹⁸⁴ e sulla quale, come nella definizione dei regimi di regolazione del rischio, hanno influenza gli interessi organizzati¹⁸⁵. Spesso, dunque, è il modo in cui viene fornita una certa informazione al decisore che ne condiziona le scelte¹⁸⁶. Le considerazioni sviluppate in merito all'influenza delle varie «euristiche» sulla stessa applicazione selettiva del principio di precauzione a certi rischi e non ad altri esprime la medesima logica.

Ben più produttivo, dunque, di una rigorosa formalizzazione e regolamentazione delle condotte¹⁸⁷, sarebbe, anche in campo penale, condurre uno sforzo di chiarimento sui valori o interessi e sulla loro gerarchia. «Le questioni primarie da affrontare nel considerare un potere discrezionale dovrebbero essere di natu-

¹⁸² BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 591, con rif. a R.M. UNGER, *Law in Modern Society*, New York, 1976, p. 65.

¹⁸³ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 591, che cita: M. POLANYI, *The Logic of Liberty*, London, 1951; P. WEILER, *Two Models of Judicial Decision-making*, 46, *Can. Bar. Rev.*, 1968, p. 406; L. FULLER, *The Morality of Law*², New Haven, 1965; J. L. JOWELL, *The Legal Control of Administrative Discretion*, in *Public Law*, 1973, pp. 213-214.

¹⁸⁴ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 581.

¹⁸⁵ Cfr. in argomento HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 112 ss.

¹⁸⁶ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 584, così ben diversa potrebbe essere la decisione giudiziale sulla revoca della messa alla prova a seconda che nel suo rapporto il *probation officer* scriva «si è ubriacato recentemente, ma ha proseguito bene nel lavoro», o invece «ha proseguito bene nel lavoro, ma si è ubriacato di recente».

¹⁸⁷ Cfr. BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 594: «Si può ad esempio sostenere che il controllo delle pratiche di *stop and searches* della polizia possa essere realizzato con maggiore efficienza rendendo la polizia responsabile nei confronti delle comunità locali piuttosto che strutturandone la discrezionalità con regole dettagliate che pochi agenti ricorderebbero e ancor meno applicherebbero come criteri operativi. Basarsi sulle regole invece che sulla responsabilità vuol dire conferire un'ingiustificata priorità a un tipo particolare di meccanismi di controllo». Come esempio di eccesso di regolamentazione che non ha favorito l'adozione di pratiche corrette è menzionata la disciplina inglese dei pesticidi in agricoltura: v. B. WYNNE, *Frameworks of Rationality in Risk Management: Toward the Testing of Naïve Sociology*, in J. BROWN (a cura di), *Environmental Threats*, London, 1989, come ripreso da HOOD E ALTRI, *The Government of Risk*, cit., p. 15.

ra politica: quali valori vanno promossi? Che tipo di responsabilità (*accountability*) dovrebbe essere perseguita? Quali sono i concetti di giustizia appropriati e come andrebbero risolte le tensioni tra gli stessi? Quale livello di inefficienza dovrebbe essere sopportato nell'interesse delle percezioni di correttezza (*fairness*) e trasparenza (*openness*)? Che cosa può essere ottenuto con il ricorso a sistemi di controllo legali, rispetto a quelli amministrativi o di altro tipo?»¹⁸⁸.

Nel campo della gestione dei rischi, ci pare iscritto nel medesimo contesto di riflessione quanto asserito in merito alla natura di decisione sociale della scelta di una condotta prudentiale (ad es. basata sul criterio *maximin*) oppure di massimizzazione dell'utilità attesa, visto che non si ha diritto di «usare l'utilità attesa per assumere decisioni efficienti e vantaggiose che riguardano *gli altri*, poiché la massimizzazione dell'utilità, o anche un'utilità media, potrebbe violare diritti e doveri» e la definizione del rischio deve essere «giustificabile *democraticamente*», richiedendo una «norma etica che tenga conto della giustizia nel *processo* di distribuzione (per esempio, se le potenziali vittime esercitano un consenso libero ed informato al rischio) e non solo dei *risultati*»¹⁸⁹.

5. Precauzione e astrazione del pericolo

Quali, in sintesi, i ridotti ambiti di rilevanza che, almeno sulla base delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti e naturalmente senza alcuna pretesa di completezza, potrebbero essere riconosciuti al principio di precauzione sul terreno giuridico-penale?

C'è innanzi tutto il profilo su cui anche la dottrina penalistica italiana che si occupata del tema ha richiamato l'attenzione e che è messo in luce dalla stessa dottrina canadese a commento (e critica) degli orientamenti della giurisprudenza civile e penale di quel paese. Con riferimento alla casistica esaminata in precedenza, si è proposta l'introduzione, nel *Fisheries Act*, di una disposizione avente il seguente tenore: «nessuno deve immettere sostanze *estranee* di qualsiasi tipo in acque popolate da pesci, a meno che la sostanza sia specificamente

¹⁸⁸ BALDWIN - HAWKINS, *Discretionary Justice*, cit., p. 589.

¹⁸⁹ K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Risk and Rationality. Philosophical Foundation for Populist Reforms*, trad. it., *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, 1993, p. 152. Questi rilievi sono ripresi e sviluppati, anche nell'ambito di una proposta di regolamentazione dei rischi tecnologici affidata ad agenzie, da: STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 389ss., 578 ss.; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 399 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti e approfondimenti.

approvata»¹⁹⁰. Una previsione del genere esprimerebbe in effetti un divieto tanto ampio quanto chiaro: sostanze che non si trovano normalmente nelle acque sono interdette a meno che siano autorizzate *prima* della loro immissione. Con essa, si dice, verrebbe esclusa un'applicazione "retrospettiva" del principio di precauzione, alleggerendo i privati dall'onere di una difficile indagine e valutazione in materia, posta invece a carico delle istituzioni pubbliche, le sole che dovrebbero essere (e mettersi) in grado di farvi fronte.

Certo si tratta di una formulazione che affida all'autorità la perimetrazione dell'ambito del rischio consentito e rispecchierebbe, per usare il lessico nostrano, il modello dei «veri» reati di pericolo astratto¹⁹¹ il quale, sebbene accettato in larga maggioranza dalla dottrina penalistica, non manca di suscitare consistenti ragioni di perplessità¹⁹²: «la discussione scientifica in argomento non è ancora pervenuta a risultati generalmente accettati»¹⁹³. Non è questa la sede per riprendere un tale complesso dibattito, al quale ritengo peraltro si potrebbe mettere mano più produttivamente dopo una preliminare riflessione e, probabilmente, rielaborazione, dell'ormai estenuata teoria e nozione del bene giuridico, la quale, almeno nella sua tradizionale e consolidata configurazione, ha forse esaurito in gran parte l'attitudine a orientare efficacemente il lavoro dogmatico e politico-criminale¹⁹⁴.

Ammessa la cittadinanza di queste fattispecie nell'ordinamento penale, resta comunque la necessità di una loro aderenza al limite della ragionevolezza¹⁹⁵, per cui la relativa presunzione del pericolo, oltre che configurarsi quale rimedio a una difficoltà di prova del pericolo concreto¹⁹⁶, non sia irrazionale

¹⁹⁰ PARDY, *Applying the Precautionary Principle to Private Persons*, cit., p. 77.

¹⁹¹ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001, p. 567 ss.

¹⁹² Cfr. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., *passim*, con tutti gli ulteriori riferimenti.

¹⁹³ ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 427, anche con riferimenti ai molteplici tentativi della dottrina tedesca di salvare la compatibilità di questa categoria di delitti spec. con il principio di colpevolezza.

¹⁹⁴ Per qualche accenno in questa direzione, rinviamo ad alcuni nostri scritti, spec.: G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, vol. I, pp. 290 ss.; ID., *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo, in Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, a cura di G. Forti, Milano, 2003, pp. 129 ss.

¹⁹⁵ In tal senso anche la giurisprudenza costituzionale. Cfr. ad es. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2660.

¹⁹⁶ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 343.

o arbitraria¹⁹⁷, ma sottoposta a un controllo di fondatezza empirico-fattuale. Al vincolo per il legislatore, comunemente prospettato in dottrina, di ricorrere a questa tecnica di normazione solo a tutela di beni giuridici di rango primario¹⁹⁸, alcune ulteriori proposte delimitative hanno aggiunto l'introduzione di una previsione che renda possibile all'imputato la prova liberatoria dell'assoluta assenza del pericolo nel caso concreto¹⁹⁹; soluzione peraltro cui, nell'ambito della dottrina tedesca, con varietà di percorsi, si è ritenuto di poter pervenire anche in via interpretativa²⁰⁰.

Alla luce di questi rilievi generali elaborati dalla dottrina penalistica, ci si può interrogare sulla sufficienza – a fondare una valutazione di ragionevolezza delle fattispecie di pericolo astratto introdotte nell'ordinamento – dei criteri elaborati in materia di precauzione e in particolare di quelli che richiedono anche in tale ambito una valutazione del rischio sorretta da adeguato fondamento scientifico.

Per una riflessione in argomento, anch'essa di notevole complessità, ci limitiamo ad attingere utili spunti dalle articolate enunciazioni formulate dal Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee (anche con richiamo a conformi pronunce della Corte di Giustizia), in particolare nelle sentenze dell'11 settembre 2002 sui casi *Alpharma* e *Pfizer*²⁰¹.

¹⁹⁷ Cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso*, cit., p. 569.

¹⁹⁸ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 343, con ampi riferimenti.

¹⁹⁹ Avanza questa ipotesi, sia pure problematicamente in relazione a vasti settori di norme organizzatorie, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 344.

²⁰⁰ Si veda una sintetica rassegna di queste prospettive, in ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 428. Si rileva in particolare la posizione che subordina la punibilità dei reati di pericolo astratto al riscontro di una violazione della diligenza analoga a quella richiesta per i reati colposi, con ciò configurando tali i delitti come fattispecie colpose prive di evento (cfr. E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973, pp. 28, 94 s. e W. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973, p. 126 ss.).

²⁰¹ T-70/99 *Alpharma*. - Caso T-13/99 *Pfizer* in <http://curia.eu.int>. La decisione sul caso Pfizer aveva giudicato del ricorso di quest'ultima società avverso un regolamento del Consiglio – Regolamento (CE) n. 2821/98 – che revocava l'autorizzazione all'uso per l'alimentazione degli animali, insieme ad altri additivi, di un antibiotico, la virginiamicina. La virginiamicina è un antibiotico che appartiene alla famiglia delle streptogramine ed era stato osservato un certo livello di resistenza alla virginiamicina in animali trattati con tale prodotto come promotore di crescita. Altri antibiotici appartenenti a tale famiglia sono impiegati a fini terapeutici per l'uomo. Benché essi fossero all'epoca relativamente poco impiegati in medicina umana, si riteneva potessero rivestire un ruolo importante, anche all'interno della Comunità, nel trattamento delle infezioni provocate in alcuni pazienti da batteri che hanno sviluppato una resistenza ad altri antibiotici, batteri che possono causare infezioni pericolose, in particolare in pazienti ospedalizzati il cui sistema

In esse si è ravvisata, quale premessa all'adozione di ogni misura preventi-

immunitario sia già indebolito. I pazienti infettati da tali batteri erano stati trattati in particolare con un antibiotico, la vancomicina, appartenente ad un'altra famiglia, e si era constatato uno sviluppo crescente della resistenza di tali batteri alla vancomicina. Di conseguenza, la somministrazione di streptogramine avrebbe potuto costituire l'ultima risorsa tra i possibili trattamenti contro le infezioni provocate da tali batteri, almeno fino allo sviluppo e all'immissione nel mercato di altri antibiotici in grado di combattere queste infezioni. Si riteneva dunque che l'efficacia di siffatto trattamento potesse venire ridotta o finanche annullata da un eventuale trasferimento dall'animale all'uomo della resistenza alla virginiamicina e dallo sviluppo nell'uomo di una resistenza incrociata agli altri antibiotici appartenenti alla famiglia delle streptogramine.

Sul ricorso proposto dalla Pfizer, il Tribunale osserva, innanzi tutto (punto 327), «il fatto che uno sviluppo della resistenza agli antibiotici nei batteri in generale e tra gli enterococchi e gli stafilococchi in particolare è stato rilevato a livello mondiale e che esso costituisce una minaccia seria per la salute umana». Inoltre (punti 334-335) «gli esperti scientifici hanno indicato in udienza che la resistenza antimicrobica implica per la sanità pubblica effetti tardivi rilevanti, in quanto essa costituisce un fenomeno praticamente irreversibile e, pertanto, se scompare, ciò avviene solamente molto tempo dopo la cessazione dell'aggiunta dell'antibiotico nell'alimentazione degli animali» e quindi «non si può contestare alle istituzioni comunitarie di aver tenuto conto di tali elementi nella valutazione dei rischi connessi all'impiego della virginiamicina come promotore di crescita», che esse «potevano validamente adottare una posizione prudente e perseguire l'obiettivo di preservare l'efficacia di taluni prodotti in medicina umana, anche se, al momento dell'adozione del regolamento impugnato, questi trovavano scarsa applicazione in tale ambito». A fronte dell'obiezione dei ricorrenti in merito alla possibilità di ricorrere ad antibiotici diversi in caso di osservata resistenza alle streptogramine, il Tribunale rileva (punto 338) che «gli esperti scientifici sentiti a sostegno della posizione delle istituzioni comunitarie hanno sottolineato...che la possibilità di disporre di diversi antibiotici per il trattamento della medesima infezione è di grande importanza nella medicina umana... Pertanto, si deve concludere che...le istituzioni comunitarie potevano validamente reputare necessario di preservare il maggior numero possibile di antibiotici utilizzabili in medicina umana, indipendentemente dall'esistenza di altri prodotti». Analogamente priva di pregio viene ritenuta (punti 339-340) l'osservazione della Pfizer che i batteri resistenti alle streptogramine «sono, in linea di principio, inoffensivi e provocano infezioni unicamente in pazienti con un sistema immunitario già carente, quali i pazienti colpiti dal virus dell'immunodeficienza acquisita (HIV), o coloro che sono in terapia con farmaci immunosoppressori, come i pazienti che hanno subito un trapianto» e, quindi, «potrebbero, in via di principio, essere trattati con altri antibiotici e difficoltà dal punto di vista medico insorgerebbero esclusivamente qualora» tali batteri «avessero già sviluppato una resistenza ad ogni altro antibiotico esistente sul mercato»: replica infatti il Tribunale «che tale argomento non possa in alcun caso far dubitare della fondatezza dell'obiettivo perseguito dalle istituzioni comunitarie, ossia la preservazione dell'efficacia delle streptogramine per il trattamento di tali infezioni. In effetti, si deve rilevare che lo scopo di assicurare una terapia efficace ai pazienti con un sistema immunitario carente e, in particolare, a quelli colpiti dal più grande flagello del nostro tempo, cioè il virus dell'immunodeficienza acquisita (HIV), è conforme all'obiettivo fissato nel Trattato, ossia di garantire un elevato livello di protezione della salute umana. Nello stesso modo, non può essere ragionevolmente contestato che la preservazione dell'efficacia dei medicinali utilizzabili per il trattamento di pazienti che necessitano un livello di prote-

va, «la realizzazione di una valutazione scientifica dei rischi»²⁰², con la necessità, all'uopo, di affidarsi a «pareri scientifici» che, «sulle questioni relative alla salute dei consumatori devono, nell'interesse dei consumatori e dell'industria, fondarsi sui principi dell'eccellenza, dell'indipendenza e della trasparenza»²⁰³. «Nel contesto dell'applicazione del principio di precauzione – che è per definizione un contesto d'incertezza scientifica» – una valutazione dei rischi che assuma come base «prove scientifiche decisive sulla realtà del rischio e sulla gravità dei potenziali effetti nocivi in caso di avveramento di tale rischio»²⁰⁴, può non essere necessaria; nondimeno il pericolo oggetto di astrazione non può nemmeno essere «puramente ipotetico» ossia «fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente»²⁰⁵. Il principio di precauzione diviene dunque un criterio affidabile solo nel quadro di una valutazione nella quale si tenga conto della probabilità delle conseguenze pregiudizievoli per la salute umana di un certo prodotto o procedura e della gravità di tali conseguenze²⁰⁶.

In sintesi. «La valutazione scientifica dei rischi, effettuata dagli esperti

zione particolarmente elevato, come i pazienti sottoposti a trapianto, è un legittimo obiettivo. Infatti, la circostanza che un antibiotico sia importante soltanto per il trattamento di una determinata categoria di pazienti non può affatto costituire una ragione valida per non adottare ogni misura necessaria al fine di salvaguardare l'efficacia di un tale prodotto».

²⁰² Caso *Pfizer* punto 155. V. caso *Alpharma* punti 167 e 168.

²⁰³ Caso *Pfizer* punto 159. V. caso *Alpharma* punto 172.

²⁰⁴ Caso *Pfizer* punto 142: «Inoltre, nel contesto dell'applicazione del principio di precauzione – che è per definizione un contesto d'incertezza scientifica – non si può esigere che una valutazione dei rischi fornisca obbligatoriamente alle istituzioni comunitarie prove scientifiche decisive sulla realtà del rischio e sulla gravità dei potenziali effetti nocivi in caso di avveramento di tale rischio». V. anche caso *Alpharma* punto 155.

²⁰⁵ *Pfizer* punto 143: «...una misura preventiva non può essere validamente motivata con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente». Cfr. anche caso *Alpharma* punto 156.

²⁰⁶ Cfr. caso *Pfizer* punti 146-148: «Il principio di precauzione può, dunque, essere applicato solamente a situazioni in cui il rischio, in particolare per la salute umana, pur non essendo fondato su semplici ipotesi non provate scientificamente, non ha ancora potuto essere pienamente dimostrato. In un tale contesto, la nozione di "rischio" corrisponde dunque ad una funzione della probabilità di effetti nocivi per il bene protetto dall'ordinamento giuridico cagionati dall'impiego di un prodotto o di un processo. La nozione di "pericolo" è, in tale ambito, usata comunemente in un'accezione più ampia e definisce ogni prodotto o processo che possa avere un effetto negativo per la salute umana. Di conseguenza, in un contesto come quello del caso di specie, la valutazione dei rischi ha ad oggetto la stima del grado di probabilità che un determinato prodotto o processo provochi effetti nocivi sulla salute umana e della gravità di tali potenziali effetti». Cfr. anche caso *Alpharma* punto 161.

scientifici, deve fornire all'autorità pubblica competente un'informazione sufficientemente affidabile e solida al fine di permettere a quest'ultima di cogliere l'intera portata della questione scientifica posta e di determinare la propria politica con cognizione di causa. Di conseguenza, salvo adottare misure arbitrarie che non possono in alcun caso essere legittimate dal principio di precauzione, l'autorità pubblica competente deve badare a che le misure che essa adotta, anche se si tratta di misure preventive, siano fondate su una valutazione scientifica dei rischi il più possibile esaustiva, tenuto conto delle circostanze peculiari del caso di specie. Malgrado l'incertezza scientifica sussistente, tale valutazione scientifica deve permettere all'autorità pubblica competente di stimare, sulla base dei migliori dati scientifici disponibili e dei più recenti risultati della ricerca internazionale, se il livello di rischio che essa reputa accettabile per la società sia stato superato. È su tale base che la detta autorità deve decidere se sia necessario ricorrere all'adozione di misure preventive»²⁰⁷.

I criteri predetti, in ragione dei quali il principio di precauzione viene almeno in parte sottratto ai contesti di più conclamata incertezza scientifica (visto che si richiede *una* valutazione scientifica tale *comunque* da permettere all'autorità «di stimare, sulla base dei migliori dati scientifici disponibili e dei più recenti risultati della ricerca internazionale, se il livello di rischio che essa reputa accettabile per la società sia stato superato») sembrano dunque poter

²⁰⁷ Caso *Pfizer* punto 162. Il Tribunale di primo grado (punti 381 e 382) ravvisa, nell'obiezione dei ricorrenti in merito all'inadeguatezza degli studi scientifici posti a base della revoca dell'autorizzazione, «un'erronea interpretazione del principio di precauzione», visto che, «nel contesto dell'applicazione di tale principio le incertezze scientifiche e l'impossibilità di realizzare una valutazione scientifica completa dei rischi in tempo utile non possono impedire all'autorità pubblica competente di adottare talune misure di protezione preventive, qualora tali misure appaiano indispensabili in considerazione del livello di rischio per la salute umana che la pubblica autorità ha fissato come soglia critica a partire dalla quale si devono adottare misure preventive». «Se si fosse dovuto attendere l'esito di tali ricerche per riconoscere alle istituzioni comunitarie il potere di adottare misure preventive», prosegue il Tribunale (punti 386-387) «il principio di precauzione, il cui scopo è di evitare la sopravvenienza di tali effetti nocivi, sarebbe privato del suo effetto utile. Tale principio implica che l'autorità pubblica competente possa, su un fondamento scientifico ancora lacunoso e in attesa di dati scientifici integrativi, adottare a titolo provvisorio misure di protezione preventive. Come dichiarato supra al punto 161, l'autorità pubblica competente deve infatti procedere ad una ponderazione degli obblighi su di essa incombenti e decidere se attendere che sopravvengano i risultati di una ricerca scientifica più approfondita o agire sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili. In tale contesto, tenuto conto, da un lato, della gravità dell'impatto che avrebbe il verificarsi del rischio connesso a un trasferimento della resistenza alle streptogramine dell'animale all'uomo e, dall'altro, dei risultati della ricerca scientifica analizzata supra, occorre concludere che le istituzioni comunitarie non sono incorse in alcun manifesto errore di valutazione nel procedere a tale ponderazione».

guidare anche la costruzione di fattispecie di pericolo astratto. La consapevolezza, peraltro, di quanto qui si versi «al limite estremo attorno al quale la legittimazione di precetti penali possa essere discussa, senza spezzare l'ancoraggio al principio della tutela dei beni giuridici»²⁰⁸, comporterà un ancor più accurato dosaggio delle variabili solitamente considerate per vagliare la legittimità del ricorso a questo metodo di normazione. Oltre che, congiuntamente, del rango dei beni giuridici, del livello di (maggiore o minore) incertezza scientifica della prognosi di pericolo, della rigorosa riserva di legge della scelta politica che vi è sottesa e della necessità di calibrare la risposta sanzionatoria proporzionatamente al livello di incertezza dei presupposti della penalizzazione²⁰⁹, si dovrà tener conto della gravità del pericolo stesso, soprattutto sotto forma di (ragionevolmente sospettata) natura *catastrofica* e *irreversibile* del danno che ne possa derivare²¹⁰.

Trattasi peraltro di due qualificazioni del danno ritenute spesso strettamente inerenti al principio di precauzione (ancorché, di per sé, «eccessivamente ambigue») ²¹¹, che dovrebbero essere considerate in forma integrata: «almeno di primo acchito, l'irreversibilità ha valore solo in connessione con la gravità (*magnitude*) del danno». Si dice allora che il principio di precauzione applicato solo nei confronti di danni irreversibili (*Irreversible Harm Precautionary Principle*) sia «parte» del principio applicato nei confronti dei danni catastrofici (*Catastrophic Harm Precautionary*) o almeno di quelli «significativi» (*Significant Harm Precautionary Principle*)²¹². La preferibilità di un'accezione

²⁰⁸ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 252.

²⁰⁹ PULITANÒ, *ibidem*.

²¹⁰ L'elemento dell'irreversibilità del danno è stato associato alla riflessione sul principio di precauzione fin dalle sue enunciazioni fondanti di matrice filosofica. Cfr. in particolare H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990, p. 244: «...la cautela, soprattutto in caso di irreversibilità di alcuni processi avviati, costituisce il lato migliore del coraggio e in ogni caso un imperativo della responsabilità». V. anche U. BECK, *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*, trad.it., *La società del rischio*, Roma, 2000, p. 44. Per un'ampia discussione delle idee di questi due pensatori in materia di precauzione, v. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., p. 9 ss.

²¹¹ C.R. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Cornell L. Rev.*, 91, 2006, p. 845.

²¹² SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Cornell L. Rev.*, cit., pp. 861-862, 894. «It is possible to combine a concern about catastrophe with a focus on irreversible harm in a way that generates an Irreversible and Catastrophic Harm Precautionary Principle. Suppose that by adopting environmental controls at the present time, regulators can maintain flexibility to prevent a risk that is not only irreversible but potentially catastrophic as well. Suppose too that the likelihood of catastrophe cannot be specified with much confidence, or even that it is in the domain of uncertainty rather than risk. Risk-neutral, risk-averse, or uncer-

restrittiva del principio di precauzione, in funzione “anti-catastrofica”, viene così caldeggiata soprattutto per la sua attitudine a richiamare l’attenzione anche su rischi con basso livello di probabilità, che le opinioni pubbliche (a volte anche per l’influenza di taluna delle euristiche sopra considerate), tendono a non prendere in debita considerazione²¹³.

6. *Vicinanza alla fonte del pericolo e doveri di controllo.*

Qualche spunto ricostruttivo al confine tra politica criminale e dogmatica della colpa

Oltre che per le sue possibili (e problematiche) ricadute nella previsione di fattispecie di pericolo astratto, il principio di precauzione mi sembra possa presentare un ulteriore, sebbene localizzato, profilo di interesse penalistico.

Lo stretto collegamento dell’idea di precauzione con il principio del «chi inquina paga», sulla base delle considerazioni generali svolte in precedenza²¹⁴, vale a conferire rilevanza alle posizioni di controllo esclusive sulla fonte del pericolo in cui versino gli attori sociali. Le imprese (specie se di grandi dimen-

tainty-averse regulators might be willing to pay a great deal to maintain the flexibility that would permit them to avoid the worst-case scenarios. We have seen that significant expenditures can reduce flexibility, too; many problems involve not irreversibility, but irreversibilities. At the same time, the most important irreversibilities may well turn out to be environmental in character».

²¹³ Cfr. SUNSTEIN, *Laws of Fear*, cit., p. 114 s., per il quale una tale acczione del principio avrebbe il merito di prendere in considerazione l’intera gamma di rischi sociali (ivi compresi quelli derivanti dall’adozione delle misure precauzionali), di orientare verso la scelta dei mezzi meno costosi per conseguire i propri obiettivi, di offrire una più razionale distribuzione degli oneri (evitando che essi gravino su coloro che hanno meno capacità di farvi fronte), e di prendere in considerazione l’entità delle precauzioni insieme ai costi che esse comportano. Cfr. anche SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, ult. cit., p. 892: «a Catastrophic Harm Precautionary Principle, of the sort suggested by several understandings of the Precautionary Principle, is a coherent and defensible part of environmental policy. Indeed, such a principle might well be the best understanding of the Precautionary Principle itself».

Cfr. SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic*, in *Cornell L. Rev.*, cit., p. 871. «The importance of the Catastrophic Harm Precautionary Principle stems from the fact that when a risk probability is below a certain threshold, people often treat the risk as essentially zero, and are willing to pay little or nothing for insurance in the event of loss. Such responses provide support for the intuitive suggestion that some risks are simply “off-screen” - whereas other risks, which are not statistically much larger, can come “on screen” and produce behavioral changes. The central idea behind the most modest form of the Catastrophic Harm Precautionary Principle is that low-probability, high-harm risks should be treated in accordance with their expected values».

²¹⁴ Cfr., *supra*, il § 4.

sioni e con ingenti risorse investibili nella ricerca)²¹⁵, che traggono un indubbio profitto dalle superficialità con cui viene attualmente testato l'impatto sulla salute e sull'ambiente delle attività produttive, a fronte di un'indubbia asimmetria²¹⁶ di esposizione ai rischi rispetto alle comunità presso le quali operano o sono insediate (oltre che della tendenza del metodo scientifico in sé, con la sua necessità di basarsi su un'ampia mole di dati, a proteggere dai falsi positivi più che dai falsi negativi)²¹⁷, possono esserne responsabilizzate a diffondere le conoscenze possedute o acquisibili con un più energico impegno di ricerca sugli effetti delle produzioni²¹⁸.

Lo stesso tipo di rigoroso sospetto di pericolo (basato quindi comunque su una valutazione alla luce «dei migliori dati scientifici disponibili»), in presenza del quale ci si richiama al principio di precauzione, dovrebbe attivare un meccanismo di generazione delle informazioni rilevanti, per il quale chi introduce un nuovo processo o prodotto dovrebbe darne documentata comunicazione alle autorità di controllo, fornendo altresì tempestiva informazione di ogni novità scientifica che alteri l'originaria valutazione del rischio, con l'onere per l'impresa di produrre periodicamente rapporti in materia.

Tra le varie proposte avanzate per rimediare della predetta "asimmetria" di esposizione²¹⁹, si è suggerito ad esempio di prevedere un illecito civile di portata generale «che basi la responsabilità sull'omesso sviluppo e diffusione di dati significativi necessari per la valutazione del rischio»²²⁰ e sull'omessa comunicazione degli stessi ad agenzie specializzate appositamente costituite per il monitoraggio dei rischi e per la consulenza alle imprese²²¹. Oltre che un ille-

²¹⁵ Cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 558, che parla di «dominante collettiva» del danno da prodotto.

²¹⁶ CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 39.

²¹⁷ CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 34.

²¹⁸ CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., pp. 34 ss., 43: «a quanto pare le imprese si dedicano ampiamente alla produzione senza una estesa conoscenza degli effetti negativi».

²¹⁹ Rinviamo, per un primo orientamento, all'ampio corredo di proposte sviluppate in particolare da CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 37 ss., tra le quali si fa riferimento all'esigenza di costituire organi specializzati non solo per il controllo delle produzioni prima delle immissioni sul mercato, ma anche per la generazione e diffusione di conoscenze sui rischi. Per questo genere di indicazioni, si vedano anche le pagine conclusive del presente scritto.

²²⁰ CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 48, con rif. a M.A. BERGER, *Eliminating General Causation: notes towards a new theory of justice and toxic torts*, in *Columbia Law Review*, 1997, 97, pp. 2117-52.

²²¹ V., *infra*, le indicazioni in materia formulate anche dalla dottrina italiana e riprese alla fine del presente paragrafo.

cito civile, si potrebbe configurare una forma di responsabilità penale o (considerato l'attuale assetto in materia dell'ordinamento italiano) penale-amministrativa di natura coplosa a carico soprattutto (considerando il potere sociale e i vasti saperi di cui sono depositarie le persone giuridiche²²² e, soprattutto, le grandi società e gruppi d'impresa), degli enti collettivi²²³. Al momento, peraltro, tra i reati che possono dar luogo a tale forma di responsabilità, il d.lgs. n. 231 del 2001 (pure successivamente ampliato ad abbracciare varie, e assai meno congrue, tipologie di illecito)²²⁴, non contempla né quelli contro la persona e l'incolumità pubblica, né quelli ambientali.

Una tale responsabilità sarebbe espressione di quel rinnovato assetto dei rapporti Stato-cittadini e Stato-imprese già ricordato²²⁵, alla luce del quale la crescente mole di conoscenze esclusive di cui i privati si trovano a disporre rispetto alle istituzioni pubbliche fonda una corrispondente istituzionalizzazione dei loro ruoli sociali e, con essa, un dovere di condivisione delle "situazioni", innanzi tutto conoscitive, da cui un tale accresciuto potere di agire deriva²²⁶. La figura dell'"innocente", della vittima meritevole e bisognosa di

²²² Cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 576ss.

²²³ Ne consegue che, visto l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 (in base al quale se il reato è commesso da soggetti «in posizione apicale», per l'esclusione della responsabilità dell'ente è necessaria la prova del fatto che sono stati comunque adottati modelli organizzativi, di gestione e di controllo idonei a prevenire reati della specie poi verificatasi), per non incorrere nelle sanzioni ivi previste l'impresa avrà dovuto dotarsi di specifici protocolli nei quali siano trasfuse non solo le regole cautelari dirette al contenimento del rischio derivante dalle attività produttive svolte, ma anche quelle che prescrivano di mettere a disposizione degli organi pubblici competenti al controllo e alla gestione dei rischi ogni informazione pertinente.

²²⁴ Rispetto al testo originario del d.lgs. n. 231, la legge n. 350/2001 ha aggiunto il falso nummario (art. 25*bis*), la legge n. 61/2002 vari reati societari (art.25-*ter*) e la legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio l'omessa comunicazione del conflitto di interessi, l'abuso di informazioni privilegiate, la legge n. 62 del 2005 gli abusi di mercato, la legge n. 7/2003 i reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali (art. 25-*quater*), la legge n. 7/2006 le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-*quater*-1), la legge n. 228/2003 i reati contro la personalità individuale di cui agli artt. 600/600quinquies, 601 e 602 c.p. (art. 25-*quinquies*) e la legge 16 marzo 2006, n. 146 i i reati transnazionali.

²²⁵ Cfr., *supra*, il § 4.

²²⁶ Il concetto di "situazione" è ben distinto rispetto a quello di "oggetto" (ad esempio l'oggetto materiale del reato). Una «situazione» può ben dirsi «il rapporto dell'uomo col mondo in quanto limita, condiziona e, insieme, fonda e determina le possibilità umane come tali» (N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1977, p. 805). Come osservava il filosofo Karl Jaspers, «la situazione esterna, pur così mutevole e così diversa a seconda degli uomini a cui si rivolge, ha questo tuttavia di tipico: essa è per tutti a due tagli, incita e ostacola, e inevitabilmente

tutela anche con lo strumento penale (tanto meno residuale quanto più in grado di abbandonare la centralità della pena detentiva e di colpire le responsabilità organizzative, ribilanciando gli squilibri di forza sociale), nelle odierne società tecnologiche è rappresentata da chi non dispone delle informazioni e non può intervenire nelle decisioni che riguardano; da chi, dunque, è escluso dall'«accesso», visto che è «l'accesso all'intero sistema di relazioni sociali che rende possibile una vita di qualità» e, dunque, «diventa il minimo comune denominatore per la strutturazione dell'attività umana»²²⁷. Come del resto rilevato dalla dottrina penalistica che ha particolarmente approfondito i profili dommatici e politico criminali della responsabilità da prodotto, «se si vuole perseguire la strada di un rafforzamento preventivo della tutela, bisogna porre, allora, al centro dell'attenzione il produttore, verso il quale *riallocare* le responsabilità e i costi 'sociali' delle scelte produttive», ponendo a suo carico obblighi che non possono essere in alcun modo surrogati dai sistemi di controllo e di allerta informativi pubblici²²⁸.

Un tale almeno tendenziale più stretto *pre-market screening statute*²²⁹, fondativo di una responsabilità per omessa comunicazione di informazioni rilevanti per la gestione del rischio ed espressione di una logica di necessaria democratizzazione dei processi di valutazione del rischio (messa in luce anche dalla Comunicazione della Commissione), irrobustito da sanzioni credibili (e comunque proporzionate, di natura pecuniaria e/o interdittiva) a carico delle organizzazioni complesse, eventualmente aggravate in presenza di una accertata “realizzazione del rischio” – per così dire cautelare – negli eventi dannosi che si siano prodotti²³⁰, non si porrebbe peraltro in contraddizione

limita, distrugge, è infida e insicura» (K. JASPERS, *Psychologie der Weltanschauungen*, 1925, cap. III, § 2, trad. it., p. 268, cit. in ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, cit., p. 805).

²²⁷ RIFKIN, *L'era dell'accesso*, cit., p. 318.

²²⁸ PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 534. Si veda anche, in quest'opera (spec. p. 523 ss.), l'ampia riflessione dedicata alla costruzione di un «illecito di rischio».

²²⁹ CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 38.

²³⁰ Nel momento in cui ci si ponga nella prospettiva *ex post* di imputare un risultato lesivo prodottosi attraverso un concreto svolgimento causale (non più in quella dettata dalla necessità di ricostruire *ex ante* le cautele da adottarsi per fronteggiare i pericoli) e, dunque, si affacci il problema dei criteri per stabilire quando l'evento possa dirsi realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta era stata vietata, si è solito fare riferimento al livello di conoscenze di cui l'agente avrebbe *dovuto* dotarsi per intraprendere l'attività sfociata nel risultato lesivo. In prima approssimazione l'evento finale può essere considerato «realizzazione del rischio» vietato (e non del «rischio consentito») allorché esso sia il risultato di uno degli svolgimenti cau-

con gli assunti centrali della teoria dell'imputazione penale "per colpa" di eventi dannosi. Potrebbe anzi fundamentalmente collocarsi lungo una linea di continuità con i criteri elaborati in quel contesto di riflessione: considerazione metodologicamente assai significativa, se si tiene conto del rapporto stretto che l'odierna scienza penalistica tende ad avvertire tra il piano politico-criminale e quello dogmatico.

Se infatti, come si afferma in dottrina, il dogmatico (nella veste dello scienziato del diritto penale o del giudice) deve, al pari del legislatore, saper argomentare in senso politico-criminale²³¹, è vero, giocoforza, anche l'inverso (per la necessaria circolarità che avvince ogni umana relazione di scambio poietico): i nuovi istituti introdotti nel sistema penale dal legislatore devono almeno in parte sapersi porre in osmosi con il lavoro di *Rechtsfindung* sedimentatosi nel tempo. Tanto più se tale lavoro non sia concepito nel modo tradizionale, come mera sussunzione applicativa e concettualizzazione logico-giuridica, ma, a sua volta, come «concretizzazione delle cornici regolative» ed «elaborazione creativa (ossia sviluppo e sistematizzazione) delle prospettive finalistiche proprie della legislazione»²³². Come ad esempio la riflessione degli storici del diritto ha ben messo in luce²³³, il giurista si trova a «partecipare» alla stessa forma-

sali che avrebbero potuto essere previsti sulla base della misura nomologica corrispondente all'entità del o dei beni giuridici esposti alla attività pericolosa. Allorché cioè la verifica di tale svolgimento causale, tenuto conto anche del «rischio residuale» e dunque della attitudine delle condotte cautelari – prospettabili ed effettivamente adottate – a farne venir meno singoli «anelli», fosse probabile, bastando a tale accertamento un grado di probabilità tendenzialmente tanto più basso quanto maggiore sia il valore dei beni giuridici minacciati dall'attività pericolosa. Se però, come detto nel testo, dal novero delle condotte "consentite", dovranno escludersi quelle foriere di conseguenze che la figura modello non avrebbe potuto prevedere, ma che sarebbero state prevedibili dall'autorità pubblica ove questa avesse potuto disporre di un bagaglio di conoscenze (nomologiche e fattuali) non inferiore a quello di cui disponeva l'agente, in sede di accertamento della realizzazione del rischio l'evento che doveva essere evitato (e che dunque costituisce realizzazione del rischio vietato) sarà quello risultante da processi causali che l'istanza pubblica sarebbe stata in grado di controllare ove avesse potuto disporre delle conoscenze esclusive (ossia non messe a disposizione) in possesso dell'agente al momento del fatto.

²³¹ ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 229.

²³² ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 228.

²³³ La ridefinizione del ruolo del giurista implica infatti per eccellenza la storicizzazione della scienza giuridica: «perché la storia smitizza il diritto: il diritto concepito come mera legge e fatto oggetto di una cieca devozione positivista e formalistica. Nello stesso tempo la storia mostra da quali distanze, da quanto lontano, venga il sapere giuridico e come esso, nella sua intrinseca storicità, non si riduca al dominio di "quell'elemento episodico che è la vigenza quotidiana", ma sia carico di contenuti etico-razionali generatisi nel passato in seno a una splendida cultura universalistica e sovrastatale». In tale ruolo, il giurista, vede relegate alla mitologia del

zione del diritto, a operare «le trasformazioni del diritto stesso», a costruire il giuridico accanto a un legislatore sempre meno sapiente e assennato, sempre meno in grado di costruire un «diritto vivente» che, dunque, si espone al bisogno di «una continua, massiccia supplenza giurisprudenziale»²³⁴.

L'esigenza per il penalista di assumersi un tale *munus novum* (certo non disgiunto dalla sempre auspicata, e mai veramente attuata nei fatti, attenzione alle scienze empirico-sociali)²³⁵ viene sbalzata con ancor maggiore nettezza nell'atto in cui, come nel contesto della presente riflessione, ci si interroghi su istituti o problemi che risentono particolarmente, nella loro definizione e strutturazione, del complessivo assetto dei rapporti Stato-cittadini. Quando, dunque, il giurista si trovi a operare in un terreno nel quale più intensa gli si impone la sensibilità per le precondizioni "procedurali" di decisioni che devono necessariamente vedere coinvolti "democraticamente" gli individui e le collettività, oltre che le istituzioni, "esposti" ai loro esiti. È del resto una prerogativa del legislatore "autistico", come tale sempre a rischio di scivoloni autoritari o totalitari, proprio quella di sottrarsi a un tale scambio osmotico con il lavoro del giurista, precludendo a quest'ultimo la possibilità di oltrepassare i «limiti ontologici invalicabili»²³⁶ posti dalla legislazione, per tutto asservire alla politica o almeno alla *propria* politica²³⁷.

diritto «le operazioni concettuali, sistematiche e definitorie presupposte come rigorosamente e astrattamente immuni dall'influenza dei valori etico-politici» e liquidata «l'idea che l'interpretazione si esaurisca nel mero trattamento tecnico-filologico del dato normativo». Cfr. A. CAVANNA, *Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia. Quale "manuale" per quale storia del diritto*, in P. GROSSI (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Firenze, 1993, p. 36.

²³⁴ Un grande umanista del diritto penale come Gustav Radbruch (cfr. *Der Geist des englischen Rechts*, trad. it., *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, p. 8) identificava analoghe fattezze nella migliore tradizione del pensiero giuridico inglese, che «non vuole far violenza ai fatti con la ragione», ma «cerca la ragione nelle cose, e la ragione è "la natura dei fatti"»: un abito mentale cui «ripugna poi di fondare conclusioni sull'aspettativa di fatti che si devono ancora verificare», che «non si fida né dell'immaginazione né del calcolo di situazioni di là da venire, perché la situazione reale è sempre del tutto diversa; aspetta invece che la situazione stessa porti con sé la decisione e costringa ad essa». Coerente con questa idea è del resto il ruolo attribuito al giudice nel diritto inglese, un ruolo ben lontano dall'idea illuminista del giudice come "bocca della legge", ma anzi almeno in parte creativo e, almeno secondo talune prospettive, produttore di nuove norme giuridiche.

²³⁵ Cfr. G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle 'variabili usurpatrici' alla stimolazione della 'flessibilità' del sistema*, in Siléte poenologi in munere alieno. *Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di M. Pavarini, Bologna, 2006, p. 79 ss.

²³⁶ CAVANNA, *Problemi e prospettive*, cit., p. 45.

²³⁷ Che è poi, in realtà, a sua volta, una non-politica dietro l'apparenza della politica, se è vero che il totalitarismo mira alla «abolizione della politica» attraverso l'eliminazione delle plu-

Volgendosi dunque a riflettere, in termini dogmatici, sulla possibile configurazione politico-criminale di una responsabilità per omessa comunicazione colposa di informazioni rilevanti per la gestione del rischio (ma senza escludere che tale riflessione possa a sua volta arricchire di spunti ricostruttivi la stessa sfera dogmatica della colpa qui necessariamente chiamata in causa), può assumere rilievo innanzi tutto la medesima *ratio* che fonda, nei reati omissivi, l'estensione dei doveri di controllo e il dovere di sorveglianza sulla fonte del pericolo in base alla «vicinanza del pericolo»; il fatto, dunque, che «la comunità deve poter fare affidamento che chi esercita un potere di disposizione su di una certa sfera di dominio o su di uno spazio delimitato, aperto ad altri o che può avere effetti su altri, abbia il controllo sulle condizioni e situazioni pericolose» che si possono produrre in questo ambito²³⁸.

Una tale lettura del principio di precauzione porta a ravvisarvi l'esigenza per cui l'ente collettivo che si accinga a intraprendere attività pericolose per i beni giuridici lo faccia nelle «condizioni cautelari ottimali». Ciò significa che dal principio di precauzione venga generata una regola di diligenza *non ancora* avente ad oggetto il dovere di evitare eventi prevedibili (visto che il mero sospetto del pericolo non potrebbe fondare di per sé una regola cautelare di questo tipo), bensì quello di condividere il *know-how* rilevante per la valutazione e prevenzione di rischi non ancora pienamente materializzati (e che l'agente abbia il dovere di riconoscere come tali).

Come si afferma in seno alla dottrina in tema di colpa, se il dovere di diligenza la cui violazione dà luogo al rimprovero impone a volte la pura e semplice astensione dalla condotta pericolosa (in assenza della capacità di padroneggiare il rischio), in altri casi esso prescrive semplicemente l'adozione delle cautele in grado di eliminare o contenere il rischio entro i limiti del consentito, ovvero di acquisire preventivamente le conoscenze, esperienze e capacità richieste per svolgere l'attività in modo tale da impedire le conseguenze dannose ovvero da ridurre entro il minimo consentito la probabilità di una loro verifica²³⁹. Particolare rilevanza assume un tale «dovere di sapere» per il controllo dei moderni rischi tecnologici²⁴⁰. In base alle riflessioni svolte fin

ralità e delle differenze e la “costruzione sociale” del nemico del popolo, del traditore o del passsita, bollato come tale proprio perché espressione di una voce “altra” rispetto all'ossessivo ideale di unità perseguito da questi regimi. Cfr. J.P. REEMTSMA, *Nationalsozialismus und Moderne*, in *Drei Reden*, Stuttgart, 2002, p.100ss.

²³⁸ H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*⁵, Berlin, 1996, p. 626 s.

²³⁹ V., con rif., JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 580 s.

²⁴⁰ È in relazione a questi rischi che spesso si pone la delicata questione di quale sia il

qui, esso dovrebbe venire esteso a comprendere anche la costante disseminazione – sia nelle sedi competenti per il controllo, sia tra le comunità “democraticamente” coinvolte – dei saperi via via acquisiti nel corso delle attività svolte, proprio per l’impegno a tener conto delle peggiori evenienze possibili imposto dal principio di precauzione.

Un tale principio troverebbe dunque la sua traduzione nel dovere, per chi agisce, di verificare il differenziale delle proprie conoscenze rispetto a quelle a disposizione dell’autorità pubblica, con una conseguente riduzione (nei limiti della responsabilità qui considerata) della sfera del rischio consentito o *erlaubtes Risiko*²⁴¹ “originariamente” definito dall’autorizzazione all’esercizio dell’attività. In altri termini: entro l’area investita dalla precauzione, la pur avvenuta legittimazione all’“agire pericolosamente”, dovrà ritenersi subordinata all’implicito presupposto (stagliato con ancora maggiore nettezza dall’odierna evoluzione dei rapporti tra Stato *regolatore* e privati)²⁴² che la relativa autorizzazione pubblica all’esercizio di attività rischiose (o, meglio, cautelativamente ma fondatamente ritenute sospette) si sia potuta basare su un patrimonio di conoscenze di rilevanza cautelare non minore a quello di cui disponga la fonte del pericolo in ogni momento nel quale tali attività vengono esplicate. L’area del rischio consentito non potrà dunque ritenersi definita una volta per tutte

momento a partire dal quale sussiste un dovere in capo all’agente di riconoscere i rischi connessi all’attività svolta. Esso va individuato sulla base di un giudizio *ex ante*, con il quale ci si chieda se nel momento in cui l’attività è iniziata o si è protratta il ‘modello’ più vicino all’agente concreto poteva rendersi conto della peculiare rischiosità di quella data attività e ciò attingendo non alle conoscenze possedute solo dalla cerchia degli specialisti, ma a quelle diffuse e consolidate, rientranti nel patrimonio di quelle esigibili da soggetti che svolgono quell’attività in un determinato momento storico (e il momento a partire dal quale le conoscenze specialistiche diventano conoscenze diffuse, e la cui trascuranza fonda la colpa, va desunto dalle informazioni che l’agente ‘modello’ è in condizione di acquisire in un dato momento); una volta appurato che il rischio fosse riconoscibile, le precauzioni doverose saranno quelle tecnologicamente fattibili in quel momento alla luce delle correnti conoscenze circa i mezzi disponibili sul mercato al tempo della supposta violazione del dovere, non rilevando che in una data *successiva* siano state scoperte altre e più efficaci misure. Cfr. G. FORTI, voce *Colpa (dir.pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, p. 950s.; G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p.20 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 143; in giurisprudenza si veda Trib. Venezia, 29 maggio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 119 ss. Ispirata da analoghi criteri appare la formulazione del c.d. progetto Grosso di riforma del codice penale (art. 31 co. 2): «Il rispetto delle regole cautelari specifiche di cui al comma precedente esclude la colpa relativamente agli aspetti disciplinati da dette regole, salvo che il progresso scientifico o tecnologico, nel periodo successivo alla loro emanazione, non le abbia rese palesemente inadeguate».

²⁴¹ Cfr., *supra*, i riferimenti alla nota 7.

²⁴² Cfr., *supra*, il § 4.

con l'avvenuta ammissione all'esercizio dell'attività, ma risulterà progressivamente modulata sulla base di un continuo processo di scambio di informazioni tra privato-produttore e autorità, nel corso del quale il primo, specie se particolarmente attrezzato di *know-how* tecnologico, si troverà gravato del dovere di rendere edotta l'istanza di controllo di tutte le conoscenze che potrebbero modificarne l'originaria valutazione.

Si potrebbe anche dire che il riscontro di uno scarto di conoscenze nomologico-fattuali tra agente privato e istanza pubblica, lasciato spalancato al momento dell'azione da chi ha intrapreso condotte non conformi alla precauzione, determini un'elevazione dello standard della c.d. "figura modello" utilizzato per la ricostruzione delle regole di diligenza.

Tale «figura modello»²⁴³, come noto, costituisce un concetto sintetico con il quale si designa il possesso delle conoscenze necessarie e sufficienti per dominare i rischi in misura corrispondente all'esigenza dell'ordinamento di tutelare i beni giuridici nell'esercizio delle attività pericolose: la libertà di azione assicurata dall'ordinamento a condotte che *ex ante* presentano l'attitudine a ledere i beni è infatti correlata all'ampiezza delle conoscenze possedute. Il principio di precauzione (rapportato a eventi catastrofici-irreversibili) porterà all'esclusione, dal novero delle condotte "consentite", di quelle foriere di conseguenze che la figura modello non avrebbe potuto prevedere, ma che sarebbero state prevedibili dall'autorità pubblica ove questa avesse potuto disporre di un bagaglio di conoscenze (nomologiche e fattuali) non inferiore a quello di cui disponeva l'agente; che sarebbero state prevedibili, potremmo anche dire, da una sorta di "agente modello collettivo", portatore del *know-how* nomologico-fattuale risultante dal *doveroso* scambio con l'istanza di controllo delle cognizioni *supplementari* rilevanti possedute o nel frattempo acquisite dall'agente.

Un fondamento per tale criterio potrebbe del resto almeno in parte rinvenirsi nello stesso alveo della tradizionale elaborazione in tema di colpa, laddove questa si è posta la questione delle conoscenze-capacità superiori rispetto all'agente modello di cui disponesse chi ha intrapreso l'attività poi sfociata in

²⁴³ Il parametro dell'agente modello è ben diverso da quello dell'uomo "medio" o "normale", di difficile materializzazione. Dunque e innanzi tutto occorre riferirsi a una pluralità di modelli, corrispondenti ai diversi ruoli sociali o circoli di rapporti in cui l'agente si sia inserito con la propria attività concreta (tenuta ad es. anche per hobby), a prescindere dalla veste professionale posseduta: Cfr., anche per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, ROMANO *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 459; JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 578; G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 1 ss.

eventi dannosi. Si tratta in particolare di quelle qualità superiori che non abbiano subito ancora una tale standardizzazione entro la «figura modello, e che dunque distacchino il soggetto concreto dalla misura di diligenza ritenuta doverosa per un «normale» appartenente al circolo di rapporti nel quale, con la sua attività, si è inserito²⁴⁴. Questa considerazione di un «momento soggettivo» dell'agente non segnerebbe in realtà l'abbandono della misura oggettiva di diligenza a favore di una misura soggettiva. Infatti, come è stato sottolineato, la misura oggettiva di diligenza si basa sul modello di un uomo avveduto «nella situazione *dell'agente*; situazione che comprende anche le conoscenze di questi in rapporto al concreto rischio di verificazione dell'evento»²⁴⁵.

Si afferma dunque che alla rappresentazione della possibile verificazione del fatto dannoso l'agente «deve» pervenire allorché essa consegua dal combinarsi delle conoscenze nomologiche *standard* della figura modello (proprie, quindi, di un soggetto appartenente al medesimo gruppo sociale in cui l'agente si è inserito) con lo «spunto» o *Anlaß* (presente nella situazione concreta) di applicare tali conoscenze. E il c.d. *Anlaß* non risulta costituito soltanto da elementi esterni all'agente, ma altresì da sue cognizioni particolari, dal suo personale *Wissenstand*, non però da sue capacità ulteriori rispetto a quelle del modello di riferimento. Il «dovere di riconoscere» il fatto rispetto al quale commisurare la condotta dell'agente sarà da ritenere sussistente nel momento in cui un soggetto dotato delle conoscenze proprie della figura modello di appartenenza, in rapporto alla situazione concreta (definita dall'insieme delle circostanze esteriori e, *in più*, delle conoscenze supplementari possedute dall'agente), avrebbe potuto rendersi conto della possibile verificazione del fatto.

La ricostruzione del dovere di diligenza solo sulla base delle conoscenze nomologiche proprie del circolo di rapporti e, *in più*, delle conoscenze relative alla situazione concreta possedute dal soggetto appare altresì coerente con il «principio di affidamento»²⁴⁶. Il significato di quest'ultimo è infatti anche quello di permettere certe attività rischiose; attività dalle quali sarebbe *possibile* prevedere il verificarsi di eventi dannosi. La regola è che ciascuno può agire nei limiti in cui tenga conto delle cognizioni nomologiche proprie del circolo di rapporti in cui si inserisce o cui appartiene, aspettandosi correlati-

²⁴⁴ Cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 268 ss.; ROMANO *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., p. 459.

²⁴⁵ H.J. HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre* (Teil II), *ZStW* 94. (1982), p. 274.

²⁴⁶ Sul tema, ampiamente, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

vamente dagli altri che ognuno si adegui alle conoscenze della rispettiva *Maßfigur*. Alla base di tale principio c'è soprattutto l'esigenza di assicurare ai singoli una certa libertà di azione, altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia *possibile* prevedere. Un tale «principio di affidamento» tuttavia non ha valore incondizionato, ma solo fintanto che non siano ravvisabili nella situazione concreta circostanze particolari, che lo contraddicano. In questi casi l'esigenza di assicurare la libertà di azione cede il passo all'accresciuto pericolo di lesione dei beni giuridici, indiziato da un *Anlaß* ravvisabile nella situazione concreta.

Ma gli stessi criteri che fondano e delimitano l'affidamento nella condotta degli altri, fondano e delimitano la libertà di azione del singolo. Dunque, il soggetto che normalmente *potrà* agire tenendo conto «soltanto» delle cognizioni del suo circolo di rapporti, vedrà limitata la propria libertà di azione rispetto alla figura modello in presenza di circostanze a lui note che lascino sospettare la verifica di fatti lesivi.

In questo senso non basterà che l'agente abbia rispettato le regole preventive scritte (attenendosi ad esempio alle prescrizioni dell'autorità pubblica che abbia consentito l'esercizio dell'attività), laddove le sue conoscenze superiori gli permettesse di percepire una rischiosità della condotta superiore a quella trasfusa nella regola cautelare (ed espressione del "solo" livello di informazioni di cui disponeva l'ente autorizzatore). Questa misura di tutela non è indifferente alla misura cui rapportare i parametri della riconoscibilità ed evitabilità. In presenza di conoscenze maggiori sulla fonte del pericolo, proprio il rilievo conferito al principio di precauzione suggerisce un'elevazione dello *standard* di diligenza.

Sulla base di queste premesse e delle considerazioni generali sviluppate nei paragrafi precedenti, ci pare allora che tra gli "spunti" (*Anlaß*) rilevanti per la riconoscibilità delle conseguenze dannose del proprio agire possano di per sé rientrare sia il dato normativo che definisca in un certo ambito di attività l'esigenza di attenersi al principio di precauzione, sia, anche in assenza di una tale statuizione, l'esistenza riconoscibile (accompagnata dal sospetto, alla luce «dei migliori dati scientifici disponibili», di rischi irreversibili e catastrofici) di uno scarto tra le proprie conoscenze nomologico-fattuali e quelle di cui disponga la comunità e l'autorità pubblica.

Non si trascuri peraltro che i criteri esposti fin qui sono rilevanti ai fini della definizione della misura oggettiva della colpa e, quindi, per l'accertamento della tipicità colposa. Secondo la prospettiva condivisa da ampia dottrina, l'accertamento della colpa deve però essere completato con la verifica di una

possibilità di riconoscere da parte dell'agente, basata sulle capacità del singolo soggetto e logicamente successiva alla verifica del presupposto della contrarietà della sua condotta alla regola di diligenza oggettiva²⁴⁷. Passando, così, dal piano della tipicità, a quello dell'accertamento della colpevolezza colposa, si tiene dunque conto della possibilità di muovere un rimprovero per non avere evitato l'evento che si aveva il *potere* (la capacità) di evitare, sempre che l'incapacità di evitarlo non fosse prevedibile (non si avesse il *dovere* di prevedere l'incapacità di evitare). Con una formulazione più sintetica: il giudizio di colpevolezza colposa esprime il rimprovero per non aver agito (in senso preventivo) sulla base di ciò che si aveva il dovere di prevedere. E per tale giudizio non ci si basa più sul criterio oggettivo della persona coscienziosa e avveduta appartenente al circolo dell'autore, ma, in vista di una personalizzazione dell'addebito necessaria al giudizio di colpevolezza, sulle caratteristiche sia fisiche sia intellettuali dell'agente²⁴⁸. Il riferimento è pur sempre a una sorta di figura modello, il cui impiego serve però a concretizzare un dovere di riconoscere diverso da quello che rileva per la identificazione delle regole di diligenza rilevante sul piano della tipicità: qui il dovere di riconoscere assume ad oggetto la stessa incapacità dell'agente di adeguarsi alla regola. In sede di colpevolezza occorre dunque porsi la questione della conoscenza effettiva o, quanto meno, della possibilità per l'agente di rendersi conto delle proprie incapacità fisico-intellettuali di adeguarsi ai doveri propri dell'agente modello: possibilità che avrebbe fondato nei suoi confronti un dovere di astensione dalle attività per il cui esercizio conforme ai doveri oggettivi di diligenza non avesse le capacità richieste.

Analogamente, in contesti "precauzionali", laddove si tratti di verificare la colpevolezza di chi non abbia condiviso con l'istanza di controllo le proprie conoscenze rilevanti sui rischi, occorrerà dunque porsi la questione della possibilità per l'ente collettivo privato di riconoscere la propria condizione di portatore di cognizioni significativamente superiori a quelle a disposizione dell'ente pubblico, nonché la rilevanza delle stesse per la valutazione e la gestione del rischio. Anche questo accertamento potrà permettere di escludere dal novero dei rischi rilevanti per fondare la responsabilità quelli meramente

²⁴⁷ Cfr., con vari riferimenti, FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 205; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., pp. 457, 467 ss.

²⁴⁸ Cfr. JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 594; V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» tra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento soggettivo del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 223 ss.

congetturali cui pure, come abbiamo visto, tendono a riferirsi talune versioni del principio di precauzione. La valutazione in parola dovrà del resto tener conto altresì, congiuntamente, sia del tipo evento (gravità-irreversibilità) di pericolo che le conoscenze scientifiche, pur insufficienti, abbiano comunque permesso di prefigurare, sia appunto del livello di conoscenze disponibili al riguardo.

Proprio per le difficoltà di configurazione (e, non di rado, anche per la non ragionevole o equa “esigibilità”) di una responsabilità a carico di chi agisca in contesti di rischio ancora scientificamente inesplorati potendo disporre di uno scarto di conoscenze rispetto a quello dell’istanza autorizzante, degna di particolare attenzione è la proposta, avanzata da autorevole dottrina, di ispirarsi al modello statunitense delle agenzie di regolamentazione statunitensi (EPA-*Environmental Protection Agency*, Osha-*Occupational Safety and Health Administration* e Niosh-*National Institute for Occupational Safety and Health*). Ad esse compete un’attività di definizione di *standards* e *guidelines*, la cui discrezionalità è comunque sottoposta al vaglio parlamentare, ma anche a una rete di controlli (attivabili da qualunque soggetto che possa ritenersi pregiudicato dai relativi provvedimenti) dell’autorità giudiziaria sulla sua fondatezza scientifica²⁴⁹.

Di grande rilievo nel contesto della presente riflessione è però soprattutto il ruolo di consulenza e assistenza per l’individuazione e la gestione dei rischi offerto dalle agenzie, che assistono i *management* aziendali nella predisposizione di un adeguato sistema di sicurezza o addirittura offrono alle imprese che ne facciano richiesta un programma volontario di protezione grazie al quale gli esperti dell’agenzia si incaricano della valutazione dei rischi e compiono un monitoraggio continuo del sistema di tutela della salute e della sicurezza. Ciò anche permettendo all’impresa di esonerarsi dalla responsabilità per violazioni in materia di sicurezza e tutela ambientale sulla base di una c.d. *regulatory compliance defence*, ritenuta dalla dottrina maggioritaria rilevante quanto meno nel campo della *tort liability*²⁵⁰.

La costante assistenza prestata da queste agenzie prevede l’emanazione di disposizioni che, senza attendere una completa raccolta di tutti i dati pertinenti, si fondano su una «ragionevole base scientifica» di pericolosità di certe

²⁴⁹ F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 2003, p. 59 ss.; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 402 ss.

²⁵⁰ Cfr. i riferimenti in CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 407, nota 80.

produzioni o attività²⁵¹, sia nella fase di avvio, sia durante tutto l'esercizio delle attività autorizzate, con uno scambio costante di informazioni in merito alla valutazione e alla gestione dei rischi. A quel punto, come enunciato da una corte americana, «se esiste una base non solo teorica per sospettare la presenza di un 'rischio irragionevole di lesione della salute' e 'una base non solo teorica per inferire l'esistenza di un'esposizione'» si porrebbero le condizioni ottimali sia perché l'agenzia competente (in quel contesto, ad es., l'*EPA*) possa «ordinare al produttore di compiere ulteriori verifiche se il prodotto presenti un rischio irragionevole»²⁵², ma sia anche affinché il produttore sia indotto a confrontare il proprio livello di conoscenze sul rischio con quello dell'autorità di controllo, attivandosi eventualmente per una condivisione dei dati "in eccedenza" di cui sia in possesso.

Siffatte proposte si inquadrano del resto nella più ampia riflessione volta alla ricerca di strumenti di controllo dei rischi ulteriori e, soprattutto, alternativi rispetto a quelli che sfociano, quando l'evento si è prodotto, nella imputazione penale, in controtendenza rispetto alle spinte esercitate dalle odierne «società del rischio» a «difendersi» dai pericoli con un'accresciuta persecuzione portata nei confronti di coloro che ne sono considerati l'origine²⁵³.

Di fronte alla scarsa o nulla effettività dei tradizionali strumenti sanzionatori di natura penale o civile (il cui attivarsi dipende dal verificarsi di un esito lesivo, a volte fortunoso o casuale) al cospetto di rischi «strutturali», si è ritenuta ineludibile l'esigenza di porre mano a un vasto programma di misure preventive politico-sociali (capace tra l'altro di finalmente dispiegare il «potenziale inutilizzato» del diritto civile, e soprattutto, del diritto amministrativo), destinate in larga parte a prendere il posto di una criminalizzazione di dubbia efficacia per una reale tutela delle vittime del sistema produttivo: una robusta politica generale del diritto volta alla «costruzione giuridica della scienza e della tecnologia», con una definizione delle regole cui sottoporre lo sviluppo tecnologico e il sistema produttivo²⁵⁴. Nell'ambito di tale prospettive, particolarmente promettente è parso il ricorso alla tecnica dell'ingiunzione alla persona giuridica (lasciando salva la responsabilità della persona fisica che abbia

²⁵¹ Cfr. CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 44.

²⁵² CRANOR, *Some legal implications of the Precautionary Principle*, cit., p. 44, che cita *Chemical Mfrs. Ass'n. v. EPA*, 859 F.2d 977 (District of Columbia, Circuit Court of Appeals, 1988).

²⁵³ Cfr. B. HUDSON, *Justice in the Risk Society*, London, 2003, p. 51ss.; v. anche M. DOUGLAS, *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London, 1992.

²⁵⁴ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim* e spec. pp. 104 ss., 598 ss.

colposamente causato o non impedito il fatto lesivo), naturale destinatario delle regole di diligenza che, finalizzate al riconoscimento e alla neutralizzazione dei rischi permanenti provocati dai processi produttivi, postulano un'adeguata organizzazione e la capacità di sopportazione dei relativi costi²⁵⁵.

²⁵⁵ Cfr. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 27 s.

prof. FAUSTO GIUNTA
Università di Firenze

IL DIRITTO PENALE E LE SUGGERZIONI DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE (*)

SOMMARIO: 1. L'indubbio fascino del principio di precauzione. – 2. La difficile penetrazione del principio di precauzione nel diritto penale. – 3. Le basi metagiuridiche del principio di precauzione: le premesse fattuali, il modello di approccio al problema del rischio, il precipitato normativo. – 4. Le interpretazioni “radicali” del principio di precauzione. – 5. Le concezioni “moderate”. – 6. Il possibile ruolo della norma penale. – 7. Principio di precauzione e responsabilità per colpa. – 8. Il processo di democratizzazione delle regole cautelari. – 9. Una possibile prospettiva: la previsione di reati ingiunzionali a tutela di valutazioni di rischio partecipate.

1. *L'indubbio fascino del principio di precauzione*

Il dibattito sull'etica della responsabilità, ossia sul dovere dell'umanità di conformare il proprio agire in modo compatibile con i diritti delle generazioni future, ha varcato i confini della filosofia morale. Da qualche tempo, infatti, la scienza giuridica internazionale si interroga sulle molteplici prospettive regolative che il “principio responsabilità”, secondo la rinomata definizione jonasiana¹, ambisce a dischiudere.

Anche la dottrina penalistica si è accostata al tema². E sebbene non si sia

* Testo della relazione presentata al Convegno di studio, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, sul tema “Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo”, Abbadia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006.

¹ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), trad. it. *Il principio responsabilità, Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 2002. In argomento, v. di recente, K.O. APEL - P. BECCHI - P. RICOEUR, *Hans Jonas. Il filosofo e la responsabilità*, Milano, 2004.

² *Amplius* C.M. ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, p. 77 s. Nella nostra letteratura, v.: F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente. L'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 847 e 861; ID., *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza? In margine alla disciplina dei trapianti e degli xenotrapianti*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 162 s.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 119 s.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 552 s. e 634 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 250 s.; ID., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 786 s.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743 s.; V.

ancora pervenuti a una compiuta teorizzazione dei nessi tra “precauzionismo” e diritto penale, non mancano di affiorare le potenziali interferenze del nuovo principio sull’operatività di istituti controversi, come la causalità e la colpa, la cui funzione imputativa è costantemente soggetta alla deformazione che vi imprime la crescente richiesta di tutela.

Per non dire del contributo che la logica della precauzione parrebbe offrire alla legittimazione dei reati di pericolo astratto al di fuori del tradizionale perimetro tracciato dal principio di offensività: ossia non in termini di problematica eccezione, ma come diretta applicazione del sovraordinato principio di cautela, che, come noto, trova oggi un’espressa positivizzazione nell’art. 174, par. 2, Tr. CE.

Last but not least il principio di precauzione si candida a operare quale direttrice di politica legislativa in settori nevralgici, come l’ambiente, le biotecnologie, la responsabilità da prodotto, la sicurezza del lavoro e finanche l’attività medica, nei quali l’impiego della sanzione penale è tutt’altro che infrequente.

Certamente l’interesse del giurista per il principio di precauzione è stato favorito dalla sua pur apodittica menzione nel citato art. 174, par. 2, Tr. CE. Ma le ragioni profonde del fascino che esso generalmente esercita dipendono non tanto dal suo riconoscimento a livello comunitario, quanto dalla forza propositiva del suo retroterra filosofico. Il “precauzionismo”, infatti, non si limita ad additare, con indubbia efficacia, i coefficienti di incontrollabile pericolosità insiti nell’odierna tecnocrazia, sempre più autarchica e autoreferenziale³. L’euristica della paura, che esso propone come risposta alle promesse utopistiche della società tecnologica, riflette una visione della modernità preoccupata, ma non apocalittica, che supera l’atmosfera di cupa premonizione, cui pure contribuisce, con parole d’ordine inequivocabilmente positive, perché eleva il futuro, la vita e l’umanità a doveri prioritari e inderogabili.

In breve: nella sua dimensione filosofica, come nella sua traduzione giuridica, il principio di precauzione ambisce a reagire alla deriva nichilista di un normativismo privo di scopi e di un individualismo libertario, che glorifica l’agire come massima espressione dell’essere. Da qui, e segnatamente con riguardo al rapporto tra uomo e ambiente, la presa di distanza dalla tradizione antropocentrica, in favore di un’etica della conservazione dove il progresso e la perfe-

TORRE, *Tutela penale della salute ed elettrosmog*, in *I reati contro la persona, I. Reati contro la vita e l’incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, p. 934 s.

³ Ampio sviluppo dell’idea nella nota opera di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

zione non sono più imperativi categorici. In ragione di ciò il “precauzionismo” propone un’etica quotidiana dotata di respiro universale e un diritto che trova in questa nuova morale una legittimazione che vada oltre il sostrato della scelta politica contingente, nella premessa – oggi autorevolmente esplicitata⁴ – che tra i compiti del diritto vi è anche quello di disciplinare la scienza, in nome del riaffermato (ancorché precario) primato del *nomos* sulla *téchne*.

2. La difficile penetrazione del principio di precauzione nel diritto penale

Per via della centralità che assume nella logica del principio di precauzione, l’idea di una responsabilità per il da-farsi, più che per il già-fatto, merita particolare attenzione.

In essa, infatti, sono racchiuse sia le ragioni della sua compatibilità con la natura regolativa del diritto, e soprattutto con il ruolo del diritto penale quale strumento di orientamento delle condotte umane, sia le difficoltà di conciliare il principio di precauzione con il carattere retrospettivo delle valutazioni cui è chiamato il giudice penale. Elementari regole di giustizia e di funzionalità impongono, infatti, la coincidenza tra il parametro di giudizio e la regola di condotta, ossia la riconoscibilità *ex ante* della norma di comportamento e la ragionevole prevedibilità degli esiti della valutazione giudiziale.

Detto altrimenti e anticipando le conclusioni cui si perverrà: il principio di precauzione sembra avere maggiore agio a operare come criterio di politica legislativa, piuttosto che come nuova dogmatica penale. In particolare, la sua penetrazione della struttura del reato potrebbe far giocare, in sede di giudizio, valutazioni che attengono al bisogno di pena, secondo schemi che, quando sono emersi in seno al dibattito sulla prevenzione generale quale autonomo criterio di commisurazione, sono stati fermamente respinti dalla dottrina in nome del primato della funzione garantistica della colpevolezza⁵; e non sarebbe auspicabile che essi rientrassero attraverso la nuova “finestra” del “precauzionismo”, il quale peraltro finirebbe per riproporli, non tanto in relazione alla graduazione della responsabilità, quanto nella più radicale prospettiva dell’arretramento della punibilità.

Non solo: la genericità precettiva del nuovo principio – che, non a caso, è apparso un concetto retorico atto a fondare un’argomentazione giuridica, ma inidoneo a dialogare con le scienze della natura⁶ – rischia di confliggere sia

⁴ N. IRTI, in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, p. 20.

⁵ Per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 112.

⁶ Così A. GAMBARO, *Alcune riflessioni sul programma del XVI Colloquio biennale del-*

con i cardini di un diritto punitivo fondato sulla riconoscibilità dell'offesa e la sua concreta evitabilità, sia, e prima ancora, con l'istanza di determinatezza, caratteristica della norma penale.

3. *Le basi metagiuridiche del principio di precauzione: le premesse fattuali, il modello di approccio al problema del rischio, il precipitato normativo*

Proprio la delicatezza dei rapporti tra "precauzionismo" e diritto penale suggerisce di indugiare ancora sulle basi metagiuridiche del principio di precauzione, al fine di evitare che l'indubbio coefficiente di saggezza insito nell'etica della responsabilità trasmodi nell'incondizionata apologia della sicurezza globale e nell'euforia della conservazione⁷, al punto da travolgere, in nome della tolleranza zero nei confronti del rischio tecnologico, quei fondamentali principi di garanzia della tradizione liberale, che non possono considerarsi alla stregua di ostacoli anacronistici e pretestuosi frapposti alla trionfale avanzata del nuovo mito della precauzione.

In questa prospettiva appare utile esaminare, seppure brevemente, il principio di precauzione sotto il triplice profilo delle premesse fattuali da cui muove, del modello di approccio al problema del rischio che esso propone e del precipitato normativo in cui si sostanzia.

Iniziando dal primo profilo, va detto subito che il principio di precauzione procede da basi indubbiamente solide, che invitano a ripensare l'idea stessa di progresso. La storia della scienza e delle sue applicazioni mostra un radicale mutamento di scena: sta tramontando la rappresentazione tradizionale dell'uomo esposto alle forze della natura, per lasciare spazio all'immagine della natura sempre più esposta all'azione "violatrice" dell'uomo. La "sottomissione" della natura da parte dell'uomo, obiettivo che ha scandito finora l'evoluzione della scienza, non si esaurisce più nello sfruttamento delle sue leggi causali; nel nuovo capitolo di storia in cui stiamo entrando, l'uomo si prepara alla modificazione irreversibile di tali leggi, nel senso che la tecnica "non si limita a rispecchiare la natura, ma la produce"⁸. In breve: il sentimento razionale di

l'AIDC, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di G. Comandè e G. Ponzanelli, Torino, 2004, p. 16.

⁷ Sul tema, v. le suggestive riflessioni di W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt am Main, 2005.

⁸ E. SEVERINO, *E con la tecnica l'uomo creò la natura*, *Corriere della Sera* del 19 settembre 2006, p. 59.

paura che alimenta il “precauzionismo” benché soffra di eccessi, non è gratuito, specie se si considera che l’alterazione degli equilibri naturali non è prerogativa potenziale di un singolo Prometeo, ma frutto dell’azione sinergica, e spesso inconsapevole, di molti operatori. Nel diritto dell’ambiente, dove di recente il principio di precauzione è stato positivizzato anche a livello della nostra normativa interna⁹, è evidente l’esigenza di centrare l’azione di prevenzione non tanto sulla singola condotta inquinante, quanto sulle aggressioni seriali, magari di per sé modeste, ma i cui effetti sono amplificati dal loro impatto cumulativo¹⁰. Queste constatazioni non mettono in crisi soltanto l’etica tradizionale, che teneva presente unicamente le condotte non seriali; esse impongono di ripensare il ruolo della prevenzione penale, tradizionalmente concepita in relazione a singole azioni. Lo stesso reato abituale non fa eccezione alla regola: esso si caratterizza per condotte plurime, ma numericamente definite, tutte realizzate dallo stesso soggetto, là dove nel diritto penale dell’ambiente l’azione sinergica dipende da un numero imprecisato e imprecisabile di condotte e agenti.

A questi problemi – e passando al secondo livello di analisi – il “precauzionismo” si avvicina, come si è detto, con un approccio all’insegna dell’anti-anthropocentrismo. L’etica tradizionale viene superata, infatti, attraverso la svalutazione del primato della libertà dell’azione, la cui legittimità non è incondizionata espressione della volontà di potenza, ma dipende dalla portata dei suoi effetti, da misurarsi secondo un parametro del tutto rivoluzionario. E precisamente: l’orizzonte massimo del concetto di responsabilità non è costituito più dalla realtà contemporanea e prossima; la nuova etica dilata la categoria del dovere oltre il limite temporale della vita individuale, al pari del senso di responsabilità che deve accompagnare l’agire dei genitori nei confronti dei figli¹¹. Questa metafora bene esprime la nuova deontica: in termini penalistici, essa si traduce nell’ipostatizzazione di una generale posizione di garanzia, espressione di un dovere solidaristico di sicurezza che si estende a un futuro ancora lontano. Lo stesso parametro misuratore della pericolosità dell’azione muta: dalle conoscenze dell’uomo di buona volontà, ossia da un parametro medio, si passa al sapere dello scienziato, in nome della massima prevenzione, la quale impone il sacrificio del presente per il futuro¹².

⁹ V. l’art. 178 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. codice ambientale.

¹⁰ H. JONAS, *op. cit.*, p. 11. Dall’angolazione penalistica, v. F. GIUNTA, *Il diritto penale dell’ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1116 s.

¹¹ H. JONAS, *op. cit.*, p. 128 s.

¹² Nell’uomo saggio, ammoniva del resto A. SCHOPENAUER (*L’arte di essere felici*, 23 ed.,

Venendo al precipitato normativo del “precauzionismo”, esso si può compendiare nel seguente precetto: “agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un’autentica vita umana sulla terra”¹³. Di fronte all’eventualità che l’azione presente comprometta il diritto delle generazioni future, scatta il dovere di non agire, quale elementare metodo per prevenire modificazioni irreversibili. Volendo traslare in termini penalistici il precipitato normativo del “precauzionismo”, si può dire che la generale posizione di garanzia che grava su ciascuno, essendo mirata all’obbiettivo della conservazione dell’esistente, non anche al suo miglioramento, impone di fronteggiare il pericolo insito nell’agire attraverso la regola dell’astensione, che viene elevata a prototipo della condotta virtuosa.

4. Le interpretazioni “radicali” del principio di precauzione

Com’è ovvio, il precipitato normativo è l’aspetto del “precauzionismo” che più interessa al giurista e segnatamente al penalista. Sennonché, proprio la traduzione del “precauzionismo” in regola di condotta è il profilo più sfuggente della nuova etica. Gli esiti che possono discenderne sono tra di loro assai diversi, stante la nota ambivalenza del principio¹⁴. Quest’ultimo, infatti, pur essendo mosso dall’intento di offrire una tutela a beni come l’ambiente, la sicurezza e la salute collettiva, al punto di essere avversato soprattutto dalle lobby delle multinazionali che operano nel campo delle biotecnologie, si presta al contempo a minare la laicità dello Stato e a giustificare pretestuose istanze protezionistiche¹⁵.

La carenza di identità della regola precauzionale trova conferma nella constatazione che gli specialisti della materia distinguono varie interpretazioni del principio di precauzione, le quali vanno dalle concezioni radicali a quelle moderate¹⁶.

Secondo le prime, la regola dell’astensione scatterebbe in presenza di qua-

Milano, 2006, p. 79, nota 2), “il futuro prende sempre a prestito dal presente, mentre nel folle superficiale il presente prende sempre a prestito dal futuro, che fa quindi bancarotta”.

¹³ H. JONAS, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴ Da ultimo D. PULITANÒ, *Gestione del rischio*, cit., p. 787.

¹⁵ In argomento, v. U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, p. 42.

¹⁶ Si tratta di una distinzione ricorrente nella letteratura. V. per esempio S. GRASSI, *Prime osservazioni sul ‘principio di precauzione’ come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001, p. 45 che parla di versioni forti e deboli. Per una classificazione ancora più articolata, A. SIMONCINI, *Alcune note su fecondazione medicalmente assistita, principio di precauzione e incostituzionalità degli effetti referendari*, in www.laprocreazioneassistita.it/dottrina.htm.

lunque fattore di rischio potenziale, riguardo al quale la scienza non ha certezza delle conseguenze¹⁷. L'onere della prova concernente la non rischiosità dell'azione graverebbe sull'agente, che verserebbe *in re illicita* per il solo fatto di avventurarsi nel campo dell'ignoto. Considerato che ogni progresso della scienza dischiude nuovi territori da esplorare, ossia nuovi campi di più o meno intensa ignoranza, non è azzardato affermare che le accezioni radicali del principio di precauzione più che nella direzione errata, non conducono in alcuna direzione, posto che ne risulterebbe paralizzata qualsiasi decisione di fronte al rischio che non si risolve nel *nihil agere*¹⁸. Non solo: la preoccupazione di assicurare, attraverso l'astensione, "la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra" pone il problema di cosa si debba intendere per "autentica vita": un concetto, questo, idoneo ad essere riempito dei contenuti più vari, ivi comprese le concezioni puramente regressive degli stili di vita.

In effetti, già nella sua elaborazione filosofica, il "principio responsabilità" presenta una marcata filigrana antiscientifica e antiprogressista, soprattutto, ma non soltanto, nel campo della bioetica quale disciplina sempre più difensiva¹⁹. Non meraviglia, dunque, che il "precauzionismo" sia stato accusato di veicolare "solo irrazionalismo antiscientifico o paternalismo etico-politico"²⁰, di essere un falso concetto che crea problemi reali, tra i quali spicca l'incombenza del dirigismo amministrativo a scapito della libertà della ricerca²¹.

Valga, ad esempio, la lettura di una incisiva pagina di Hans Jonas, dove il teorizzatore del "principio responsabilità" affronta il problema del prolungamento della vita, chiedendosi fino a che punto sia auspicabile la concreta possibilità di contrastare i processi biochimici di invecchiamento, posto che viene così ad alterarsi l'equilibrio tra morte e procreazione. Dal punto di vista demografico – osserva Jonas – "il prezzo del prolungamento dell'età è un proporzionale rallentamento nel ricambio, ossia una riduzione dell'apporto di nuova vita: ne risulterebbe una percentuale decrescente di giovani

¹⁷ Di recente, con riguardo all'elettrosmog v. C.M. NANNA, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003, passim.

¹⁸ C.R. SUNSTEIN, *Beyond the Precautionary Principle*, in www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html, p. 15 s.

¹⁹ G. CORBELLINI, *L'eccesso di precauzioni uccide la voglia di sapere*, *Il sole 24 ore*, 14 settembre 2003, p. 39, con riferimento al volume di J. BARON, *Against Bioethics*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 2006.

²⁰ G. CORBELLINI, *Opinioni geneticamente modificate*, *Il sole 24 ore*, 10 aprile 2005, p. 36.

²¹ G. BRAMOULLÉ, *Un principio assai di moda ma totalmente da rivedere*, in www.liberafondazione.it.

in una popolazione anziana”²². Fino a che punto – prosegue Jonas – è giusto o ingiusto occupare preventivamente il posto della gioventù? Si badi: qui Jonas parla della gioventù che non c’è ancora e di una vecchiaia che non è più tale. Ebbene, non vi è il rischio che, così ragionando, si finisca per stabilire, a danno della vita che si conquista, una durata predeterminata dell’età media della nostra esistenza, là dove – come dimostra la storia biologica – essa non è fissa, ma è venuta aumentando nel tempo? Perché mai la maggiore estensione della vita dovrebbe considerarsi un’usurpazione a danno di qualcuno e non una legittima aspettativa che la scienza ha contribuito a consolidare?

Bisogna guardarsi poi dall’enfasi di talune interpretazioni più precauzioniste del principio di precauzione stesso. L’immagine certamente suggestiva, per la quale la terra ci è data in prestito dai nostri figli²³, pone il problema di meglio specificare il diritto delle generazioni future a ricevere una terra incontaminata. Nel 1600 Manhattan era una foresta: è a quel territorio che hanno diritto i nostri figli o il loro diritto comprende anche la storia urbanistica che l’uomo ha scritto con la sua esistenza sul territorio? Non si cela dietro questo oltranzismo ambientalistico una concezione riduttiva della natura, come entità distinta dalla cultura? Forse che le generazioni future non hanno diritto anche alla cultura urbanistica delle generazioni presenti, salvo, ovviamente, la libertà di dissentire sulla qualità di un siffatto lascito? Come tutti i miti, anche quello della natura come entità assoluta rischia di de-storicizzare il concetto stesso di natura e di contrapporlo a quello di cultura.

Del resto, la concezione della natura come entità imm modificabile è un dogma che viene messo oggi in discussione in settori nevralgici della nostra vita sociale, come testimonia il recente dibattito sulla fecondazione medicalmente assistita. Quanti avversano la fecondazione eterologa non fanno leva soltanto sul diritto (non privo di fondamento) del futuro uomo di conoscere la propria discendenza biologica. Vi anche è chi, autorevolmente, facendo leva per l’appunto sul principio di precauzione²⁴, invoca la necessità di salvaguardare la dimensione naturale della famiglia, assumendo, in modo legittimo ma culturalmente opinabile, la bigenitorialità o la eterosessualità dei genitori quale dato imm modificabile. Il principio di precauzione consente anche questo:

²² H. JONAS, *op. cit.*, p. 25.

²³ Si tratta dello slogan dell’Assemblea nazionale dei Verdi del 1986. Lo ricordano G. FRANCESCATO - A. PECORARO SCANIO, *Il principio di precauzione*, Milano, 2002, p. 25.

²⁴ F. D’AGOSTINO nell’intervista riportata nel sito www.lucacoscioni.it/node/2800.

l'elevazione dell'immodificabilità della natura da limite della scienza a precepto morale.

E ancora: la stessa idea dei diritti delle generazioni future offre il destro al rilievo che "Le generazioni sono un'astrazione, dal momento che si intersecano tra loro in un continuum temporale. La terra non è abitata da una generazione che poi viene sostituita da un'altra e da un'altra ancora. Più generazioni convivono nello stesso momento, e le varie teorie includono come agenti morali solo coloro che possono interagire tra di loro"²⁵.

Orbene, ove la sanzione penale si prestasse a "servire" un diritto della massima precauzione, come tale ispirato alle concezioni "forti" del "principio responsabilità", il diritto penale rischierebbe di assumere venature liberticide, posto che altro è il legittimo progetto del diritto di regolare la scienza, altro è assicurare con sanzione penale l'effettività della massima secondo cui "meglio la limitazione della crescita"²⁶. Soprattutto, ne uscirebbe fortemente attenuata, al limite del suo sovvertimento, l'immagine del diritto penale come arcipelago di divieti in un mare di libertà²⁷. In molti campi emergenti (si pensi ancora alle biotecnologie), tutto o quasi tutto sarebbe potenzialmente illecito, salvo prova della sua innocuità, da fornirsi alla stregua dell'impegnativo parametro della migliore scienza ed esperienza; la qual cosa equivarrebbe a un'ulteriore e preoccupante espansione dell'odierno panpenalismo.

Soprattutto se si affidasse l'effettività del credo precauzionistico alla categoria normativa della colpa, l'ambito del penalmente rilevante verrebbe a dilatarsi fino a vanificare il principio di frammentarietà, il quale, al pari del principio di tipicità, tarda ad inverarsi nel campo della colpa a causa della difficoltà di ricostruire il fatto colposo come illecito caratterizzato dalla modalità di lesione. Al di là delle affermazioni di facciata, ancora poco avvertita è, infatti, l'esigenza di concepire il dovere di diligenza come autentica regola modale, predeterminabile in astratto e tale da ricondurre gli illeciti colposi di evento alla categoria dei reati a forma vincolata, dove il vincolo di tipicità che riguarda la condotta è dato dalla rigorosa preesistenza della regola cautelare doverosa, sia essa positivizzata o esperienziale. Per lo più il "principio responsabilità" porterebbe a deformare il giudizio di prevedibilità al punto da farlo

²⁵ A. MASSARENTI, *Responsabilità tra generazioni*, *Il sole 24 ore* del 15 agosto 2004, p. 27.

²⁶ Con riferimento a talune sue applicazioni nel campo della ricerca sulle cellule staminali, compendia in queste parole il principio di precauzione, C. COLOSIMO, *Quando la precauzione diventa assioma*, in <http://staminali.aduc.it>.

²⁷ Secondo l'efficace immagine di E. BELING, ripresa da G. BETTIOL, *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Padova, 1984, p. 112.

giocare, più che come presupposto del dovere di adottare la regola cautelare maggiormente idonea al contenimento del rischio di azione, come base della regola dell'astensione, con conseguente azzeramento dell'ambito del rischio consentito e trasformazione dell'astensione da opzione residuale (tale è secondo gli enunciati della dottrina prevalente) a obbligo primario.

Nel campo dell'ambiente, poi, il diritto penale verrebbe chiamato a garantire una concezione che vede nella "terra" una entità destinata a restare *tabula rasa* ovvero una lavagna dalla quale deve essere cancellato di ogni segno che la vita in atto produce. Ne deriverebbe un modello di reato ecologico costruito sull'intangibilità dell'ambiente e in contrasto con il principio comunitario dello sviluppo sostenibile, che, con maggiore realismo, fonda la tutela dell'ambiente (anche quella penale) sul bilanciamento degli interessi, secondo una visione che si può definire ecocentrica temperata o, se si preferisce, moderatamente antropocentrica. Non a caso è al modello del *Verwaltungsstrafrecht* che si ispira oggi la gran parte dei sistemi penali: l'intervento punitivo si modella sull'esito del contemperamento degli interessi in gioco, effettuato in primo luogo dalla legge e in seconda battuta dalle amministrazioni competenti, alle quali spetta il compito di conciliare la tutela dell'ambiente con lo svolgimento di attività potenzialmente inquinanti, ma socialmente utili, come, ad esempio, la produzione industriale.

In breve: le concezioni radicali del "precauzionismo" condurrebbero a rompere con la tradizione penalistica liberale, ispirata a principi di razionalità politico-criminale.

5. Le concezioni "moderate"

Le interpretazioni moderate del principio di precauzione presentano, al loro interno, un ampio ventaglio di gradazioni, che non potranno qui approfondirsi. Preme rilevare, invece, che la loro nota comune consiste nel prevedere, di fronte a una data attività la cui pericolosità è scientificamente incerta, una alternativa al divieto tombale del suo svolgimento.

Nell'ambito di questo filone di pensiero deve collocarsi l'orientamento di chi, pur ammettendo che sia legittimo interdire una data attività nell'incertezza della sua pericolosità, concepisce tale rimedio come una misura temporanea e provvisoria. Il divieto si risolverebbe cioè nella semplice moratoria, valida per un tempo ragionevole e di regola non rinnovabile, pena la sua trasformazione in divieto assoluto, ove la sospensione dell'attività potenzialmente rischiosa finisse per collegarsi alla soglia mobile della persistente incertezza

scientifica, la quale può prolungarsi per un tempo indeterminato contraddicendo la logica del blocco temporaneo²⁸.

Naturalmente, anche così concepita, la moratoria appare un rimedio estremo, posto che, per le concezioni moderate del principio di precauzione, i coefficienti di pericolosità dell'azione devono essere contenuti principalmente attraverso una regolamentazione che ne ammetta lo svolgimento, purché entro margini di sicurezza che siano ragionevoli: o vietando le sole attività i cui coefficienti di rischio sono scientificamente provati o ammettendo lo svolgimento dell'attività pericolosa, ma in subordine all'adozione di misure protettive, la cui funzione è quella di cautele atte a contemperare l'interesse sotteso allo svolgimento dell'attività con il contenimento degli eventuali fattori di rischio.

Come si può osservare, le accezioni moderate del "precauzionismo" finiscono per avvicinare il nuovo principio a quello, per così dire tradizionale, di prevenzione, anch'esso positivizzato nell'art. 174 Tr. CE, fino all'estremo di considerarlo una sorta di duplicazione del principio di prevenzione²⁹. Ad ogni modo, volendo tenere distinti i due principi, essi si differenzerebbero non tanto per una diversità di approccio al problema del rischio tecnologico, ma principalmente per le situazioni prese in considerazione: i rischi noti, da un lato, e quelli possibili e non ancora provati, dall'altro. I due principi verrebbero a trovarsi, di conseguenza, in rapporto di scalarità: la prevenzione rimane il metodo ordinario di trattamento del rischio, mentre la precauzione coprirebbe un ambito residuale ed eccezionale.

Vero ciò, la principale differenza tra l'approccio preventivo e quello precauzionale si coglie in relazione ai compiti dell'ordinamento giuridico, nel senso che la maggiore gravità delle misure di contenimento del rischio che sono proprie del "precauzionismo" impone al diritto di assicurare un surplus di partecipazione democratica alle scelte relative al rischio³⁰, onde evitare che il contenimento della scienza incerta e autarchica sia rimesso, paradossalmente, al solitario sapere tecnocratico di nuovi sacerdoti del tempo: siano essi burocrati comunitari, amministratori locali o, per quel che qui più interessa, giudici penali.

Nel campo dell'ambiente, che è il principale settore di incidenza del principio di precauzione, la questione del passaggio dalla scienza incerta alla scienza

²⁸ Con riguardo alla materia degli xenotrapianti, v. F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza*, cit., p. 177 s.

²⁹ Sul punto, di recente, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p. XIX.

³⁰ In argomento, v. S. GRASSI, *Prime osservazioni*, cit., p. 40.

negoziata è tutt'altro che negletta³¹. L'istanza di una maggiore partecipazione democratica alla formazione delle decisioni che maturano a livello amministrativo, tale da coinvolgere la società civile e soprattutto i soggetti esposti ai rischi reali o potenziali, è avvertita anche allo scopo di meglio attuare il principio di democrazia nella formulazione delle incriminazioni ambientali, le quali, come noto, vengono eterointegrate in relazione a elementi di fattispecie da cui dipende in modo decisivo il raggio di azione della tutela penale³². Invero, benché le norme tecniche che implementano la disciplina dell'ambiente si fondino su conoscenze e valutazioni provenienti dalle scienze teoriche ed applicate, nulla impedirebbe che la loro formulazione passasse attraverso una previa istruttoria, aperta a tutti i soggetti interessati, sia sul piano scientifico che su quello della tutela degli interessi coinvolti, sì da garantire il più ampio consenso all'inevitabile risvolto politico che si annida nel giudizio tecnico in esse racchiuso. Assai utile alla realizzazione di una democrazia partecipativa del rischio, che sia in grado di modificare il rapporto tra amministrazione e cittadino, è l'istituzione di forum consultivi, multidisciplinari e indipendenti³³. In tal modo, e al contempo, si verrebbe ad attenuare l'attuale tensione esistente tra le fattispecie penali ambientali e il principio della riserva di legge. È noto infatti che nella materia dell'ambiente l'eterointegrazione della norma incriminatrice, attuata attraverso il ricorso a elenchi tabellari delle sostanze inquinanti, supera i confini della specificazione tecnica, ritenuta compatibile con il dettato costituzionale³⁴. In realtà tali elenchi non si limitano a indicare le sostanze inquinanti, ma stabiliscono anche i limiti di liceità della loro immissione. In breve, essi descrivono pressoché interamente la condotta tipica. Non solo: la legge penale, nel parlare genericamente di sostanze, non indica nemmeno la cornice entro cui il regolamento viene a porsi come strumento di specificazione di un elemento di fattispecie. Anche per questa ragione, dunque, sarebbe auspicabile una maggiore partecipazione democratica all'implementazione tecnica delle norme penali ambientali, come sostitutivo garantistico della riserva di legge.

Ma all'ordinamento spetta anche un altro importante compito: quello di assicurare, contro eventuali mistificazioni scientifiche al soldo ora di questa

³¹ Di recente, v. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004, p. 36.

³² Sul punto, v. F. GIUNTA, *Ideologie punitive*, cit., p. 852 s.

³³ Cfr. ancora L. MARINI, *Il principio di precauzione*, cit., p. 37 s.

³⁴ V. Corte cost. 14 giugno 1990, n. 282, *Foro it.*, 1991, I, c. 3020 s.

ideologia, ora di quel credo religioso, sia il corretto accertamento dello stato di incertezza scientifica che funge da base a decisioni ispirate alla logica della precauzione, sia, e soprattutto, la trasparenza della informazione pubblica al riguardo. Stante la gravità delle sue conseguenze, il principio di precauzione è destinato, infatti, a operare in presenza di pericoli scientificamente plausibili, ancorché non provati. Ne consegue che non basta qualche fisiologica dissonanza nel ceto degli scienziati per decretare la condizione di incertezza scientifica necessaria (ma non sufficiente) per l'operatività del principio di precauzione. Se non si vuole sovrastimare la varietà di opinioni e di valutazioni che accompagna il dibattito scientifico in campi ancora da dissodare, è chiaro che di scienza incerta potrà parlarsi solo in presenza di una significativa convergenza di opinioni proprio sull'insufficienza e la contraddittorietà delle conoscenze.

6. *Il possibile ruolo della norma penale*

Se si condividono le ragioni per le quali è preferibile la concezione temperata del principio di precauzione, viene a chiarirsi, ad un tempo, che il suo ambito operativo risulta alquanto limitato. Il principio di precauzione, infatti, finisce per interessare, in via eccezionale, quelle attività, i cui supposti coefficienti di rischio, ancorché incerti ma plausibili, lasciano prefigurare conseguenze di sicura gravità, irreversibili e incalcolabili. Infatti, sono questi – e solo questi – gli scenari che per Jonas devono affrontarsi in base al canone “*in dubio pro malo*”, prestando, cioè, più ascolto alla profezia di sventura che a quella di salvezza³⁵. Diversamente ragionando, il “precauzionismo” rischierebbe di esaurirsi davvero in una favola arrogante³⁶, intesa puramente a contrastare il ceto degli scienziati.

Detto altrimenti: la concezione moderata del principio di precauzione ritaglia un nuovo e circoscritto ambito di rischio (temporaneamente) non consentito, in relazione al quale l'ordinamento persegue l'ambizioso obiettivo di abbassare a zero il livello di pericolo. Ne esce confermato, che, viceversa, in via ordinaria l'esercizio dei diritti di libertà e, segnatamente, lo svolgimento delle attività socialmente utili ben possono comportare coefficienti di rischio, ri-

³⁵ H. JONAS, *op. cit.*, p. 39.

³⁶ Così T. REGGE, *Tutti i rischi dell'ambientalismo*, in www.zadig.it. Contro l'applicazione integralista del principio di precauzione, v. anche R. LEVI MONTALCINI, nell'intervista di G.M. Pace, *Nessun lucchetto al cervello*, *La Repubblica* del 14 febbraio 2001, p. 3.

spetto ai quali il dovere di diligenza impone l'adozione di regole modali idonee al loro contenimento, ma non preclusive dell'attività³⁷.

È in relazione all'anzidetto ambito di rischio (temporaneamente) non consentito, dunque, che ci si deve interrogare sul ruolo di supporto che può giocare il diritto penale, allo scopo di garantirne la corretta gestione. Si tratta di un compito non facile, che si sostanzia nella ricerca di uno spazio tra due estreme espressioni dell'irrazionale: l'una si sostanzia nella mera volontà di potenza della *téchne*; l'altra celebra il primato dell'inazione.

Non va trascurato, infatti, che una delle caratteristiche del diritto penale moderno, insita nella sua matrice illuministica, consiste nella sua fondazione razionale e, conseguentemente, nella sua secolarizzazione. Ebbene, il "precauzionismo" non può certo significare rinuncia al logos del diritto penale, ossia alla razionalità dell'intervento punitivo. E per questa ragione vanno respinti i tentativi di utilizzare il principio di precauzione come strumento di flessibilizzazione del nesso causale, come è pure accaduto nella giurisprudenza di merito in materia di elettrosmog³⁸. Come noto, la storia dogmatica della causalità registra il percorso opposto verso forme di razionalizzazione del suo accertamento in termini nomologico-deduttivi, ossia attraverso il ricorso al metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura. Sul piano processuale, poi, l'estensione alla causalità del canone della certezza razionale "oltre ogni ragionevole dubbio" non può che bandire affermazioni di responsabilità fondate sulla mera plausibilità scientifica della copertura causale. Ma analogamente deve dirsi del giudizio di idoneità offensiva richiesta dalle fattispecie incriminative di pericolo concreto. Così, per rimanere nel campo dell'elettrosmog, l'impiego della contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), come fattispecie residuale attraverso cui sanzionare la creazione di campi elettromagnetici atipici ai sensi della normativa di settore, non potrà contare sul principio di precauzione quale paravento per interpretare il requisito dell'idoneità a "offendere o [...] molestare persone" in modo svicolato da un parametro scientifico di riferimento.

Tutto ciò precisato, la prima questione che si pone è quella di stabilire nei confronti di chi opera il principio di precauzione, ossia su quale soggetto grava l'obbligo di riconoscere e, se del caso, accertare la situazione di pericolo

³⁷ *Amplius* F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 233 s.

³⁸ Correttamente, V. TORRE, *Tutela penale*, cit., p. 944, con riferimento a Pret. Rimini, 12 giugno 1999, in *Dir. e giust.*, 1999, n. 37, p. 21.

potenziale idonea a far scattare l'obbligo di astensione dallo svolgimento dell'attività. Il problema, per dirla diversamente, è quello di stabilire se il principio di precauzione ha come suoi esclusivi interlocutori le istituzioni, cui spetta tradurlo in processi normativi e decisionali vincolanti per i cittadini, ovvero se esso opera anche e direttamente nei confronti dei singoli cittadini, alla stregua di una regola di condotta individuale.

7. Principio di precauzione e responsabilità per colpa

Iniziando da quest'ultima ipotesi di lavoro, ci si deve chiedere ulteriormente se e in che termini può esservi un nesso funzionale tra il principio di precauzione e la responsabilità per colpa.

È del tutto superfluo dilungarsi sulle note e perduranti difficoltà che incontra la colpa a operare come criterio di imputazione pienamente conforme ai principi di colpevolezza e di legalità-determinatezza. Preme rilevare piuttosto che l'ipostatizzazione di un generale, ma fatalmente generico, dovere di diligenza di tipo precauzionale³⁹, ammesso che sia enucleabile dall'art. 174, par. 2, Tr CE, equivarrebbe a scaricare su singoli cittadini decisioni in situazioni di incertezza scientifica certamente complesse, le quali, proprio per questa ragione, dovrebbero competere principalmente alle istituzioni e non agli operatori privati, nemmeno quando questi ultimi siano soggetti economicamente forti e, come tali, in grado di affrontare il costo economico di un'approfondita attività istruttoria. Non deve trascurarsi, infatti, che il principio di precauzione si attegga principalmente a criterio di buona amministrazione; non a caso è principalmente agli enti pubblici che compete attuarlo. Per quale ragione, dunque, proprio nel settore del diritto penale, che, per la gravità delle sue conseguenze, più abbisogna di un approccio razionale, si dovrebbe ammettere una forma di responsabilità colposa fondata sull'incertezza scientifica, addossando per lo più la gestione del dubbio ai singoli, con speculare deresponsabilizzazione delle istituzioni? Il cittadino verrebbe gravato del compito disumano di trarre da ipotesi di latenza del rischio (già di per sé difficili da enucleare) regole concrete di diligenza atte ad intercettare lo spettro preventivo che sarà convalidato da future scoperte scientifiche e a precludere l'avvento di un fatto tipico, del quale, al momento della condotta, si può dire soltanto che non è escludibile.

In altre parole, ci si deve chiedere se il tentativo di affiancare alla colpa per

³⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., p. 1761 s.

violazione di regole cautelari di natura scientifico-esprienziale, una nuova ipotesi di colpa generica fondata sull'inosservanza di regole precauzionali ispirate all'omonimo principio, non finisce piuttosto per accentuare in modo esponenziale la vaghezza della tipicità colposa, fino all'estremo di camuffare per regola cautelare preesistente la norma di condotta che si staglia "a posteriori"⁴⁰, alla stregua dello *ius superveniens* fondato sulla nuova acquisizione scientifica. Così opinando, si trascura tra l'altro, che mentre la causalità si fonda su una spiegazione scientifica del tutto svincolata dalla dimensione deontica della regola di condotta, la norma cautelare si collega a eventi necessariamente prevedibili al momento della sua doverosità, con la conseguenza che una legge causale non ancora nota può essere oggetto di ipotesi, non di prevedibilità: può rilevare come parametro di accertamento del nesso eziologico, secondo la fisiologia dell'accertamento postumo, ma non può dar corpo retroattivamente a una cautela penalmente rilevante.

In situazioni di incertezza scientifica, infatti, risulterebbe assai ardua la stessa riconoscibilità dei presupposti fattuali della condotta doverosa (qual è il grado di incertezza scientifica che l'operatore dovrebbe ritenere sufficiente per affermare la plausibilità del dubbio?) e non meno certo l'*ubi consistam* del dovere di diligenza, sempre che lo si voglia identificare con comportamenti diversi dall'obbligo (seppur temporaneo) di inazione.

Come si vede, l'innesto del principio di precauzione nella colpa avrebbe effetti applicativi dirompenti; ma prima ancora ne sovvertirebbe l'essenza dogmatica e la funzione politico-criminale. Basti pensare che la prevedibilità dell'evento, caratteristica della colpa secondo le elaborazioni correnti, è irriducibilmente diversa dalla mera congettura di pericolosità che la scienza non può né fondare, né smentire. L'una consiste in una valutazione di verosimiglianza, l'altra si risolve in uno dei tanti giudizi di non impossibilità che si possono formulare in situazioni di incertezza. Tra la sponda della verosimiglianza e quella della non impossibilità non vi sono ponti, ma un rapporto di radicale alterità.

Ebbene, l'eventuale sopraggiungere della conoscenza scientifica, mentre consente la retroattività dell'accertamento causale in quanto giudizio puramente dichiarativo, non sana il difetto di un'autentica regola di condotta diversa dall'astensione. Invero, l'obbligo di approfondimento e di aggiornamento scientifico costituisce una pretesa di diligenza ancora e difficile da concilia-

⁴⁰ In argomento, L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 80.

re con il canone dell'esigibilità, per via della sua insanabile genericità. Di fatto si chiederebbe all'operatore, sotto la minaccia di pena, di superare lo stallo di conoscenze scientifiche, ossia gli si imporrebbe di farsi, se non primo attore, almeno mecenate della ricerca scientifica, promuovendo e delegando appositi studi; fermo restando che graverebbe su di lui la corretta valutazione delle evidenze così raccolte, affinché possa decidersi sul da farsi, mentre, in attesa che l'incertezza scientifica si sciogla nel nuovo sapere, l'obbligo di inazione manterrebbe la sua cogenza, con aggiramento del carattere temporaneo della moratoria. È chiaro, infatti, che, in contesti di incertezza scientifica, l'obbligo di astensione verrebbe meno solo con la prova della innocuità scientifica di una certa attività.

Senza contare, infine, che, ove l'ipotesi precauzionale trovasse una conferma scientifica postuma, alla violazione della regola precauzionale sarebbero difficilmente applicabili i principi dell'imputazione oggettiva dell'evento, cui va notoriamente il merito di aver riscattato l'iscrizione dell'evento colposo dalla logica del *versari in re illicita*. Invero, che senso avrebbe chiedersi se l'evento prodottosi rientrava nel fine di tutela della regola disattesa, ove quest'ultimo comprendesse per definizione l'ampio spettro di tutto ciò che è scientificamente incerto ma non impossibile?

In breve: la strada imboccata non sembra condurre a una gestione penale dell'incerto tecnologico, che sia efficace e ragionevole, perché attenua i principi di garanzia della responsabilità colposa e non aumenta l'effetto di prevenzione, notoriamente modesto, perché modesta è la risposta sanzionatoria collegata ai fatti colposi, a meno che non si voglia cogliere la pena nella celebrazione del processo, con il contorno massmediatico che ne consegue.

8. *Il processo di democratizzazione delle regole cautelari*

Nondimeno il dibattito che si è sviluppato intorno al principio di precauzione è utile a una nuova riflessione sulla responsabilità colposa, perché richiama l'attenzione su un metodo idoneo a rompere il cerchio della solitudine che sovente accompagna tanto l'agente colposo, quanto il giudice penale che deve accertarne la responsabilità. Il consueto criterio di individuazione della regola cautelare – ossia le capacità predittive dell'agente modello – ambisce a instaurare un duplice dialogo, per il vero immaginario. Esso intercorrerebbe, *ex ante*, tra l'agente reale e il modello di riferimento e, *ex post*, tra quest'ultimo e il giudice. Sennonché il parametro dell'agente modello fatica a funzionare come regola di condotta (basti pensare che non è consultabile dall'agente

reale che si volesse conformare a detto parametro), mentre come regola di giudizio subisce inevitabilmente le deformazioni che gli imprime il senno di poi. Da qui la sua agevole manipolazione da parte della giurisprudenza, che si è spinta fino a includervi saperi non disponibili: o perché propri dell'esperto universale o perché maturati successivamente⁴¹. In breve: del "dialogo" di cui si è detto non vi è vera traccia, con la conseguenza che regola di condotta e regola di giudizio non coincidono. Ciò dipende dal fatto che, come ogni idealità, anche la metafora dell'agente modello non esprime concrete norme comportamentali, bensì solamente un parametro deontico; ossia la pretesa, moralmente assai nobile, di elevare l'agente reale al livello dell'agente ideale, là dove la dimensione secolare del diritto dovrebbe poter contare sull'incarnazione dell'agente modello⁴². Da qui, dunque, quale dato costante, una sorta di solipsismo decisionale: l'agente è solo quando al momento di agire; potrebbe volere il consiglio dell'agente modello, che però parla con la chiarezza di un oracolo; e anche il giudice è solo al momento del giudizio, nonostante la ritrovata loquacità dell'agente modello, che, per bocca delle sue incarnazioni processuali (il riferimento è al consulente tecnico e al perito), gli esprime in forma di regola postuma un bisogno di pena, che può prescindere dalla meritevolezza di pena, quale giudizio fondato su tipicità e colpevolezza. Per questa ragione la figura dell'agente modello finisce per diventare una fune tesa tra l'essere accusato di negligenza e l'essere ritenuto colpevole.

Ebbene, proprio al fine di colmare i limiti che affliggono tale metodica, sarebbe auspicabile la massima partecipazione sociale alla formazione delle regole cautelari doverose, allo scopo di non rimettere interamente al giudice la valutazione postuma del rischio consentito. La questione che qui emerge, e si può solo sfiorare, è quella della legittimazione democratica della regola cautelare; un'esigenza, questa, che non è esclusiva delle situazioni prese in considerazione dal principio di precauzione. Soprattutto nel campo dei delitti colpo-

⁴¹ Con riferimento a 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.

⁴² È la strada percorsa di recente da F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1294 s., secondo il quale la figura dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* "attribuisce rilevanza a soggetti sì per definizione normativi, ma al contempo 'reali': le persone 'in carne ed ossa', che operano e lavorano quotidianamente, sotto gli occhi di tutti, nel settore e al livello professionale dell'agente concreto [...] di fatto le regole di condotta non scritte rilevano 'in ragione della loro affermazione nella prassi'".

si, notoriamente “aperti” alle valutazioni fattuali del giudice, la crisi della dogmatica accentua il problema della legittimazione del giudice, già reso acuto dalla ritenuta crisi della legalità⁴³.

In effetti, l'istanza di un più elevato coefficiente di partecipazione democratica alla formazione della regola cautelare vale anche per i fattori di rischio quotidiani e per così dire ordinari, in relazione ai quali la proposta di ricorrere alle consuetudini cautelari, in sostituzione o a integrazione del parametro espresso dall'agente modello, mira proprio a conciliare l'istanza di determinatezza della colpa (e i vantaggi che ne discendono sul piano dell'accertamento processuale) con l'esigenza di valorizzare la dimensione politico-sociale della regola cautelare, che non è solo giudizio tecnico, da rimettersi interamente alla migliore scienza ed esperienza. Invero, la colpa, pur fondando il giudizio di rimproverabilità su basi necessariamente scientifiche, presenta anche una dimensione sociale, dalla quale dipende la stessa legittimazione del giudice penale a sanzionarla. Da questa angolazione, il ricorso al parametro delle prassi cautelari presenta il vantaggio, tipico dei fenomeni consuetudinari, della formazione democratica diretta. Ciò non significa che le regole cautelari consuetudinarie non possano essere la base di una concertazione intesa a farle evolvere in prassi maggiormente virtuose. Questo traguardo è per l'appunto perseguibile attraverso lo spontaneo attivarsi dei soggetti esposti a determinate classi di rischio (meglio se organizzati in associazioni che si facciano portatori di tali interessi) e il confronto che ne deriva, in modo da democraticizzare la definizione del rischio consentito e consentire al corpo sociale di diventare, con le sue dinamiche anche politiche, ad un tempo il produttore e il fruitore delle regole di prudenza.

In breve: il “precauzionismo” acuisce un problema – quello della legittimazione democratica del dovere di diligenza – che riguarda l'intera teoria della colpa penale e finisce per coinvolgere il ruolo del giudice. Appare chiaro, infatti, che come la concretizzazione del dovere di diligenza non si esaurisce in una valutazione meramente tecnica, così il suo accertamento giudiziale non dipende soltanto dal sapere specialistico che viene acquisito nel processo attraverso lo strumento della consulenza tecnica e della perizia. Preponderante è la dimensione ideologica del dovere di diligenza⁴⁴, che precede e orienta

⁴³ Di recente, sul complesso tema v. ampiamente F.C. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, p. 49 s.

⁴⁴ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 246.

l'accertamento della colpa. Di essa, oggi, si fa interprete esclusivo il giudice, mentre sarebbe preferibile che una gestione concertata del rischio producesse i suoi effetti anche sul versante della responsabilità penale.

9. *Una possibile prospettiva: la previsione di reati ingiunzionali a tutela di valutazioni di rischio partecipate*

Come si è detto, in contesti di incertezza scientifica la regola cautelare più efficace e sensata appare la moratoria. È noto, del resto, che il dovere di inazione, posto dal legislatore o dalle autorità competenti, e la regola cautelare modale perseguono, in modo diverso e con costi sociali differenti, la stessa funzione preventiva degli eventi dannosi⁴⁵. Per questa ragione il reato di pericolo astratto avente funzione cautelare, toglie spazio alla configurabilità di una responsabilità residuale per colpa.

Ebbene, in situazioni di incertezza scientifica, la strada maestra sembra passare per il potenziamento di reati di pericolo astratto, il cui utilizzo al servizio del principio di precauzione, benché non immune da riserve e fondate preoccupazioni⁴⁶, non è nuovo, come testimonia la tipizzazione di reati ambientali su valori-soglia scientificamente inattendibili in quanto ispirati, per l'appunto, alla logica della massima cautela di fronte all'incerto⁴⁷. Nella nostra legislazione se ne può rinvenire un esempio significativo nel d. lgs. 8 luglio 2002, n. 224, in materia di organismi geneticamente modificati⁴⁸, che prevede sanzioni amministrative e penali (per lo più miti) per la creazione del rischio in sé, indipendentemente dall'attitudine di tale rischio a rilevare come pericolo per un bene giuridico. Il modello di prevenzione si ispira alla punizione della mera disobbedienza, ma in compenso offre un elevato standard di garanzia sotto il profilo della legalità-determinatezza, posto che il confine tra lecito e illecito viene tracciato dal legislatore in modo chiaro.

Tali reati – che andrebbero inclusi nel novero degli illeciti che fanno scattare la responsabilità dell'ente collettivo, in modo da contrastare più efficacemente il rischio non consentito che è frutto della politica d'impresa – offrono

⁴⁵ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 195 s.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 87 s.

⁴⁶ V. TORRE, *Tutela penale*, cit., p. 940.

⁴⁷ A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino, 2005, p. 392. V. anche F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 34.

⁴⁸ Per un commento v. D. GUIDI, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di F. Giunta, Padova, 2005, p. 332 s.

il vantaggio di risolvere a livello di tipicità il bilanciamento degli interessi, sottraendolo alle valutazioni del giudice, foriere altrimenti di una discrezionalità di fatto libera (il soggetto competente ad applicare la sanzione sarebbe il medesimo competente a stabilire la soglia del rischio consentito).

Senonché, il potenziamento dei reati di pericolo astratto non può essere né l'unica, né la principale opzione politico-criminale per dare prudente attuazione al principio di precauzione. In effetti, le situazioni meritevoli di essere affrontate il nome del principio di precauzione sono molteplici e tra di loro diverse, con la conseguenza che il modello del pericolo astratto appare troppo poco duttile e destinato ad accrescere il già elevato numero dei reati di pericolo. Per questa ragione appare preferibile il ricorso allo schema del reato a struttura ingiunzionale, che potrebbe garantire la valutazione precauzionale delle amministrazioni competenti o delle agenzie di controllo appositamente costituite, alle quali affidare il compito del bilanciamento degli interessi, alla luce delle indicazioni provenienti dai soggetti interessati alle valutazioni di rischio.

Certamente dette fattispecie incriminatrici non possono contare sulla stessa legittimazione dei reati di pericolo fondati sulle evidenze scientifiche (salva la tecnica di tipizzazione a favore ora dell'accertamento in concreto del pericolo, ora della sua plausibile presunzione). Il reato di pericolo astratto fondato sull'incertezza scientifica si svincola dalla logica della tutela del bene giuridico "a rischio"⁴⁹, proprio perché del rischio non c'è prova. Nondimeno i reati a struttura ingiunzionale di cui si è detto sembrano potersi giustificare in ragione dell'esigenza di assicurare valutazioni di rischio concrete e partecipate. L'incriminazione sarebbe posta, cioè, a tutela delle procedure di valutazione del rischio da parte del corpo sociale, confermando che il "precauzionismo" non rileva come principio assoluto, ma entra piuttosto in bilanciamento con l'utilità sociale dell'attività pericolosa. Anche *navigare necesse est*.

⁴⁹ V., seppure problematicamente, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 252 s.

Il punto su...
Consenso informato e direttive anticipate

prof. LUCIANO EUSEBI
Università Cattolica - Piacenza

NOTE SUI DISEGNI DI LEGGE CONCERNENTI
IL CONSENSO INFORMATO E LE DICHIARAZIONI
DI VOLONTÀ ANTICIPATE NEI TRATTAMENTI SANITARI (*)

SOMMARIO: 1. L'ampio consenso possibile sulla rinuncia alle terapie sproporzionate o attuate in fase terminale e sulla garanzia delle cure palliative. – 2. L'inaccettabilità del diritto di richiedere una relazione intersoggettiva orientata alla morte e di una configurazione del rapporto medico riducibile al modello contrattualistico. – 3. I rischi di una radicale soggettivizzazione del rapporto medico rispetto alla tutela dei soggetti più deboli. – 4. L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sul principio di autonomia. – 5. L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sulla non coercibilità di determinati interventi nei confronti della persona cosciente. – 6. L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sull'art. 32² della Costituzione. – 7. L'oggetto delle dichiarazioni anticipate. – 8. La garanzia delle condizioni ordinarie dell'esistenza (idratazione, alimentazione, respirazione). – 9. Il carattere «non vincolante» delle dichiarazioni anticipate. – 10. Il carattere «facoltativo» delle dichiarazioni anticipate. – 11. (*Appendice*) Risposte a quesiti proposti dai membri della Commissione.

1. *L'ampio consenso possibile sulla rinuncia alle terapie sproporzionate o attuate in fase terminale e sulla garanzia delle cure palliative*

I temi proposti dal dibattito sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e sull'eutanasia sono suscettibili di aggregare un ampio consenso, nel Paese, intorno ai seguenti punti:

- a) Può trovare esplicito riconoscimento normativo il fatto che non sono

* Note presentate alla Commissione Igiene e Sanità del Senato nell'audizione di giovedì 12 ottobre 2006.

Per più ampie argomentazioni di chi scrive circa le problematiche presupposte dal tema in oggetto si consenta il rinvio ai contributi: *Il principio di autonomia. Prospettive di una ricostruzione non orientata in senso eutanasi*, relazione svolta al convegno per il XV anniversario di istituzione del Comitato Nazionale per la Bioetica, Roma, 2005, in *Medicina e Morale*, 2006, 6, pp. 1147-1161; *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Ragion pratica*, 19/2002, p. 99 ss.; *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 119 ss.; *L'autonomia delle decisioni mediche*, in *L'Arco di Giano*, 25/2000, p. 11 ss.; *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità soggettiva della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996, p. 233 ss.; *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, 3, p. 727 ss.

dovuti trattamenti terapeutici sproporzionati o inerenti a contesti patologici ormai terminali, ferma una definizione corretta di stati condizioni.

Il giudizio di proporzionalità, infatti, non va riferito al superamento di soglie standard, come accadrebbe se si affermasse, per esempio, che in tutti i casi di tumore metastatico sarebbe a priori sproporzionato fare più di un dato numero di cicli chemioterapeutici, bensì va riferito a ciascun singolo paziente con riguardo al momento in cui si debba prendere la decisione, valutando in rapporto alla sue condizioni se risulti eventualmente sproporzionato il rapporto fra i benefici prevedibili derivanti dall'applicazione di una data terapia e le menomazioni, i danni o le sofferenze a loro volta prevedibili come conseguenza dell'applicazione di quella medesima terapia.

La fase terminale, per parte sua, va individuata nell'instaurarsi irreversibile del processo di morte (condizione pre-agonica e agonica).

Il giudizio di proporzionalità si configura strutturalmente *oggettivo* e impone la trasparente individuazione nell'ambito della comunità medica, secondo ciò che è tipico del confronto in una società aperta e democratica, delle criteriologie d'intervento in situazioni complesse.

Ciò, peraltro, non esclude che ai fini del giudizio di proporzionalità possano assumere rilievo considerazioni riferibili alla personalità e alla vicenda esistenziale del malato.

b) Deve essere tutelata quanto più possibile la qualità della vita di tutti i malati, e dunque anche dei malati che non hanno prospettive di guarigione. In particolare, deve essere garantito il c.d. diritto di non soffrire, rendendo effettivamente disponibile in tutte le situazioni che ne abbiano necessità la terapia del dolore, entro il contesto più vasto degli interventi propri della c.d. medicina palliativa.

Tale impegno deve riflettersi sul piano legislativo, costituendo un dovere irrinunciabile per un'attuazione sostanziale della democrazia.

2. *L'inaccettabilità del diritto di richiedere una relazione intersoggettiva orientata alla morte e di una configurazione del rapporto medico riducibile al modello contrattualistico*

Ciò che invece, ad avviso di chi scrive, deve ritenersi inaccettabile perché tale da costituire una forzatura sia rispetto ai principi cardine del sistema giuridico, sia rispetto alla sensibilità diffusa nel Paese, è il trasferimento della risposta ai temi summenzionati sul piano di una radicale soggettivizzazione

decisionale, quale si realizzerebbe:

a) attraverso il riconoscimento del diritto a esigere che la relazione col medico – in contesti nei quali non vengano affatto in gioco interventi sproporzionati e, in particolare, il c.d. accanimento terapeutico – possa essere orientata (in modo attivo o astensivo) non già alla tutela della salute, ma al realizzarsi della morte;

b) attraverso una definizione giuridica dell'attività medica di tipo puramente contrattuale, che trasformerebbe la medicina da disciplina portatrice di criteriologie d'intervento non derogabili definite nell'ambito della comunità medica, a mera tecnica applicabile in base all'incontro della volontà di un richiedente e della disponibilità di un sanitario a una determinata prestazione;

Appare dunque necessaria molta attenzione nel momento in cui s'intenda definire normativamente l'attività medica, posto che il limitarsi alla menzione di profili pur fondamentali del rapporto tra medico e paziente (consenso informato, ecc.) potrebbe condurre, di fatto, ad accogliere una prospettiva contrattualistica.

Si consideri, d'altra parte, come in molteplici settori della vita economica e civile l'ottica puramente contrattualistica sia stata ritenuta non conforme ai principi dello stato sociale di diritto proprio perché non in grado di tutelare adeguatamente le posizioni più deboli.

In proposito non si può non evidenziare che un'eventuale normativa sulle dichiarazioni anticipate, facendo ricorso a modelli propri del diritto privato (e ciò tanto più ove si parli impropriamente di «testamento»), finisce facilmente per prestarsi – ove non si ponga la massima attenzione in sede redazionale per evitarlo – all'introduzione esplicita o implicita della logica contrattualistica nell'attività medica, aprendo di fatto proprio su questa via a condotte di natura eutanassica.

3. I rischi di una radicale soggettivizzazione del rapporto medico rispetto alla tutela dei soggetti più deboli

Non a caso, del resto, una radicale soggettivizzazione del rapporto col medico implicante l'apertura a prassi eutanassiche finisce per indebolire la tutela *effettiva* del malato. Esistono in questo senso molte ragioni, la cui considerazione appare imprescindibile proprio in un contesto laico democratico e plu-

ralista, che orientano a non rendere giuridicamente disponibile il bene vita. Questi alcuni dei nodi più delicati:

a) la previsione del «diritto a morire» si converte facilmente nella colpevolizzazione dei malati e dei loro congiunti che dovessero richiedere ulteriori investimenti di risorse socio-sanitarie, una volta superate – pur in assenza di accanimento e situazioni analoghe – soglie relative alle condizioni di salute oltre le quali si proponesse come giustificata la rinuncia alla tutela;

b) parallelamente, la presentazione della medicina in veste di attività senz'altro aggressiva, dalla quale il malato, a un certo punto, dovrebbe comunque difendersi utilizzando il diritto all'autodeterminazione, favorisce, in concreto, spontanee uscite di scena dei sofferenti – anche quando non sia in gioco alcuna forma di accanimento – molto vantaggiose dal punto di vista dei costi economici, e che nessuno (*nessun potere*) potrebbe esporsi a sollecitare in modo esplicito;

c) la configurazione come *diritto* dell'intento di vedere realizzata (sempre in contesti estranei all'*accanimento*) la propria morte impedirebbe, una volta espressa la volontà di rinunciare alle terapie da parte del paziente, qualsiasi atto inteso anche sul piano del dialogo e della persuasione a contrastare simile intento, imponendone la pura presa d'atto; esito, questo, tanto più insoddisfacente se si considera, alla luce della letteratura psicologica, che...

d) ...la dichiarazione di voler morire da parte del malato, ben lungi dal rappresentare una manifestazione di libertà, cela quasi sempre un contesto di *abbandono terapeutico* e rappresenta un appello (non di rado il malato ha solo la sua vita da mettere in gioco) alla presa in carico della sua situazione esistenziale attraverso la vicinanza umana e gli interventi di sostegno palliativo, anche quando non sia ormai possibile contrastare l'evolversi di una data patologia: realtà, questa, di cui l'ordinamento giuridico non può non tener conto, privilegiando una formalizzazione deresponsabilizzante dei rapporti;

e) la totale soggettivizzazione dei problemi afferenti alla tutela della vita carica il malato e il suo contesto familiare, venuto meno il riferimento a criteri giuridicamente condivisi, di un onere psicologico enorme, il quale risulta angoscioso e destabilizzante, nonché foriero di gravosi rimorsi;

f) appare in ogni caso alquanto equivoco il fatto che il diritto, costituente per sua natura una risorsa a sostegno degli individui più deboli o in difficoltà, possa di fatto esonerarsi dall'intervento in favore dei medesimi consentendo il

venir meno della loro esistenza, cioè della situazione stessa che si configura come appello al suo attivarsi;

g) del pari, appare non privo di equivocità, ma anche discutibile sotto il profilo della laicità, un diritto il quale, piuttosto che limitarsi a garantire il massimo impegno in favore dei più deboli, si avventuri nell'individuare situazioni estranee a contesti di accanimento – lasciando intendere un giudizio di minor valore della vita quando esse si manifestino – in cui consentire la collaborazione all'altrui proposito di lasciar intervenire la propria morte;

h) rimettere giuridicamente alla (auto)determinazione delle parti coinvolte la stessa salvaguardia della vita significa aprire, come già osservavamo, a una visione contrattualistica del rapporto medico, che favorisce ben noti atteggiamenti di natura cautelativa, intesi a minimizzare i rischi di responsabilità medica per eventuali eventi avversi, piuttosto che a perseguire il miglior interesse del malato;

i) ammessa la disponibilità del bene vita nell'ambito del rapporto medico diviene molto labile il confine – lo testimoniano, tra l'altro, le recenti proposte olandesi concernenti i minori e la fase neonatale – con logiche di eutanasia *tout court* involontaria.

4. *L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sul principio di autonomia*

Si consideri, inoltre, che sarebbe scorretto ricondurre, come talora avviene, il riconoscimento del «diritto di morire» al principio di autonomia. Se infatti quel principio impone il mutuo rispetto fra gli esseri umani quali *soggetti morali* dotati di autonomia, appare del tutto contraddittorio, com'è ampiamente evidenziato in sede filosofica, giustificare in rapporto a tale principio l'intento di vedere realizzata la soppressione del proprio stesso esistere in quanto soggetto morale, e con ciò della propria stessa autonomia.

Significativamente, del resto, la sentenza 29-4-2002 della Corte Europea per i diritti dell'uomo (caso *Pretty*) chiarifica come l'art. 2, parte prima, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – secondo cui «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge» – non esprima un intento di tutela riferito, e con ciò suscettibile di poter essere circoscritto, alla *volontà di vivere* dell'individuo, bensì abbia riguardo alla vita di un individuo umano quale bene giuridico autonomo.

Autorizzare una relazione intersoggettiva orientata alla morte significherebbe – anzi – incidere sul cardine stesso della democrazia, vale a dire sulla circostanza ai sensi della quale la tutela della vita di ciascun individuo costituisce presupposto del reciproco riconoscimento fra gli esseri umani come soggetti eguali in dignità, riconoscimento il quale esige di essere sottratto a qualsivoglia giudizio sulle caratteristiche di una data esistenza (foss'anche al giudizio di taluno *contro* la sua stessa vita).

Non a caso, l'ordinamento giuridico non autorizza, oggi, alcuna forma di relazione intersoggettiva che sia programmaticamente orientata al prodursi della morte di uno dei soggetti coinvolti (salva solo forse, ma confidando che anche questo possa essere superato, l'uccisione del nemico in guerra).

5. *L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sulla non coercibilità di determinati interventi nei confronti della persona cosciente*

Talora la richiesta che sia riconosciuto il c.d. diritto a morire viene riferita alla non coercibilità di una relazione terapeutica implicante interventi diretti sull'intimità della sfera corporea di una persona che coscientemente si opponga. Si tratta, tuttavia, di questioni non sovrapponibili.

Riconoscere la non coercibilità, salva autorizzazione legale, dell'instaurazione di un rapporto terapeutico non implica che sussista il diritto di morire e di richiedere che la relazione col medico, una volta instaurata, si orienti alla morte.

Se un simile diritto venisse riconosciuto ne deriverebbe addirittura, come già si evidenziava, il venir meno del diritto/dovere per il medico di attivarsi, nel quadro della posizione di garanzia di cui è titolare rispetto alla salute del malato, con tutti i mezzi di persuasione e di sostegno necessari affinché una relazione terapeutica non sproporzionata possa instaurarsi.

Ciò implica altresì che l'eventuale instaurazione futura di un rapporto terapeutico non può essere sottoposta alla condizione che, in presenza di talune circostanze, essa venga ad assumere un orientamento alla morte del paziente, sebbene tali circostanze non individuino contesti implicanti forme di intervento sproporzionate e, dunque, di accanimento.

Per le medesime ragioni non può essere richiesto al medico di interrompere una terapia salvavita in atto, ove la prosecuzione di tale terapia non assuma affatto contorni di accanimento.

6. *L'impossibilità di fondare il supposto «diritto a morire» sull'art. 32² della Costituzione*

Nulla cambia, in questo senso, ove si faccia riferimento all'art. 32² Cost., il quale afferma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», precisando altresì che «la legge non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Quanto abbiamo sostenuto si pone, a ben vedere, in totale continuità con tale norma, che non ha affatto l'intento di affermare costituzionalmente il diritto di morire, né di fondare il diritto a relazioni mediche orientate al prodursi della morte.

Va tenuto presente, piuttosto, che tale norma fu inserita nella Costituzione – avendo riguardo agli abusi disumani avvenuti nei campi di sterminio – non per affrontare le problematiche del rapporto terapeutico tra medico e paziente, bensì per precisare che nessun potere (lo Stato, ma anche il datore di lavoro, la compagnia titolare di una polizza assicurativa, una società sportiva, ecc.) può pretendere di imporre a un individuo un intervento rilevante in rapporto alla salvaguardia della sua salute, al di fuori della sua relazione personale col medico di cui abbia fiducia.

L'art. 32² Cost. vuole che la salute sia materia riservata al rapporto del paziente col proprio medico, senza che alcun potere possa pretendere di compiere atti incidenti, per l'appunto, sulla sfera della salute: tale articolo, invece, non dice né innova alcunché circa le caratteristiche del rapporto terapeutico.

7. *L'oggetto delle dichiarazioni anticipate*

Nel quadro che abbiamo descritto eventuali dichiarazioni anticipate di trattamento o interventi di soggetti fiduciari non potranno avere per oggetto vincoli di carattere eutanasi (secondo l'espressione utilizzata nelle conclusioni del parere approvato in materia nel 2003 dal Comitato Nazionale per la Bioetica), cioè comportanti l'orientamento di un futuro rapporto terapeutico alla morte del dichiarante in contesti nei quali non si tratti della rinuncia a strumenti terapeutici sproporzionati.

Le dichiarazioni anticipate appaiono invece legittimate a fornire indicazioni decisive per tutti quei contesti in cui siano in gioco alternative terapeutiche non riconducibili a una scelta tra la vita e la morte del paziente, come pure a offrire elementi rilevanti affinché, secondo quanto più sopra si precisava, il giudizio circa la proporzionalità di un dato intervento possa tener conto an-

che della personalità e della vicenda esistenziale del soggetto interessato.

Esse, inoltre, sono in grado di dar conto, con palesi riflessi tranquillizzanti per i contesti familiari e per il personale sanitario, del fatto che il dichiarante accetti serenamente la non instaurazione di terapie sproporzionate, peraltro non dovute, salvo, sussistendo certe condizioni, un opposto desiderio esplicito del malato.

8. *La garanzia delle condizioni ordinarie dell'esistenza (idratazione, alimentazione, respirazione)*

Va infine precisato che non potrà mai essere richiesta l'interruzione di quelle cure, sempre dovute, le quali garantiscono ciò che è necessario per vivere a ogni individuo, sia egli sano o malato, come l'idratazione, l'alimentazione, la respirazione: salva pur sempre la necessità di valutare se siano proporzionate nel caso concreto le modalità, ad esempio chirurgiche, d'intervento che risultino necessarie per attivarle (cfr. in proposito il parere approvato nel 2005 dal Comitato Nazionale per la Bioetica su *L'alimentazione e l'idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente*).

9. *Il carattere «non vincolante» delle dichiarazioni anticipate*

Sarà peraltro necessario che la pertinenza delle dichiarazioni anticipate rispetto alla situazione concreta – in rapporto alla prevedibilità di quest'ultima all'epoca delle medesime, al rilievo che può avere il mutare dell'atteggiamento psicologico dinanzi a una situazione non ancora attuale o resasi ormai tale, nonché al possibile evolversi del quadro delle terapie praticabili – resti rigorosamente affidato al medico, prevedendo (come indicato anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica, in conformità alla norma corrispondente della Convenzione di Oviedo) la natura *non vincolante* delle eventuali dichiarazioni, natura che non esclude il dovere di motivazione del medico.

Ogni diversa soluzione (anche nel caso in cui si prevedesse che le dichiarazioni siano comunque effettuate con l'assistenza di un sanitario) priverebbe il medico dell'aspetto più essenziale della sua professionalità, che consiste nell'essere chiamato a conformare la sua condotta terapeutica al giudizio in scienza e coscienza circa l'attualità della situazione del malato.

10. *Il carattere «facoltativo» delle dichiarazioni anticipate*

È del tutto ovvio che l'espressione di dichiarazioni anticipate non potrà che rimanere totalmente libera e discrezionale. Il cittadino non può essere paradossalmente privato, in nome dell'autodeterminazione, del diritto di affidarsi ai criteri ordinari di diligenza e perizia che devono informare la prestazione dell'attività sanitaria, venendo in tal senso obbligato a prevedere rispetto a una situazione futura e incerta (quale che sia il suo livello di preparazione in ambito medico) specifiche modalità dell'intervento sanitario. Ciò finirebbe davvero per ledere il diritto costituzionale alla tutela della salute. La garanzia degli strumenti proporzionati alla salvaguardia della salute, dell'integrità fisica e, pertanto, della vita non può essere condizionata, infatti, a obblighi di dichiarazione.

11. *(Appendice) Risposte a quesiti proposti dai membri della Commissione*

a) Mi viene sottoposto il problema delle difficoltà che insorgono nel determinare in concreto quando sussista accanimento terapeutico, vale a dire quando una terapia possa definirsi sproporzionata.

In altre parole, essendosi prestata notevole attenzione – di cui sono grato – ai rischi che segnalavo, in rapporto alle persone più deboli, di una radicale soggettivizzazione del rapporto medico che riconduca quest'ultimo al modello contrattualistico, mi si chiede se sia possibile realizzare un accordo condiviso su ciò che nei diversi contesti dell'attività medica debba considerarsi *oggettivamente* proporzionato o non proporzionato.

Risposta: Vorrei ribadire, innanzitutto, che la riconduzione dei rapporti più delicati per la tutela dei diritti fondamentali al mero incontro contrattuale delle volontà dei soggetti coinvolti pone enormi problemi rispetto alla salvaguardia delle posizioni più deboli, come del resto insegna, per esempio, la storia delle relazioni fra lavoratori e datori di lavoro. In questo senso, è altissimo il rischio che un'impostazione rigorosamente «liberistica» della relazione medica – e con essa la possibilità di richiedere l'orientamento di quest'ultima alla morte anche in contesti nei quali non venga affatto in gioco l'accanimento terapeutico – si risolva in un'enorme pressione di fatto sui malati non più guaribili a scegliere di *fare un passo indietro*, liberando la società dai costi ingenti della loro tutela (tanto più ove la medicina venga presentata all'opinione pub-

blica come disciplina dai comportamenti poco affidabili, nei cui confronti ci si dovrebbe «difendere» facendo valere il diritto all'autodeterminazione).

Ciò premesso, è vero che non è semplice definire con precisione che cosa sia da ritenersi oggettivamente sproporzionato, e dunque «accanimento», nel caso concreto. Tuttavia, da sempre le diverse branche della medicina elaborano, in realtà, criteriologie comportamentali di proporzionalità degli atti terapeutici, che è bene rendere trasparenti e discusse in modo aperto, secondo il metodo democratico, nella comunità medica e nella società: a questi fini un ruolo importante potrebbe essere svolto dallo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica.

Del resto, non appare coerente eludere la complessità del problema affidandone la soluzione a mere manifestazioni soggettive di volontà che quasi mai si fondano su competenze idonee a considerare tutti gli elementi in gioco e che comunque, quando non volessero risultare puramente emotive, presupporrebbero la richiesta al medico delle informazioni necessarie proprio per stabilire se un determinato intervento terapeutico sia o meno da ritenersi adeguato, cioè proporzionato, rispetto alla situazione concreta di malattia.

Non si vede, inoltre, come scelte terapeutiche da cui dipenda la tutela della vita, per esempio, di un bambino potrebbero essere affidate alla pura e semplice decisione di un rappresentante legale, svincolata dall'ancoramento a criteriologie di proporzionalità obiettiva riferite all'intervento di cui si discute.

Riterrei, peraltro, che la definizione di proporzionalità che ho proposto al primo punto del mio contributo rappresenti un orientamento piuttosto preciso, utile a evitare una serie di equivoci.

In ogni caso, quando rispetto a determinate situazioni concrete non fosse possibile derivare dal criterio di proporzionalità una soglia netta che segni il confine dell'accanimento, sussistendo tuttavia condizioni obiettive in presenza delle quali l'interrogativo sull'accanimento risulti effettivamente proporsi, potrebbe avere spazio legittimo, come precisavo, il riferimento a considerazioni riferibili alla personalità e alla vicenda esistenziale del malato: non, dunque, nell'ottica di una soggettivizzazione delle scelte sulla vita, ma pur sempre entro l'ambito di binari oggettivi al cui interno tali considerazioni appaiano necessarie proprio per concretizzare il giudizio di proporzionalità (in tal modo si eviterebbe altresì che in situazioni particolari di questo tipo, nelle quali non risultasse possibile fissare il confine dell'accanimento in modo del tutto univoco, il paziente finisca per vedersi privato di determinate terapie *contro* la sua volontà).

b) Viene sollevato il problema del rapporto fra anticipazione delle dichiarazioni e riferibilità delle medesime alla situazione attuale del malato e viene altresì sottolineato il ruolo della «persona» nella relazione terapeutica.

Risposta: Ritengo che proprio il nodo dell'inattualità delle dichiarazioni anticipate rispetto al manifestarsi della situazione cui si riferiscono – sia dal punto di vista psicologico, sia in rapporto alla non prevedibilità di tutte le caratteristiche della patologia successivamente intervenuta, come pure all'evoluzione dei mezzi terapeutici – imponga il carattere *non vincolante* per il medico delle medesime (il che, come già si osservava, non esclude la richiesta di motivazione), conformemente alla Convenzione di Oviedo.

Non può che essere il medico, infatti, il soggetto depositario del giudizio sulla pertinenza delle dichiarazioni, sia con riguardo alla patologica in atto, sia con riguardo al rispetto delle norme deontologiche e della legge; del resto, il medico non potrebbe mai essere costretto ad agire contro la sua valutazione «in scienza e coscienza».

Anche le eventuali dichiarazioni anticipate dovrebbero pertanto essere inquadrare, al pari del consenso informato, nell'ambito dell'«alleanza terapeutica» tra medico e paziente, e non quali strumenti contrattuali che riducano il medico a esecutore vincolato di qualsiasi espressione formale di volontà.

Condivido pienamente il richiamo alla centralità della persona: sebbene la terminologia giuridica imponga il riferimento alla condizione di *paziente* o *malato*, va tenuto infatti per fermo che quanto ci deve costantemente animare è, per l'appunto, lo scopo di garantire al meglio la dignità della persona. Per parte mia, proprio in questo senso ho inteso sottolineare i rischi, e dunque l'inopportunità, di una radicale «contrattualizzazione», aperta a prospettive eutanasiche, del rapporto terapeutico.

c) Richiamata l'esigenza di precisare i requisiti che dovrebbero caratterizzare l'eventuale rilievo della figura del fiduciario, viene sollevato il problema del possibile mutamento, anche in rapporto al caso Terry Schiavo, dei rapporti fra fiduciario (o rappresentante) e paziente.

Risposta: In proposito ritengo utile rammentare che le diverse figure di «rappresentante» previste nel nostro ordinamento non hanno poteri puramente discrezionali, bensì devono agire nell'interesse oggettivo dell'assistito e in piena conformità alla legge. Ne deriva che attraverso l'eventuale istituto del fiduciario, come pure attraverso la stessa formulazione di dichiarazioni antici-

pate, non può essere modificato il quadro dei diritti e degli obblighi sanciti dalla legge in rapporto all'attività medica, quadro che non prevede il diritto di richiedere una relazione sanitaria orientata alla morte.

Proprio la legge, del pari, è chiamata a farsi carico di quei contesti in cui l'esistenza di un oggettivo conflitto d'interessi renda inopportuna l'assunzione o la prosecuzione di un qualsivoglia ufficio rappresentativo.

Tutto questo rende tra l'altro evidente che l'espressione di direttive anticipate non suppone la modifica del summenzionato quadro dei diritti e degli obblighi relativi all'esercizio della medicina, per cui la rilevanza di eventuali direttive anticipate entro l'ambito di quei diritti e di quegli obblighi non esige necessariamente, a ben vedere, una legislazione specifica e, dunque, potrebbe trovare spazio anche in sua assenza.

Ove, invece, attraverso la normativa sulle direttive anticipate s'intendesse *innovare* rispetto ai principi che presiedono all'esercizio stesso della medicina, ciò andrebbe reso esplicito e dovrebbe costituire oggetto di un'attenta riflessione, alla luce dei rischi assai gravi che ne deriverebbero, come ho cercato di illustrare, proprio con riguardo alla tutela delle persone più deboli.

La precisazione secondo cui non sono dovute terapie sproporzionate, costituenti accanimento terapeutico, non rappresenterebbe affatto, invece, un elemento di rottura rispetto al quadro dei principi vigenti.

d) Mi viene richiesto di precisare il rapporto tra la problematica in esame e l'atteggiamento del diritto nei confronti del suicidio (anche con riguardo al rifiuto della nutrizione).

Risposta: L'ordinamento giuridico molto opportunamente non punisce il tentato suicida, ma nel contempo non autorizza alcuna relazione intersoggettiva orientata a favorire la preparazione e la realizzazione di un suicidio: lo si evince dall'art. 580 cod. pen. che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio, come pure dalla circostanza per cui l'intento suicida non esonera certamente il medico dal dovere di tentare il salvataggio di chi abbia agito contro la propria vita.

In questo senso, dunque, il suicidio non è punito (dev'essere ben altro il modo di rimotivare alla vita e alla responsabilità sociale il tentato suicida), ma non costituisce affatto una condotta indifferente per il diritto o addirittura lecita.

Nella problematica complessivamente riferibile al tema dell'eutanasia abbiamo invece sempre a che fare – non dobbiamo mai dimenticarlo – con una

relazione intersoggettiva che viene a essere orientata alla morte, e non con un comportamento *privato*.

È proprio questa dimensione relazionale che rende la condotta eutanassica, attiva od omissiva, di immediato rilievo giuridico, posto che mai il diritto ha autorizzato, finora, a tenere una condotta orientata al prodursi della morte di un altro individuo dal quale non provenga alcun pericolo per la propria incolumità (come potrebbe accadere, invece, in un'ipotesi di legittima difesa).

Per lo stesso motivo non ci si può astenere dal garantire al malato che non sia in grado di provvedervi (sia esso o meno cosciente) le condizioni base necessarie all'esistenza di qualsiasi individuo.

Anche nel caso in cui un malato che sia in grado di alimentarsi autonomamente se ne astenga, andranno senza dubbio adottate le modalità opportune per sostenerlo dal punto di vista psicologico e motivarlo: del resto, si deve tener presente che in non pochi casi il non alimentarsi interviene in un momento nel quale l'evoluzione della patologia compromette, in realtà, l'assimilazione stessa del cibo.

e) Viene altresì menzionato il problema del ruolo che compete agli Ordini professionali circa il controllo e la sanzione dei comportamenti scorretti.

Risposta: Rispetto al quesito specificamente rivoltomi non posso che concordare con l'esigenza di rendere maggiormente efficace la normativa deputata al rispetto delle norme disciplinari, il che avrebbe un'efficacia notevolissima complessiva in termini di prevenzione.

dott. DAVIDE TASSINARI

Dottore di ricerca in diritto e processo penale nell'Università di Bologna

GLI ATTUALI PROGETTI DI LEGGE SUL COSÌ DETTO “TESTAMENTO BIOLOGICO”: UN BREVE SGUARDO D'INSIEME ^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le alterne vicende del “diritto di rifiutare le cure”. – 3. Alcuni centrali aspetti della disciplina del diritto al rifiuto delle cure: a) i suoi diversi “livelli” di manifestazione. – 4. b) I limiti contenutistici e “sistematici” dell'autodeterminazione alle cure. – 5. c) i vincoli di forma e la pubblicità del “testamento”. – 6. Alcuni appunti sulla tecnica normativa in materia di testamento biologico.

1. *Considerazioni introduttive*

Il così detto testamento biologico rappresenta un oggetto di indagine dalla fisionomia multidisciplinare¹. Le problematiche e gli interrogativi che esso solleva si pongono come un tema di centrale interesse, anche per la novella

* Testo riveduto e con l'aggiunta di note della relazione presentata il 10 ottobre 2006 presso l'Università di Bologna nell'ambito del progetto di ricerca di interesse nazionale “Le nuove frontiere del diritto penale della medicina nell'esperienza italiana e straniera”, coordinato dal Prof. Fausto Giunta.

¹ Fra i numerosi Autori che si sono occupati delle problematiche del rifiuto delle cure e del testamento biologico nell'ambito penalistico e medico-legale, si vedano, oltre a quelli citati *infra*, 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. 1426 s.; SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale il ruolo dei familiari?*, in *Dir. pen e proc.*, 1996, p. 202 s.; ID., *A proposito di “living will” e di “advance directives”: note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 477 s.; SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 533; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 751 s.; GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 553 s.; DE FARIA COSTA JOSÉ, *La fine della vita ed il diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 448; INTRONA, *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 9 s.; ID., *Le “dichiarazioni anticipate” e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 39 s.; BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 835 s. Per un'analisi degli aspetti civilistici del problema si vedano, fra gli altri, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 473; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196; SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 179 s.; RESCIGNO, *Il testamento biologico*, in AA.VV., *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, a cura di FAGIUOLI, Milano, 1997, p. 67. Per un'analisi generale del problema si veda IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000, *passim*.

branca della “biogiuridica”².

Si tratta, peraltro, di un oggetto di analisi non nuovo. Da oltre un trentennio, soprattutto grazie alle suggestioni ed agli stimoli provenienti dalle indagini di diritto comparato e, primariamente, da quelle riguardanti il panorama giuridico anglosassone, il testamento biologico – altresì denominato “living will”, ovvero “testamento di vita” – è divenuto uno fra i più controversi *topoi* della riflessione giuridica.

I progetti di legge presentati in relazione al “living will” nel corso delle presente legislatura³ si segnalano per molteplici aspetti di interesse, indipendentemente da ogni pronostico – peraltro assai arduo – circa la loro effettiva traduzione in legge. Sotto il profilo quantitativo, attualmente ben tredici sono i disegni di legge relativi al “living will” che sono stati presentati alla Camera o al Senato e che già hanno formato (o presto formeranno) oggetto di discussione⁴;

² In proposito v., fra gli altri, ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di MAZZONI, Bologna, 1998, p. 63 s.; MOCCIA, *Bioetica o “biodiritto”? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 863 s.; SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in AA.VV., *Medicina e diritto*, a cura di BARNI, SANTOSUOSSO, Milano, 1995, p. 3 s.

³ Fra i disegni di legge della passata legislatura, è da ricordare il n. 2943 del senato, presentato dall'onorevole Antonio Tommassini. Fra i documenti d'interesse si vedano, inoltre, la *Proposta di legge sul consenso informato e sulle direttive anticipate della Consulta di bioetica* (in *Bioetica*, 1998, p. 113 s.) ed il parere del comitato di bioetica del 18 dicembre 2003 (cfr., in proposito, ZANCHINI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento: ecco il tanto atteso parere del comitato di bioetica*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2003, p. 51 s.). Per un quadro d'insieme circa il dibattito dottrinale, la giurisprudenza ed il diritto comparato, oltre agli Autori citati nelle note successive, si vedano INTRONA, *Le “dichiarazioni anticipate” e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 39 s.; FONTANELLA, *Il diritto di autodeterminazione del paziente: il consenso informato ed il testamento biologico*, in *Iustitia*, 2003, 478 s.

⁴ Al memento in cui il presente lavoro è stato ultimato risultano all'esame della XV^a legislatura i seguenti progetti di legge: il D.d.l. n. 3 del senato, presentato il 28 aprile 2006 su iniziativa dell'onorevole Antonio Tommassini; il D.d.l. n. 357 del senato, presentato il 17 maggio 2006 dall'onorevole Giorgio Benvenuto; il D.d.l. n. 433 del senato, presentato il 19 maggio 2006 dall'onorevole Piergiorgio Massidda; il D.d.l. n. 542 del senato, presentato il 31 maggio 2006 dall'onorevole Anna Maria Carloni e altri; il D.d.l. n. 665 del senato, presentato il 20 giugno 2006 dall'onorevole Natale Ripamonti; il D.d.l. n. 687 del senato, presentato il 27 giugno 2006 dall'onorevole Ignazio Roberto Marino e altri; il D.d.l. n. 773 del senato, presentato il 7 luglio 2006 dall'onorevole Paola Binetti e dall'onorevole Emanuela Baio; il D.d.l. n. 818 del senato, presentato il 18 luglio 2006 dagli onorevoli Antonio Del Pennino ed Alfredo Biondi; il D.d.l. n. 762 della camera, presentato il 17 maggio 2006 dall'onorevole Franca Chiaromonte e altri; il D.d.l. n. 779 della camera, presentato il 18 maggio 2006 dall'onorevole Domenico Di Virgilio; il D.d.l. n. 1463 della camera, presentato il 25 luglio 2006 dall'onorevole Donatella Poretti; il D.d.l. n. 1702 della camera, presentato il 26 settembre 2006 dall'onorevole Franco Gril-

dal punto di vista “qualitativo”, occorre sottolineare come siffatti progetti provengano sia dalla maggioranza di governo che dall’opposizione⁵. A dispetto delle antitesi di fondo che dovrebbero contrassegnare, in ragione delle diverse posizioni da cui esse originano, le proposte legislative in discorso, appare sorprendente come, sia pure con differenti toni ed accenti, esse lascino nel loro insieme trasparire alcune significative note *bipartisan*.

Ciascuno dei disegni di legge (siano essi “di destra” o “di sinistra”), come si evince dalle relazioni dei loro proponenti, prende infatti le mosse dall’evidenziazione di un comune dato di fondo: la legislazione (si pensi alla Convenzione di Oviedo⁶), la giurisprudenza (si pensi al noto caso “Massimo”) e lo stesso sentore sociale segnalano un profondo mutamento del rapporto medico-paziente, di cui il diritto positivo deve necessariamente prendere atto⁷. Siffatto rapporto, dopo essersi progressivamente distanziato dal vecchio archetipo del “paternalismo” medico, oggi più che mai risulta incentrato sulla preminenza del principio di autodeterminazione alle cure, la cui principale espressione pare doversi individuare proprio nel diritto al loro rifiuto dal parte del paziente⁸.

lini; il D.d.l. n. 1884 della camera, presentato il 7 novembre 2006 dall’onorevole Tommaso Pellegrino. I testi dei progetti di legge sono reperibili sul sito internet www.senato.it.

⁵ Ad avviso di qualche Autore, tuttavia, le proposte legislative riguardanti il testamento biologico non rifletterebbero un’esigenza realmente avvertita nel tessuto sociale (in questo senso, in particolare, v. IADECOLA, *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 473 s.).

⁶ In merito alla Convenzione di Oviedo ed alle problematiche legate alla sua introduzione nel nostro sistema giuridico, v., per tutti, SANTOSUOSSO, TURRI, *Una Convenzione tutta da scoprire*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 597; VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure “non confermabile” dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 16. Per una “rilettura” dei rapporti diritto penale ed attività medico-chirurgica alla luce della medesima Convenzione, si veda DASSANO, *Il consenso informato*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Gallo*, Torino, 2004, p. 341 s.

⁷ Si vedano, ad esempio: il comunicato alla presidenza del senatore Giorgio Benvenuto del 17 maggio 2006, relativo al progetto di legge n. 357 del senato, cit.; il comunicato alla presidenza della Senatrice Anna Maria Carloni ed altri del 31 maggio 2006, relativo al progetto di legge n. 542 del senato, cit.; il comunicato alla presidenza del 27 giugno 2006 del senatore Ignazio Roberto Marino ed altri, relativo al progetto di legge n. 687 del senato, cit. Tutti i documenti citati sono reperibili sul sito internet www.senato.it. In dottrina, in merito al ruolo dei *living will* nella cornice dei cambiamenti che hanno interessato la medicina degli ultimi decenni, v. IMMACOLATO, BOCCARDO, RATTI, *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la “rivoluzione silenziosa” della medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 354 s.

⁸ Sui recenti mutamenti della fisionomia della medicina, si veda, fra gli altri, FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, Torino, 2006, p. 603 s. Per gli ulteriori approfondimenti bibliografici, si consenta di rin-

Appare assai arduo dar conto nel dettaglio del *proprium* di ciascuno degli anzidetti progetti di legge – una tale analisi non potrebbe certo formare oggetto di queste brevi note –; nelle pagine che seguono ci si propone però di evidenziare alcuni centrali aspetti del tema qui trattato. Ciò sia in rapporto alle principali analogie e differenze di disciplina riscontrabili nella progettazione normativa in tema di “living will”, sia in relazione ad alcuni dei limiti e delle insufficienze che paiono caratterizzarla globalmente.

2. *Le alterne vicende del “diritto di rifiutare le cure”*

Non pare, anzitutto, superfluo evidenziare come l’enunciazione espressa di un diritto del paziente a rifiutare le cure e, più in particolare, di un suo diritto al “dissenso” operante anche in relazione a trattamenti “salvavita” appaia estremamente significativa. L’affermazione di un tale diritto, presente nella più gran parte dei progetti di legge (sia pure, come più oltre si dirà, con talune sensibili diversità di formulazione), oltre a rappresentare un antecedente logico rispetto alla regolamentazione del testamento biologico, riveste una considerevole importanza sistematica. Nel recente passato della prassi clinica, della dottrina e della giurisprudenza, la stessa esistenza di siffatto diritto è stata, infatti, non di rado messa in discussione, se non addirittura esplicitamente negata⁹. Alcuni emblematici casi “pro” e “contro” paiono rintracciabili nella casistica in tema di rifiuto delle cure manifestato dai testimoni di Geova¹⁰. Il complesso ambito delle

viare a TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in AA.VV., *La gestione del rischio in medicina*, a cura di CANESTRARI, FANTINI, Trento, 2006, p. 1 s. Per una panoramica sul diritto di rifiutare le cure, v. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, in *Dir. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 22 s.

⁹ Il diritto del paziente di rifiutare le cure “salvavita” è stato negato da talune controverse decisioni della giurisprudenza meno recente. Cfr. Pret. Pescara, decr. 8 novembre 1974, in *Nuovo dir.*, 1975, p. 253, con nota di PIANIGIANI; Pret. Modica, ord. 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271 s. In dottrina, nel senso dell’esclusione di tale diritto v., in particolare, IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico chirurgico*, in *Giust. pen.*, 1986, p. 79 s.; ID., *Il trattamento medico-chirurgico di emergenza e il dissenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 125 s.; RIECI, VENDITTO, *Eutanasia, diritto a morire e diritto di rifiutare le cure: equivoci semantici e prospettive di riforma legislativa*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 287 s. In senso analogo, si veda anche EUSEBI, *Omissione dell’intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 528.

¹⁰ Su queste problematiche si vedano, fra gli altri, PALERMO FABBRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, p. 186 s.; MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e costituzione (a proposito del rifiuto della trasfusione di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 312; VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, p. 2477; D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della*

pronunce in materia di responsabilità medica sembra, a sua volta, evidenziare come il diritto in discorso, pur essendo oggi riconosciuto dalla giurisprudenza, presenti ancora contorni sensibilmente incerti¹¹. In questi settori, il quadro interpretativo inerente alle norme di legge ordinaria e costituzionale incidenti sul tema del consenso risulta estremamente “oscillante”.

Come noto, le più rilevanti (e basilari) discordanze in tema autodeterminazione del paziente alle cure hanno avuto ad oggetto il dettato costituzionale¹². Benché il disposto di cui all'art. 32 co. 2 Cost. appaia univoco nel riconoscere l'esistenza di un diritto individuale all'“autodeterminazione terapeutica”, operante salve le sole eccezioni dei “trattamenti sanitari obbligatori”, parte della dottrina ha interpretato la norma in senso restrittivo. Essa non implicherebbe affatto un diritto di rifiutare i trattamenti *quad vitam*: l'esame storico della disposizione, secondo tale indirizzo, attesterebbe invece la sua natura, per così dire, di affermazione di principio, correlata alla condanna degli episodi di “barbarie medica” che la storia recente ci rammenta¹³. Da qui l'origine di una

vita, in *Pol. dir.*, 1998, p. 602. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 950. Si consenta, inoltre di rinviare a TASSINARI, *Emotrasfusioni e libera autodeterminazione dell'individuo*, in *Critica dir.*, 1999, p. 101 s.

¹¹ Basti pensare alle molteplici tesi che si contendono il campo in tema di trattamento medico “arbitrario”. In proposito, per tutti, si vedano: GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 s.; MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 1287; ID., *Le “nuove frontiere” del trattamento medico-chirurgico nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 147 s.; AZZALI, *Trattamento sanitario e consenso informato*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 925; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 728 s.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 s. Per un quadro generale del problema e per più puntuali indicazioni bibliografiche, si consenta di rinviare a TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., *passim*.

¹² Per una panoramica su questo tema e, più in generale, sul diritto alla salute nella costituzione, per tutti v. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 610 s.; CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 22; MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e costituzione*, cit., 303 s.; ID., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, *passim*; VINCENZI AMATO, *loc. ult. cit.*; CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 595; PANUNZIO, (voce) *Vaccinazioni*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 2 s.; di recente si veda LORENZINI, *Problematiche sulla disponibilità del diritto alla vita*, in *Nuovo diritto*, 2006, p. 3 ss. Per ulteriori richiami bibliografici, si consenta di rinviare a TASSINARI, *loc. ult. cit.*

¹³ Sul punto, tra gli altri, con difformi opinioni, si vedano EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in *La tutela penale della persona*, a cura di FIORAVANTI, Milano, 2001, p. 132 s. e GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 563. Appare condivisibile, in proposito, il

tormentata – e ad oggi irrisolta – disputa assiologica ed interpretativa: il concetto di autodeterminazione alle cure, sia pure affermato nella Carta fondamentale in modo che parrebbe esente da possibili fraintendimenti, è stato conciliato, a seconda dei diversi punti di vista, con soluzioni ermeneutiche a sfondo sia “individuale” che “collettivo”¹⁴. La tutela della vita nell’ordinamento giuridico vigente, proprio in virtù di siffatte discrasie interpretative, pare anzi destinata ad indossare una veste duplice ed ambigua: ad un tempo quella di diritto e quella di dovere, quest’ultima caratterizzata da un’immanenza dello stato, in senso “tutorio” e “ensorio”, sulle scelte individuali¹⁵.

Per un comprensibile effetto “a cascata”, direttamente derivante dal controvertibile quadro di valori di cui si è detto, incertezze applicative non meno sensibili hanno interessato le disposizioni di legge ordinaria, segnatamente

rilievo di quest’ultimo Autore, ad avviso del quale l’argomento “storico”, di per sé stesso considerato, manifesta, nell’interpretazione dell’art. 32 co. 2 Cost., una capacità euristica limitata. Nel panorama della letteratura orientata verso un’interpretazione restrittiva dell’art. 32 Cost. e verso la negazione del diritto di rifiutare le cure “salvavita”, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, si vedano SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., pp. 186 s. e 203 s.; IADECOLA, FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, così detto “diritto di morire”, criteri per l’accertamento del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 302 s.; ID., *Il trattamento medico-chirurgico di emergenza e il dissenso del paziente*, in AA.VV., *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Milano, 2000, p. 83; MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1979, p. 438 s.; MONTANARO, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 1173 s.

¹⁴ In particolare, si vedano le osservazioni di D’ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 611. Fra gli altri, paiono privilegiare una lettura “individualistica”, piuttosto che “sociale” del diritto a rifiutare le cure, RECCHIA, *Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 562; BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386.

¹⁵ Fra gli Autori che ravvisano nell’art. 32 co. 2 Cost. un univoco indice dell’esistenza del diritto di rifiutare le cure si vedano, per tutti: GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., 563; ID. *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 90 s.; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 763; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 92 s.; ID., *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull’eutanasia*, a cura di STORTONI, Trento, 1992, p. 33 s.; MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 312; VINCENZI AMATO, *Il secondo comma dell’art. 32*, in *Comm. Della Cost. G. Branca*, artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, p. 167 s.; PARODI-GIUSINO, *Trattamenti sanitari obbligatori, libertà di coscienza e rispetto della persona umana*, in *Foro it.*, 1983, I, 2657; MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, 477 s.; BAILO, CECCHI, *L’eutanasia tra etica e diritto: principi e pratiche a confronto*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1209; D’ALOIA, *op. cit.*, p. 611. In particolare, sul raccordo fra l’art. 32 co. 2 e l’art. 13 Cost. nel quadro del diritto a rifiutare le cure v. SANTOSUOSSO, *Situazioni critiche nel rapporto medico-paziente*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 181 s.

quelle penali, inerenti la tutela della vita. Il rifiuto dei trattamenti terapeutici, anziché venire in considerazione (come forse avrebbe dovuto) quale limite implicito (ed invalicabile) al dovere di intervento del medico, è stato sovente destituito del centrale valore che l'art. 32 Cost. ha verosimilmente inteso assegnargli¹⁶.

La “progettata” enunciazione positiva del diritto di rifiutare le cure, in quest’ottica, sembra di per sé poter sortire molteplici, desiderabili effetti: *in primis*, la cessazione dell’inesauribile diatriba di cui si è appena detto e, in secondo luogo, la conquista di un *minimum* di certezza del diritto nel delicato settore della responsabilità medica. La positivizzazione dei confini di autodeterminazione del paziente pare, anzi, possedere una duplice valenza: da un lato, essa potrebbe significativamente ridurre i timori oggi ingiustamente gravanti sulla classe medica, esposta ad un duplice e concorrente “rischio” di responsabilità penale (quello derivante dall’omissione delle terapie e quello correlato al trattamento “arbitrario”); dall’altro, essa varrebbe ad aumentare il coefficiente di precettività-tassatività delle fattispecie incriminatrici poste a tutela della vita ed, in particolare, delle ipotesi di colpa *per omissionem*, delle quali la responsabilità medica costituisce un terreno elettivo d’applicazione. Tali fattispecie, invero, a fronte di una espressa tipizzazione legislativa del binomio consenso-rifiuto alla terapia e dei suoi limiti, non potrebbero più essere interpretate in modo “incondizionato”, ma risulterebbero etero-limitate (e perciò stesso rese maggiormente determinate) dal principio-cardine dell’autodeterminazione terapeutica¹⁷.

Sulla base di queste osservazioni, appaiono maggiormente condivisibili, nell’ampio quadro dei progetti di legge sul testamento biologico, quelle scelte redazionali che, laddove il paziente rifiuti la terapia, escludono espressamente ogni forma (non solo penale, ma anche civile o disciplinare) di responsabilità del medico¹⁸.

¹⁶ Questo stato di cose pare efficacemente testimoniato, ad esempio, dalle incertezze della giurisprudenza meno recente in materia di rifiuto delle cure da parte dei testimoni di Geova (cfr. , per i riferimenti bibliografici, *supra*, in nota).

¹⁷ L’esplicitazione dei limiti dell’intervento medico concorrerebbe a meglio precisare i termini dell’obbligo “giuridico” di impedire l’evento incombente su quest’ultimo, ovvero dei contenuti normativi a cui l’interprete deve necessariamente rinviare per “dare corpo” alla responsabilità omissiva. Nella manualistica, in relazione al rapporto fra elementi normativo-giuridici e principio di precisione, cfr., in particolare, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3° ed., Milano, 2001, p. 137 s.

¹⁸ Cfr., per tutti, l’art.2 co.2 del D.d.l. n. 357 del senato, cit., “l’eventuale rifiuto..., valido anche per il tempo successivo ad una sopravvenuta perdita della capacità naturale, deve essere

In termini generali, va, infine, rimarcato come la scelta legislativa di esplicitare il *right to self-determination* in ambito medico-chirurgico rivesta un importante significato assiologico: per ciò stesso, si tratta, a ben vedere, di una scelta coraggiosa. È, dunque, comprensibile come alcuni disegni di legge, nel mentre delineano siffatti “nuovi” diritti del paziente, si preoccupino anche di ribadire l’illiceità di ogni forma di eutanasia¹⁹. Una tale precisazione pare necessaria al fine di chiarire non solo la portata pratica del “principio consensualistico”, ma anche le caratteristiche ed i limiti che gli sono propri sul piano dei principi. Se, infatti, da un punto di vista classificatorio, è vero che il diritto di rifiutare le cure potrebbe essere ricondotto alla categoria della eutanasia passiva consensuale²⁰, nondimeno la sua affermazione non implica affatto l’accoglimento di un generalizzato “diritto di morire”²¹. Il rifiuto delle cure si pone in un orizzonte di valori e prerogative individuali assai più vasto – e per nulla coincidente – con quello strettamente eutanasiaco: esso non accoglie un concetto di disponibilità del corpo come incondizionato *dominion*, ma piuttosto enuncia il diritto ad opporsi all’altrui ingerenza sulla propria dimensione

rispettato dai sanitari anche se dalla mancata effettuazione dei trattamenti proposti derivi un pericolo per la salute o per la vita del paziente, e rende gli stessi sanitari esenti da ogni responsabilità configurabile ai sensi delle disposizioni vigenti in materia”.

¹⁹ Cfr., per tutti, l’art. 2 co. 2 del D.d.l. n. 779 della camera, cit., “in nessun caso le disposizioni di cui alla presente legge possono essere interpretate nel senso di rimettere alla volontà del paziente o del medico, o in generale di ammettere, promuovere o consentire: a) l’eutanasia attiva o passiva...”. Analoghe formule, peraltro, sono state utilizzate dalla legislazione estera in tema di *living will*: è il caso del noto *Natural death act* della California che, nel 1976, ha, per la prima volta, espressamente disciplinato la materia (cfr. D’ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 605).

²⁰ In generale, sulle problematiche penalistiche dell’eutanasia, si vedano, per tutti: SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 693; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 90; ID., *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 403; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 751 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, *passim*; CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l’eutanasia*, in AA.VV., *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di ZANETTI, Bari, 2003, 194 s; STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 479 s.

²¹ In particolare, sulle diverse sfumature “terminologiche” che tali problematiche sollevano, v. RIECI, VENDITTO, *Eutanasia, diritto di morire e diritto di rifiutare le cure*, cit., p. 278 s.; PORZIO, (voce) *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, vol.XVI, Milano, 1967, 114; MANTOVANI, (voce) *Eutanasia*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 425; si consenta, inoltre, di rinviare a TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia nei paesi di Common law*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, FORNASARI, Bologna, 2001, p. 147 s.

fisica²². Il quadro di riflessioni e valori personali che può fare da sfondo a tali scelte è, invero, molteplice: il credo religioso (emblematico è l'esempio dei testimoni di Geova), il timore del dolore, il desiderio di prevenire l'accanimento terapeutico e, più in generale, la personalissima valutazione della dignità-qualità della vita in rapporto all'invasività (ed all'efficienza) dei trattamenti medici. Si tratta, in definitiva, di una *mensura* dei costi e dei benefici della terapia non determinabile una volta per tutte, ma correlata all'intimità del paziente ed alle sue private scelte di "fine vita": una dimensione che appare, quasi ontologicamente, inconciliabile con l'idea della doverosità dell'intervento medico.

3. Alcuni centrali aspetti della disciplina del diritto al rifiuto delle cure: a) i suoi diversi "livelli" di manifestazione

In termini generali, il diritto di rifiutare le cure, prendendo in esame l'ipotesi-base in cui esso sia esercitato da un paziente capace, pare distinguibile in tre categorie. Ciascuna di esse descrive, secondo diversi gradi d'intensità, un particolare livello di attualità-attendibilità della manifestazione di volontà del titolare del diritto.

Il primo livello di questa ideale tripartizione è rappresentato dall'ipotesi in cui il paziente si trovi, già nel momento in cui manifesta il dissenso alle cure, in una situazione patologica. In tali circostanze, egli non solo è normalmente edotto in merito alle finalità ed agli effetti della terapia, di cui gli vengono rappresentati i "pro" ed i "contro", ma è altresì in grado di apprezzare in modo compiuto la portata delle proprie scelte. Il paziente, infatti, avvertendo fisicamente su di sé il dolore e le limitazioni collegabili alla patologia in atto, può effettuare, secondo la propria sensibilità personale ed i propri valori, una comparazione *in concreto* fra i diversi elementi incidenti sulla decisione di curarsi o meno²³. La completezza di tale processo decisionale, peraltro, risulta tanto maggiore quanto più sia veridica ed effettiva l'informazione data in ordine alle caratteristiche della patologia e della cura. Opportunamente, dunque, pressoché tutti i progetti di legge al momento in discussione rendono

²² Di queste stesse idee pare essersi fatta interprete per la prima volta, nella giurisprudenza italiana, l'assai discussa decisione della Corte d'Assise di Firenze nel caso *Massimo*. Cfr. C. Ass. Firenze, *Massimo*, in *Foro it.*, 1991, II, 236.

²³ Si tratta, in definitiva, di una sua personale valutazione circa la "qualità della vita" ed il "valore della vita". Su tali concetti e sulle loro implicazioni etiche e giuridiche, si vedano, fra gli altri, PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 45 s.; DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, p. 98 s.

esplicita la nozione di consenso informato²⁴. Si tratta di un aspetto che assume una centrale rilevanza per il problema qui trattato: stante l'elevata incidenza delle scelte terapeutiche sui beni della vita e dell'integrità fisica del paziente, pare essenziale la previsione, nella ventura legge, di cautele atte a prevenire casi di "rifiuto disinformato" delle cure.

L'affermazione legislativa del diritto all'"autodeterminazione terapeutica" pare anzi, sotto questo aspetto, dischiudere le porte ad una nuova tipologia di errore diagnostico: la prospettazione al paziente di un quadro patologico e terapeutico errato, ponendosi in diretta relazione con la sua valutazione circa l'*an* delle cure, nasconde possibili rischi per la vita e per la salute. Si pensi al caso in cui l'ammalato, essendogli erroneamente rappresentata una prognosi totalmente infausta, decida di rifiutare cure che percepisce come inutili, quando invece la loro somministrazione avrebbe potuto condurre ad esiti positivi. In siffatte ipotesi, non pare azzardato ritenere che il medico possa rispondere a titolo di colpa dell'evento lesivo che eventualmente ne consegue: ciò sia pure tenendo conto della particolare problematicità del caso, caratterizzato dalla presenza, quale fattore eziologico "intermedio", della volontà del paziente.

Uno degli aspetti più delicati della disciplina del rifiuto delle cure, anche in rapporto all'ipotesi-base che si sta esaminando, è rappresentato dalla valutazione circa la capacità decisionale del titolare del diritto. In questo senso, viene in rilievo non tanto la problematica dell'errore sull'efficacia delle cure, ma più basilaramente la necessità che al momento della scelta il paziente sia *compos sui*. Parrebbe anzi opportuno, nel quadro di disciplina del testamento biologico, adottare una qualche cautela volta ad appurare che il titolare del diritto si autodetermini in una condizione di piena capacità di intendere e volere²⁵. Così ad esempio, potrebbe prevedersi (ma negli attuali progetti di leg-

²⁴ Per una esemplificazione delle formule utilizzate, si rinvia alla lettura dell'art. 2 del D.d.l. n. 3 del senato, cit., le cui parti essenziali sono riportate *supra*, in nota. In rapporto alla nozione di consenso informato, con particolare riferimento alla sua progressiva emersione nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, si vedano FADEN, BEUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, New York, 1986, spec. 125 ss.; per un'analisi di diritto comparato in rapporto alla recente legislazione spagnola sul tema, v. CACACE, *Legge spagnola 41/2002 e consenso informato: cose vecchie, cose nuove*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1161 s. Per gli ulteriori richiami bibliografici, v. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., p. 1 s.

²⁵ In linea di massima, i progetti di legge si limitano a stabilire che il consenso-rifiuto al trattamento debba essere prestato in modo "libero, consapevole ed esplicito" (così, fra gli altri, recita l'art.2 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.). Una procedura di accertamento dello stato di incapacità è però prevista da alcuni progetti di legge allorché si tratti di dare attuazione al testamento biologico. Cfr., per tutti, l'art.16 del D.d.l. n. 433 del senato, cit. "1. Il testamento di vita

ge sono silenti sul punto), specie laddove ciò sia suggerito dal quadro patologico in atto, la necessità che siffatta capacità venga appurata mediante indagini specialistiche. Laddove, infatti, il rifiuto delle cure appaia il frutto di una scelta viziata dalla precarietà delle condizioni mentali del paziente, parrebbe corretto, in ossequio al generale principio *in dubio pro vita*, somministrare ugualmente la terapia²⁶.

Veniamo ora all'analisi degli altri due "livelli" in cui il principio di autodeterminazione alle cure, anche alla luce della progettazione legislativa in corso, pare potersi articolare. La seconda fra le tipologie di manifestazione di volontà a cui si è fatto cenno è rappresentata proprio dal documento denominato "testamento biologico". A prescindere dalle dispute, sorte soprattutto in seno alla dottrina civilistica, in merito alla natura di tale atto, nonché alla correttezza della sua designazione quale "testamento"²⁷, il suo *proprium* consiste in ciò: ogni persona, anche se non affetta da patologie, mediante il testamento biologico può decidere in via anticipata se intende o meno, nell'ipotesi in cui sopravvenga un suo stato di incapacità, ricevere cure mediche²⁸. L'aspetto saliente di tale documento, talvolta denominato anche *living will*, ovvero, con ri-

e il mandato in previsione d'incapacità sono efficaci quando interviene lo stato d'incapacità decisionale del disponente. 2. L'incapacità prevista dal comma 1 deve essere accertata e certificata da un collegio formato da tre medici, tra i quali un neurologo e uno psichiatra, designati dal presidente dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri competente o da un suo delegato, su istanza di chiunque ritiene di averne interesse o titolo."

²⁶ Nella prassi clinica, l'ipotesi in cui le cure vengano rifiutate da un soggetto la cui capacità appare dubbia risulta tutt'altro che rara. Per questa ragione, parte della letteratura medico-legale, ravvisa la necessità che i casi in esame siano oggetto di una specifica disciplina legislativa. Cfr. MAGLIONA, DEL SANTE, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indifferibile* quad vitam: *aspetti giuridici, deontologici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1082. Sottolinea il pericolo che gli accertamenti sulla capacità del paziente si risolvano in una arbitraria negazione della sua volontà, SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, cit., p. 533 s.

²⁷ In senso critico, si vedano SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, 2004, p. 196; MARTINEAU, *L'insoutenable légereté d'une appellation*, in *La revue du notariat*, 1988, p. 556.

²⁸ Va evidenziato come, nella più gran parte dei progetti di legge, il testamento biologico venga inteso più latamente come un documento "di fine vita", comprendente indicazioni ulteriori a quelle menzionate nel testo. Si prenda ad esempio la definizione delle "dichiarazioni anticipate di trattamento" di cui all'art.1, co.1 lett. a) del D.d.l. n. 3 del senato, cit., secondo cui esse consistono nell'"atto scritto con il quale taluno dispone in merito ai trattamenti sanitari, nonché all'uso del proprio corpo o di parte di esso, nei casi consentiti dalla legge, alle modalità di sepoltura e alla assistenza religiosa". Per una definizione dei concetti di "direttive anticipate" e di "testamento biologico", v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 181.

ferimento al suo contenuto, *advance directives*²⁹, è rappresentato dall'esistenza di un sensibile "stacco" di tipo circostanziale e cronologico fra i suoi momenti dispositivo ed attuativo. Pare opportuno, sia pur brevemente, soffermarsi su entrambi questi punti.

Per quanto riguarda il momento in cui il "testamento" viene compilato, non diversamente da quanto si è sommariamente detto in relazione all'ipotesi di rifiuto delle cure, assume un particolare rilievo il fatto che il "testatore" si trovi in una condizione di capacità. Eccezion fatta per questa basilare analogia, le differenze fra le due tipologie di manifestazione di volontà sono però assai sensibili. Nella fattispecie-base del rifiuto il titolare del diritto esprime le proprie scelte relazionandole ad una situazione patologica in atto. Egli, come già si è accennato, non solo manifesta, per così dire, un "rifiuto informato", ma altresì direttamente percepisce gli effetti del male che lo affligge, sovente avvertendo anche il prossimo avvento del proprio stato di incapacità. Affatto diversa è la situazione del "testamento": le disposizioni qui contenute sono per definizione inerenti ad un tempo a venire; esse, inoltre, sono normalmente concepite in rapporto alla possibilità – non già alla certezza – che il loro estensore divenga incapace di decidere in merito ai trattamenti medici³⁰. Si tratta, per queste ragioni, di un'ipotesi di consenso-rifiuto "ontologicamente" non compatibile con il *logos* della piena informazione circa la patologia e la cura³¹. L'esperienza applicativa maturata nei paesi laddove il testamento biologico da tempo costituisce *ius positum* mostra come tale sua caratteristica sia non di rado foriera di difficoltà di ordine "interpretativo". L'oggetto del testamento, invero, normalmente consiste in un'indicazione astratta di "casi" terapeutici, descritti mediante l'utilizzo di termini elastici: lo "stato terminale", il "dolore non tollerabile", le "prospettive di vita",

²⁹ Per una panoramica di diritto comparato, soprattutto in relazione alla situazione normativa d'oltreoceano, v. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., p. 203; BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 481; INTRONA, *Le "dichiarazioni anticipate" e le cure palliative fra bioetica, deontologia e diritto*, loc. cit., e bibliografia ivi richiamata.

³⁰ Si è, anzi, già sottolineato come alcuni progetti prevedano, prima che venga data esecuzione alle "direttive anticipate" delle specifiche procedure di accertamento dell'incapacità (cfr. *supra*, in nota) In dottrina, su queste problematiche, v., per tutti, IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 67.

³¹ Cfr., in proposito, le osservazioni di, SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace*, loc. cit.; D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 619; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, 197; IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 68. Sulla base di questi rilievi, parte della dottrina esprime scetticismo circa la possibilità di riconoscere valore legale ai testamenti biologici nel nostro ordinamento. Fra gli altri, v. BARNI, *I testamenti biologici*, cit., 837 s.

l'“incapacità irreversibile” ecc.³²

La determinazione a non curarsi, in tal modo, è, almeno in parte, presa dal “testatore” “al buio”; essa, più che un'accurata ponderazione dei pro e dei contro della terapia, rappresenta una sorta di scelta “di principio”³³.

Orbene, se l'elevato (ed esplicito) spessore costituzionale del diritto di rifiutare le cure, nella sua versione-base pare indubitabile, alla medesima conclusione non può giungersi in rapporto al “testamento biologico”. Il concetto stesso di “non obbligatorietà” delle cure, qual'è letteralmente affermato dalla costituzione, non sembra, infatti, implicare un diritto all'autodeterminazione terapeutica *pro futuro* ed a carattere “generico”, com'è invece quello sottinteso al *living will*. Invero, l'art. 32 co. 2 Cost. espressamente si occupa dei trattamenti sanitari (obbligatorie e non) in quanto essi siano *determinati*. La “determinatezza” a cui si è riferito il costituente pare configurarsi, nell'economia della disposizione in esame, non come un pleonasma, ma come un ben preciso contenuto normativo³⁴. Il corretto esercizio del diritto di libertà individuale rispetto alle scelte terapeutiche presuppone che il paziente abbia contezza del trattamento che deve essergli somministrato: pare qui venire in considerazione un'affermazione costituzionale – sia pure implicita – del principio dell'*informed consent*, che oggi universalmente si riconosce immanente al trattamento terapeutico. Non solo: lo stesso concetto di determinatezza del trattamento sembra richiedere un *minimum* di attualità del “sinallagma” trattamento-rifiuto. Quest'ultimo, invero, pare potersi qualificare “determinato” (*rectius*: informato) non solo in quanto sia inerente ad una precisa “proposta” terapeutica, ma anche in quanto i costi ed i benefici che ne derivano siano *concretamente* apprezzabili dal paziente secondo la sua personale scala di valori. Ebbene, la possibilità che una tale valutazione sia effettivamente compiuta nel momento “dispositivo” del testamento biologico, allorché esso viene compila-

³² Il problema della “vaghezza” delle direttive anticipate è stato preso in esame anche dal Comitato nazionale di bioetica, nel parere reso su questo tema il 18 dicembre 2003. In proposito v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 201.

³³ Va rilevato come il problema in discorso presenti numerose sfaccettature, di carattere non solo giuridico ed etico, ma altresì filosofico. Il tema del testamento biologico è strettamente inerente a quello del mutamento della volontà umana nel corso del tempo: esso lambisce perciò alcuni ambiti di riflessione della filosofia moderna, come quelli relativo al così detto “io multiplo”. Cfr., in proposito, ELSTER, *L'io multiplo*, Milano, 1991, *passim*. Per più ampi richiami bibliografici, si vedano anche SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., 183 s. e GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 566.

³⁴ Sul punto si vedano anche le osservazioni di VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1429.

to, appare dubbia: ciò quantomeno nei casi in cui il lungo tempo trascorso fra la data di formazione del documento e quella della sua concreta attuazione lascino sospettare che i *desiderata* precedentemente manifestati dal paziente non siano più rispondenti alla sua (presumibile) volontà attuale³⁵.

Se, dunque, il “primo livello” in cui la “libertà di scelta” del paziente può astrattamente articolarsi, ovvero quello del rifiuto delle cure, rappresenta un’attuazione necessaria (ed ineludibile) del dettato costituzionale, così non pare sia per il “testamento biologico”. Proprio in quanto assai più blandamente avvinto alla logica del consenso informato, tale documento pare collocarsi in un’area costituzionalmente “neutra”. Esso rinvia ad un’idea di auto-determinazione terapeutica ove il “rifiuto” individuale per lo più si configura come una scelta *preventiva ed indeterminata*³⁶.

Non può però con ciò dirsi che il testamento biologico sia censurabile sul piano della legittimità costituzionale. La possibilità di attribuire al singolo il diritto di rifiutare in via anticipata le cure, a ben vedere, si configura come una scelta discrezionale del legislatore³⁷. Essa è collocata “a cavallo” fra i due poli estremi della “relazione” terapeutica nella sua fisionomia costituzionale: da un lato, il diritto a rifiutare le cure, che la costituzione parrebbe concepire come immediatamente precettivo laddove esso sia “attuale” e determinato; dall’altro la riserva di legge che delimita il campo dei “trattamenti obbligatori”.

In rapporto al versante penalistico del problema qui trattato, questa parti-

³⁵ Parte della dottrina ritiene che il testamento biologico non sia affidabile in quanto, al momento della sua compilazione, il “testatore” non può avvertire la spinta del proprio istinto di autoconservazione. Per tutti cfr. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., p. 230; analogamente, fra gli altri, PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto di rifiutare le cure*, cit., p. 32. In senso diverso argomenta la dottrina che ritiene il “testamento” inattendibile solo allorché esso sia stato revocato dal disponente, *expressis verbis* o anche *per facta concludentia*, in un tempo successivo alla sua compilazione. Così, in particolare, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 109; VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1434.

³⁶ Anche gli Autori che riconoscono validità al testamento biologico precisano, infatti, come tale validità vada comunque subordinata alla loro *determinatezza* (essi, in particolare, dovrebbero fare riferimento “più che a singole patologie, alle terapie ovvero agli effetti della malattia”: cfr. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, loc. ult. cit.).

³⁷ A sostegno di tale scelta, parte della dottrina rileva come, nel diritto positivo, numerosi siano gli indici che consentono di attribuire valore giuridico a manifestazioni di volontà inattuali. Così, ad esempio, la capacità del soggetto deve essere valutata, ai sensi dell’art.428 c.c., al momento del compimento dell’atto, non della sua esecuzione; un ulteriore e non meno rilevante esempio sarebbe da individuarsi nell’ipotesi del consenso dato in vita alla donazione di organi, previsto dalla legge n. 91/99. Cfr., sul punto, SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., 198.

colare articolazione dell'impianto costituzionale ha significative conseguenze.

Già allo stato attuale della legislazione, la posizione di garanzia normalmente incombente sul medico e, dunque, il suo dovere di attivarsi per la salute (se non per la "salvezza") del paziente, dovrebbe arrestarsi innanzi al rifiuto attuale e determinato (informato) di questi; disattendere i *desiderata* in tal modo espressi, magari riprendendo il trattamento allorché l'ammalato venga a trovarsi in stato d'incapacità, significherebbe violare un precetto costituzionale il cui valore appare univoco e cogente.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi del "testamento biologico", a meno di non aderire alla tesi fatta propria da parte della dottrina, per cui esso sarebbe stato recepito nel nostro ordinamento in uno con la Convenzione di Oviedo³⁸, pare necessario che la legge ventura ne sancisca espressamente il carattere vincolante. Diversamente, innanzi al *living will*, continuerebbero a sussistere stringenti dubbi circa l'estensione del dovere d'intervento medico: un'area di incertezza ove il "rischio penale" oggi assume, in senso contrario ai principi costituzionali di legalità-tassatività, contorni sbiaditi e disorientanti. L'esigenza di disegnare il contenuto ed i limiti del "testamento biologico" in un testo normativo *ad hoc* sembra, peraltro, rafforzata dal suo necessario carattere di *atto formale*, che, invero, allo stato attuale non emerge dall'incompleto referente normativo della Convenzione di Oviedo³⁹. Le decisioni di fine vita appartengono, infatti, ad uno spazio dispositivo che pare non avere eguali nell'odierno panorama legislativo: esse incidono direttamente, sia pure nella forma "passiva" del rifiuto delle cure, sui beni della vita e dell'integrità fisica. Da qui, come fra poco si dirà, scaturisce l'esigenza di rendere affidabili i meccani-

³⁸ In proposito vanno registrate, in dottrina, posizioni divergenti. Mentre alcuni Autori ritengono che la Convenzione in discorso sia connotata da un'ineliminabile genericità di contenuti (cfr., fra gli altri, D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 602), alcuni recenti indirizzi ravvisano nel suo art.9 un immediato riconoscimento di validità ai testamenti biologici (così, in particolare, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., 568 e VALLINI, *Il valore del rifiuto delle cure "non confermabile" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, cit., p. 16). Fra gli altri, già prima del recepimento della Convenzione in discorso nel nostro ordinamento, si era pronunciato a favore dell'utilizzabilità in Italia dei *living will* in assenza di un'esplicita regolamentazione legislativa SANTOSUOSSO, *A proposito*, loc. cit. La giurisprudenza, sino a questo momento, pare però essersi espressa in senso negativo. Cfr., ad esempio App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 2022 s., con note di PONZANELLI, SANTOSUOSSO.

³⁹ Cfr. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 569, ad avviso del quale la Convenzione di Oviedo richiede un "contributo di attuazione" da parte del nostro ordinamento, soprattutto in rapporto alle procedure di formalizzazione della volontà del paziente.

smi di formazione e pubblicità del testamento, attraverso la previsione espressa e “normativizzata” di precise garanzie formali.

Il terzo fra i livelli del *right to self-determination* a cui si è fatto cenno, è rappresentato dalla nomina di un “sostituto” (può forse anche dirsi “fiduciario” o “mandatario”) al quale il “testatore” attribuisce un ruolo di *decision maker* nella delicata cornice delle scelte di fine vita⁴⁰.

Questa figura, se pure variamente denominata e disciplinata, costituisce un tratto comune dell’esperienza legislativa estera in materia di *living will*⁴¹. L’attuale progettazione normativa italiana pare, con alcune significative differenze fra i diversi progetti di legge, dedicare ad essa un ampio spazio⁴². Due sono, in linea di massima, gli elementi che caratterizzano il ruolo del “sostituto”. Anzitutto, egli viene nominato contestualmente alla compilazione del testamento⁴³: per questa ragione il compito demandatogli consiste non tanto nell’adozione di autonome scelte “in vece” del disponente, quanto nell’interpretazione della

⁴⁰ Va rilevato, peraltro, come alcuni progetti attribuiscono al fiduciario compiti di natura composita, ivi includendo, oltre alle disposizioni di carattere “biologico”, anche incarichi a contenuto prettamente patrimoniale. Cfr. l’art.1 co. 2 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.: “il mandato in previsione dell’incapacità è il contratto con il quale si attribuisce al mandatario il potere di compiere atti giuridici in nome e nell’interesse del rappresentato in caso di incapacità sopravvenuta di quest’ultimo”; ed ancora, gli artt. 11 e 12 del medesimo disegno di legge: “il mandato in previsione dell’incapacità può essere generale o comprendere anche gli atti che eccedono l’ordinaria amministrazione”; “il mandante può prevedere che sia predisposto un inventario dei beni mobili ed immobili indicandone le modalità. Ogni soggetto interessato può presentare al giudice tutelare esposti e denunce concernenti l’espletamento del mandato”. In particolare, sul problematico raccordo fra il *living will*, il regime civilistico del mandato e la recente legge 9 gennaio 2004 n. 6 sul così detto “amministratore di sostegno”, v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 193; SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, p. 198.

⁴¹ Nell’esperienza legislativa statunitense, al *living will* è normalmente affiancato il così detto *durable power of attorney for health care*: esso consiste nella nomina di un “fiduciario” il quale agirà in vece del disponente allorché questi non sarà più in grado di farlo. Cfr., sul punto, IAPICHINO, *Il testamento biologico*, cit., p. 28 s. Per una panoramica di diritto comparato, con particolare riguardo alle analogie ed alle differenze fra l’*attorney* ed il *trustee*, v. SPOTO, *Direttive anticipate*, cit., p. 196 s. e bibliografia ivi richiamata.

⁴² In merito alla compatibilità dello “schema” rappresentativo in discorso con l’ordinamento italiano v. BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 488.

⁴³ Questo, in particolare, è lo schema seguito, fra gli altri, dal D.d.l. n. 357 del senato, cit., il cui art.3 co.2 stabilisce: “la dichiarazione anticipata di cui al comma 1 può contenere l’indicazione di una persona di fiducia alla quale sono attribuite la titolarità, in caso di incapacità dell’interessato, dei diritti e delle facoltà che gli competono ai sensi della presente legge nonché la tutela del rispetto da parte dei sanitari delle direttive espresse dallo stesso interessato”. Sul punto v. IAPICHINO, *Testamento biologico*, cit., p. 5 s.; BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 490.

volontà di quest'ultimo ed, *in primis*, del contenuto letterale del *living will*. Il "sostituto" assume perciò una mansione tendenzialmente esecutiva. Egli si fa carico di esternare ed "attualizzare" le manifestazioni di volontà del disponente, relazionandosi con i suoi medici curanti e con alcuni altri soggetti "qualificati", come i familiari, il direttore sanitario, l'autorità giudiziaria. La seconda nota distintiva di questa figura è direttamente correlata alla sua vocazione di "interprete" e consiste nella disciplina dei criteri, delle fonti e degli obiettivi a cui la sua attività interpretativa deve ispirarsi. Alcuni progetti di legge enunciano in proposito dei principi di ordine sia ermeneutico che gerarchico. I primi attengono all'esame del contenuto letterale del testamento, alla ricostruzione dei "valori" personali del testatore, alla fissazione di canoni (come quello teleologico del "miglior interesse del paziente"⁴⁴) a cui il "mandatario" deve ispirarsi nell'assolvimento del proprio compito. I secondi introducono una graduazione del potere di *decision making*. Il ruolo di sostituto, infatti, può essere ricoperto, nel caso in cui la persona originariamente nominata non sia disponibile (o nel caso in cui non vi sia stata alcuna nomina), da una pluralità di soggetti. I disegni di legge attualmente allo studio sono anzi connotati dall'elencazione di un preciso ordine dei "sostituti", variamente configurato a seconda della diversa sensibilità delle aree politiche proponenti: particolarmente oscillante è, ad esempio, il ruolo del convivente *more uxorio*. Ad esso i progetti dell'area di centro-destra assegnano un ruolo subordinato rispetto a quello dei parenti del paziente; i testi elaborati da esponenti del centro-sinistra inclinano, invece, a parificare questa figura a quella del coniuge⁴⁵.

Va rilevato come, in linea di massima, l'esercizio del potere decisionale da parte del "mandatario" venga attorniato da numerose cautele. L'attività di quest'ultimo è subordinata, secondo meccanismi e modalità differenziate nei diversi progetti, a numerose censure e controlli. Ad alcuni soggetti è attribuito una sorta di potere di sorveglianza o "veto" in relazione all'operato del "man-

⁴⁴ In proposito v. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 104.

⁴⁵ Fra i progetti orientati nel primo senso si veda il D.d.l. 433 del senato, cit., il cui art.3 co.2 stabilisce "se non sono stati nominati un amministratore di sostegno, un tutore, un mandatario o un fiduciario del soggetto, il consenso o il dissenso al trattamento sanitario è espresso, nell'ordine: dal coniuge non separato legalmente o di fatto, dai figli, dal convivente stabile..., dai parenti entro il quarto grado"; in una diversa prospettiva si veda, invece, l'art. 3 co.2 del D.d.l. n. 687 del senato, cit., "...il consenso o il dissenso al trattamento sanitario è espresso, ove siano stati nominati, dall'amministratore di sostegno o dal tutore ed in mancanza, nell'ordine: dal coniuge non separato legalmente o di fatto, dal convivente, dai figli, dai genitori, dai parenti entro il quarto grado".

datario”: anzitutto, tale possibilità è riservata a coloro che siano potenziali “sostituti” alla stregua dell’ordine gerarchico a cui si è fatto cenno; in qualche disegno di legge è anche prevista la possibilità di un intervento “censorio” dei medici curanti, ovvero del pubblico ministero⁴⁶. Nel caso in cui si verifichi un disaccordo fra tali soggetti ed il mandatario, la decisione ultima sull’effettuazione o meno della terapia è rimessa, nello schema seguito dalla più gran parte delle proposte di legge, all’autorità giudiziaria e, segnatamente, al giudice tutelare.

Ciò che preme qui sottolineare è come il terzo “livello” del diritto a rifiutare le cure sia, quasi per definizione, fra tutti il più distante rispetto alla volontà originaria del testatore. Non solo, infatti, tale volontà, essendo cristallizzata in un “testamento biologico” non è *attuale ed informata*; essa è altresì tramandata ed eseguita secondo meccanismi non completamente affidabili, quali sono quelli dei criteri interpretativo, gerarchico e “censorio”. Basti pensare al canone teleologico, d’ispirazione anglosassone, del *best interest*, laddove non risulta chiaro se esso vada conformato alla sensibilità soggettività del mandante, a quella del mandatario, ovvero all’elastico parametro del “senso comune”.

4. b) I limiti contenutistici e “sistematici” dell’autodeterminazione alle cure

Le differenze più significative fra i disegni di legge al momento in discussione in materia di testamento biologico attengono al suo contenuto, ovvero all’individuazione dei limiti entro cui il “testatore” può esercitare i propri diritti dispositivi.

Prima di analizzare nel dettaglio questo aspetto, occorre, nondimeno, regi-

⁴⁶ In merito ai meccanismi di controllo, cfr. l’art. 9 del D.d.l. n. 687 del senato, cit.: “la correttezza e la diligenza dell’operato del fiduciario... sono sottoposte al controllo del medico curante”. In merito alla disciplina dei “conflitti” fra soggetti legittimati a prestare il consenso si vedano, ad esempio: l’art.9 del D.d.l. n. 3 del senato, cit., “in caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, la decisione è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice tutelare o, in caso di urgenza, da quest’ultimo sentito il medico curante”; l’art.5 co.1 del D.d.l. n. 357 del senato, cit., “nel caso vi sia divergenza tra le decisioni della persona nominata ai sensi dell’art.3... e le proposte dei medici curanti, è possibile il ricorso senza formalità, da parte dei soggetti in conflitto o di chiunque vi abbia interesse, al giudice del luogo ove ha dimora l’incapace...”; l’art.8 co.1 del D.d.l. n. 433 del senato, cit., “in caso di contrasto tra soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento sanitario, la decisione è assunta dal medico nelle situazioni di urgenza..., e dal giudice tutelare, anche su istanza del pubblico ministero, negli altri casi”.

strare nei progetti una certa conformità di vedute relativamente al tema del “distacco” delle apparecchiature meccaniche di supporto. Si tratta, da un punto di vista penalistico, di un dato assai significativo. È noto, infatti, come una questione assai dibattuta – nella letteratura e nella prassi, in Italia come all'estero –, sia la connotazione in senso attivo ovvero in senso omissivo di tali condotte. Più in generale, va anzi rilevato come il sottile crinale che separa l'“azione” e l'“omissione” sia oggetto di tenaci dispute: su di esso si concentrano essenziali differenze, di carattere ad un tempo etico e giuridico⁴⁷. La separazione concettuale fa agire ed omettere, nel contesto del dibattito eutanasi-co e, più latamente, in quello delle “scelte di fine vita”, evoca i distinti universi del *killling* e del *letting die*⁴⁸; nel contesto penalistico, a seconda del diverso modo (attivo o omissivo) d'intendere la condotta possono configurarsi gravi ipotesi delittuose (in primo luogo l'omicidio doloso) in alternativa alla totale assenza di responsabilità (specie ove si riconosca come cogente il diritto di rifiutare le cure). Nel panorama giurisprudenziale, alcuni casi “celebri” (si pensi a quelli britannici di Diane Pretty e Ms. “B”)⁴⁹, hanno, anzi, posto in evidenza come una così accentuata diversificazione del “regime” giuridico-penale dell'azione e dell'omissione comporti, nel contesto in esame, alcune rilevanti disuguaglianze: fra due malati terminali totalmente immobilizzati, solo colui che viva grazie all'ausilio di apparecchiature automatiche potrebbe, chiedendone il distacco, compiere scelte di “fine vita”.

Orbene, pur senza spingersi sino a sviscerare *in toto* un così intricato tema, relativo ai confini fra l'eutanasia attiva consensuale ed il rifiuto delle cure, basti qui dire come alcuni fra i progetti di legge in esame introducono un importante elemento di chiarezza: i macchinari “di supporto” vengono espressamente menzionati fra le terapie “rifiutabili”; più in particolare, non solo il paziente può dissentire alla loro attivazione, ma altresì può chiederne il “distac-

⁴⁷ Cfr., in proposito, GIUNTA, *Il morire tra bioetica ed il diritto penale*, cit., p. 564; CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, fra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI, FORNASARI, Bologna, 2001, p. 113.

⁴⁸ Su queste problematiche si vedano BARCARO, BECCHI, *Eutanasia ed etica medica*, in *Pol. dir.*, 2002, 298 s.; si consenta, inoltre, di rinviare a TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, cit., p. 154.

⁴⁹ In relazione al panorama legislativo e giurisprudenziale statunitense, con ulteriori richiami bibliografici, v. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 605; BARCARO, *A proposito del diritto di morire*, in *Bioetica*, 1996, 505. Per un'analisi dei casi citati nel testo, si consenta il rinvio a TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 303 s.

co”⁵⁰. Una tale precisazione sembra quanto mai opportuna: tali condotte, emblematicamente “a cavaliere” fra agire ed omettere, sono state oggetto, nella letteratura penalistica, di divergenti inquadramenti dogmatici (si pensi alla controversa figura delle condotte omissive mediante azione)⁵¹. Appare dunque logico, oltre che rispondente ai canoni di una corretta tecnica legislativa, che una novella in materia di testamento biologico consenta di superare ogni residuo dubbio sul punto: ciò sia evitando agli interpreti il ricorso a soluzioni artificiose, sia affermando la sostanziale assimilabilità fenomenica ed assiologica fra l’“attivazione” ed il “distacco” delle terapie meccaniche.

Si è detto però come permane un punto ove si registrano sensibili divergenze, che paiono fortemente dipendenti dal diverso orientamento politico dei proponenti ciascun disegno di legge: si tratta della possibilità o meno di rifiutare l’idratazione e l’alimentazione per via parenterale⁵².

Mentre, infatti, il rifiuto delle terapie *stricto sensu* intese può essere ritenuto, dal punto di vista delle forze politiche che si proclamano rigorosamente contrarie ad ogni forma di eutanasia, una forma di prevenzione dell’accanimento terapeutico⁵³, lo stesso non potrebbe dirsi in rapporto alle “tecniche”

⁵⁰ In questo senso pare doversi interpretare, ad esempio, l’art.3 co.1 del D.d.l. 357 del senato, cit., secondo cui “[ogni persona] può... nel caso di malattie allo stadio terminale o implicanti l’utilizzo permanente di apparecchiature o di altri sistemi artificiali ovvero nel caso di lesioni cerebrali invalidanti e irreversibili, esprimere la propria volontà: a) di non essere sottoposta ad alcun trattamento terapeutico e, in particolare, di rifiutare qualsiasi forma di rianimazione o di continuazione dell’esistenza dipendente da apparecchiature; b) di non essere sottoposta all’alimentazione artificiale e all’idratazione artificiale...”.

⁵¹ Per una precisa analisi del problema, nonché per i necessari richiami bibliografici, v. GIUNTA, *Il morire tra bioetica ed il diritto penale*, cit., p. 564. Ad avviso dell’Autore, la liceità del “distacco” delle macchine, nei casi in esame, già allo stato attuale della legislazione potrebbe comunque essere affermato in rapporto all’esercizio del diritto di rifiutare le cure, che esplicherebbe effetti scriminanti in virtù dell’art.51 c.p. (*op. ult. cit.*, p. 565).

⁵² In senso diametralmente opposto l’uno all’altro, si vedano, ad esempio, l’art. 3 co.1 del D.d.l. 357 del senato, cit., (riportato *supra*, in nota) e l’art.5 del D.d.l. n. 3 del senato, cit. (riportato *infra*, in nota). In dottrina, sul dibattito circa la qualificazione dell’alimentazione alla stregua di un atto medico, cfr. SEMINARA, *loc. ult. cit.*; per un’analisi del problema nella giurisprudenza anglosassone, con particolare riferimento al caso *Bland*, cfr. TASSINARI, *loc. ult. cit.*

⁵³ Tale orientamento, ad esempio, pare fatto proprio dal senatore Antonio Tommassini, proponente del D.d.l. n. 3 del senato, cit., nel proprio comunicato alla presidenza del 28 aprile 2006 (il testo del documento è reperibile sul sito internet www.senato.it). Coerentemente, il D.d.l. appena citato stabilisce, all’art.5, che “l’idratazione e l’alimentazione parenterale non solo assimilate all’accanimento terapeutico”.

cliniche di nutrizione. Queste ultime, invero, benché la giurisprudenza estera si sia talvolta orientata in senso diverso⁵⁴, non paiono agevolmente assimilabili ad un atto “terapeutico”; il loro rifiuto parrebbe, dunque, collocarsi in un ambito estraneo al concetto di “accanimento terapeutico” e virtualmente indistinguibile dall’eutanasia passiva. A ben vedere, il problema in esame è reso complesso dal suo innestarsi sui temi assai più ampi e controversi di quello del rifiuto delle cure: il differente grado di disvalore sotteso alle diverse forme di eutanasia, la “disponibilità” del proprio corpo, il “diritto al suicidio” ecc. Un caso simile a quello qui considerato – oltre che emblematico – è rappresentato dall’alimentazione forzata nelle carceri, laddove la soluzione di volta in volta suggerita pare invariabilmente dipendere dal diverso quadro assiologico prescelto dall’interprete⁵⁵.

In proposito, può forse sottolinearsi come l’affermazione del diritto a rifiutare le cure, ma non anche l’alimentazione e l’idratazione, sembri ingenerare una contraddizione. Non pare logico affermare, nella prospettiva dell’autodeterminazione individuale, un tale diritto se al contempo si configura, in una direzione affatto opposta, un “dovere” di stampo pubblicistico e tutorio, qual’è quello di “essere nutriti”. L’affermazione dei diritti del paziente in campo terapeutico, per essere costruita razionalmente, dovrebbe, invece, implicare un’aspettativa individuale, di più ampio profilo, a poter respingere l’“intrusione” e l’“interferenza” aliena su di sé. La legislazione sul punto parrebbe, peraltro, doversi ispirare ad un principio non solo di coerenza interna, ma anche di coerenza sistematica. Basti pensare alle difficoltà applicative che potrebbero discendere dal raccordo fra la legislazione in tema di testamento biologico e la scriminante comune dello stato di necessità⁵⁶: in mancanza di una specifica disposizione di coordinamento, basterebbe al medico invocare la causa di giustificazione di cui all’art. 54 c.p. (astrattamente applicabile al caso del rifiuto di cure “salvavita”) per porre nel nulla i *desiderata* del paziente; ciò al contempo evitando ogni sorta di responsabilità penale ravvisabile sia *de ju-*

⁵⁴ Cfr., per tutti, il caso *Bland*, per il cui esame si rinvia a TASSINARI, *Profili penalistici dell’eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, cit., p. 304.

⁵⁵ Per tutti, sul punto, v. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, II, 1983, 235 s.; BUZZI, *L’alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. Med. leg.*, 1982, p. 282.

⁵⁶ In questo senso, cfr. D’ALOIA, *op. cit.*, p. 613, sul punto si vedano, fra gli altri, i rilievi di VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso*, cit., p. 1435; PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, II, p. 445 e TASSINARI, *Emotrasfusioni*, loc. ult. cit.

re condito che, eventualmente, *de jure condendo* rispetto alla fattispecie di “trattamento medico arbitrario”⁵⁷.

5. c) *i vincoli di forma e la pubblicità del “testamento”*

La disciplina della forma e della pubblicità, sia del “testamento” che della nomina del *substitute decision maker*, meritano alcuni brevi cenni. Non si tratta, invero, di aspetti direttamente incidenti sulle problematiche penalistiche che il tema evoca; tuttavia, in considerazione dell’elevato valore dei beni in gioco, il regime di disciplina di siffatti profili della materia riveste una considerevole importanza.

Per quanto riguarda la forma degli atti in esame, anche nel frastagliato panorama della progettazione legislativa sul *living will*, paiono prevalenti alcune scelte di fondo: il testamento e la nomina del “fiduciario” devono essere redatti con la forma della scrittura privata autenticata (ovvero, secondo alcuni disegni di legge, con atto pubblico)⁵⁸, ma la loro revoca è valida anche se viene compiuta con modalità più snelle (ad esempio una dichiarazione orale resa innanzi a due testimoni)⁵⁹. Alcuni progetti prevedono altresì la possibilità che il “testamento” e gli altri documenti possano essere autenticati dal direttore della struttura sanitaria ove il paziente si trova⁶⁰. Per quanto riguarda il rifiuto delle cure, esso può essere formalizzato, secondo l’impostazione accolta da alcune proposte di legge, mediante una sottoscrizione apposta dal paziente in calce alla cartella clinica⁶¹.

⁵⁷ Il suggerimento di introdurre una fattispecie incriminatrice relativa al trattamento medico arbitrario è stato avanzato da numerosi Autori: Cfr., per tutti, GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico*, cit., p. 398; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in Riv. it. med. leg., 1984, p. 422; MANNA, *Trattamento sanitario “arbitrario”*, cit., p. 477; TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, cit., p. 70, a cui si rinvia per l’ulteriore bibliografia. Per quanto riguarda la rilevanza penale del “trattamento arbitrario” in altri ordinamenti, ed in particolare nel sistema giuridico statunitense, si vedano, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 476 e la letteratura ivi richiamata.

⁵⁸ Ad esempio: richiede la forma della scrittura privata autenticata l’art. 3 co. 2 del D.d.l. 542 del senato, cit.; richiedono la forma dell’atto pubblico l’art. 10 del D.d.l. n. 3 del senato, cit. e l’art. 16 del D.d.l. n. 433 del senato, cit. Per una diversa disciplina, si veda però l’art. 2 co. 4 del D.d.l. n. 773 del senato, laddove, per la validità delle “dichiarazioni anticipate di trattamento”, viene richiesta la mera sottoscrizione autografa del disponente.

⁵⁹ Cfr., ad esempio, l’art. 17 del D.d.l. n. 433 del senato, cit.

⁶⁰ Cfr. l’art. 3 co. 3 del D.d.l. n. 542 del senato, cit.

⁶¹ Cfr. l’art. 2 co. 2 del D.d.l. n. 542 del senato, cit.

Queste scelte, in linea di massima, paiono rispondenti alle esigenze sottese agli atti in esame: da un lato, appare logico pretendere forme rigorose (è forse preferibile l'atto pubblico) al momento in cui le scelte del "testatore" vengono formalizzate, così che la sua manifestazione di volontà possa dirsi certa quanto alla provenienza ed al contenuto; dall'altro, è condivisibile un alleggerimento burocratico, sia pure comportante una deroga al generale principio civilistico del *contrarius actus* (che pretenderebbe per la revoca un'identità di forme), al fine agevolare il paziente che eventualmente intenda modificare le proprie volontà mentre si trova ricoverato⁶². Per le stesse motivazioni appare perspicua la scelta di attribuire un particolare potere di autenticazione al direttore sanitario della struttura ove la degenza si svolge.

Una particolare importanza pratica rivestono, inoltre, le problematiche della pubblicità dell'atto. L'esperienza di diritto comparato evidenzia come risulti concretamente assai difficile dare attuazione ai "testamenti" laddove la loro conservazione sia affidata ai familiari del paziente, ovvero ad associazioni che si assumano spontaneamente il compito (non sempre semplice) di comunicarne il contenuto ai sanitari⁶³; viceversa, paiono aver dato buona prova gli archivi centralizzati (oggi accessibili in via telematica), i quali consentono una consultazione affidabile e celere dei *living will*⁶⁴. Quest'ultima scelta, in definitiva, appare quella maggiormente condivisibile: alcuni disegni di legge ne propugnano l'adozione mediante l'istituzione di archivi informatici presso il ministero della salute, il consiglio nazionale notarile ovvero altre pubbliche istituzioni⁶⁵.

6. *Alcuni appunti sulla tecnica normativa in materia di testamento biologico*

A conclusione di questi sintetici rilievi, pare opportuno puntualizzare, sia pure senza pretese di esaustività, alcuni aspetti particolarmente problematici

⁶² Sottolinea la necessità che venga riconosciuto valore, sulla base del principio *in dubio pro vita*, anche all'atto "informale" di revoca, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 569.

⁶³ Pare rimettere all'iniziativa degli interessati la conservazione e la pubblicità delle "dichiarazioni anticipate di trattamento", ad esempio, il D.d.l. n. 773 del senato, cit.

⁶⁴ Cfr., con numerosi richiami di diritto comparato, BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., 506.

⁶⁵ ad esempio, l'art. 14 del D.d.l. n. 687 del senato, cit., istituisce l'archivio presso il ministero della salute; l'art.16 co.2 del D.d.l. n. 3 del senato istituisce l'anzidetto archivio presso il consiglio nazionale del notariato.

del tema in esame. Si è detto come l'autodeterminazione terapeutica appaia articolabile, alla stregua dell'attuale progettazione legislativa, secondo diverse modalità e "livelli": il rifiuto delle cure, il testamento biologico, la nomina di un "fiduciario". Essi esprimono un grado decrescente di attendibilità circa l'effettiva ed attuale adesione del paziente alle scelte terapeutiche originariamente prese. Mentre l'ipotesi del semplice rifiuto delle cure pare conforme al *topos* del consenso informato e pienamente rispondente al dettato costituzionale, le altre due modalità si prestano ad alcuni rilevanti obiezioni: il trascorrere del tempo non di rado comporta un mutamento delle opinioni individuali, così che si presenta il rischio di dare attuazione, in modo direttamente incidente sulla vita o l'integrità fisica del paziente, a manifestazioni di volontà non più condivise dal loro estensore. Uno fra i problemi giuridici del testamento biologico è, dunque, quello dell'accertamento in capo al paziente di una volontà effettiva ed il più possibile attuale: esso si è presentato, non solo in materia di *living will*, ma anche – ed in modo più stringente – anche in quelle legislazioni che hanno liceizzato il suicidio medicalmente assistito, ovvero l'eutanasia attiva consensuale.

L'esperienza di diritto comparato evincibile da questi ambiti mostra come l'affievolirsi, proprio dello schema del testamento biologico, dei requisiti dell'"attualità" e della "specificità" del rifiuto delle cure debba essere compensato dall'introduzione di alcune cautele e di alcune garanzie: così è nel caso della previsione di un tempo di validità limitato del "testamento"⁶⁶ (esso, secondo alcune legislazioni deve essere rinnovato ogni cinque anni⁶⁷); ovvero nel caso in cui si stabilisca la sua compilazione secondo precisi formulari, atti a renderne meno vago e meglio intelligibile il contenuto⁶⁸. Nel panorama dei

⁶⁶ In questo senso si esprimono anche BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 504.

⁶⁷ Tale previsione, ad esempio, è contenuta nel noto *Natural death act* californiano. Cfr. INTRONA, *Le "dichiarazioni anticipate"*, cit., p. 50.

⁶⁸ Cfr. BAILO, CECCHI, *Direttive anticipate*, cit., p. 498. Per una panoramica di diritto comparato si vedano, inoltre, SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, cit., p. 200 s.; in relazione alla recente legislazione olandese, si vedano, per tutti, BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 705; INTRONA, RUBINI, *La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 1103. In rapporto all'esperienza legislativa australiana del 1995, v. KUHSE, *Eutanasia volontaria, politica e diritto. Un resoconto dall'Australia*, in *Bioetica*, 1997, p. 292 s. In merito al dibattito sul suicidio medicalmente assistito e sull'eutanasia in nord America v. NOTE, *Physician assisted suicide and the right to die with assistance*, in *Harvard L. Rev.*, 1992, p. 2021; TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, cit., *passim*. Circa la disciplina del testamento biologico nell'ordinamento canadese v. CECIONI, SINGER, *Un approccio canadese al testamento di vita: il consent*

progetti di legge italiani non tutte gli accorgimenti in discorso sembrano, invero, essere stati presi in esame. In particolare, mentre pare condivisibile l'introduzione, operata da alcune delle proposte di legge, di particolari clausole di "salvezza" (ad esempio: la non vincolatività del testamento ove esso non sia più rispondente ai progressi della medicina⁶⁹), non può condividersi la mancata previsione di un termine di validità del *living will*.

Per quest'insieme di ragioni, e soprattutto per il suo porsi al crocevia di alcuni temi di centrale rilievo, come la tutela della vita nei suoi profili individuali e sociali ed il dibattito sulla responsabilità medica, la legislazione in materia dovrebbe perseguire obiettivi di prudenza e completezza⁷⁰. Non pare, in definitiva, che tali risultati possano essere raggiunti con schemi normativi d'impronta sintetica, che pure sono presenti nell'ambito della "progettazione" di cui si discute⁷¹; il "testamento" in esame pare meritevole di una trattazione legislativa analitica, che possa dare una risposta puntuale ed articolata alle numerose problematiche che il tema solleva.

In quest'ottica, nel corpo normativo dedicato al "testamento", non solo andrebbe enunciato espressamente il diritto a rifiutare le cure, ma altresì potrebbe essere declinata una fattispecie incriminatrice relativa alle ipotesi di trattamento medico arbitrario, la cui introduzione nel sistema penale è stata suggerita da numerosi Autori⁷².

to treatment act dell'Ontario, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 1275. In merito alle considerevoli difficoltà procedurali e di "tipizzazione" dell'eutanasia, anche alla luce della più accorta tecnica legislativa, si vedano le osservazioni di DE FARIA COSTA JOSÉ, *La fine della vita ed il diritto penale*, cit., p. 451.

⁶⁹ Cfr. l'art. 16 co. 6 del D.d.l. n. 433 del senato: "le direttive contenute nel testamento di vita sono impegnative per le scelte sanitarie del medico, il quale può disattenderle, in tutto o in parte, quando siano divenute inattuali con riferimento all'evoluzione dei trattamenti tecnico-sanitari e deve, in ogni caso, indicare compiutamente nella cartella clinica i motivi della propria decisione".

⁷⁰ Pare, fra gli altri, favorevole ad un'attenta "proceduralizzazione" della materia delle scelte di fine vita, sia pure con particolare riferimento al problema dei soggetti in stato vegetativo permanente, SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, cit., p. 533 s.

⁷¹ Constano, ad esempio, di appena quattro articoli il d.d.l. n. 357 del senato, cit. ed il d.d.l. 542 del senato, cit.

⁷² Cfr. gli Autori richiamati *supra*, alla nota 57.

Riflessioni su...
Francesco Carrara

prof. RENZO ORLANDI
Università di Bologna

RITO PENALE E SALVAGUARDIA DEI GALANTUOMINI (*)

SOMMARIO: 1. Primi vagiti di una Scienza difficile. – 2. Autorità sociale vs. Stato: fine precoce di un auspicio. – 3. La Costituzione e l’inviolabilità dei diritti individuali. – 4. La salvaguardia dei galantuomini oggi.

1. *Primi vagiti di una Scienza difficile*

Francesco Carrara non ha elaborato per la procedura penale quella costruzione sistematica che è invece stato in grado di costruire per il diritto penale. Lo confessa lui stesso in una delle sue ultime prolusioni agli studenti dell’Università di Pisa pubblicata negli Opuscoli con il titolo “*Il diritto e la procedura penale*”¹. Rivolgendosi al suo giovanile uditorio Carrara sosteneva che – con riguardo ai temi del diritto penale sostanziale – poco restava da aggiungere alle conquiste già acquisite dalla dottrina. Egli invitava perciò i futuri studiosi a investire le proprie energie, le “valorose fatiche”, sulla materia del procedimento penale. “Questo è il campo da mietere nell’attuale vicenda delle dottrine penali: campo ricchissimo e in molti dei suoi angoli inesplorato, in altri superficialmente o tortamente esplorato ... Il programma della procedura penale non è ancor fatto e la civiltà penale ne ha bisogno urgentissimo. Questo programma è assai più difficile che non fosse il primo, al quale consacrai le deboli forze della mia vita, perché a quello bastava la paziente *assiduità del raccoglitore*, mentre a questo si esige una *sapienza creatrice*” (corsivi miei)².

In cosa debba consistere questo esercizio di “sapienza creatrice” Carrara cerca di chiarirlo nelle battute finali della sua prolusione, quando afferma che “il programma della *Scienza* penale nella seconda sua parte, dove contempla il processo e il giudizio, deve sciogliere gli ardui problemi che tendono a garantire la tutela giuridica dei consociati avverso le invasioni delle autorità

* Testo della relazione presentata al Convegno di studio sul tema “Francesco Carrara nel bicentenario della nascita” (Lucca, 3-4 dicembre 2004).

¹ Prolusione al corso di Diritto criminale dell’anno accademico 1873-74, nella Regia Università di Pisa, pubblicato in *Opuscoli di diritto criminale*, 3^o ed., Prato 1889, vol. V, p. 3 ss.

² *Il diritto e la procedura penale*, ivi, p. 40.

sociali o troppo paurose o troppo superbe e crudeli”³. Si può anche aggiungere che il ruolo “creativo” del processualista (a differenza di quello, per così dire, “collezionistico” riconosciuto al cultore del diritto penale sostanziale) discende dalla considerevole varietà delle soluzioni legislative astrattamente configurabili per il processo penale e dalla consapevole impossibilità di una scelta inequivocabile, condotta con la sicurezza e la linearità di un sillogismo “in Barbara”⁴.

Nel campo della procedura penale si erano al più esercitati, fino a quel momento, per dirla con lo stesso Carrara, i legulei, ma non ancora i giureconsulti⁵: abbondavano i commentari eruditi e dottissimi così come i lavori legislativi sulla riforma del processo penale di un’Italia da poco unificata, ma difettava quel lavoro di sistematizzazione delle idee fondamentali e delle categorie concettuali che, invece, aveva dato esiti mirabili nel campo del diritto penale sostanziale.

Pur consapevole della grandiosità della sfida, Carrara non rinuncia, in quella stessa prolusione, a indicare quello che, a suo avviso, dev’essere il cardine destinato a sostenere la “Scienza del processo penale”.

Egli guarda al fenomeno processuale muovendo dalla sua dottrina imperniata sull’idea centralissima di “tutela giuridica”. Fondamento della potestà punitiva – dice – è la “tutela giuridica” affidata alla “autorità sociale”⁶. Egli precisa poi che tale “tutela giuridica” implica la predisposizione di un programma articolato in tre parti, corrispondenti all’esigenza di proteggere il diritto “in tutte indistintamente le personalità che ne sono capaci”. Si tratta, in

³ *Il diritto e la procedura penale*, cit. p. 41.

⁴ Nel definire il processo misto (*Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 10° edizione, Firenze 1907, vol. 2°, p. 310, § 852), Carrara osserva come sia “impossibile definire tassativamente gli speciali caratteri che (esso) può avere: appunto perché è nella natura di ogni essere misto la perpetua variabilità, derivante dalla maggiore o minore prevalenza dell’uno sull’altro elemento di cui si fa la mistura”. Affiora qui la consapevolezza di diverse combinazioni possibili della procedura penale, tutte compatibili con i principi di ragione e variabili a seconda del punto in cui il legislatore stabilisce di tracciare la linea di demarcazione fra interesse repressivo e tutela dell’imputato. È qui intuita, a mio avviso, la radice politico-costituzionale del diritto processuale penale, vale a dire, il diretto collegamento di questo settore dell’esperienza giuridica con la dialettica individuo/autorità che trova la sua prima regolazione nello statuto fondamentale della società.

⁵ “Ciò che distingue il giureconsulto dal leguleio è appunto questo che il leguleio crede di saper tutto in giurisprudenza, quando conosce la lettera della legge, mentre il giureconsulto in quella lettera vede una forma transitoria nella quale si estrinseca per un breve spazio di luogo e di tempo la legge suprema di ragione universale”, *Necessità di profondi studi giuridici*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° edizione, Firenze 1898, vol. I, p. 109.

⁶ *Il diritto e la procedura penale*, cit. p. 10.

particolare, di proteggere

- i consociati⁷ verso i malfattori;
- i malfattori verso l'autorità sociale;
- gli onesti verso l'autorità sociale;

Alla prima esigenza provvede l'autorità sociale con tutte le iniziative che ritiene opportune contro i violatori del diritto: qui sta "l'essenzialità del giure punitivo"; qui esso trova la sua causa efficiente e la sua causa finale, ma non i suoi limiti.

Tali limiti possono essere fissati considerando le restanti esigenze di protezione.

Dall'esigenza di proteggere i malfattori verso l'autorità sociale si ricava la necessità sia di riservare la punizione alle sole condotte atte a turbare "l'ordine umano"⁸, sia di proporzionare la pena alla gravità della violazione, perché il reo ha diritto a non essere punito più di quel che meriti. Anche il colpevole, in quanto persona umana, vanta dei diritti. Proteggerli è propriamente il compito del diritto penale e della relativa scienza, impegnata massimamente nello studio del reato e nella scomposizione analitica delle sue componenti, proprio allo scopo di contribuire a una punizione, che sia ragionevolmente commisurata all'entità del fatto attribuitogli. È invece dall'esigenza di proteggere gli onesti verso l'autorità sociale che si ricava quello che, ad avviso di Carrara, costituisce il fulcro del diritto processuale penale: la presunzione d'innocenza. Nel diritto penale, l'autorità sociale è posta di fronte al problema del "perché" e del "quanto" punire. Nel diritto processuale, essa è posta di fronte al problema del "chi" punire. Un diritto penale privo dei freni e dei limiti del diritto processuale rischierebbe di colpire alla cieca. Un diritto processuale privo dei freni del diritto penale esporrebbe il colpevole al rischio di punizioni esemplari. In definitiva, il colpevole ha diritto di non esser punito oltre misura (al che deve provvedere il diritto penale, fissando in linea generale ed astratta, secondo principi di ragione, i tipi di condotte illecite e le relative sanzioni), ma, prima di esser dichiarato tale, gli vanno garantiti i diritti che spettano a ogni persona (al che deve provvedere la procedura penale, anch'essa improntata a principi di ragione).

⁷ Intesi come mero aggregato di persone, come sommatoria di possibili vittime di reato, non come aggregato organizzato in società.

⁸ *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° edizione, Firenze 1898, vol. I, p. 266.

Diritto e procedura penale si configurano pertanto come due distinti limiti all'estrinsecarsi del potere punitivo: limiti destinati – beninteso – a operare simultaneamente nell'esperienza concreta. È tuttavia diverso (da un punto di vista concettuale) il rapporto che viene a istituirsi fra autorità sociale e cittadino nel diritto penale e, rispettivamente, nel diritto processuale. Nel primo, va regolato e disciplinato l'esercizio del potere punitivo inteso come reazione a una condotta ipotetica, reputata riprovevole alla stregua della tavola di valori che quel potere legittima: conseguentemente, il compito dell'autorità sociale si esaurisce qui in una classificazione delle condotte censurabili e in un calcolo delle sanzioni che si ritengono adeguate. Nel secondo, invece, l'esercizio del potere punitivo va regolato come reazione a una condotta concreta (o, quantomeno, asserita tale), della quale, il più delle volte, appare controversa la riconducibilità al soggetto colpevole: conseguentemente, l'autorità sociale deve qui prima di tutto impegnarsi nello sforzo di evitare che il potere punitivo si eserciti contro la persona sbagliata. Uno può scegliere se commettere o meno un reato e, nel caso, sarà rimproverato e sanzionato per questa scelta. Nessuno invece sceglie di diventare oggetto di un'indagine e di un giudizio penale, perché l'esser accusati dipende – nella normalità dei casi – dalla volontà di altri soggetti: di ciò, per l'appunto, dev'esser consapevole l'autorità sociale nel predisporre le norme della procedura penale, le quali non riguardano, quindi, i soli colpevoli, bensì la generalità dei cittadini, perché ciascuno di essi potrebbe incorrere nella disavventura di essere il bersaglio di un'accusa⁹. Nessun uomo onesto, nota Carrara, potrebbe sentirsi al sicuro in un ordinamento che fosse retto da procedure o prassi arbitrarie¹⁰. Discende da questa semplice quanto indiscutibile premessa la nota conclusione che “il rito penale (dunque) è la salvaguardia dei galantuomini”¹¹.

L'affermazione peraltro non è originalissima: se ne trova già traccia in Ro-

⁹ Alla luce di queste considerazioni si capisce l'avversione che Carrara nutre per l'accusatore pubblico, dipendente dall'esecutivo e titolare esclusivo dell'azione penale. Egli auspica, da un lato, l'estensione del potere d'azione all'offeso dal reato (cfr. il saggio *Azione penale*, in *Rivista penale*, vol. III, 1875, p. 5 ss.) e, dall'altro, un ufficio del pubblico ministero sul modello di quello istituito in Toscana nel 1838 che, a differenza di quello francese, fosse svincolato dal potere esecutivo (cfr. *Programma del corso di diritto criminale*, cit., vol. 2°, p. 351 ss., § 868).

¹⁰ “Quale è l'uomo onesto che possa stimare sicura la sua persona in faccia a un rito vizioso o inosservato? Datemi (diceva D'AGUESSAU) datemi quattro linee scritte da un uomo che io voglia perdere, e mi impegno di farvelo condannare come colpevole di perduellione”, *Il diritto e la procedura penale*, cit. p. 23.

¹¹ *Il diritto e la procedura penale*, cit. p. 19.

magnosi, qualche decennio prima¹². Originale semmai è l'idea di fare della presunzione di innocenza il perno attorno al quale ruotano tanto la normativa processuale quanto la corrispondente "Scienza". Tutti i principali capitoli della procedura penale debbono, secondo Carrara, rapportarsi all'idea che l'accusa può colpire qualsiasi cittadino, sicché l'autorità sociale deve moderare l'uso degli strumenti processuali muovendo dal presupposto che gli stessi sempre incombono su un possibile innocente. Non c'è dunque da stupirsi che – nella visione del grande penalista lucchese – la presunzione d'innocenza sia capace di irradiare i propri effetti pressoché in ogni settore della normativa processuale: "la stretta adesione alle competenze, la leale, completa e tempestiva contestazione dell'accusa, la temperanza nella custodia preventiva, la pienezza della prova, le cautele per la veridicità dei testimoni, le condizioni per la legalità delle confessioni, l'ostracismo di ogni suggerito, di ogni frode, di ogni subdolo artificio che possa dare al falso la sembianza del vero, la critica imparziale nella valutazione degli indizi, il liberissimo campo all'esercizio del patronato, i favori per la difesa, le forme sacramentali per la sentenza, i rimedi di appello o di revisione"¹³ son tutti corollari del principio in questione. Oggetto della scienza processuale sono, dunque, i limiti naturali e di ragione che discendono dalla supposta innocenza dell'imputato e coi quali l'autorità sociale deve fare i conti, quando intraprende l'accertamento di responsabilità penali.

A uno sguardo attuale, siffatta conclusione può apparire al contempo scontata ed eccessiva: scontata, perché nessuno dubita della centralità che la presunzione d'innocenza – oggi elevata al rango di principio costituzionale – riveste nella sistematica del diritto processuale penale; eccessiva, perché, nonostante la sua importanza, la presunzione d'innocenza non occupa, nelle teorie

¹² Ecco le parole di ROMAGNOSI, in *Opere edite ed inedite*, con annotazioni di Alessandro De Giorgi, Milano Perelli e Mariani 1842-1848, vol. IV, p. 443: "La procedura è fatta primieramente per la sicurezza della gente onesta; perocché se in natura si fosse certi che un accusato fosse reo, sarebbero inutili e irragionevoli tante indagini per non compromettere l'innocenza e per non far tremare ogni uomo onesto. Dico anche per non far tremare ogni uomo onesto, perché qualcuno può bensì esser padrone di non commettere un misfatto, ma non può esser padrone di non avere un calunniatore o di non soggiacere ad essere preso in fallo".

Notiamo incidentalmente che persino Ferri, il quale pur si batteva fieramente contro le asserite esagerazioni del principio *in dubio pro reo*, ribadisce analogo concetto in uno dei suoi interventi parlamentari: "Il Codice penale è il codice per i birbanti; mentre quello di procedura penale è il Codice di garanzia per gli onesti che sono sottoposti a processo e che non sono ancora riconosciuti birbanti" (*Discorsi parlamentari sul nuovo codice penale*, Napoli 1889, p. 7).

¹³ *Il diritto e la procedura penale*, cit. p. 18.

processualistiche, quella posizione strategicamente centrale che Carrara intendeva assegnarle. Unici, autentici corollari della presunzione d'innocenza ci appaiono, oggi, il divieto di usare gli istituti processuali in funzione sanzionatoria e la regola di giudizio orientata al principio *in dubio pro reo*.

Vale la pena soffermarsi su questo scarto di sensibilità nella portata del principio, perché in esso si esprime, a mio avviso, la distanza che ci separa dall'approccio carrariano alle questioni del "giure punitivo" e, al contempo, le affinità che ancora si percepiscono rispetto al suo pensiero. Di questa distanza e di queste affinità è bene esser consapevoli, anche al fine di apprezzare e, semmai, valorizzare oggi gli spunti di questo illustre giurista ancora attuali per il diritto processuale penale.

2. *Autorità sociale vs. Stato: fine precoce di un auspicio*

Nell'esposizione sin qui svolta ho abbondato in citazioni testuali. Questo perché Carrara fa un uso rigoroso delle parole e delle espressioni che fondano il suo edificio teorico, sicché, nel parafrasare il suo pensiero si rischia a ogni momento di travisarlo. Inoltre, egli talvolta attribuisce a talune espressioni un significato o un'estensione concettuale assai diversi da quelli che, nel tempo, si è venuto associando alle stesse espressioni ancor oggi in uso (come ben dimostra quel che s'è appena osservato a proposito della presunzione di innocenza).

Merita qui soffermarsi su un'espressione ricorrente negli scritti di Carrara che rinvia a un concetto centrale della sua costruzione sistematica: si tratta dell'espressione "autorità sociale" volutamente impiegata al posto del termine "Stato" per designare il titolare del potere punitivo. Siamo di fronte non già all'uso di un semplice sinonimo, bensì a una scelta terminologica rivelatrice di un atteggiamento metodologico. Carrara si rende ben conto del significato ideologico del quale, nel tempo, si è venuto caricando la parola Stato. Nelle correnti culturali che fanno dello Stato una persona a sé, distinta dagli individui che ne fanno parte, egli vede una tendenza pericolosa incline a travasare in questo nuovo ente i poteri che prima appartenevano al Principe¹⁴. L'assolu-

¹⁴ "Gli uomini avvezzi a guardare nella cieca obbedienza, nella negazione di ogni sindacato popolare, il palladio dell'ordine che troppe volte si scambiò col silenzio (come altri scambiò il progresso col movimento) configurarono nello *stato*, una persona ideale, di per se stante, distinta dalle persone reali dei consociati. E nei diritti che attribuirono a questa persona fittizia tentarono di sommergere una seconda volta i diritti degli individui.

L'errore della vecchia scuola stette nel supporre che i popoli fossero fatti per i Principi, e non i principi per servizio dei popoli.

tismo statualista rischia di precipitare la società in un nuovo dispotismo del tutto sganciato dai presupposti razionali, etici e religiosi che debbono costituire il fondamento di ogni esperienza giuridica. È lecito supporre che proprio questa preoccupazione induca Carrara ad evitare accuratamente di usare il termine Stato, quando deve indicare il soggetto cui spetta l'esercizio della potestà punitiva¹⁵. Diversamente dallo "Stato" "Principe assoluto" dominatore incontrastato del "giure punitivo", la "autorità sociale" che ha in mente Carrara è costituita da uomini investiti certo di potere, ma con le debolezze e i limiti di ogni essere umano; è fatta cioè di uomini in tutto simili a quelli che debbono essere giudicati.

Carrara si preoccupa di spiegare come mai gli uomini impegnati nell'"autorità sociale" abbiano il potere di giudicare i loro simili, considerato che l'atto del giudicare postula una superiorità del giudicante sul giudicato, mentre gli uomini sono uniti da relazioni di eguaglianza. Orbene, nella risposta che egli dà a questo quesito sta – a mio parere – una delle chiavi per intendere il suo pensiero. Tale risposta è diversa da quella data, in quel periodo, dalle prevalenti teorie del diritto pubblico. Non già la necessità di un'autorità sociale fonda il potere punitivo, bensì, viceversa, la necessità di punire i comportamenti lesivi di diritti giustifica l'esercizio del "giure punitivo" da parte dell'autorità sociale. Il diritto di punire è insomma un *prius* rispetto all'autorità sociale, la quale si rende necessaria proprio per difendere – con adeguati mezzi repressivi – i diritti conaturati a ogni persona. La vera scaturigine del diritto di punire e, con esso, dell'autorità sociale, è individuata da Carrara nientemeno che nella "legge eterna dell'umanità"¹⁶. Questo ancoramento metafisico relativizza e, per così dire, umanizza, il potere punitivo. L'autorità sociale ha il compito di conservare un ordine la cui determinazione non dipende dai suoi decreti, ma da una legge di natura che trascende ogni potere umano. Essa non può servirsi del diritto penale come di uno strumento per governare; deve piuttosto essere al servizio del diritto penale, il cui fine coincide con la tutela dei diritti inalienabili della persona.

L'errore della nuova scuola stette nel supporre che gli uomini fossero fatti per lo Stato, e non lo Stato costituito per servizio degli uomini": così in *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° edizione, Firenze 1898, vol. I, p. 196.

¹⁵ L'espressione "Stato" compare nella parte del *Programma* dedicata ai "Limiti esterni del giure penale" (cfr. vol. 2°, cit. § 1028), quando si discute del contenimento territoriale della giurisdizione penale: nel parlare del rapporto con le giurisdizioni penali straniere, è comprensibile che Carrara ceda, per così dire, alla tentazione di personificare – nello Stato – la funzione punitiva.

¹⁶ Cfr. *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° edizione, Firenze 1898, vol. I, p. 266

È essenziale tener presente questo fondamentale postulato, anche per intendere nel suo esatto significato l'idea che Carrara ha della presunzione d'innocenza quale necessario limite al concreto esercizio del potere punitivo. Finché è in corso il processo, ogni imputato va considerato come un galantuomo, per la semplice ragione che non è concesso all'autorità pubblica di far prevalere esigenze di difesa sociale sui diritti individuali. Come si intende e come si è già accennato, qui è in gioco qualcosa di più della presunzione d'innocenza così come oggi noi la intendiamo: qui è in gioco quel complesso dei diritti fondamentali e inviolabili che nella moderna cultura costituzionale si configurano come diritti inviolabili della persona.

Bisogna ammettere che l'invito a vedere nelle regole del rito penale la salvaguardia dei galantuomini e a impostare in maniera corrispondente lo studio della procedura non ha avuto gran seguito. Traccia dello spunto carrariano si trova in un saggio di Alessandro Stoppato¹⁷, il quale avrà poi un ruolo importante nella riforma processuale del 1913. Ma la temperie culturale non è propizia al realizzarsi dell'auspicio di Carrara. Le tesi della Scuola positiva, che patrocina una visione dell'autorità sociale agli antipodi di quella proposta da Carrara, trovano sempre più adepti. Le esigenze di difesa sociale fanno premio sulle esigenze di protezione dei diritti individuali. In Germania maturano dottrine del diritto pubblico, destinate ad avere largo seguito anche in Italia, che assegnano allo Stato un ruolo centrale non solo nella tutela dei diritti individuali, ma anche nella istituzione degli stessi diritti¹⁸.

Lo Stato si avvia a diventare quell'entità onnipotente che Carrara paventava, con conseguenze facilmente immaginabili sul terreno del diritto penale. Quest'ultimo è ormai destinato a trasformarsi in strumento di conservazione e, se necessario, di potenziamento dello Stato. Non c'è da sorprendersi se proprio la presunzione d'innocenza finisce col subire attacchi polemici sferrati con grande durezza da coloro che reclamano l'indiscussa superiorità del pubblico sul privato¹⁹. L'accennata riforma processuale del 1913 – nonostante l'o-

¹⁷ Citando ampiamente Carrara, Stoppato riconosce che "il fine supremo della procedura penale" è "la punizione del reo e ad un tempo la pace e la sicurezza dell'innocente": cfr. *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Rivista penale* 1893, vol. XXXVII, p. 319.

¹⁸ Si allude, in particolare, al sistema di diritto pubblico elaborato da GEORG JELLINEK. Un titolo merita di essere qui ricordato: precisamente il *System der subjektiven öffentlichen Rechte* pubblicato in Germania nel 1892 e tradotto in Italia nel 1912 a cura di Vittorio Emanuele Orlandi.

¹⁹ "A coloro che ripetono la solita vuota e assurda frase della *presunzione d'innocenza fino alla sentenza definitiva* rispondo che molte volte il giudizio è anticipato e la condanna pronun-

pera di Stoppato – è ben lontana dal recepire l'insegnamento di Carrara²⁰. E una distanza ancora maggiore si realizzerà poi con il codice di rito del 1930, nel quale si celebra al massimo livello l'idea dell'assolutismo statualista²¹: paradigmatico, a questo riguardo, il tono perentorio col quale Alfredo Rocco, nel presentare la riforma processuale, liquida la presunzione di innocenza bollandola come “stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali”²². Altro che galantuomo: l'individuo che abbia la sventura d'incappare in un'indagine penale deve sopportare limitazioni e compressioni di diritti arbitrariamente decisi da un legislatore ormai guadagnato all'idea della difesa ad oltranza dello Stato e pertanto definitivamente sganciato da quei postulati etici che Carrara metteva a fondamento della sua dottrina penale di marca individualistica.

3. *La Costituzione e l'inviolabilità dei diritti individuali*

La salvaguardia dei diritti individuali, in una prospettiva che rivela qualche assonanza con gli auspici di Carrara, caratterizza la cultura giuridica del secondo dopoguerra. La nostra Costituzione (così come quella di altri Paesi dell'Europa continentale passati per le drammatiche esperienze dell'autoritarismo statualista) riscoprono i diritti inviolabili della persona, aprendo così la

ziata dall'opinione pubblica”, così R. Garofalo, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale* 1892, vol. II, p. 199.

²⁰ Basti dire che fu in esso ripristinata l'ambigua formula dell'assoluzione per insufficienza di prove (art. 274 comma 2 e art. 421 comma 2), assente nel previgente codice del 1865. Fu, inoltre, introdotto il procedimento per decreto (ad imitazione della *Strafprozessordnung* germanica) e si andò vicini a trasporre nel sistema italiano la condanna senza processo in caso di confessione dell'imputato: una sorta di *guilty plea* in salsa continentale, contro la quale si battè con determinazione A. Stoppato proprio muovendo dalla necessità di affermare la presunzione d'innocenza, come risulta dall'appassionata relazione da lui svolta alla Camera dei Deputati nella tornata del 15 giugno 1912 (*Sul codice di procedura penale. Discorso dell'on. A. Stoppato*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma 1912, p. 11).

²¹ Suffragato, in sede teorica, dall'impostazione idealistica di stampo hegeliano che vede nello Stato una “sostanza etica consapevole di sé”: così G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze 1937, 3° edizione, p. 108.

²² Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22. Per una succinta (ma informata) ricostruzione delle controversie fra Scuola positiva e scuola liberale classica intorno alla presunzione di innocenza cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pp. 13-19.

strada a una diversa concezione del rapporto fra Stato e cittadino. La qualifica di “inviolabile”, abbinata a diritti quali la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà di comunicazione e corrispondenza, sembra ripristinare gli antichi diritti naturali che, nella cultura giusnaturalistica, limitavano *ab externo* le invasioni del potere pubblico. La circostanza stessa che la Costituzione “riconosca” i diritti inviolabili dell’uomo (art. 2) induce a ritenere che tali diritti preesistano all’atto costituyente: essi occupano uno spazio prenormativo, ma sono, al contempo, oggetto di una previsione normativa.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona in un testo giuridico, come indubbiamente la Costituzione è, realizza pertanto una sorta di compromesso fra l’idea di agganciare l’autorità statale (e, con essa, la potestà punitiva che ne è diretta espressione) a valori trascendenti le norme e l’esigenza di dare un fondamento normativo alla stessa potestà. In altre parole, con l’elevare i diritti fondamentali della persona al rango di “supernorme” si è ridato spessore a valori etici trascendenti l’esperienza giuridica, ma lo si è fatto cristallizzando questi valori in un testo normativo. Rinasce così – sia pur in tutt’altro contesto culturale – quella separatezza prospettata da Carrara fra “autorità sociale”, cui spetta l’esercizio del potere punitivo, e valori precostituiti all’esperienza giuridica, capaci di porre un freno tanto alla discrezionalità legislativa, quanto al temuto arbitrio del giudice penale²³.

Non possiamo però dire – con riferimento al tema che ci riguarda – che l’avvento della Costituzione del 1948 abbia impresso all’evoluzione del diritto processuale penale quel senso, per così dire, “umanitario” auspicato da Francesco Carrara. Ciò è dovuto, in buona misura, al modo in cui i principi costituzionali sono stati attuati nel processo penale. Nell’esperienza italiana, la lenta e graduale attuazione di detti principi è stata imperniata essenzialmente sul diritto di difesa, vale a dire su un diritto sì inviolabile, ma suscettibile di varie graduazioni – come dirò fra poco – e che, per di più, tocca il solo imputato, non la persona in quanto tale. Quanto alla presunzione d’innocenza, tanto cara a Carrara, essa ha bensì trovato espresso riconoscimento nella nostra Costituzione, ma in un’accezione priva di quella centralità che la ricordata produzione del 1873 le assegnava. Si è già osservato che il codice di procedura pena-

²³ Non è casuale l’interesse di un giurista come Franco Bricola all’opera e all’insegnamento di Francesco Carrara: l’idea di contenere la discrezionalità penale (soprattutto del legislatore) entro i limiti tracciati dalle scelte di valore del costituente è debitrice alle riflessioni carrariane sui limiti che l’“autorità sociale” deve rispettare nell’esercizio del potere punitivo; lo riconosce lo stesso Bricola nella bella Introduzione al *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto e della pena*, ripubblicato dal Mulino (Bologna) nel 1993.

le del 1930 disconosceva apertamente la presunzione d'innocenza. Come spiegare, allora, le rarissime declaratorie di illegittimità fondate sull'art. 27 comma 2 cost.²⁴? Non basta certo rilevare che l'ampia riforma processuale del 1955 aveva provveduto a espungere dal codice di rito allora in vigore le più vistose anomalie che ne minavano in più punti la legittimità costituzionale. In realtà, bisogna ammettere che, nel farsi norma, il principio della presunzione d'innocenza ha assunto un significato diverso e più ristretto di quello che si tendeva ad attribuirgli nel lessico ottocentesco: se, per Carrara, la presunzione d'innocenza rivestiva essenzialmente il ruolo di una generalissima massima d'esperienza, che doveva permeare l'atteggiamento cognitivo dell'autorità sociale (vale a dire, del legislatore e del giudice) nell'esercizio del potere punitivo²⁵, per la teoria odierna, il principio ha un valore essenzialmente normativo, che si esprime principalmente in una regola di trattamento (l'imputato non può essere trattato alla stregua di colpevole, finché la sentenza di condanna a suo carico non sia divenuta definitiva) cui si aggiunge, a mo' di corollario, una regola di giudizio (*in dubio pro reo*)²⁶. Non più, quindi, un principio di etica razionale, capace di permeare di sé ogni istituto del diritto processuale e di ispirare l'intera dinamica del perseguimento penale.

Già l'ho detto poc'anzi: l'adeguamento della procedura penale ai diritti inviolabili dell'individuo è stato realizzato, in Italia, con l'occhio attento all'imputato più che all'individuo in quanto tale. Ritengo che l'enfasi posta dalla nostra giurisprudenza costituzionale sul diritto di difesa abbia avuto per conseguenza l'evoluzione in senso marcatamente formalistico delle garanzie individuali nel processo penale italiano. L'esercizio di tale diritto può addirittura esser sostanzialmente misconosciuto, ancorché risulti formalmente garantito, come spesso accade con le difese d'ufficio. Esso, inoltre, è per sua natura mal-

²⁴ L'elenco, pressoché completo, annovera la sent. 1/1980 (in tema di divieto di concessione della libertà provvisoria), la sent. 48/1994 (in tema di punibilità di imputati per fatti di criminalità organizzata, incapaci di provare la provenienza lecita di beni a fronte di un divario fra reddito dichiarato ed effettiva consistenza patrimoniale) e la sent. 239/1996 (in tema di misure in tema di effetti automaticamente interdittivi scaturenti dal semplice stato di pendenza di un procedimento penale).

²⁵ In questo senso, pure Carrara va annoverato fra gli autori che aderiscono a una concezione etico-razionale (in definitiva, psicologica) della presunzione di innocenza di contro agli autori che sottolineano invece la natura normativa del principio: sulle caratteristiche e i limiti di tali concezioni cfr. R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Indice penale* 2000, 87 ss.

²⁶ Tale è l'analisi del principio offerta dalla citata monografia di G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.

leabile e suscettibile di diverse modalità d'attuazione in ragione del tipo di reato da perseguire²⁷ e in relazione alle diverse fasi del processo²⁸. Bisogna peraltro riconoscere che la riforma costituzionale del giusto processo ha contribuito a rendere più preciso il contenuto del diritto di difesa, specificandone gli *standards* minimi con riguardo a varie situazioni dello svolgimento procedurale²⁹. Va detto però che concentrando la propria attenzione pressoché esclusivamente sul diritto di difesa, rischiano di restare inappagate o scarsamente garantite le esigenze di tutelare altri diritti inviolabili quali, in particolare, la libertà personale, la libertà domiciliare o la libertà di comunicazione e corrispondenza. Ciascuna di queste libertà ha – per definizione – un suo nucleo incompressibile che legge e giudice debbono rispettare³⁰. E questo nucleo incompressibile si identifica con la tutela della dignità umana, vero comun denominatore di ogni diritto individuale.

Prossima agli auspici carrariani sarebbe, in definitiva, una legislazione processuale che avesse il proprio fulcro nel concetto di dignità umana, inteso quale elemento caratterizzante l'invulnerabilità di ogni libertà individuale. In questa direzione, ad esempio, si è evoluta la procedura penale tedesca del secondo dopoguerra, sulla spinta di una giurisprudenza costituzionale che ha fatto della *Menschenwürde* (Art. 1 *Grundgesetz*) il punto archimedeo che regge l'intero sistema processuale³¹.

²⁷ Ad esempio, nei procedimenti per fatti di criminalità organizzata (in particolare, quelli elencati nell'art. 51 comma 3bis) la difesa, soprattutto nella fase preliminare al giudizio, è meno garantita che nei procedimenti relativi ad altri reati.

²⁸ L'art. 24 comma 2 cost. assicura il diritto di difesa "in ogni fase del procedimento", ma è affermazione ricorrente nelle pronunce della nostra Corte costituzionale, che il diritto in questione può esser variamente modulato dal legislatore in ragione delle caratteristiche e delle finalità delle diverse fasi processuali.

²⁹ Art. 111 commi 3-5 cost.

³⁰ Definire inviolabile un diritto non significa, ovviamente, escluderne la limitazione: basta leggere gli artt. 13, 14 e 15 della nostra Costituzione per comprendere che ogni libertà individuale può essere legittimamente limitata per esigenze connesse con la necessità di reprimere i reati. Ma la limitazione non può risolversi in una totale limitazione del diritto, il quale, se radicalmente negato, perderebbe il suo carattere di "invulnerabilità". Di ciò sembra ben consapevole la nostra Corte costituzionale, quando afferma, ad esempio, che anche il detenuto in esecuzione di pena vanta un residuo di libertà personale che non gli può esser conculcato (v. da ultimo, sent. 526/2000). Manca tuttavia, in giurisprudenza come in dottrina, una riflessione approfondita sui limiti che legge e giudice debbono osservare nel comprimere diritti inviolabili della persona diversi dal diritto di difesa.

³¹ Esempio e molto istruttiva la recente sentenza (3 marzo 2004) con la quale il *Bundesverfassungsgericht* dichiara illegittima la normativa in tema di intercettazioni ambientali (art. 100c StPO), ritenuta lesiva della libertà domiciliare per quel nucleo incompressibile del diritto

La stessa cosa non si può dire, invece, della procedura penale italiana, evolutasi, come già detto e ripetuto, sotto il segno pressoché esclusivo di un maleabile diritto di difesa.

4. *La salvaguardia dei galantuomini oggi*

Riferito all'oggi, l'auspicio carrariano di un processo a misura di "galantuomo" si presta a una duplice, ambivalente considerazione.

Da un lato, la caduta pressoché generale delle dittature e delle corrispondenti ideologie totalitarie che hanno caratterizzato l'intero corso del XX secolo, hanno reso inattuale il rischio di un autoritarismo statale (che invece incombeva all'epoca di Carrara), letale per le sorti della giustizia penale. Bisogna ammettere che il rapporto fra pubblico e privato, fra autorità e individuo, fra stato e cittadino ha subito e sta subendo, in questi anni, trasformazioni profonde, tutte nel senso di una riconsiderazione e rivalutazione degli interessi individuali rispetto a quelli pubblici.

Così, se guardiamo all'evoluzione odierna dei sistemi penali, notiamo che praticamente tutti i paesi europei hanno riformato o stanno riformando in senso accusatorio i rispettivi ordinamenti processuali. Anche nell'amministrare la giustizia penale, dunque, lo Stato (o l'"autorità sociale", come avrebbe preferito esprimersi Francesco Carrara) sembra ritagliarsi un ruolo più limitato di un tempo, e senz'altro più rispettoso dei diritti inviolabili della persona, ormai enunciati solennemente nelle carte costituzionali di quasi tutti i paesi occidentali. È significativo, a questo proposito, il declino progressivo del giudice istruttore, figura altamente simbolica di una giustizia penale dominata dal Sovrano: perfino dove sopravvive (come in Francia), tale organo è stato spogliato di molte delle attribuzioni che ne facevano un soggetto straordinariamente potente³².

C'è però un'altra faccia dell'odierna situazione politica-costituzionale capace di condizionare le scelte normative in campo penale. La cultura, anzi, si

individuale che, per l'appunto, coincide con l'esigenza di assicurar tutela alla *Menschenwürde*; il testo della sentenza è reperibile al seguente indirizzo web: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/>

³² La crisi del giudice istruttore è emersa, in maniera evidentissima, nel colloquio internazionale su *Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz* organizzato dal Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg, dall'8 all'11 maggio 2002 presso lo Schloß Ringberg (Baviera): gli atti del colloquio sono in corso di pubblicazione da *edition iuscrim* Freiburg im Breisgau.

può ben dire il culto quasi parossistico dell'individuo, ha contribuito a dar particolarissimo risalto agli interessi delle vittime dei reati, per la salvaguardia dei quali si esige oggi efficienza dell'intervento pubblico sia sul piano repressivo sia su quello preventivo. Insomma, l'individuo non viene in considerazione solo come imputato, con tutto il corredo dei suoi diritti inviolabili, ma anche come possibile offeso dal reato, che attende adeguata tutela dalle agenzie di controllo sociale. Nella sua teorica della "tutela giuridica", lo si è già ricordato, Francesco Carrara si poneva il problema di un'adeguata protezione dell'offeso; egli riteneva che l'"autorità sociale" trovasse, nel "giure penale" e "nell'ufficio di polizia", la forza e i mezzi sufficienti per proteggere le possibili vittime dalle aggressioni dei "malfattori", ma ammoniva, al contempo, di non confondere i due piani dell'intervento pubblico.

Prevenzione e repressione, arte del buon governo e giure punitivo, sono, nel pensiero di Carrara, non solo concetti distinti (il che è ovvio anche per noi, oggi), ma funzioni da tener assolutamente separate nel rispettivo esercizio, se non si vuol cadere nel dispotismo: "Gli errori e gli abusi, pei quali la tirannide dei potenti convertì per tanti secoli il giure penale in un flagello dei popoli, risalgono tutti ad una sola idea cardinale, ad un solo errore che, come la idra della favola moltiplicò le sue gole per divorare la umanità. Questa idea è appunto quella di trasportare nel giure punitivo le vedute della polizia"³³. Oggi c'è molta meno sicurezza nella possibilità di tener distinte queste due sfere d'attività, che vanno invece sempre più intrecciandosi, soprattutto a fronte delle minacce provenienti da agguerrite organizzazioni criminali.

Proprio la necessità di tutelare adeguatamente le possibili vittime di reati gravi, devastanti e, purtroppo, frequenti, quali sono gli attentati terroristici, è all'origine non solo di censurabili prassi criminali (come quelle messe in atto a Guantanamo-Bay o ad Abu Ghraib), ma anche di talune sconcertanti prese di posizione che rischiano di far precipitare il diritto penale in una nuova barbarie. Ci si riferisce, in particolare, alla proposta – avanzata di recente da un autorevole penalista tedesco – di mettere a punto un "diritto penale del nemico": per far salvi i principi liberali che caratterizzano il diritto penale del cittadino comune (il cosiddetto *Bürgerstrafrecht*), occorrerebbe dotarsi di un diritto penale speciale (il cosiddetto *Feindstrafrecht*), capace di fronteggiare con logica di guerra e, precisamente, di guerra preventiva, gli avversari irriducibili della società³⁴. Nella stessa direzione si muove la proposta di ripristinare

³³ *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., pp. 270-271.

³⁴ G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Foundations and Limits of Criminal*

la tortura come mezzo per prevenire attentati distruttivi: considerato che la tortura è oggi largamente praticata, di fatto, in molti Paesi, corrisponderebbe a un'esigenza di civiltà regolarla per legge, ammettendola in casi eccezionalissimi tassativamente indicati, su autorizzazione di un giudice e sotto stretta sorveglianza medica, onde scongiurare effetti letali in danno del torturato³⁵.

È ozioso chiedersi come reagirebbe Francesco Carrara a simili proposte? Certamente denunciando la pericolosa confusione fra i piani della prevenzione e della repressione penale. Ma, verosimilmente, anche accusando i loro fautori di essere dei materialisti privi di principi, che usano strumentalmente "i fatti" per imporre soluzioni inaccettabili. "I fatti (questa formula prestigiosa ed elastica!) i fatti che ognuno può creare, che ognuno può interpretare variamente a seconda del particolare interesse, o del capriccio di chi comanda, si opporranno a qualunque rivelazione del senso morale con cui voglia farsi argine a una legge iniqua o ad un giudizio ingiusto. Questa scuola ... vi dirà che è legittima la tortura, perché i fatti mostrano come mercé la medesima si rendono più rare le impunità dei colpevoli"³⁶.

Non si può certo dar torto a Carrara, quando denuncia il rischio di slittamenti progressivi verso la barbarie, rischio insito in proposte troppo sensibili all'emozione provocata da fatti pur sconvolgenti. È facile prevedere che l'idea di giustificare la tortura, una volta affermata con riguardo all'esigenza di prevenire gravissimi attentati terroristici, tenda ad espandersi anche alla prevenzione di altre situazioni reputate allarmanti e finisca poi col diventare un caposaldo dell'attività repressiva, sempre, naturalmente, in ordine a casi gravissimi ed eccezionalissimi, suscettibili però di possibili ampliamenti a seconda delle circostanze, delle convenienze politiche e, per l'appunto, dei fatti.

Ne è conferma la reazione dell'opinione pubblica a un recente caso verifi-

*Law and Criminal Procedure, Gedächtnisschrift Prof. Tseng-Hung, a cura di Yu-hsiu Hsu, Taipei 2003. L'Autore aveva prospettato l'idea di un "Feindstrafrecht" già anni prima, in *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97°, 1985, p. 783 ss.*

³⁵ Cfr. A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works, Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, by Alan Dershowitz 2002, trad. it. *Terrorismo*, Roma, Carocci, 2003. Il lavoro di Dershowitz (un libro provocatorio più che un testo di dottrina) è stato scritto sull'onda dell'emozione suscitata dal distruttivo attentato dell'11 settembre 2001. Ma, già dieci anni prima, Niklas Luhmann in una conferenza tenuta all'Università di Heidelberg e pubblicata col titolo *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Muller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, ipotizzava la possibilità di torturare l'attentatore per salvare la vita di numerose persone, suffragando la sua affermazione con argomenti etici e giuridici.

³⁶ *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., pp. 297-298.

catosi in Germania: caso che ha provocato un appassionato dibattito sulla legittimità della tortura in situazioni-limite. Ecco il fatto: un adolescente, figlio di un facoltoso banchiere di Francoforte, viene rapito. Il rapitore chiede un riscatto che viene pagato dalla famiglia un paio di giorni dopo il sequestro. La polizia osserva la consegna del danaro, e identifica così il sequestratore, un giovane studente universitario che, nei giorni subito successivi al pagamento del riscatto, conduce vita normale e non tiene contatto né col rapito con con altri possibili concorrenti nel reato. Temendo per l'incolumità del rapito, la polizia arresta lo studente, il quale però si rifiuta di collaborare e di svelare il luogo dove l'adolescente è tenuto prigioniero. A questo punto, il capo della polizia decide di giocare il tutto per tutto al fine di salvare la vita dell'ostaggio: minaccia di far torturare l'arrestato, se questi non rivelerà quanto sa intorno al sequestro. Intimorito dalla minaccia, l'arrestato confessa il reato e svela altresì dove si trova il giovane rapito. Di lì a poco, questi verrà ritrovato privo di vita, esattamente nel luogo indicato dal suo rapitore³⁷.

L'interrogativo che subito si pose riguardava la valutazione da dare alla condotta dell'ufficiale di polizia: andava punita o poteva esser giustificata? La maggior parte dei giuristi intervenuti sul punto ha affermato senza esitazioni che nulla poteva giustificare il ricorso alla tortura (ancorché in forma di minaccia) nella pur tragica situazione che s'era determinata³⁸. Lo impediva la necessità di rispettare la *Menschenwürde* dell'arrestato, che si configura come limite invalicabile per l'autorità pubblica. Ma una voce dissenziente non ha mancato di rilevare come – in situazioni eccezionali – l'autorità pubblica (qui, la polizia) possa, anzi, debba difendere la dignità dell'offeso e, più ancora, la sua vita, persino a costo di comprimere, se necessario, la dignità umana dell'offensore³⁹.

Qui il terrorismo, come si vede, non c'entra. Eppure il ragionamento esibito è lo stesso che quella voce dissenziente aveva in precedenza espresso con

³⁷ Questo fatto, risalente al 27 settembre 2002, è noto come "Caso Daschner": tutti i giornali tedeschi hanno dato ampio spazio alla vicenda, che ha profondamente scosso l'opinione pubblica (il giovane rapito era figlio di un noto banchiere di Francoforte). Per saperne di più è sufficiente digitare le parole "Fall Daschner" in qualsiasi motore di ricerca.

³⁸ Una ampia rassegna delle opinioni registratesi al riguardo in K. LÜDERSEN, *Die Folter ist tabu – Kein Paradigmenwechsel ist geboten*, in *Festschrift für Joachim Rudolph*, Luchterhand, Neuwied 2004, p. 691 ss.

³⁹ Questa la posizione del prof. WINFRIED BRUGGER, *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 10 marzo 2003, Nr. 58, p. 8. Dai sondaggi effettuati risulta che circa 2/3 della popolazione tedesca condivide l'opinione del prof. Brugger.

riguardo ad ipotetici attentati terroristici: di fronte a una scelta tragica, si sceglie il male minore. Oggi lo si fa valere per finalità solo preventive, per salvare una vita umana. Ma, accettato questo primo passo, vedremo domani analogo argomento sciorinato in una discussione che verte sull'utilizzabilità probatoria di dichiarazioni estorte con violenza, ben s'intende in vista della repressione di un reato di straordinaria gravità, che sarebbe folle lasciar impunito. Ed ecco reintrodotta la tortura, col pretesto di salvare i diritti della vittima.

Cedere a simili tentazioni sarebbe un errore fatale, gravido di conseguenze disastrose. Su questo punto, la posizione di Francesco Carrara, benché espressa con parole e concetti che oggi appaiano superati, mantiene una sua indubbia attualità. "Cancellate dal giure punitivo ogni verità assoluta che la ragione dimostri; cancellate da codesta scienza tutte quelle verità conseguenti ai principi fondamentali che la buona logica proclama infallibili; riducete la nostra dottrina dall'altezza di una scienza al basso ministero di una terapeutica, e voi avrete una penalità, ma non avrete un diritto penale: anche il nome di *diritto* dovrà cancellarsi dalle pagine della vostra dottrina, perché è un ente che deriva dai dettati della pura ragione, è un imperativo logico e non della osservazione dei fatti"⁴⁰.

Suona forse inattuale il richiamo alle "verità assolute" e ai "dettati della pura ragione", in un mondo come il nostro, così disilluso e secolarizzato. Suonano altresì obsoleti termini come "onesto" o "galantuomo". Questo però non impedisce di affermare con forza l'esistenza, se non di verità assolute, di diritti irrinunciabili dell'uomo di fronte all'autorità pubblica: diritti non bilanciabili per nessuna ragione e in nessuna situazione, per quanto eccezionale. Le esperienze autoritarie che separano il nostro tempo da quello in cui visse Francesco Carrara hanno purtroppo mostrato a quali livelli di abiezione possa giungere una giustizia penale, quando, consegnata all'arbitrio del potente di turno, smarrisca il senso dei limiti che le sono propri, finché la si concepisca amministrata da uomini in una società di eguali.

⁴⁰ *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit. p. 298.

prof. MICHELE PAPA
Università di Firenze

L'ATTUALITÀ DI FRANCESCO CARRARA NEL TEMPO DELLA GUERRA AL TERRORISMO GLOBALE (*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'unicità del nostro tempo e l'interesse per l'uomo Carrara. – 3. Le inedite sfide concettuali poste dalla lotta al terrorismo. – 3.1. Nuovi rapporti tra le categorie della guerra e della giustizia penale. – 3.2. Nuovi rapporti tra responsabilità individuale e collettiva. – 4. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Per chi non sia storico del diritto, la celebrazione di un grande giurista del passato pone sempre radicali interrogativi circa l'attualità del pensiero evocato e l'utilità di una analitica riflessione sullo stesso. Nel caso di Francesco Carrara, tali questioni si pongono oggi – al di là della generale ammirazione e dell'affetto devoto per il maestro di tutti – con particolare serietà, trovando risposte tutt'altro che scontate; risposte sicuramente più problematiche rispetto a quelle del tempo in cui, di Carrara, si ricordò il primo centenario della morte¹.

Sono ormai quindici anni infatti, ed è più o meno il tempo che separa quella ricorrenza da quella attuale, che la scienza penale europea sottolinea e quasi esalta l'unicità del nostro tempo, insistendo sulle inedite sfide poste dalla innovazione tecnologica, dalla globalizzazione, dalla crescente complessità sociale e chiedendosi quali siano le strade per “modernizzare il diritto”². Si denuncia l'inadeguatezza delle categorie penalistiche contemporanee, degli strumenti concettuali, degli istituti, rilevando come si tratti spesso di lasciti ottocenteschi; si sottolinea la necessità di ripensare tutto: dalle fonti ai soggetti; dai presupposti della responsabilità alle sanzioni; dalla punibilità ai rapporti

* Testo della relazione presentata al Convegno di studio sul tema “Francesco Carrara nel bicentenario della nascita” (Lucca, 3-4 dicembre 2004).

¹ *Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa 2-5 giugno 1988*, Milano 1991.

² Nella letteratura sul tema, si vedano, per tutti: HASSEMER, *Kernzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*, in ZRP, 1992, 378 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in Riv. It. di dir. e proc. pen., 1994, 1238 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, spec. 33 ss, 469 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*. Milano, 2003.

con le altre branche del diritto. In questo quadro, paiono talora remoti e obsoleti gli stessi penalisti degli anni Sessanta e Settanta del Novecento.

Quest'ansia di nuovi schemi ordinanti che ha caratterizzato la condizione spirituale della scienza penalistica negli ultimi quindici anni ricorda – con tutti i limiti di simili paragoni – il travaglio attraversato da varie forme d'arte tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Anche allora canoni consolidati da una tradizione secolare parevano aver esaurito tutta la loro fecondità, risultando inadeguati rispetto al salto che il mondo stava facendo. L'arte musicale – è notissimo – uscì da quel travaglio rompendo l'ordine della tonalità; quella figurativa stravolgendo la *mimesis* della natura; la letteratura sviluppando inedite tecniche di introspezione psicologica che affrancarono il racconto dalle cadenze narrative del romanzo.

Difficile che il diritto possa percorrere analoghi sentieri. Non tanto per mancanza di figure geniali quali furono Schöenberg, Picasso, o Joyce; quanto piuttosto, e molto banalmente, perché il diritto deve assolvere a funzioni pratiche molto complesse, dietro le quali sta un quadro di valori e di messaggi simbolici ancora più complesso. Tutto ciò impedisce di uscire dal travaglio della modernità per mezzo di intuizioni visionarie o di suadenti trovate intellettualistiche.

Nel diritto penale, l'ansia di nuovi schemi ordinanti ha avuto origine, già lo si è accennato, dalla constatazione circa l'inadeguatezza delle categorie dogmatiche e dei meccanismi di ascrizione della responsabilità di fronte alla innovazione tecnologica da un lato e alla accentuata complessità degli assetti sociali dall'altro.

Come si accennava, il ripensamento che ne è scaturito ha investito pressoché tutti i settori della disciplina: basti pensare alla questione delle fonti di produzione del diritto penale, la cui crescente articolazione ha minato in radice l'idea del monopolio della legge e del diritto nazionale; al problema delle modalità organizzative del diritto positivo, conseguente alla profonda crisi della forma-codice; ai sommovimenti creati dalla perdita di centralità dell'azione come fondamentale fenomenologia della condotta penalmente rilevante; al dibattito, teorico e giurisprudenziale, sull'accertamento della causalità; al disorientamento derivante dalla moltiplicazione dei centri d'imputazione della responsabilità, con l'emergere progressivo della responsabilità plurisoggettiva, di quella dei gruppi associati e delle persone giuridiche; infine, ma l'elenco è veramente solo esemplificativo, si pensi alla questione della pena, tra crisi della rieducazione, tendenze neoretributive e disintegrazione del sistema sanzionatorio.

Mentre il complesso dibattito sulla modernizzazione del diritto era in corso, i fatti dell'11 settembre 2001 si sono incaricati di imprimere alla modernità una decisa, quanto inquietante accelerazione, aprendo, attraverso la breccia della questione terrorismo, un nuovo grande fronte sul futuro.

Si era appena celebrata la fine della storia ed ecco che la storia si rimetteva improvvisamente in moto, schiudendo scenari molto poco decifrabili. Per richiamare in modo sintetico ed efficace i termini di tale indecifrabilità è significativo ricordare le prime dichiarazioni del presidente G.W. Bush all'indomani dell'attacco alle due torri: "È un atto di guerra!"; "Assicureremo i colpevoli alla giustizia!". Guerra e giustizia: come è possibile instaurare un collegamento così diretto tra i due diversi piani, parlando di un conflitto bellico con il gergo giornalistico della cronaca nera?³

2. *L'unicità del nostro tempo e l'interesse per l'uomo Carrara*

Prima di svolgere qualche ulteriore riflessione sui punti toccati da ultimo, pare opportuno riprendere il filo iniziale e sottolineare come, per tutte le ragioni sommariamente elencate, può essere assai forte la tentazione di ritenere così unico il nostro tempo, così nuovi e particolari i suoi problemi, da considerare davvero poco significativo lo studio del pensiero di chi, come il Carrara, scriveva 150 anni fa, intingendo la penna d'oca nel calamaio e scaldandosi al fuoco del camino.

In questa prospettiva "futurista", di Francesco Carrara potrebbe interessarci al più l'uomo. Intendiamoci, non sarebbe poco: Carrara è un giurista venerato, è il sommo maestro di tutti i penalisti. Ma proprio per questo, incombe il rischio di una trasfigurazione agiografica, il rischio di presentare Carrara come una mummia, come una cariatide cui si tributa, per dovere ereditario, una reverenza senza amore. Ecco allora la proficuità di un'indagine sull'uomo Carrara: scienziato del diritto, ma anche avvocato; maestro di amatissimi discepoli, ma anche uomo politico. Magari arricchendo l'indagine sull'uomo con l'approfondimento di un profilo particolare: come viveva, da grande giurista, le drammatiche trasformazioni dei suoi tempi?

³ FLETCHER, *Romantics at War. Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton-Oxford, 2002, 3. Sui rapporti tra diritto penale e guerra e sulla controversa categoria del "diritto penale del nemico" è in corso, come è noto, un acceso dibattito internazionale. Per un quadro aggiornato, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI e M. PAPA, Milano, 2007 (in corso di stampa).

Per quanto possa essere suggestiva, la ricerca dell'uomo Carrara costituisce, crediamo, prospettiva scientificamente poco feconda.

Carrara non è Dante; benché pregevolissimo nello stile, il *Programma* non è un'opera letteraria. Indagare nei dettagli il profilo umano del suo autore non apre dunque la via a nuove letture del testo. Insomma, gli scritti di Francesco Carrara sono scritti scientifici, la cui grandezza e attualità non può essere rivitalizzata dai profili biografici.

Siamo dunque al punto sopra segnalato: è così diverso, così unico, il nostro tempo? Sono tanti e tali i passaggi storici intermedi, sono così marcate le differenze, da rendere per noi sterile la lettura di quel grande del passato?

Sono domande da non banalizzare. Pur consapevoli della loro irrisolvibile complessità, dovremmo oggi affrontarle con animo sgombro da preconcetti e forse anche con una certa dose di deliberata ingenuità. Se infatti è certamente vero che a tali interrogativi non può essere data alcuna risposta definitiva, è altresì vero che la loro eclissi produce, accanto ad un raffinato e coltissimo scetticismo, anche un diffuso impoverimento di visione storica.

Nella considerazione dei fenomeni giuridici del passato, come d'altronde nella comparazione tra diversi sistemi contemporanei, finisce difatti per affermarsi una *vulgaris opinio* che, in realtà, è tutta fondata sull'aver risposto (in modo frettoloso e talora ipocrita) alle sopra evocate domande, negando valore alla irripetibile unicità del presente. Svilendo il significato di ciò che è "qui e ora", ogni individualità dell'esperienza, ogni contingenza dell'essere, si dissolve nella deformante prospettiva secondo cui il presente è in fondo soltanto una versione metaforica del passato, come il qui lo è dell'altrove.

Nello specifico contesto di una celebrazione, poi, occorre veramente guardarsi dal fornire risposte dettate da un malinteso senso di devozione: l'ammirazione e la reverenza – anche affettuose – che nutriamo per i grandi del passato non va confusa con l'ansia di caricarli di virtù profetiche o della capacità di intuire e comprendere la complessità dei problemi sviluppatasi in epoche tanto diverse.

3. *Le inedite sfide concettuali poste dalla lotta al terrorismo*

Cosa c'è dunque di nuovo e particolare nei sistemi penali in questo tempo di guerra al terrorismo globale?

I limiti del presente intervento consentono solamente la menzione di due fondamentali campi problematici: a) l'inedita intersezione tra le categorie della guerra e della giustizia penale; b) il riassetarsi dei rapporti tra responsabi-

lità individuale e collettiva.

3.1. *Nuovi rapporti tra le categorie della guerra e della giustizia penale.* – Abbiamo ricordato sopra la confusione di gergo linguistico e la sostanziale contraddizione scaturente da due affermazioni contestualmente pronunciate all'indomani dell'11 settembre 2001: “è un atto di guerra”; “assicureremo i colpevoli alla giustizia”.

Effettivamente la contaminazione tra le categorie della guerra e quelle della giustizia penale pare essere una delle novità del nostro tempo più recente⁴. Da strumento di difesa dello Stato o di continuazione violenta della sua politica, la guerra viene sempre più spesso apertamente rappresentata come la prosecuzione... della giustizia, con altri mezzi.

Il discorso meriterebbe ben altro approfondimento, rispetto a quello che è possibile effettuare in questa sede. Da un lato, la questione implica un preliminare chiarimento circa i rapporti tra le categorie della guerra e del diritto con quella della politica⁵. Dall'altro occorrerebbe comunque articolare l'analisi, distinguendo i vari piani della odierna, progressiva, intersezione tra le categorie della guerra e del diritto. Potrebbe, invero, essere utile esaminare separatamente il piano delle reciproche mutuazioni linguistiche (innesto della retorica bellica nella politica criminale e della retorica giuridica nella politica bellica), quello dei rapporti con i rispettivi fondamenti morali (legittimazione del diritto di punire e del diritto di muovere guerra), quello della assimilazione e confusione delle categorie ordinanti e funzionali (soggetto, condotta, scriminanti, vittima, pena, etc.).

Se, per un verso, la storia degli ultimi cinquanta anni è segnata da un rinnovato tentativo di conferire giuridicità ai presupposti (*jus ad bellum*) e alle modalità (*jus in bello*) della guerra, e dal significativo sviluppo del diritto umanitario e del diritto penale internazionale, per altro, lo iato rispetto all'universo giuridico propriamente detto, in particolare quello della giustizia penale na-

⁴ FLETCHER, *Romantics at War*, cit., 3 ss.

⁵ Fondamentale, in proposito, il passaggio attraverso l'opera di Carl Schmitt. Nonostante le responsabilità per il contributo fornito alla ideologia del nazismo, Schmitt rimane autore veramente cruciale per ogni riflessione sui rapporti tra politica-guerra-diritto. Si pensi anche ad opere del dopoguerra quali *Il nomos della terra*, (1950), trad it, Milano 1991. Sul controverso ruolo di Schmitt nella storia delle dottrine politiche del Novecento, per tutti, JAN-WERNER MULLER, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, 2003; GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, 840 ss.; PREDIERI, *Carl Schmitt: un nazista senza coraggio*, Firenze 1998.

zionale, rimane enorme: non tanto perché in un contesto bellico o parabellico sono pacificamente legittime condotte integranti le principali fattispecie incriminative del diritto penale, quali l'omicidio, le lesioni, il sequestro di persona, il danneggiamento, quanto per la distanza che ancora separa il giudizio di legittimità in relazione ad alcune condotte non propriamente tipiche dell'azione sul campo di battaglia, ma che anzi prendono corpo talora nel quadro di contesti urbani o comunque di vita civile; condotte quali l'omicidio premeditato e mirato di ben identificati individui, il sequestro di soggetti potenzialmente pericolosi, il lancio di missili destinati a colpire un "ricercato", e così via. Condotte queste radicalmente inammissibili nel quadro del diritto e della procedura penale nazionale, ma la cui accettazione nel quadro di una guerra così particolare come quella dichiarata al terrorismo internazionale tende inevitabilmente a condizionare l'assetto dei sistemi penali tradizionali.

I piani del diritto bellico (della guerra) e del diritto penale, è noto, si vanno così progressivamente intersecando, generando scenari del tutto inediti. Corriamo il rischio, con riferimento ad alcuni terreni di conflitto, quali la lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata e alla devianza radicale, di contaminare le categorie penalistiche mutuando paradigmi bellici. Più in generale, assistiamo ad una confusione di parole e di categorie ordinanti, i cui effetti non si limitano certamente al piano teorico.

Dopo la cattura dei primi terroristi in Afghanistan, all'indomani dell'11 settembre, la successiva apertura del campo di detenzione di Guantanamo, con l'indefinibile *status* giuridico dei suoi internati, ha rivelato come sia possibile che il nostro tempo produca situazioni che sono inafferrabili sia con le categorie della guerra che con quelle del diritto⁶. Fuori sia dal diritto umanitario che dal diritto penale interno per circa un quinquennio, Guantanamo ha assunto i contorni di un buco nero, un limbo che ha reso palese non solo una strategia dell'amministrazione statunitense, ma anche la nostra incapacità di elaborare categorie ordinanti adeguate a fronteggiare i profili autenticamente inediti del nostro tempo⁷.

⁶ Si veda, ad esempio, il *Symposium on the Guantanamo Entanglement*, pubblicato in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 97 ss., con contributi di M. SASSOLI, L. CONDORELLI e P. DE SENA, G.P. FLETCHER. Nella letteratura in lingua italiana, BOUCHARD, *Guantanamo. La morte del processo e l'inizio dell'apocalisse*, in *Questione Giustizia* 2003, 1005 ss.

⁷ Come è noto, alcune importanti decisioni della Corte suprema degli Stati Uniti hanno, nel 2004, aperto un varco nel collegamento tra la condizione dei detenuti a Guantanamo e l'ordinamento giuridico interno statunitense [in particolare, *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. Ct. 2711 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (2004); *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004)], sul

3.2 *Nuovi rapporti tra responsabilità individuale e collettiva.* – Un secondo nodo tematico, meritevole di essere segnalato anche perché strettamente collegato a quello appena menzionato, è quello dell'odierno riassetarsi dei rapporti tra responsabilità individuale e collettiva.

Il paradigma della responsabilità (ma anche della colpevolezza e della pena) individuale, proprio del diritto penale classico, pare oggi decisamente in crisi, ma l'evoluzione si realizza attraverso vie raffinate e indecifrabili, che sarebbe riduttivo e semplicistico ritenere legate alla resurrezione dei vecchi modelli di responsabilità collettiva o per fatto altrui.

Il segno di questo nuovo rapporto è dato non solo dall'ormai consolidata responsabilità penale degli enti, ma più in generale dalle forme di responsabilità che rivelano lo stretto legame tra l'individuo e un gruppo, dove il gruppo influenza i singoli ma a sua volta esprime assai di più che una somma aggregata delle responsabilità individuali.

Anche a questo proposito il pensiero corre al contesto internazionale e alla forte matrice collettivistica, superindividuale, plurisoggettiva, che caratterizza, ad esempio, istituti e meccanismi del diritto bellico e del diritto penale internazionale. Gli orrori del nazismo hanno posto prepotentemente in primo piano il tema dei rapporti tra colpa individuale e colpa collettiva. I crimini internazionali, si pensi ai crimini di guerra e a quelli contro l'Umanità, sono difficilmente concepibili senza avere presente che la condotta ha sullo sfondo l'interazione del singolo con un gruppo; anche istituti vicini al diritto penale classico, quali ad esempio la legittima difesa, risultano incomprensibili se non si ha presente la natura intrinsecamente collettiva dell'aggressione ingiusta e, a sua volta, della reazione legittima.

Colpa, responsabilità e pena vengono oggi addossate ai singoli o ai gruppi in modo non sempre coerente, con una confusione (non solo tassonomica) tra i piani del diritto, della politica, della morale e financo della metafisica. Di fronte ad un atto che etichettiamo come "di guerra" (l'attacco alle *Twin Towers*) ci si pone l'obiettivo di arrestare i suoi autori, chiamandoli ad una responsabilità penale individuale (impensabile, ad esempio, rispetto ai piloti giapponesi che attaccarono Pearl Harbor); al tempo stesso, si cercano i man-

punto, FLETCHER, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 950 ss. Recentemente, la Corte suprema ha quindi dichiarato l'illegittimità delle commissioni militari speciali cui era affidato, nel disegno originario dell'amministrazione Bush, il compito di giudicare i sospetti terroristi internati nel campo [Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006)].

danti – cioè i vertici dei gruppi di riferimento – con vere e proprie azioni belliche, che comportano l’invasione di Stati e il rovesciamento di governi ritenuti corresponsabili; i prigionieri, accomunati dalla contestualità spaziale della loro cattura o dalla appartenenza ad organizzazioni radicalmente antagoniste, vengono confinati in un luogo fuori dalla guerra e dal diritto, dove scontano di fatto una pena, ancora una volta dipendente, essenzialmente, dal ruolo e dalle responsabilità delle entità collettive cui gli stessi sono collegati. Quanto poi alla responsabilità morale e politica, essa investe, ormai automaticamente, interi gruppi, individuati su base religiosa, etnica o politica e talora si propaga indiscriminatamente – nelle visioni meno equilibrate – a comunità composte da centinaia di milioni di persone.

4. Conclusioni

Con le riflessioni sin qui svolte abbiamo voluto richiamare una molteplicità di questioni, la cui complessità merita – come si è detto più volte – ben altro approfondimento. Lo scopo era tuttavia quello di sottolineare, nel contesto della celebrazione di un grandissimo maestro qual è Francesco Carrara, la singolarità di alcuni temi con cui oggi si confronta la giustizia penale. Sono considerazioni svolte – si intuisce agevolmente – senza alcuna pretesa di misurare l’attualità del grande giurista avvalendosi di una metodologia storica. L’opzione argomentativa di fondo nasce piuttosto da scelte maturate nel contesto di una riflessione sulla metodologia comparatistica⁸. In particolare dalla convinzione che l’analisi giuridica comparata offra le sue migliori risorse euristiche quando, anziché indulgere in un semplicistico universalismo, sia diretta invece a valorizzare proprio la *differenza* tra gli ordinamenti e le esperienze giuridiche, mirando a comprendere – tramite il confronto – la complessità di ciascun sistema come unico irripetibile.

Similmente, si è cercato di sottolineare come Francesco Carrara vada letto ed amato senza postulare una totalizzante dimensione universale del suo pensiero. Anche i nostri padri erano uomini del loro tempo. Il pensiero dei maestri del passato può essere talora preziosissimo non tanto perché universale e metastorico, ma, anzi, proprio perché storicamente datato, perché influenzato dal vivere, dal sentire, del tempo remoto. Così inteso, il pensiero dei grandi maestri può essere un saldo – insostituibile – punto di raffronto per compren-

⁸ Da ultimo, PAPA, *Comparazione (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, II, Milano, 2006, 1059 ss.

dere l'unicità del momento in cui viviamo.

L'inattualità di ciò che abbiamo ereditato segna, insomma, il campo del nostro impegno nell'oggi. L'insegnamento dei maestri del passato, nel nostro caso quello di Francesco Carrara, non offre una paterna e rassicurante ala protettiva, ma serve proprio per comprendere quali sono i termini esatti della solitudine con cui dobbiamo affrontare le sfide del nostro tempo.

Attualità

prof. ADOLFO CERETTI - prof. ROBERTO CORNELLI (*)
Università di Milano-Bicocca

MALATTIA MENTALE E CONTROLLO SOCIALE: NUOVE CONFIGURAZIONI ALL'INIZIO DEL NUOVO MILLENNIO

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Studi sulle macro-forme di controllo sociale. – 2. Alcuni dati sull'Italia. – 3. Le relazioni tra i sistemi di giustizia penale e di salute mentale. – 4. Dalla 'statica' della segregazione al modello territoriale e diffuso di controllo sociale. – 5. Cultura e controllo: i 12 punti di Garland. – Bibliografia.

Introduzione

I rapporti tra i sistemi di salute mentale e di giustizia penale costituiscono in Italia un campo di ricerca quasi del tutto inesplorato. Ad eccezione di alcune ricerche pilota (De Leonardis e altri, 1988), la letteratura sull'argomento è soprattutto anglosassone. Negli Stati Uniti, in particolare, il processo di de-istituzionalizzazione (da intendersi come deospedalizzazione e territorializzazione dei servizi psichiatrici) e gli effetti di questo processo sulle dinamiche istituzionali di controllo delle popolazioni con disturbi psichici sono stati oggetto di studio a partire dagli anni Sessanta. Nel paragrafo 1 si intende dare conto di questa tradizione di ricerca, soprattutto attraverso la lettura fornita da alcuni recenti studi sulle macro-forme di controllo sociale.

L'analisi della situazione italiana, osservata attraverso i dati disponibili relativi agli ingressi nei servizi psichiatrici e agli ingressi in carcere (par. 2), mostra come, nonostante la chiusura degli ospedali psichiatrici civili operata dalla legge di riforma psichiatrica 180/1978 e i ripetuti tentativi di de-penalizzazione e de-carcerizzazione degli anni Settanta e Ottanta, l'area del controllo esercitato dai sistemi di giustizia penale e di salute mentale sia in espansione.

Quali sono i motivi di questa espansione? Quali sono le possibili reciproche influenze tra i due sistemi nella loro attività di controllo sociale?

I dati e le informazioni disponibili per l'Italia non consentono di indagare a fondo i fattori e i processi che portano all'ampliamento della sfera del controllo sociale operato dalle istituzioni della giustizia penale e della salute mentale.

* Il testo è stato pensato e progettato congiuntamente dagli autori. Materialmente Adolfo Ceretti ha redatto i paragrafi *Introduzione*, 4. e 5., e Roberto Cornelli i paragrafi 1., 2., 3.

Purtuttavia, è possibile, attraverso gli spunti offerti dal dibattito scientifico anglosassone, trarre qualche riflessione utile anche per la realtà italiana.

In particolare proponiamo due percorsi:

1) a partire da uno studio di Liska e altri (1999) evidenziamo come i sistemi di salute mentale e di giustizia penale non siano in alternativa funzionale tra loro (al diminuire d'ingressi in un sistema aumentano gli ingressi nell'altro sistema), come ipotizzato da alcuni autori. A giudizio di Liska e altri entrambi i sistemi sono determinati ad ampliare o a restringere la loro 'sfera di controllo' da spinte esterne comuni (par. 3);

2) lo studio dei modelli istituzionali di controllo sociale mette in evidenza come al vecchio modello imperniato sulla «statica» della segregazione si sia andato sostituendo un modello caratterizzato dalla «dinamica» della circolazione da una struttura istituzionale all'altra, in cui il controllo sociale non si esercita né si rappresenta più tanto nel contenimento dentro strutture custodialistiche (il carcere e il manicomio), bensì dentro un circuito formato da agenzie diverse (territoriali e non), e messo in movimento dalla logica del *revolving door*, dei rinvii, interscambi e migrazioni dall'una all'altra agenzia (De Leonardis e altri, 1988: 11). Gli studi di Perez e altri (2003) e di Osher e altri (2003) su alcune innovazioni nella 'gestione' della popolazione con problemi psichici detenuta nelle carceri americane rendono esplicita la tendenza ad assumere un modello dinamico, territoriale e diffuso di controllo sociale (par. 4).

Gli studi sulla relazione tra i sistemi di giustizia penale e di salute mentale hanno perlopiù considerato i mutamenti intervenuti nel campo della psichiatria, in particolare il processo di de-istituzionalizzazione, e gli effetti di questi mutamenti sulle attività di controllo esercitate da entrambi i sistemi sulla popolazione con disturbi psichici. In realtà, anche sul lato delle strategie di controllo della criminalità stanno avvenendo trasformazioni rilevanti che possono avere effetti decisivi sulle modalità di controllo della popolazione con disturbi psichici. Garland (2001), riflettendo su queste trasformazioni, indica uno scenario di sviluppi sui quali c'è accordo tra gli studiosi, articolandolo in dodici punti. La riflessione di Garland, riportata sinteticamente nel paragrafo 5, costituisce un termine di riferimento ineludibile per chiunque voglia occuparsi di controllo sociale in ambiti 'adiacenti' a quello della giustizia penale.

1. *Studi sulle macro-forme di controllo sociale*

“Controllo sociale” è una categoria concettuale dai contorni incerti: è normalmente definito come ogni struttura, processo, relazione o atto che contri-

buisce a creare “ordine sociale”.

“Ordine sociale” e “controllo sociale” sono concetti semanticamente affini, soprattutto nella letteratura europea (Melossi, 2002). Sono le scienze sociali nordamericane all’inizio del Ventesimo secolo a tematizzare il “controllo sociale” in modo specifico, mettendo a fuoco le modalità, coercitive e non, di produzione dell’“ordine sociale”, inteso come la coesione etica e l’organizzazione di una data società, che diviene, così, il presupposto e l’esito dei processi di controllo sociale¹. La distinzione tra controllo sociale e ordine sociale consente di differenziare i processi *interni* da quelli *esterni*. Con i primi si intendono quei processi in cui le persone aderiscono alle norme sociali, poiché credono in esse, sentendosi corrette e orgogliose quando le seguono. Questo processo è talvolta definito “socializzazione”. Il controllo esterno riguarda, invece, quel processo in cui le persone si conformano alle regole sociali poiché sono ricompensate da uno *status*, dal prestigio, dal denaro e/o dalla libertà. Questo processo è talvolta definito coercitivo, esterno o semplicemente “controllo sociale” (Liska et al., 1999: 1745)².

Il controllo sociale come fattore che influisce su numerosi processi sociali è argomento di studio e di dibattito accademico da molto tempo, ma solo recentemente è stato studiato come variabile dipendente in studi di carattere *micro* e *macro*.

Considerando quali unità d’analisi gli individui, gli studi di carattere *micro* esaminano come le diverse attività di controllo – arrestare, processare e punire – siano influenzate dalle caratteristiche legali, psicologiche e sociali delle persone che ‘abitano’ il sistema giudiziario. Considerando quali unità di analisi le collettività, gli studi di carattere *macro* esaminano invece come le attività di controllo siano distribuite tra quartieri, città, Stati e Paesi nel corso del tempo. Gli studi di carattere *macro* in genere si focalizzano solo su un’organizzazione – la giustizia penale, il sistema di salute mentale o di *welfare*, evidenziando il numero degli arresti, delle incarcerazioni, delle ospedalizzazioni,

¹ La distinzione tra “controllo sociale” e “ordine sociale” emerge in corrispondenza di una doppia transizione: quella dallo Stato liberale classico alla democrazia complessa, e quella dalle scienze della politica e del diritto a quelle sociali (Cfr. D. MELOSSI, 1983; D. Melossi, 2002). A partire da questa analisi, Tamar Pitch propone di considerare ordine e controllo come due modi di ‘leggere’ gli stessi processi sociali: “la categoria del controllo sociale non individua processi *particolari*, non ritaglia un’area specifica di oggetti sociali, ma è invece quel punto di vista che coglie – potenzialmente di *ogni* processo, di *ogni* oggetto – gli aspetti che contribuiscono alla produzione di ciò che è bene e ciò che è male, del normale e del patologico”. Cfr. T. PITCH, 1980, p. 30.

² A.E. LISKA, F.E. MARKOWITZ, R.B. WHALEY, P. BELLAIR, 1999, pp. 1744-1775.

delle restrizioni di accesso al *welfare* e formulando, a volte, ipotesi teoriche. Sebbene spesso trattino temi simili, tali studi non sono stati costruiti basandosi l'uno sui risultati dell'altro: i ricercatori che studiano l'incarcerazione sono perlopiù criminologi interessati alle carceri, mentre i ricercatori che studiano gli ingressi negli ospedali psichiatrici sono interessati al sistema di salute mentale, e coloro che studiano il *welfare* sono interessati alle strutture dei servizi sociali. In effetti, questi sistemi (giustizia penale, salute mentale e *welfare*) presentano delle specificità: differiscono, ad esempio, per l'equilibrio che raggiungono tra costrizioni fisiche e incentivi morali e materiali. Il sistema della giustizia penale enfatizza chiaramente le restrizioni fisiche; il sistema della salute mentale enfatizza sia le costrizioni fisiche che la terapia psicologica; il sistema di *welfare* enfatizza i premi e le sanzioni economiche – la carota al posto del bastone³. Ma queste differenze non occultano il fatto che si tratta pur sempre di sistemi parzialmente organizzati per controllare il comportamento. Sono pochi gli studi che hanno studiato trasversalmente i sistemi di salute mentale, di giustizia penale e di *welfare* a partire dalla loro 'funzione' comune di controllo.

Un'eccezione rilevante è costituita, come si accennava, dal lavoro di Liska, che in due studi, nel 1997 (Liska, 1997) e nel 1999 (insieme a Markowicz, Whaley e Bellair: Liska e altri, 1999) ha posto le basi per la costruzione di ponti teorici ed empirici tra le due maggiori organizzazioni di controllo della società contemporanea: il sistema della giustizia penale e quello di salute mentale. Liska considera anzitutto la relazione tra sistema di giustizia penale e sistema di salute mentale – medicalizzazione della devianza *versus* criminalizzazione del malato mentale – dal punto di vista della letteratura in materia. In breve, le principali strategie di ricerca adottate sono 3: gli studi storici, gli studi sugli indicatori sociali e le inchieste.

1. *Studi storici sulle origini dei due sistemi*. Gli storici sociali hanno studiato l'emergere delle istituzioni di controllo sociale in Europa e Usa a partire dal Diciassettesimo secolo, un'epoca che ha visto la nascita delle istituzioni contemporanee di controllo, come le carceri, gli ospedali psichiatrici, i riformatori etc. Considerando il fatto che tutte queste istituzioni erano parte di un movimento più ampio di riforma sociale, gli storici condividono l'idea che i sistemi contemporanei di giustizia penale e di salute mentale sono emersi paral-

³ All'interno di ciascun sistema di controllo l'equilibrio tra controllo e aiuto è stato a lungo argomento di dibattito e oggetto di studi empirici. Per l'Italia si veda DE LEONARDIS e altri (1988).

lealmente quali risposte fornite dalle autorità e dalle élites sociali alla minaccia di disordini urbani provocati dall'urbanizzazione, dall'industrializzazione e dai fenomeni a esse associati. Questi studi se, da una parte, mettono in luce come gli ospedali psichiatrici e le carceri siano emersi nei medesimi periodi storici in risposta a problemi simili, dall'altra non esplorano come queste istituzioni si sono coordinate tra loro per riuscire a controllare popolazioni e comportamenti minacciosi (Sutton, 1990 e 1991).

2. *Studi sulla covarianza dei tassi di ingresso dei due sistemi.* Durante la prima metà del XX secolo vi è stata, come è noto, una medicalizzazione dei problemi sociali: a quell'epoca, la criminalità iniziò a essere studiata come un problema che risiede nel malfunzionamento psichico, e la sua soluzione venne individuata nel trattamento dei soggetti affetti da disturbi da parte di medici specializzati in questo campo. Di conseguenza, intorno alla metà del Novecento la popolazione degli ospedali psichiatrici americani aumentò in modo significativo (oltre 500.000 unità) in rapporto a quella delle carceri (185.000 unità). A partire dalla metà degli anni Sessanta, tuttavia, queste tendenze si invertirono. La popolazione degli ospedali psichiatrici diminuì considerevolmente (337.000 unità nel 1970, 132.000 nel 1980 e 90.000 nel 1990), mentre la popolazione delle carceri aumentò in modo rilevante (196.000 nel 1970, 304.000 nell'80, 773.000 nel 1990). Queste inversioni di tendenze in entrambi i sistemi hanno stimolato la riflessione sul grado in cui carceri e ospedali psichiatrici siano istituzioni alternative di controllo sociale. Così, alcuni ricercatori (Biles e Mulligan, 1973; Grabowsky, 1980) hanno affrontato tale questione attraverso un esame della covarianza temporale e spaziale tra le due forme di controllo. Nonostante questi studi documentino la forza della covarianza tra le dimensioni dei due sistemi, in realtà considerano nell'analisi solo due variabili, non facendo alcun cenno alla covarianza nei processi sociali multipli sottostanti: non considerano, cioè, l'effetto di eventuali fattori comuni ad entrambi i sistemi.

3. *Inchieste su arresti e incarcerazioni di soggetti problematici prima e dopo la deistituzionalizzazione del sistema di salute mentale.* Sin dalla metà del 1970 è emersa una terza strategia di ricerca volta ad indagare la relazione tra i sistemi di giustizia criminale e di salute mentale. Questa strategia esamina i meccanismi attraverso i quali le popolazioni problematiche sono 'travasate' da un sistema all'altro, e l'ampiezza con cui questo movimento di persone è cresciuto a seguito della de-istituzionalizzazione del sistema di salute mentale. È stato ipotizzato, in particolare, che la restrizione dei criteri di ingresso negli ospedali psichiatrici abbia ridisegnato le modalità d'ingresso nel sistema di sa-

lute mentale: molte persone che, a partire dall'epoca della deistituzionalizzazione, non rientrano più nei criteri ristretti di ingresso obbligatorio e volontario degli ospedali psichiatrici, iniziano a entrare nelle strutture di salute mentale attraverso il contatto con il sistema della giustizia penale. Un gruppo di studi (Melick et al., 1979; Arvanites, 1988; Steadman et al., 1984) ha analizzato il percorso all'interno del sistema della giustizia penale (l'essere arrestati e incarcerati) di persone ricoverate nelle strutture psichiatriche prima e dopo la de-istituzionalizzazione. Essi mettono in evidenza come molti soggetti con disturbi psichici siano stati arrestati più frequentemente a seguito della de-istituzionalizzazione e come questi stessi soggetti, piuttosto che essere mantenuti in un sistema penale sempre più affollato, siano stati poi ritrasferiti ad altri sistemi di controllo, incluso quello di salute mentale. Per esempio in uno studio effettuato nel 1979 a New York, Melick, Steadman e Coccozza riportano che la percentuale di pazienti ricoverati con un precedente arresto passa dal 15% nel 1946-5 1948 al 32% nel 1969 fino al 40% nel 1975 (Melick et al., 1979). Sulla stessa linea, Arvanites, in uno studio del 1988 compiuto su cinque stati americani, riporta che la percentuale dei pazienti con precedente arresto è aumentata dal 30% al 47%, tra il 1968 e il 1978⁴. L'analisi di queste strategie di ricerca mette in evidenza due processi causali concomitanti: da una parte quello in cui la minaccia, come percepita dalle élites, dalle autorità istituzionali o dalla maggioranza sociale, finisce con l'influire sull'ampiezza (dell'area del controllo) sia del sistema di giustizia penale sia di quello di salute mentale; dall'altra quello in cui i due sistemi si influenzano reciprocamente. Così, un

⁴ L'analisi dei tassi di incarcerazione porta a risultati più modesti: l'incremento avviene solo per tre stati (ARVANITES, 1988). Anche Steadman (STEADMAN et al., 1984) riporta un aumento non consistente della popolazione detenuta con una precedente ospedalizzazione per disturbi mentali: per sei stati americani la percentuale aumenta solamente dall'8% all'11% nel periodo tra il '68 e il '78. La differenza tra l'andamento degli arresti e l'andamento delle incarcerazioni delle persone con disturbi mentali ha sollevato alcuni interrogativi agli studiosi che si possono sintetizzare in una domanda: se le persone mentalmente disturbate sono sovra-arrestate ma non sovra-imprigionate, dove finiscono? Alcuni ricercatori evidenziano come i dati sulle incarcerazioni rilevino solo i soggetti presenti nelle carceri statali e federali: è possibile dunque che una buona parte dei soggetti con disturbi psichici, una volta arrestata, venga trattenuta nelle carceri cittadine e delle contee (*jail*). Inchieste sulle popolazioni delle carceri locali riportano infatti che tra il 5 e il 20% delle persone fermate presenta sintomi di rilevanza psichiatrica. Altri studi suggeriscono che questo 'travaso' di persone mentalmente disturbate attraverso le carceri locali, sia che siano state trasferite al sistema di salute mentale sia che siano rimaste nel sistema della giustizia, trova origine nel processo di de-istituzionalizzazione del sistema di salute mentale.

aumento della minaccia sociale può portare a un aumento di ingressi sia nel sistema di giustizia penale, sia nel sistema di salute mentale. Questo è il processo causale esaminato dagli storici sociali nei loro studi sull'emergere delle istituzioni di controllo sociale durante i secoli XVII, XVIII, XIX. D'altra parte, l'espansione di un sistema di controllo (di giustizia penale o di salute mentale) può portare ad una diminuzione della minaccia sociale e, di conseguenza, delle risorse finanziarie stanziare per il controllo, il che porta a sua volta ad una riduzione dell'altro sistema. Questo è il processo implicitamente studiato dai ricercatori sugli indicatori sociali nei loro studi sulle alternative funzionali. Infine, la contrazione di un sistema di controllo può aumentare il carico sull'altro sistema e cambiare gli equilibri tra loro, aumentando il flusso di trasferimento dal sistema contratto all'altro sistema. Questo è il processo causale analizzato negli studi sui trasferimenti di popolazione tra sistemi di giustizia penale e di salute mentale prima e dopo la de-istituzionalizzazione del sistema di salute mentale americano.

2. Alcuni dati sull'Italia

Proviamo ora a dare uno sguardo su cosa sta accadendo in Italia. Quello che emerge, innanzitutto, è – lo ribadiamo – la scarsità di studi sulla relazione tra sistemi di giustizia penale e di salute mentale⁵. Per dare un primo sguardo alla situazione italiana conviene, dunque, analizzare direttamente alcuni indicatori disponibili dell'attività dei due sistemi, e in particolare gli ingressi nei servizi psichiatrici e i tassi d'incarcerazione.

Il sistema di assistenza psichiatrica in Italia ha subito una radicale trasformazione alla fine degli anni Settanta. Una nuova disciplina, introdotta con le leggi n. 180 e n. 833 del 1978, ha sostituito l'istituto manicomiale con un modello dipartimentale articolato in una rete di strutture diffuse sul territorio. Per adeguarsi a tali mutamenti, l'oggetto della rilevazione degli ammessi nei servizi psichiatrici è stato modificato subito dopo l'introduzione della nuova normativa: se agli inizi, nel 1957, la rilevazione aveva ad oggetto gli ammessi negli Istituti autorizzati al ricovero degli alienati ai sensi della Legge n. 36 del 1904 e del R.D. n. 615 del 1909, a partire dal 1979 la rilevazione ha avuto ad oggetto tutti gli ingressi, volontari ed obbligatori, nei servizi psichiatrici degli

⁵ Eccezione rilevante è lo studio multidisciplinare curato da De Leonardis, Gallio, Mauri e Pitch (1988) sui rapporti tra psichiatria e giustizia penale, di cui si parlerà anche più avanti.

istituti di cura pubblici e privati di persone affette da disturbi psichici (Istat, 2001: 75). Così, le statistiche sugli ingressi nei servizi psichiatrici costituiscono uno strumento affidabile di osservazione della risposta istituzionale (pubblica e privata) ai problemi di malattia mentale.

Come sono variati, dunque, gli ingressi nei servizi psichiatrici? I dati, pubblicati dall'Istat nelle Statistiche della sanità, indicano un costante incremento dei tassi di ingresso: si passa, ad esempio, da 138 ingressi per 100.000 abitanti nel 1986 a 255,7 nel 1998 (Cfr. Istat, 1995: 210; Istat, 1996; Istat, 1997; Istat, 2001: 75).

Osserviamo ora ciò che emerge dall'analisi dei dati sugli ingressi in carcere compiuta da Pavarini (1997): "a) il ciclo di decarcerizzazione avviatosi negli anni Cinquanta si è definitivamente esaurito, con una popolazione detenuta oggi in rapida crescita e con quella altrimenti controllata penalmente attraverso modalità in tutto o in parte alternative al carcere in ancora più accentuata lievitazione; b) il processo materiale di ricarcerizzazione prende l'avvio nei primi anni Settanta, in singolare sincronia con la produzione della prima legislazione finalizzata al perseguimento dell'obiettivo di decarcerizzare. (...) Il circuito delle pene sofferte al di fuori delle mura del carcere si è accostato a quelle sofferte entro le stesse; insomma: un circuito aggiuntivo e non sostitutivo a quest'ultimo, con l'effetto di non produrre se non apparentemente decarcerizzazione, quanto piuttosto di determinare una più estesa per quanto differenziata penalità nei fatti" (Pavarini, 1997).

Queste osservazioni mostrano come in Italia, nonostante la chiusura degli ospedali psichiatrici civili operata dalla legge di riforma psichiatrica 180/1978 e i ripetuti tentativi di de-penalizzazione e de-carcerizzazione degli anni Settanta e Ottanta, l'area del controllo esercitato tanto dai sistemi di giustizia penale quanto di salute mentale sia tuttora in espansione.

Quali sono i motivi di questa espansione? Quali sono le possibili reciproche influenze tra i due sistemi?

I dati e le informazioni disponibili per l'Italia non consentono di indagare a fondo i fattori e i processi che portano all'ampliamento della sfera del controllo sociale operato dalle istituzioni della giustizia penale e della salute mentale. Vi è una generale difficoltà nel reperire i dati utili ad analizzare come i due sistemi si condizionano reciprocamente nel tempo, e da quali fattori comuni dipendono. Ciò che possiamo qui concretamente fare è provare a fissare alcune coordinate, attraverso l'osservazione del lavoro di ricerca svolto in altri contesti nazionali. Le metodologie di queste ricerche potranno valere come premesse per analoghe indagini anche in Italia. Il primo percorso di riflessio-

ne che proponiamo considera le possibili relazioni tra i sistemi di giustizia penale e di salute mentale a partire dai risultati di un recente studio di Liska e di altri ricercatori (1999) sulla realtà americana.

Il secondo considera i mutamenti nelle modalità di controllo sociale, e in particolare come al vecchio modello imperniato sulla «statica» della segregazione si sia andato sostituendo un modello caratterizzato dalla «dinamica» della circolazione da una struttura istituzionale all'altra.

3. *Le relazioni tra i sistemi di giustizia penale e di salute mentale*

Nello stimare gli effetti reciproci di un sistema di controllo sull'altro, Liska e altri autori (1999) distinguono due dimensioni delle organizzazioni di controllo sociale: la *capacity* (cioè il volume potenziale) di controllo sociale – come ad esempio numero di letti nelle strutture psichiatriche, di celle e personale *pro capite* nella sfera penale – e il livello effettivo dell'attività di controllo – come per esempio il numero di pazienti/detenuti e gli ingressi. L'influenza di un sistema sull'altro viene studiato in termini d'impatto dei tassi di *capacity* di un sistema sui tassi di ingresso nell'altro sistema, e non viceversa⁶. Elaborando sulla base della letteratura, gli autori individuano due ipotesi, in competizione tra loro, circa la relazione tra i due sistemi: l'ipotesi dell'alternativa funzionale e l'ipotesi del conduttore.

L'*ipotesi dell'alternativa funzionale* sostiene che una buona parte del comportamento problematico può essere controllata da entrambi i sistemi alternativamente.

Così, se la *capacity* di un sistema è elevata, ci si aspetta che il tasso di ingresso in quel sistema aumenti, mentre il tasso d'ingresso nell'altro sistema diminuisca, avendo già assorbito il primo sistema un'ampia porzione di quel comportamento che teoricamente può essere controllato da entrambi i sistemi (fig. 1). Se invece la *capacity* dello stesso sistema è bassa, i devianti marginali che potrebbero essere controllati da quel sistema sono assorbiti dall'altro sistema. Quindi, l'ipotesi dell'alternativa funzionale suggerisce una relazione negativa tra i tassi di *capacity* e di ingresso di un sistema e il tasso di ingresso dell'altro sistema (fig. 2).

⁶ In effetti, se si può sostenere che il tasso di ingresso in un sistema influenzi il tasso di *capacity* futuro di quel sistema, è improbabile, invece, che influenzi anche il tasso di *capacity* futuro dell'altro sistema. D'altra parte il tasso di *capacity* di un sistema può influenzare il tasso di ingresso di entrambi i sistemi.

Per esempio, i risultati di un importante studio di carattere storico svolto da Sutton (1991) sulle relazioni tra *asylum* (ospedali psichiatrici) e *almshouse* (istituzioni pubbliche destinate agli *homeless* e agli anziani senza risorse), sembrano dare sostegno all'ipotesi che le istituzioni del controllo siano tra lo-

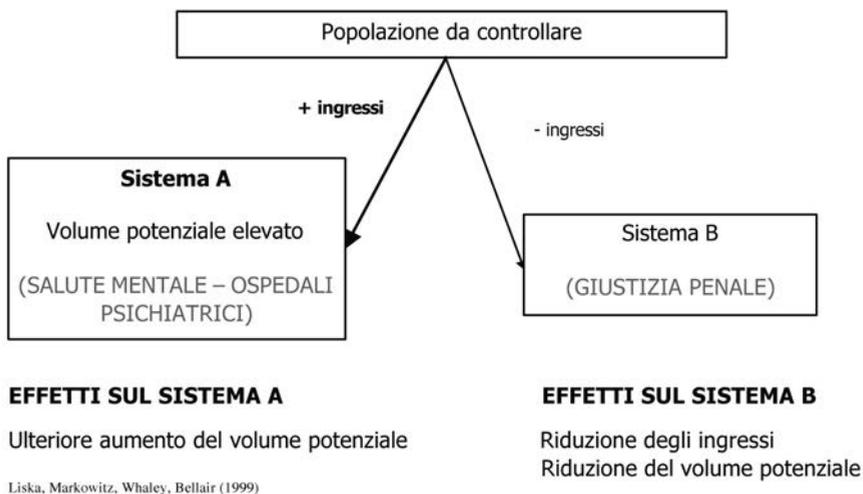


Fig. 1 - Functional Alternative Hypothesis (I).

I

O

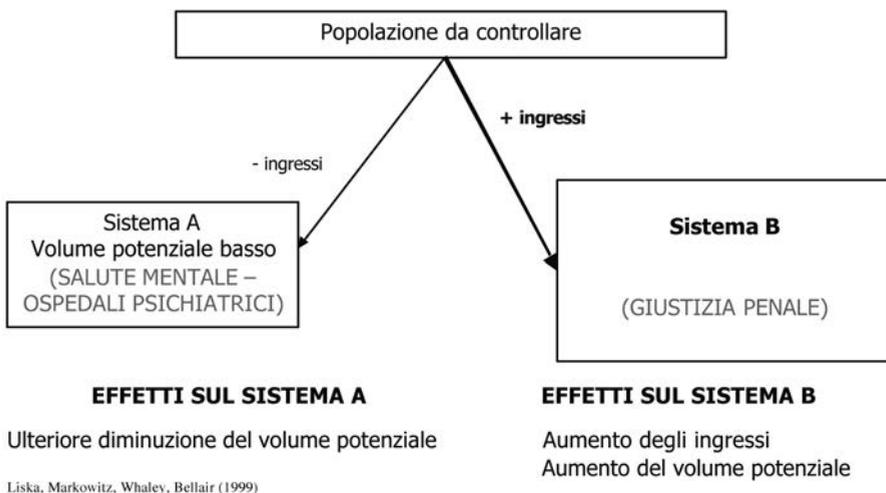


Fig. 2 - Functional Alternative Hypothesis (II).

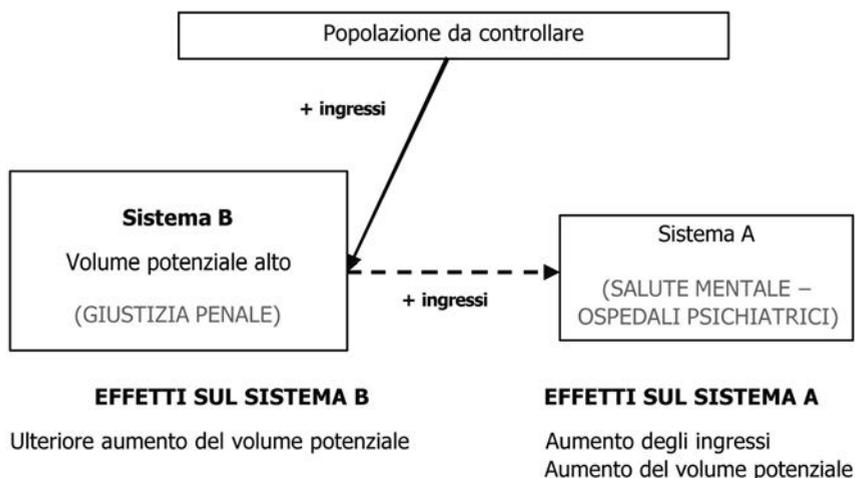
alternative funzionali. Negli Stati Uniti, dal 1880 al 1920, un ingente numero di persone fu confinato negli *asylum*: ciò portò molti osservatori contemporanei a concludere che il Paese stava sperimentando un'epidemia di malattia mentale. Sutton avanza una tesi opposta: egli suggerisce che l'aumento dei 'malati mentali' non è il prodotto di astratte forze sociali, ma dell'opera di istituzioni sociali a cui si affida il compito di identificare, categorizzare e sanzionare gli attori devianti. L'internamento negli *asylum* è stato nei fatti una politica sociale, e la sua espansione è il risultato, secondo l'autore, del persistente fallimento delle riforme di quegli anni nell'affrontare un problema sociale del tutto diverso: la povertà.

L'espansione dell'*asylum* nel periodo dal 1880 al 1920 viene analizzata quindi come prodotto delle forze istituzionali e politiche, non come conseguenza dell'aumento della malattia mentale. L'*asylum* avrebbe assorbito un crescente numero di poveri anziani che non potevano più essere confinati in altri luoghi istituzionali, tra cui le *almshouse*, in via di smantellamento proprio in quegli anni. I risultati empirici confermano la relazione negativa tra la *capacity* delle *almshouse* e gli ingressi negli *asylum*, dando un sostegno, quindi, all'ipotesi dell'alternativa funzionale.

La seconda ipotesi studiata da Liska e gli altri autori, l'*ipotesi del conduttore*, suggerisce invece che se la *capacity* di un sistema è molto ampia, quel sistema funziona come una rete per entrambi i sistemi: ovvero, una parte di popolazione verrebbe assorbita direttamente all'interno del sistema, mentre un'altra parte verrebbe canalizzata nell'altro sistema (fig. 3). L'ipotesi del conduttore suggerisce, cioè, una relazione positiva tra i tassi di *capacity* e di ingresso di un sistema e il tasso di ingresso dell'altro sistema.

Fatte queste premesse, va considerato ora che lo studio di Liska e altri considera l'ipotesi dell'alternativa funzionale per descrivere gli effetti del sistema di salute mentale sul sistema di giustizia penale e l'ipotesi del conduttore per descrivere gli effetti del sistema di giustizia penale sul sistema di salute mentale.

Numerosi ricercatori sostengono, infatti, che tradizionalmente il sistema di salute mentale controlla un'ampia schiera di soggetti che commettono reati non gravi – c.d. medicalizzazione della devianza. A partire dagli anni Sessanta, tuttavia, la deistituzionalizzazione del sistema di salute mentale americano ha invertito questa tendenza, 'liberando' un sostanziale numero di pazienti, alcuni dei quali alla fine sono confluiti nelle carceri locali – c.d. criminalizzazione della salute mentale. Quindi, l'ipotesi dell'alternativa funzionale suggerisce che come la *capacity* del sistema di salute mentale si contrae, la popolazione di detenuti e i tassi di ingresso al sistema di giustizia penale (special-



Liska, Markowitz, Whaley, Bellair (1999)

Fig. 3 - Conduit Hypothesis.

mente le carceri locali) aumentano, e che come la *capacity* del sistema di salute mentale si espande, la popolazione detenuta e i tassi di ingresso del sistema di giustizia penale (specialmente carceri locali) diminuiscono. Dall'altra parte, il sistema di giustizia penale può funzionare come conduttore o porta d'accesso per il sistema di salute mentale. Le persone che si comportano inadeguatamente, specialmente per la strada, sono frequentemente fermate dalla polizia e temporaneamente trattenute nelle carceri locali; di qui vengono rilasciate, oppure confluiscono nel sistema di giustizia penale, oppure ancora vengono trasferite informalmente o formalmente (in quanto 'non in grado di stare in giudizio' o 'non imputabili per malattia mentale') al sistema di salute mentale.

La metodologia utilizzata da Liska e gli altri autori consente di esaminare gli effetti inter-sistemici (*cross-system*) o reciproci tra due dimensioni critiche del controllo (tassi di *capacity* e tassi di ingresso) del sistema di giustizia penale (carceri locali) e di salute mentale (ospedali psichiatrici urbani)⁷. I risultati

⁷ In una serie di modelli, sono stati stimati gli effetti delle variabili strutturali riferite ai tassi di *capacity* e di ingresso di entrambi i sistemi e gli effetti della *capacity* di un sistema sui tassi di ingresso di entrambi i sistemi. Queste analisi sono state svolte in tre periodi di tempo (1978, 1983 e 1988). Lo studio prende in esame un periodo di dieci anni che va dal '78 all'88 poiché i dati nazionali sulle carceri locali americane sono disponibili a partire da quella data, e i dati recenti relativi agli anni Novanta al momento in cui è stato svolto lo studio non erano ancora disponibili.

dello studio di Liska e altri non forniscono alcun supporto alla prima ipotesi (alternativa funzionale), secondo cui esiste una relazione negativa tra la *capacity* degli ospedali psichiatrici come variabile indipendente e gli ingressi in carcere come variabile dipendente; viene invece supportata l'ipotesi del conduttore: l'effetto della *capacity* delle carceri sugli ingressi in ospedale psichiatrico è sia positivo sia statisticamente significativo per tutti gli anni considerati nell'analisi. L'effetto della *capacity* delle carceri sugli ingressi in ospedale riflette il 'travasò' delle persone dalle carceri agli ospedali. Una parte di questo 'travasò' avviene attraverso trasferimenti ufficiali ('non in grado di stare in giudizio' o 'non imputabile per malattia mentale').

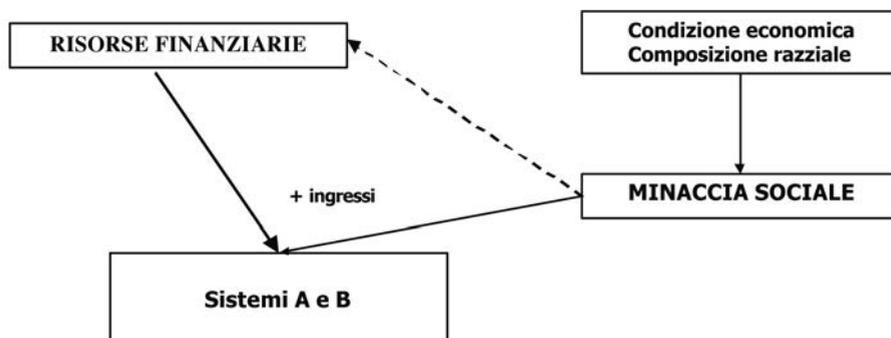
Un'altra parte avviene a un livello precedente, e riguarda quei casi in cui le imputazioni cadono se l'arrestato consente ad essere ospedalizzato; un'altra parte ancora riguarda quei casi in cui l'essere arrestato e rinchiuso nelle carceri locali può essere l'ultima goccia che fa traboccare il vaso e convincere la famiglia a ospedalizzare un proprio congiunto, sia informalmente che legalmente.

Se l'ipotesi del conduttore consente di spiegare, almeno in parte, la relazione tra i due sistemi, essa non è in grado, tuttavia, di mettere in luce quei processi esterni che influiscono sulle variazioni della capacità di controllo del sistema di giustizia penale. In altri termini, se l'espansione dell'area del controllo del sistema di giustizia penale non avviene a seguito della contrazione del sistema di salute mentale, quali fattori determinano un aumento della *capacity* e degli ingressi nel sistema di giustizia penale, che poi porta, sulla base dell'ipotesi del conduttore, ad un aumento di ingressi anche nel sistema di salute mentale?

L'analisi di Liska e altri dimostra che entrambi i sistemi sono influenzati da alcuni fattori esogeni, che incidono sul livello di controllo effettivo dei sistemi di controllo o sulla loro *capacity*: a) la disponibilità di risorse finanziarie e b) la minaccia sociale (fig. 4).

a) I sistemi di giustizia penale e di salute mentale sono finanziati entrambi a livello federale, statale, di contea e di città: la contrazione o l'espansione di entrambi i sistemi di controllo è in funzione della disponibilità di risorse finanziarie presenti in ciascuno dei livelli e complessivamente.

b) Il modello della minaccia sociale implica che il livello del controllo istituzionale rifletta l'ampiezza della minaccia sociale percepita da parte delle autorità. È possibile individuare alcune condizioni strutturali che aumentano la percezione di minaccia da parte delle autorità. La prima, la condizione economica: si è a lungo ipotizzato che la condizione economica, in particolare il tasso di disoccupazione, possa essere percepita come minacciosa dalle autorità



Liska, Markowitz, Whaley, Bellair (1999)

Fig. 4 - Fattori Esogeni Comuni Ad Entrambi I Sistemi.

politiche ed economiche e quindi abbia ricadute sul livello di controllo sociale espresso sia dai sistemi di giustizia penale che di salute mentale. La seconda, la composizione razziale: si è ipotizzato che in un contesto specifico la composizione razziale, vale a dire la percentuale di presenza di non-bianchi, venga percepita come minacciosa dalle autorità politiche ed economiche, e quindi influenzi il livello di controllo sociale espresso sia dal sistema di giustizia penale che da quello di salute mentale. Inoltre, si è ipotizzato che questa relazione tra la percentuale di non-bianchi e la percezione della minaccia sociale dipenda dal livello di segregazione razziale, essendo più debole quando i non-bianchi sono geograficamente segregati – che di per sé costituisce una forma di controllo. I risultati dello studio indicano un forte impatto della percentuale di neri sulla *capacity* delle carceri, che non varia nel tempo e aumenta all'aumentare della segregazione. La percentuale di neri mostra anche un sostanziale e positivo effetto indiretto sui tassi di ingresso nelle carceri e negli ospedali, che aumenta all'aumentare della segregazione.

Un problema fondamentale del modello della minaccia sociale è che esso non specifica chiaramente come la percezione della minaccia sociale da parte delle autorità influenzi il processo decisionale quotidiano del personale dei sistemi di giustizia penale e di salute mentale, che culmina poi nei livelli di attività di controllo sociale. Un processo, tuttavia, è sempre implicito in gran parte delle ricerche: i fattori strutturali (come quelli menzionati sopra) influenzano la percezione della minaccia delle autorità urbane, le quali influenzano direttamente l'allocazione di fondi per espandere o contrarre la *capacity* dei si-

stemi di controllo, e la *capacity* a sua volta influenza direttamente il livello dell'attività di controllo.

Lo studio di Liska e altri autori fornisce indicazioni preziose per comprendere il funzionamento e i reciproci condizionamenti dei due sistemi di controllo sociale considerati, quello della giustizia penale e quello della salute mentale. Innanzitutto suggerisce l'ipotesi – tutta da dimostrare! – che anche in Italia la de-istituzionalizzazione degli ospedali psichiatrici non abbia avuto l'effetto di aumentare significativamente il carico di lavoro sul sistema della giustizia penale, se si considerano l'attività dei tribunali e delle carceri. In secondo luogo induce a ritenere che anche in Italia il sistema della giustizia penale *funzioni* come una *rete* in cui 'cadono', attraverso l'arresto da parte delle forze di polizia, persone con disturbi psichici che hanno tenuto comportamenti devianti e che in parte, quando vi sono i requisiti, vengono 'assorbite' dallo stesso sistema penale (anche attraverso i trasferimenti negli ospedali psichiatrici giudiziari), in parte vengono affidate o segnalate ai servizi psichiatrici territoriali, che, anche in questo modo, ampliano la loro sfera di controllo. Infine, fornisce una chiave di lettura, anche qui in forma di ipotesi di ricerca, dell'espansione dell'area del controllo che i dati italiani sugli ingressi nei servizi psichiatrici e in carcere hanno messo in luce (par. 2): si può ipotizzare che l'aumento dell'area del controllo sia dovuto non solo e non tanto a un aumento di comportamenti criminali o di persone affette da disturbi psichici, quanto a un aumento della percezione della minaccia sociale da parte delle autorità, con conseguente allocazione prioritaria delle risorse nelle istituzioni del controllo (da cui scaturiscono, con tutta probabilità, processi di criminalizzazione e patologizzazione del comportamento deviante e marginale).

4. *Dalla 'statica' della segregazione al modello territoriale e diffuso di controllo sociale*

Negli ultimi decenni in tutti i Paesi economicamente sviluppati si è manifestata la tendenza a sostituire gli ospedali psichiatrici come unico luogo di cura dei disturbi mentali con una rete di servizi più piccoli, decentrati, flessibili e accessibili ai cittadini, ovvero con servizi "di comunità". Un servizio di salute mentale di comunità può essere definito un servizio che fornisce un'intera gamma di modalità di assistenza efficaci per la salute mentale di una specifica popolazione, e che è indirizzato al trattamento e al sostegno di persone che soffrono di disturbi psichici, in misura proporzionale alla loro sofferenza o al loro disa-

gio, in collaborazione con altre agenzie locali. Il superamento dell'ospedale psichiatrico e la transizione dell'assistenza psichiatrica dal modello "istituzionale" al modello "comunitario" sono stati chiamati de-istituzionalizzazione.

De-istituzionalizzazione, quindi, non significa solo de-ospedalizzazione, bensì spostamento dell'asse della cura dall'ospedale psichiatrico alla comunità con disponibilità di posti letto per i casi più gravi negli ospedali generali. Ciò ha comportato ovunque una riduzione dei letti ospedalieri e un accorciamento dei periodi di degenza, ma anche una maggior complessità dei processi assistenziali e dell'articolazione funzionale e organizzativa tra servizi extraospedalieri ed ospedalieri.

In Italia, dove il processo di cambiamento a seguito della legge 180 è stato più radicale che in ogni altro Paese, si è affermato un modello di assistenza territoriale basato sui Dipartimenti di Salute Mentale (DSM). L'organizzazione dipartimentale, come si è configurata con i vari provvedimenti legislativi dal 1978 in poi, integra in ogni Azienda Sanitaria Locale sotto una direzione unitaria: il Centro Salute Mentale (CSM), sede organizzativa e punto di coordinamento dell'attività sul territorio; il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (SPDC), servizio collocato in un ospedale generale per ricoveri volontari e obbligatori; le strutture semiresidenziali, cioè *day hospital* e centri diurni per programmi terapeutico-riabilitativi a breve, medio e lungo termine; le strutture residenziali (SR), create in gran parte dopo il 1997, a bassa, media e alta assistenza, a cui è demandato il compito di accogliere gran parte dei dimessi dagli ospedali psichiatrici e di rispondere ai bisogni di residenzialità dei "nuovi cronici" del territorio. Obiettivi prioritari dei DSM sono la tutela della salute mentale di tutti i cittadini e la presa in carico dei disturbi psichici gravi, con percorsi mirati ai bisogni di salute e di integrazione sociale dei pazienti, alle necessità di trattamento a breve e a lungo termine e ai problemi delle famiglie.

Questo processo di mutamento istituzionale, che, come ha rilevato De Leonardis (1988: 45), ha condotto la psichiatria fuori dal modello custodialistico e dentro gli assetti normativi e operativi dello stato sociale, ha innescato nuovi processi di controllo sociale, in particolare attraverso una riconfigurazione dei rapporti tra i sistemi di salute mentale e di giustizia penale. Il controllo di popolazioni problematiche (o, per dirla ancora con De Leonardis, di residui istituzionali)⁸ non avviene più all'interno di istituzioni separate e totali, che agi-

⁸ È utile riportare ciò che scrive Ota De Leonardis riguardo al 'residuo istituzionale': "il criterio fondamentale di funzionamento degli apparati istituzionali che si costituiscono all'interno della formazione dello stato di diritto moderno (...), cioè il criterio di interpretazio-

scono con una logica di segregazione e isolamento rispetto al territorio, bensì viene esercitato dal circuito di agenzie territoriali che entrano in contatto con persone affette da disturbi psichici per ciò che loro compete, affidando/segnalando/invitando le persone a rivolgersi alle altre agenzie del circuito competenti per altri aspetti. In questo senso il controllo sociale si dirada, defluendo dai luoghi fisici di concentrazione, ma al tempo stesso si diffonde sul territorio, ridisegnando le relazioni tra le diverse agenzie istituzionali. Lo studio di Liska e altri ha messo in luce come, soprattutto a seguito del processo di deistituzionalizzazione, il sistema della giustizia penale agisca a più stretto contatto con i servizi psichiatrici territoriali: si è parlato di una sorta di rete in cui vengono 'catturate', attraverso l'arresto da parte delle forze di polizia, persone con disturbi psichici, le quali in parte vengono 'assorbite' dallo stesso sistema penale, in parte vengono affidate o segnalate ai servizi psichiatrici territoriali. Altri studi, sempre riferiti alla società americana, hanno approfondito criticamente le modalità con cui oggi, a seguito del processo di deistituzionalizzazione, avviene questo 'travaso' dal sistema della giustizia penale al sistema della salute mentale: l'analisi di alcune buone pratiche fornisce spunti interessanti per ripensare alle relazioni tra corti, polizia e servizi psichiatrici territoriali.

Riportare sinteticamente i contenuti di questi studi d'oltreoceano consente di osservare concretamente come funziona il modello dinamico, territoriale e diffuso di controllo sociale delle persone con disturbi psichici, quali benefici comporta e quali problematicità solleva.

Lo studio di Perez e altri (2003) descrive un'importante iniziativa ideata dall'EJC (*Eleventh Judicial Circuit*) al fine di ridurre il carico di lavoro del sistema penale (in particolare corti penali e carceri locali) rispetto al trattamento di persone con disturbi psichici, e di attivare percorsi di presa in carico da parte della comunità. Così, in risposta alla crescita della popolazione detenuta con disturbi mentali, l'EJC ha iniziato a lavorare con molte organizzazioni e operatori diversi che operano nel sistema della salute mentale (organi giudiziari, organi carcerari, i responsabili dei servizi di salute mentale comunitari pubblici, alcuni importanti ospedali della zona, il dipartimento di polizia di

ne e intervento sui *social problems* è governato dal problema razionalistico problema-soluzione; esso struttura un rapporto codificato tra definizione e spiegazione del problema, e risposta (o soluzione) razionale, tendenzialmente ottimale. Ebbene la psichiatria assume in questa costellazione una collocazione peculiare: essa si costituisce storicamente al confine (...) e vi assume il compito di assorbire al proprio interno, separare e amministrare tutto ciò che residua dalla logica problema-soluzione che le governa (...) Psichiatria come amministrazione di un residuo istituzionale". (DE LEONARDIS, 1988: 50).

Miami, di Miami Beach e di Miami-Dade), elaborando un progetto di presa in carico delle persone detenute affette da disturbi psichici.

Il progetto EJCMH (*Eleventh Judicial Circuit Mental Health*) integra tutti i servizi disponibili nel Miami-Dade per gestire le persone con disturbi psichici presenti nelle carceri locali. L'obiettivo è quello di far uscire questa particolare popolazione dal sistema di giustizia penale e di inserirla nei servizi psichiatrici territoriali, di costituire un "ponte" tra i servizi territoriali per una presa in carico globale delle persone, riducendo la funzione del carcere ad ultima risorsa. Il progetto distingue un programma di *diversion* prima e dopo l'arresto, e include un programma globale che affronta il delicato passaggio dal carcere alla comunità.

Basandosi sul modello CIT (*Crisis Intervention Treatment* di Memphis), i programmi di *diversion* predisposti prima dell'arresto tendono a prevenire l'ingresso delle persone con disturbi psichici nel sistema di giustizia penale. Il CIT è composto da poliziotti che ricevono una formazione particolare, a cura del *Jackson Memorial Hospital*, su come gestire soggetti in crisi con problemi psichici. Così formati, i poliziotti del CIT rispondono alle chiamate di pronto intervento, valutano la situazione e, se necessario, intervengono per gestire la situazione puntuale di crisi, conducendo poi le persone affette da disturbi mentali nelle strutture convenzionate.

I programmi di *diversion* successivi all'arresto mirano a ridurre le spese e le inefficienze che esistono nel sistema di presa in carico. Tra le 24 e le 48 ore dopo l'arresto, i soggetti con disturbi psichici che hanno commesso reati bagatellari sono inviati ai servizi psichiatrici comunitari per ricevere trattamenti adeguati. I giudici giocano un ruolo determinante nell'implementazione di questo programma: entro 24 ore dall'arresto uno psichiatra che opera all'interno del carcere deve visitare il detenuto e accertare se esistono i presupposti per procedere a un ricovero obbligatorio. Se lo psichiatra rilascia un certificato con il quale si richiede che il soggetto venga visitato in modo più approfondito, egli viene immediatamente inviato ad un giudice competente a stabilire se debba essere trasferito in una struttura psichiatrica per ricevere aiuto. La decisione del giudice si fonda sulla gravità delle imputazioni, sui precedenti penali, ma anche sullo stato di salute mentale del soggetto. Quando è ritenuto opportuno, questi soggetti sono rilasciati *on probation* e i funzionari della *probation*, formati *ad hoc*, lavorano per inserire gli imputati nei programmi di trattamento. Coloro che sono a rischio per se stessi e gli altri vengono regolarmente monitorati dalle Corti per periodi che vanno da sei mesi a un anno. Il fallimento del trattamento può dare luogo all'inizio di una procedura fondata

sul Baker Act del 1972 (che stabilisce i criteri per il trattamento obbligatorio) e, solo raramente, all'incarcerazione. Se la condotta del soggetto è tale da non giustificare un'ulteriore udienza di fronte al giudice, le imputazioni cadono dopo che la Corte ha ricevuto un rapporto sulle condizioni del rilascio da parte della struttura che ha in carico la persona. La maggior parte dei reati bagattellari viene gestita in questo modo. Prima che questo programma venisse istituito, i soggetti venivano trattenuti in prigione per 10 giorni in attesa di esami costosi e spesso non necessari sulle loro condizioni di salute, per poi essere spesso rilasciati senza aver mai ricevuto un trattamento. L'*EJCMH Project* ha prodotto risultati importanti anche in termini di riduzione dei costi. Durante il periodo di permanenza in carcere, ogni persona con disturbi psichici riceveva una media di tre visite. Ogni visita costava 150 dollari, mentre il costo quotidiano di permanenza di un soggetto con problemi psichici in un carcere era di 100 dollari. La spesa globale per 10 giorni ammontava a una media di 1450 dollari. L'avviamento dei programmi di *diversion* dopo l'arresto hanno consentito, come riferiscono gli autori, di risparmiare i costi per circa 2000 giorni di permanenza in carcere e 100.000 dollari di esami non necessari. Senza considerare i costi legati al reingresso nel circuito penale degli stessi soggetti.

Lo studio di Osher e altri (1993) descrive il modello APIC (*Assess, Plan, Identify, Coordinate*): si tratta di un modello di buone pratiche per il 'trasferimento' dalla prigioni alla comunità di soggetti con problemi di comoribilità.

Il punto di partenza di questo studio è la considerazione che le carceri americane sono divenute in molte zone degli Stati Uniti l'unica risorsa per gestire la 'crisi psichiatrica'. Molti *homeless* e persone prive di un'assicurazione sanitaria con problemi psichici ricevono assistenza solo in carcere, perché non hanno potuto ricorrere ai servizi offerti dalla comunità. Inoltre, la mancanza di connessione con i servizi psichiatrici comunitari rischia di condurre alcuni soggetti a entrare e a uscire dalle prigioni dozzine o centinaia di volte. Un intervento inadeguato rimette per strada i detenuti entrati in uno stato di crisi, esattamente come al momento dell'ingresso. Gli esiti di questi interventi inadeguati compromettono la sicurezza pubblica e aumentano l'incidenza dei sintomi psichiatrici, dell'ospedalizzazione, la ricaduta nell'assunzione di sostanze, gli episodi di suicidio, il vagabondaggio e il ri-arresto. Da qui l'importanza di elaborare ed implementare un modello di relazioni tra sistema della giustizia penale e servizi psichiatrici comunitari nella 'gestione' della popolazione con disturbi psichici. Vediamo brevemente gli aspetti salienti di questo modello, così come descritti da Osher e gli altri studiosi (1993).

Il modello APIC è un insieme di procedure che, se implementate, hanno

– a giudizio dei loro promotori – un’alta probabilità di migliorare le situazioni globali delle persone che presentano disturbi di comorbilità quando escono dalle prigioni.

1) *assess*: occorre, innanzitutto, valutare e mettere a fuoco i bisogni e le resistenze psico-sociali, mediche e comportamentali dei detenuti. Il tempo necessario per questa valutazione dipende dal periodo che il soggetto trascorre nelle carceri locali. Procedure velocizzate vengono impiegate ogniqualvolta la detenzione prevede un termine inferiore alle 72 ore. Esistono naturalmente delle gerarchie nell’individuazione dei bisogni dei soggetti. Per ‘i lungo degenti’ si possono proporre valutazioni longitudinali. Le caratteristiche del *transition planning* (che sostituisce, nella dicitura, il più noto *discharge planning*)⁹ in questa fase sono ancora da mettere a fuoco. È necessario naturalmente individuare un *case manager* o un *team* responsabile della valutazione di tutte le più importanti informazioni che riguardano la storia sociale, clinica e legale dei soggetti. Questa persona o questo *team* avranno solo una funzione di coordinamento del caso, e saranno responsabili del progetto.

2) *plan*: occorre progettare il trattamento e individuare i servizi necessari per affrontare i bisogni del detenuto. Il *transition planning* deve valutare i bisogni a breve e a lungo termine del detenuto. Particolare attenzione deve essere prestata al periodo critico che segue immediatamente il reingresso nella comunità (la prima ora, il primo giorno, la prima settimana): vanno favoriti interventi *ad hoc* intensivi ma limitati nel tempo, che forniscono un supporto globale al momento in cui il soggetto lascia la detenzione. Il carattere intensivo di questi interventi può essere ridotto a partire dal momento in cui il soggetto intrattiene relazioni con i gestori dei servizi a livello comunitario appositamente individuati. Il compito più importante del *planner* è di ascoltare il detenuto. Molti tra costoro sono stati carcerizzati anche nello stesso istituto parecchie volte e possono aver esperito il re-ingresso nella comunità dozzine di volte. La cosa più importante che un *transition planner* può fare durante i processi di transizione è apprendere dal detenuto che cosa ha funzionato o, più probabilmente, che cosa non ha funzionato nelle procedure precedenti, e progettare di conseguenza. Fin dall’inizio il soggetto deve essere immesso in un percorso di re-

⁹ L’ACAP (*American Association of Community Psychiatrists*), tra i promotori del modello APIC, ha preferito nel 2001 coniare il termine *transition planning* (progetto di transizione) anziché *discharge* o *reentry planning* (progetto per il rilascio o per il reingresso nella comunità), poiché il termine *transition* indica le responsabilità in tutte le direzioni e richiede collaborazione tra tutte le agenzie. Pertanto il rientro può essere inteso come parte di un segmento più ampio che concerne la presa in carico globale del soggetto.

sponsabilizzazione, che deve coinvolgere progressivamente anche la famiglia, nella misura in cui il detenuto identifica e desidera che uno o più membri siano coinvolti.

Nell'esperienza dell'APIC, approccio integrato significa riduzione del ricorso all'ospedalizzazione, un intervento per la riduzione dei sintomi psichiatrici e di altri effetti negativi, compreso il ri-arresto, ricorrendo ad una progettazione di carattere comunitario che preveda interventi individualizzati di cure mediche, monitorate fuori dal carcere e all'interno della comunità e per periodi di tempo prestabiliti, in modo da prevenire crisi acute e contenere disturbi cronici. I problemi concreti da affrontare riguardano dunque: a) la residenza: i problemi per la residenza sono estremamente complessi e si declinano con procedure assai articolate se i soggetti trattati sono *homeless*, tossicodipendenti o autori di reati sessuali; b) sostegni economici: le corti, gli uffici di *probation* e il personale dei servizi psichiatrici del carcere si coordinano con le agenzie locali dei servizi sociali che gestiscono i sussidi per gli indigenti, per evitare che i sussidi vengano tolti quando la persona entra in carcere; spesso si ha una sospensione dei sussidi per il periodo in cui il soggetto è incarcerato, con un'immediata riattivazione al momento del rilascio; c) cibo e vestiti: la fornitura di cibo e vestiario consente di evitare, che una volta uscito dalla prigione, la persona incorra nuovamente in un reato bagatellare. Vengono considerati nel piano di reinserimento (*transition planning*) anche questioni legate al mezzo di trasporto per il ritorno a casa e all'assistenza dei figli, laddove sia necessario per garantire il rispetto delle prescrizioni del *transition planning*.

3) *identify*: il piano di transizione deve identificare i referenti comunitari, capaci di assistere il soggetto innanzitutto a partire dalla diagnosi clinica, dalle caratteristiche culturali, demografiche, finanziarie, dalla collocazione geografica, e dalle circostanze legali dell'individuo. Questioni culturali, compresa l'appartenenza etnica, i valori, le tradizioni, la lingua e il contesto sociale sono tutti fattori per valutare l'adeguatezza dei servizi di comunità. Una dettagliata cartella riassuntiva delle condizioni del soggetto al momento del rilascio, contenente informazioni mediche, legali e personali dovrebbe essere inviata alla struttura di servizio individuata all'esterno prima del momento del rilascio.

Le condizioni per il rilascio e l'intensità della supervisione dei servizi comunitari correzionali dovrebbero essere proporzionate alla gravità del comportamento penalmente rilevante. L'intensità del trattamento e degli interventi di supporto sarà proporzionata alla carriera delinquenziale, alla disabilità, alla motivazione per il cambiamento e alle disponibilità delle risorse a livello

comunitario. I detenuti con problemi di salute mentale non dovrebbero comunque essere tenuti in carcere più a lungo di quanto giustificato per il reato, semplicemente perché le risorse comunitarie sono scarse. La confidenzialità e la riservatezza delle informazioni che dal carcere confluiscono sui servizi comunitari deve essere garantita.

4) *coordinate*: la complessità degli interventi richiede una gestione partecipata e un *team* qualificato che coordini tutti gli aspetti del piano di transizione, in modo da assicurarne l'implementazione e da evitare le lacune nella presa in carico.

All'inizio del paragrafo abbiamo evidenziato come il controllo sociale si sia territorializzato, spostandosi dalle istituzioni totali (ospedali psichiatrici) alle agenzie territoriali, e come questo processo abbia ridisegnato le relazioni tra le diverse agenzie istituzionali, *in primis* tra servizi psichiatrici e agenzie della giustizia penale (polizia, tribunali, carcere). Gli studi di Perez e altri e di Osher e altri, che si fondano sulla ricerca di metodi più efficaci ed efficienti di 'gestione' di soggetti con disturbi psichici che entrano nel sistema di giustizia penale, sono importanti anche perché mettono in luce come il lavoro quotidiano delle istituzioni si stia modificando nel senso di dare una migliore assistenza, ma al tempo stesso di controllare più efficacemente, queste particolari categorie di persone. Ricerche analoghe sulla realtà italiana non sono state di recente prodotte. Gli studi americani, in questo senso, indicano un possibile approccio per indagare anche in Italia le relazioni tra i sistemi di giustizia penale e di salute mentale: l'osservazione a livello territoriale delle trasformazioni delle dinamiche del controllo delle agenzie istituzionali.

5. *Cultura e controllo: i 12 punti di Garland*

La maggior parte degli studi, soprattutto americani, sulle relazioni tra sistemi di salute mentale e giustizia penale considerano come punto di partenza i mutamenti intervenuti negli ultimi decenni nel campo della psichiatria: si è visto come a seguito della de-istituzionalizzazione si sia in parte affermato un modello diffuso e territoriale di assistenza psichiatrica, in cui le istituzioni, all'interno del paradigma dello stato sociale, collaborano per meglio tutelare, da una parte, i soggetti con disturbi psichici e, dall'altra, la comunità dalla condotta di questi ultimi.

In realtà, anche sul lato delle strategie di controllo della criminalità stanno avvenendo mutamenti rilevanti che possono avere effetti decisivi sulle moda-

lità di controllo della popolazione psichiatrica. In questa sede ci limitiamo ad accennare solamente ad alcune di queste trasformazioni, lasciando aperto il dibattito (ancora del tutto inesplorato in letteratura) su quanto e come i mutamenti nel campo del controllo della criminalità stiano modificando le modalità di presa in carico istituzionale delle persone con disturbi psichici.

Come sostiene David Garland nel suo ultimo libro (Garland, 2001), le attuali strategie di controllo della criminalità sembrano essere sempre più congruenti, hanno cioè una certa “corrispondenza”, con le strutture della società tardo-moderna¹⁰. Esse rappresentano cioè un genere particolare di risposta, un tipo di adattamento a problemi specifici inerenti alla questione dell’ordine sociale in questa precisa epoca storica.

Quest’affermazione, che a una prima lettura può sembrare apodittica, perde tale connotato se si riesce a delineare uno “scenario” degli sviluppi nel campo del controllo rispetto al quale tutti gli studiosi possano dirsi d’accordo, almeno per ciò che riguarda i punti di partenza della discussione. In quest’impresa è riuscito proprio Garland (2001, cap. I), al quale va tra gli altri il merito di avere individuato, in modo sinottico, che *cosa* è avvenuto negli ultimi trent’anni nel campo del controllo, e *perché*.

Nonostante la sua indagine si concentri prevalentemente sulle trasformazioni avvenute negli Stati Uniti e in Inghilterra e Galles, vi sono molte ragioni per sostenere che le sue osservazioni possano valere anche, con qualche margine di adattamento, per gli altri Paesi dell’Europa Occidentale. La sua densa analisi si articola in 12 punti, che qui richiamiamo. Di essi forniremo alcune indicazioni, partendo naturalmente dai ragionamenti e dalle parole dell’autore.

Punto 1: il declino dell’ideale rieducativo. I programmi “riabilitativi” e “rieducativi” continuano, all’inizio del nuovo millennio, a essere operativi all’interno delle carceri e al suo esterno, ma per lo più con trattamenti finalizzati in modo specifico ai “soggetti altamente pericolosi”, quali gli autori di reati sessuali, i tossicodipendenti cronici, e i responsabili di crimini violenti. Negli anni Novanta, la ricerca su “che cosa funziona?” nel mondo penitenziario – *nothing works* scriveva invece provocatoriamente Martinson nel 1974 (Martinson, 1974) – ha ritrovato interesse attraverso una sfida ad alcune delle più pessimistiche conclusioni raggiunte nel corso degli anni Settanta. Ma oggi, i programmi riabilitativi non rivendicano più la pretesa di esprimere l’ideologia principe del sistema, e neppure di essere la finalità attorno alla quale ruota ogni misura di carattere penale.

¹⁰ Sul concetto di società tardo-moderna, contrapposto a società post-moderna vedi: GARLAND (2001, 75-102), GIDDENS (1990); NEGRI (2003).

Inoltre, va sottolineato che le potenzialità rieducative iscritte nelle risposte della giustizia penale sono ora comunemente subordinate ad altre finalità penali, in particolar modo a quelle retributive, neutralizzative e di gestione del rischio.

Punto 2: *il riemergere di sanzioni punitive e di una giustizia espressiva.* Per gran parte del Ventesimo secolo, le punizioni esplicitamente retributive o deliberatamente severe erano profondamente criticate, definite anacronistiche, e non dovevano trovare spazio all'interno di un "moderno" sistema penale. Negli ultimi vent'anni abbiamo assistito, oltre che alla ricomparsa e alla ri-proposizione del modello retributivo (*Just Deserts*, cioè "giusto merito"), a un rilevante cambiamento nei toni dei discorsi ufficiali.

Il punire – nel senso di un punire *espressivo*, che veicola il *sentire* del pubblico – è ricomparso nei discorsi ufficiali, e "l'espressione del sentire collettivo" ha iniziato a influenzare non solo le condanne esemplari per i delitti più efferati, ma anche la giustizia minorile.

Punto 3: *cambiamenti del tono emotivo della politica criminale.* Fin dagli anni Settanta, la paura della criminalità è un tema che ha acquistato sempre maggiore importanza. Quella che una volta era considerata un'angoscia circoscritta, localizzata, che affliggeva soltanto gli individui e i quartieri meno abbienti, ha iniziato a essere intesa come uno dei problemi sociali più gravi, e come una caratteristica della cultura contemporanea. Non solo: la paura della criminalità ha iniziato a essere concepita come un problema in sé, distinto dai tassi effettivi di criminalità e vittimizzazione.

Questa percezione ha avuto un forte impatto, negli anni recenti, sulle forme e sui contenuti dei processi decisionali. La criminalità è stata ri-drammatizzata.

Punto 4: *il ritorno della vittima.* L'imperativo politico vigente è che le vittime devono essere protette, le loro voci devono essere ascoltate, la loro memoria deve essere onorata, la loro rabbia espressa, le loro paure ascoltate. Negli Usa si può ormai affermare che, a differenza di quanto accadeva negli anni Settanta, ogni attenzione ai diritti o all'*assistenza* dell'autore del reato è intesa oggi come una sottrazione della quantità di rispetto meritato dalle vittime. Siamo di fronte a un gioco politico a somma zero: la vittoria dell'autore di reato significa necessariamente la sconfitta della vittima, ed essere "a favore" delle vittime significa automaticamente essere inflessibili con gli autori di reato.

Punto 5: *ma soprattutto il pubblico deve essere protetto.* Proteggere il pubblico è una preoccupazione perenne della politica criminale, e il sistema correalista non era insensibile a questo tema.

Oggi, circola una nuova e insistente attenzione rispetto al bisogno di sicurezza, al contenimento del pericolo, all'identificazione e gestione di ogni tipo di rischio.

Proteggere il pubblico è diventato *il* tema dominante della politica del controllo penale.

Negli ultimi decenni, il carcere è stato reinventato quale mezzo di segregazione neutralizzativa, focalizzato in apparenza sugli autori di reato violenti e sui pericolosi recidivi, in realtà anche sulle masse di delinquenti meno temibili.

Punto 6: politicizzazione e nuovo populismo. Un'altra rottura significativa con quanto accadeva in passato sta nel fatto che la politica penale ha cessato di essere una faccenda delegata, di comune accordo, dagli schieramenti politici a esperti professionisti, ed è diventata, viceversa, un tema significativo intorno al quale si gioca la competizione elettorale.

Punto 7: la reinvenzione del carcere. In aperto contrasto con il senso comune diffuso oltreoceano e in molti Paesi dell'Europa Occidentale nel periodo storico che va dalla fine della Seconda Guerra Mondiale fino alla fine degli anni Settanta, l'assunto dominante della nostra epoca è, certamente negli Usa e in Gran Bretagna – ma pericolosamente anche in Italia – che “il carcere funziona”, non in quanto strumento di riforma o di rieducazione, ma come mezzo di neutralizzazione e punizione che soddisfa le istanze politiche popolari di sicurezza pubblica e di severità della condanna.

Punto 8: la trasformazione del pensiero criminologico. A partire dagli anni Settanta, alcune nuove scuole di pensiero criminologico hanno iniziato ad affermarsi e a influenzare le politiche governative di vari Paesi dell'area occidentale. Le teorie che a partire da quell'epoca iniziano a configurare il modo di pensare e di agire ufficiale sono le diverse *teorie del controllo*, le quali, come è noto, concepiscono il crimine e la delinquenza non come problemi dovuti alla deprivazione socio-economica ma, appunto, all'assenza di controlli adeguati. Controlli sociali, controlli situazionali, auto-controlli – sono questi i nuovi temi dominanti della criminologia contemporanea e delle politiche di controllo della criminalità cui esse hanno dato origine.

Punto 9: l'allargamento dell'infrastruttura della prevenzione della criminalità e della sicurezza comunitaria. Mentre le misure più importanti della politica del controllo della criminalità sono sempre più orientate verso la segregazione punitiva e una giustizia *espressiva*, va registrato, allo stesso tempo – soprattutto a livello locale –, una nuova strategia che potremmo definire *partnership preventiva*. Attualmente, se da una parte è vero che le strategie più visibili del controllo della criminalità possono agire in base a una modalità

espulsiva e di esclusione, dall'altra esiste una serie di tentativi pazienti, protratti nel tempo e concreti, volti a aumentare i controlli interni dei quartieri, e a incoraggiare le comunità a gestire autonomamente il controllo.

Punto 10: *la società civile e la commercializzazione del controllo della criminalità.* Per gran parte degli ultimi due secoli le istituzioni statuali deputate all'amministrazione della giustizia hanno dominato il campo, e concepito la criminalità come un problema da governare attraverso il mantenimento dell'ordine, il controllo, la denuncia e la punizione dei devianti. Oggi abbiamo di fronte agli occhi un'evoluzione fondata sulla partecipazione attiva dei cittadini, della comunità e delle imprese. Assistiamo a una notevole espansione dell'industria privata nel campo degli impianti di sicurezza. Basta pensare che molte funzioni *routinarie* di gestione della sicurezza sono appaltate in misura sempre più rilevante a forze di polizia privata, e che un numero sempre maggiore di imprese e di famiglie investe in impianti di sicurezza e in servizi di vigilanza offerti dall'industria privata nel campo della sicurezza.

Punto 11: *nuovi stili di gestione e nuove prassi lavorative.* Gli ultimi decenni hanno registrato cambiamenti significativi rispetto agli obiettivi, alle priorità e alle ideologie delle più importanti organizzazioni che operano nell'area della giustizia penale. La polizia, per esempio, si pone ora meno nel ruolo di una forza impegnata a combattere la criminalità che non come un pubblico servizio a disposizione dei cittadini, finalizzato a contenere la paura, il disordine e l'inciviltà, e nel dettare la propria agenda si dichiara attenta agli "stati d'animo" della comunità. Le autorità penitenziarie, da parte loro, concepiscono fundamentalmente il loro mandato in termini di "protezione del pubblico", assumendosi la responsabilità di garantire la sicurezza della detenzione, senza più pretendere di ottenere esiti rieducativi nei confronti della maggioranza dei detenuti.

Questa attenzione alla gestione dei rischi e delle risorse ha prodotto un sistema che è diventato sempre più selettivo nelle sue risposte alla criminalità. Esistono oggi obiettivi ben focalizzati, come i "punti caldi" (*crime hot spots*), i delinquenti professionali, i soggetti plurivittimizzati e i delinquenti altamente pericolosi; infine, si è andata diffondendo una consapevolezza di come devono essere ripartite le risorse economiche nel campo della giustizia penale, cioè a dire nel campo investigativo, in quello giudiziario, in quello del controllo e in quello dell'edilizia penitenziaria.

Punto 12: *un senso ininterrotto di crisi.* Negli ultimi vent'anni, "crisi" è la parola che ricorre regolarmente per descrivere il senso di malessere profondo che ha attraversato il campo penale.

Ciò che si va materializzando è una crescente convinzione che i "moderni"

dispositivi deputati al controllo della criminalità – organizzati attraverso agenzie specializzate della giustizia penale statale – non siano più idonei ad affrontare la questione criminale, e tanto meno a mantenere una coerenza interna. Appare sempre più evidente che i fallimenti del sistema non costituiscono un problema solo temporaneo, derivante dalla mancanza di risorse o da un'insufficiente implementazione dei programmi riabilitativi o deterrenti, bensì da carenze intrinseche al sistema della giustizia.

Come queste trasformazioni nelle strategie di controllo della criminalità influiscono sui modelli di 'gestione' della popolazione con disturbi psichici è argomento ancora aperto alla riflessione e al dibattito scientifico. Una cosa è certa: i punti di Garland costituiscono un termine di riferimento ineludibile per chiunque voglia occuparsi di controllo sociale in ambiti 'adiacenti' a quelli della giustizia penale.

Bibliografia

- ARVANITES T.M., 1988, "The Impact of State Mental Hospital Deinstitutionalization on Commitment for Incompetency to Stand Trial", *Criminology*, 26, pp. 307-320.
- BILES D. e MULLIGAN G., 1973, "Mad or Bad: The Enduring Dilemma", in *British Journal of Criminology*, 13, pp. 275-279, cit. in Liska A.E., Markowitz F.E., Whaley R.B., Bellair P., 1999, "Modeling The Relationship Between The Criminal Justice And The Mental Health", *The American Journal Of Sociology*, Vol. 104, n. 6, p. 1748.
- DE LEONARDIS O., GALLIO G., MAURI D., PITCH T., 1988, *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Edizioni Unicopli, Milano.
- GARLAND D., 1990, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago (trad. it. 1999, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano).
- GARLAND D., 2001, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Late Modernity*, Oxford University Press, Oxford (trad. it. 2004, *Cultura e controllo*, Il Saggiatore, Milano).
- GIDDENS A., 1990, *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, Stanford (trad. it. 1994, *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna).
- GRABOWSKY P.N., 1980, "Rates of Imprisonment and Psychiatric Hospitalization in the United States", *Social Indicator Research*, n. 7, pp. 63-70, cit. in Liska A.E., Markowitz F.E., Whaley R.B., Bellair P., 1999, "Modeling The Relationship Between The Criminal Justice And The Mental Health", *The American Journal Of Sociology*, Vol. 104, n. 6, p. 1748.
- Istat, 1995, *Statistiche della sanità. Anno 1995*, Roma.
- Istat, 1996, *Statistiche della sanità. Anno 1996*, Roma.
- Istat, 1997, *Statistiche della sanità. Anno 1997*, Roma.

- Istat, 2001, *Annuario statistico italiano 2001*, Roma.
- LISKA A.E., 1997, "Modeling the relationship between macro forms of social control", in *Annual Review of Sociology*, pp. 39-61.
- LISKA A.E., MARKOWITZ F.E., WHALEY R.B., BELLAIR P., 1999, "Modeling The Relationship Between The Criminal Justice And The Mental Health", *The American Journal Of Sociology*, Vol. 104, n. 6, 1744-1775.
- MARTINSON R.L., "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, Vol. 35, pp. 22-54, cit. in Garland D., 2001, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Late Modernity*, Oxford University Press, Oxford (trad. it. 2001, *Cultura e controllo*, Il Saggiatore, Milano), p. 58.
- MELICK M.E., STEADMAN H.J., COCOZZA J.C., 1979, "The Medicalization of Criminal Behaviour among Mental Patients", in *Journal of Health and Social Behaviour*, 20, pp. 228-237, cit. in Liska A.E., Markowitz F.E., Whaley R.B., Bellair P., 1999, "Modeling The Relationship Between The Criminal Justice And The Mental Health", *The American Journal Of Sociology*, Vol. 104, n. 6, p. 1748.
- MELOSSI D., 1983, "A Politics Without A State: The Concept Of 'State' And 'Social Control' From European To American Social Science", in Spitzer S. (a cura di), *Research In Law, Deviance And Social Control*, 5 Greenwich, Conn., JAI Press, cit. in Pitch T., 1988, "Che cos'è il controllo sociale", in De Leonardis O., Gallio G., Mauri D., Pitch T., 1988, *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Edizioni Unicopli, Milano, p. 22.
- MELOSSI D., 2002, *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano.
- NEGRI A., 2003, *Guide. Cinque lezioni su Impero e dintorni*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- OSHER F., STEADMAN H.J., BARR H., 2003, "A Best Practice Approach to Community Reentry From Jails for Inmates With Co-Occurring Disorders: The APIC Model", *Crime and Delinquency*, Vol. 49, n. 1, pp. 79-96.
- PAVARINI M., 1997, "La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo", in Violante L. (a cura di), *La criminalità*, Storia d'Italia, Annali 12, Giulio Einaudi Editore, Torino, pp. 983-1031.
- PEREZ A., LEIFMAN S., ESTRADA A., 2003, "Reversing the Criminalization of Mental Illnesses", *Crime and Delinquency*, Vol. 49, n. 1, pp. 52-61.
- PITCH T., 1988, "Che cos'è il controllo sociale", in De Leonardis O., Gallio G., Mauri D., Pitch T., 1988, *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Edizioni Unicopli, Milano 23.
- STEADMAN H.J., MONAHAN J., DUFFEE B., HARTSONE E., ROBBINS P.C., 1984, "The Impact of State Mental Deinstitutionalization of United States Prison Populations: 1968- 1978", in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 75, n. 2, pp. 474-490, cit. in Liska A.E., Markowitz F.E., Whaley R.B., Bellair P., 1999, "Modeling The Relationship Between The Criminal Justice And The Mental Health", *The American Journal Of Sociology*, Vol. 104, n. 6, p. 1749.
- SUTTON J.R., 1991, "The Political Economy of Madness: The Expansion of the Asylum in Progressive America", in *American Sociological Review*, Vol. 56, n. 5, pp. 665-678.

dott. GUIDO LO FORTE

Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Palermo

INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI FRA ESIGENZE REPRESSIVE, TUTELA DELLA PRIVACY E LIBERTÀ DI STAMPA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I principi stabiliti dalla giurisprudenza europea in materia di privacy. – 3. La privacy, le intercettazioni e la libertà di stampa. – 4. Il decreto legge del 22 settembre 2006 sulle intercettazioni illegali. – 4.1. La *ratio* del decreto legge. – 4.2. Prime questioni interpretative. La modifica dell'art. 240 c.p.p. – 4.3. L'obbligo di distruzione immediata. – 4.4. La natura dei documenti per cui è prevista la distruzione. – 4.5. La distinzione tra intercettazioni illegali e illegittime. – 4.6. Il reato di illecita detenzione della documentazione illegale. – 5. Il disegno di legge del 4 agosto 2006 in materia di intercettazioni e pubblicità degli atti di indagine. – 5.1. L'impianto e la *ratio* del disegno di legge. – 5.2. Il nuovo istituto dell'archivio riservato. – 5.3. La sfera degli atti segreti e riservati. – 5.4. La procedura preventiva di selezione degli atti. – 5.5. Le nuove norme incriminatrici. – 5.6. Le sanzioni amministrative. – 5.7. La nuova procedura di trascrizione delle conversazioni. – 5.8. Le modalità di esecuzione delle intercettazioni. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il regime normativo delle intercettazioni ha posto (e pone) in tutti gli ordinamenti dei moderni Stati democratici un problema di bilanciamento fra due distinti interessi: da un lato la protezione dei diritti di libertà individuale ed il rispetto della *privacy* (nel quale rientra senza dubbio la protezione della libertà e segretezza delle comunicazioni), e dall'altro la necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali.

Il problema è stato diversamente risolto nei diversi ordinamenti e nelle diverse epoche storiche, poiché la importanza investigativa delle intercettazioni telefoniche e ambientali è storicamente variabile, in relazione a vari fattori fra loro interdipendenti: la natura dei fenomeni criminosi oggetto di indagine, il grado di sviluppo tecnologico della società e le dotazioni degli apparati investigativi, il regime normativo penale e processuale.

La tematica delle intercettazioni è oggi di particolare rilievo, per varie ragioni.

Innanzitutto, questo strumento investigativo – in quanto capace di disvelare le *relazioni interpersonali* che costituiscono l'ordito delle associazioni criminali – è divenuto progressivamente, in tutti gli Stati moderni, sempre più importante per la prevenzione e la repressione dei reati di criminalità organiz-

zata, e, particolarmente, per acquisire informazioni sull'organigramma, sulle dinamiche associative interne e sulle strategie espansionistiche delle organizzazioni criminali.

In particolare, l'importanza investigativa delle intercettazioni è poi divenuta pressoché determinante per le indagini su Cosa nostra nell'ultimo decennio, periodo in cui – grazie alla sinergia tra le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, le indagini di riscontro della polizia giudiziaria e, appunto, le intercettazioni – è stato possibile conseguire risultati di oggettivo notevole rilievo sia nel settore delle indagini nei confronti di migliaia di soggetti appartenenti a Cosa nostra, sia nel settore della cattura di pericolosissimi latitanti, sia infine nel settore della individuazione dei beni dell'organizzazione mafiosa.

In tempi più recenti, il tema delle intercettazioni è ritornato di grande attualità a seguito dell'emergenza terrorismo.

Gli attacchi dell'11 settembre 2001 hanno determinato l'approvazione, negli USA, del c.d. *Patriot Act*: una legge articolata e complessa che introduce mutamenti sostanziali in oltre 15 legislazioni federali e che attribuisce inediti poteri esecutivi a strutture operative di controllo ed a servizi di *intelligence*¹.

¹ Sul tema v., ampiamente, John A.E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, 2, 739.

Il *Patriot Act* consta di dieci "Titoli" che modificano oltre 15 leggi federali esistenti (tra le quali il *Wiretap Statute*, il *Computer Fraud and Abuse Act*, il *Foreign Intelligence Surveillance Act*, il *Pen Register and Trap and Trace Statute*, l'*Immigration and Nationality Act*, il *Money Laundering Act* ed il *Bank Secrecy Act*).

Il "Titolo II" del *Patriot Act* modifica alcuni poteri di investigazione rispetto alle norme del sistema processuale penale federale ordinario ("Titolo III" del *Crime Control Act*) e del diritto penale speciale sostanziale e processuale.

In entrambi i sistemi, si distingue fra ordini di intercettazione, ordini *pen/trap*, ordini di esibizione ed autorizzazioni investigative.

Le *roving wiretaps* sono divenute la regola; non è necessario specificare né le postazioni né gli strumenti di trasmissione che saranno intercettati (Sez. 206), è sufficiente indicare il soggetto sottoposto all'intercettazione perché tutti i mezzi di comunicazione rientrino nell'ambito di applicazione della misura. Le *roving wiretaps* sono possibili quando si può dimostrare che la persona in questione "ha manifestato l'intento di eludere l'intercettazione cambiando strumenti di trasmissione"; nella prassi, tuttavia, le *roving wiretaps* sono spesso consentite senza particolari verifiche.

Per i dati registrati, come messaggi vocali ed *e-mails*, il *Patriot Act* non richiede più ordini di intercettazione; neppure per intercettare le comunicazioni di soggetti sospettati di abusi informatici è più richiesta un'autorizzazione (Sez. 217).

Il *Patriot Act* consente ora esplicitamente di applicare gli ordini alle reti elettroniche e ciò rende possibile, per esempio, accedere ad indirizzi *e-mail*, indirizzi IP e indirizzi IP remoti

Gli attacchi dell'11 settembre e la politica anti-terroristica degli Stati Uniti hanno poi determinato conseguenze anche in Europa², ove molti Stati (fra cui l'Italia) hanno adottato normative speciali anti-terrorismo o hanno reso molto più restrittive le leggi già esistenti³ e l'Unione europea ha adottato varie decisioni-quadro sull'armonizzazione della legislazione penale in materia di terrorismo e sul mandato d'arresto europeo, ed ha elaborato un vasto piano d'azione anti-terrorismo⁴.

Ancor più di recente, in Italia è divenuto di scottante attualità il tema del conflitto fra il diritto alla *privacy* ed una prassi giornalistica di divulgazione indiscriminata del contenuto di intercettazioni telefoniche (legittime o addirittura illegali).

Da ultimo, il Governo è intervenuto su questo specifico tema, in seguito al dilagare di un vero e proprio scandalo: quello delle intercettazioni che sarebbero state eseguite nell'ambito di una vera e propria rete di spionaggio "privata".

Lo scandalo è emerso allorché gli organi di stampa hanno diffuso la notizia di provvedimenti cautelari adottati in un'indagine su numerosissime intercettazioni illecite attuate, anche dall'interno della maggiore azienda nazionale di gestione delle comunicazioni telefoniche, in danno di migliaia di persone (tra cui parlamentari, imprenditori, professionisti, finanziari, banchieri ecc.).

Pubblicato sulla "Gazzetta Ufficiale" il 22 settembre, il decreto legge n. 259 del 2006 in tema di intercettazioni – secondo la relazione governativa – "risponde alla straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure volte a rafforzare il contrasto all'illegale detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni illecitamente effettuate, nonché documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni e di apprestare più incisive misure atte ad evitare l'indebita diffusione e comunicazione di dati od elementi concernenti i medesimi dati".

Ma, appena due mesi prima, la indiscriminata divulgazione, da parte degli

(l'*Internet Protocol address* è l'indirizzo dato dal *provider* all'utilizzatore per una sessione; l'indirizzo IP remoto è l'indirizzo dell'utilizzatore nel *logging in* con il *provider*).

² Sul tema, v. C. FIJNAUT, J. WOUTERS & F. NAERT, *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004.

³ Vedi, per esempio, l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ASTA) approvato dal Parlamento del Regno Unito il 19 novembre 2001 ed entrato in vigore il 13 dicembre 2001.

⁴ Sul tema, v. J. WOUTERS e F. NAERT, *Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures Against Terrorism after "11 september"*, in *Common Market Law Review*, 41:909-935, 2004.

organi di informazione, del contenuto di intercettazioni legittime (perché disposte dall'autorità giudiziaria), e tuttavia lesiva della *privacy* era apparsa talmente intollerabile da indurre il Governo a predisporre un disegno di legge⁵ che, approvato dal Consiglio dei Ministri nella, è stato presentato il 14 settembre alla Camera, ove è attualmente all'esame della commissione Giustizia, insieme ad altri quattro disegni di legge di iniziativa parlamentare.

I più recenti interventi legislativi, ma anche la più recente evoluzione giurisprudenziale in materia di intercettazioni, evidenziano un significativo e profondo mutamento di prospettiva.

La relativa problematica non assume infatti più come esclusivo parametro di riferimento il tema del bilanciamento tra l'uso delle intercettazioni giustificato dalle esigenze investigative e i principi costituzionali di libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione) e di inviolabilità del domicilio (art. 14 della Costituzione); ma piuttosto il tema del bilanciamento tra uso delle intercettazioni, libertà di stampa e diritto alla *privacy* (inteso quest'ultimo in una accezione molto più ampia, ed in parte estranea alla tradizione giuridica italiana).

In effetti, nell'esperienza italiana il diritto alla *privacy*, inteso in senso moderno, è il frutto di una importazione dai paesi di *common law*.

Non è un caso che in Italia l'espressione "*privacy*" è da sempre impiegata nella sua versione inglese, malgrado le varie traduzioni italiane del termine (come "diritto alla riservatezza", "diritto al riserbo", "diritto al segreto della vita privata", "diritto ad essere lasciati soli"). Ma tali espressioni non sono altro che la traduzione letterale del termine ("riservatezza" e "riserbo" sono traduzioni di "*privacy*", "diritto ad essere lasciati soli" corrisponde al diritto "*to be let alone*") e, in ogni caso, la traduzione letterale non si è sostituita all'uso diffuso di "*privacy*"⁶.

Non è neppure un caso quindi che questo diritto – non codificato *ex se* nella Costituzione italiana – lo sia invece espressamente nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950⁷, il cui art. 8 – nel tutelare il "diritto al rispetto della vita privata e familiare" – stabilisce che "ogni persona ha diritto al rispetto della

⁵ Recante "disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti di indagine".

⁶ Sul tema v. ampiamente B. MARKESINIS e G. ALPA, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 2, 417.

⁷ Resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza”, e che “non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Nella elaborazione della cultura giuridica europea (e successivamente di quella italiana, soprattutto civilistica) il diritto alla tutela della vita privata ha manifestato una vocazione fortemente espansiva, comprendendo via via diverse figure di diritti soggettivi, che si affiancano e si intrecciano con il diritto alla *privacy*; e così, ad esempio, il diritto all’immagine⁸, il diritto alla identità personale⁹, il diritto al nome¹⁰, l’identità genetica, i diritti del malato¹¹.

La *privacy* interferisce inoltre con attività che, a causa degli sviluppi tecnologici, rendono più vulnerabile la persona: è appunto il caso delle intercettazioni telefoniche; ma è anche il caso della creazione, mediante tecnologie informatiche, di banche-dati personali; ed è, ancora, il caso di notizie e immagini trasmesse via “internet”.

Ma il valore più grande in conflitto con la *privacy* rimane la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di opinione e di stampa.

Tenendo conto del suddetto mutamento di prospettiva, per la migliore comprensione delle problematiche di maggiore attualità sul tema del bilanciamento tra uso delle intercettazioni, *privacy* e libertà di stampa, è opportuno richiamare dapprima i principi giurisprudenziali affermati nella materia *de qua* dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, e poi dare uno sguardo alle ultime iniziative del legislatore italiano, concernenti la questione delle intercettazioni illegali, affrontata dal decreto legge n. 259 del 22 settembre 2006, e la riforma proposta con il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 4 agosto 2006, esso pure dedicato principalmente alla tutela della *privacy*.

⁸ Diritto che deve essere tutelato in relazione all’uso da parte di terzi, sia a scopo informativo e divulgativo, sia a scopo puramente economico (in questo caso, si parla, con terminologia sempre inglese, di *right of publicity*).

⁹ Cioè alla identità ideale che è costituita dal patrimonio di valori, di orientamenti politici, economici, sociali o sessuali proprio di un individuo e che deve essere protetto da eventuali divulgazioni distorte o comunque non necessarie.

¹⁰ Nell’ampia accezione di espressione della storia personale, del modo di essere e di presentarsi di un individuo.

¹¹ Quando la malattia è collegata con il comportamento (edonistico, sessuale, ecc.).

2. I principi stabiliti dalla giurisprudenza europea in materia di *privacy*

Come già detto, nello spazio giuridico europeo, la elaborazione giurisprudenziale in materia di intercettazioni ha assunto come parametro di riferimento l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950; norma che tutela il diritto dell'individuo al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

Secondo tale principio, gli Stati contraenti hanno un preciso obbligo di rispettare la vita privata e familiare, il domicilio e la corrispondenza di chiunque; e – secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo – la nozione di “vita privata” non si presta ad una definizione circoscritta e conclusiva, potendo, secondo le circostanze, comprendere “l'integrità fisica e morale della persona”¹² nonché “il diritto dell'individuo di stringere e sviluppare relazioni con i suoi simili ed il mondo esterno”¹³.

La tutela stabilita dall'art. 8 si estende dunque anche alle attività professionali o commerciali; e – si badi bene – non soltanto a quelle indistinguibili per connessione dalle attività non professionali, ma anche a quelle ipotizzate come chiaramente distinguibili dai restanti rapporti dell'individuo con il mondo esterno, che altrimenti sarebbero esposte ad una ingiustificata disparità di trattamento¹⁴.

Da un punto di vista sistematico, nella elaborazione giurisprudenziale dei principi stabiliti dall'art. 8 della Convenzione, la sfera della *privacy* comprende due diversi profili: quello della “*segretezza*” (che si traduce nell'esigenza di assicurare che notizie relative a vicende personali non siano conoscibili da terzi), e quello della “*riservatezza*” (che comporta l'esigenza di non divulgazione delle medesime notizie anche da chi ne sia venuto legittimamente a conoscenza, salvo che l'interessato presti il suo consenso).

La differenza tra i due profili in questione si può cogliere in maniera chiara in un caso esaminato dalla Corte europea, in cui era stata disposta dalla magistratu-

¹² Sent. 16 dicembre 1997, *Raninen c. Finlandia*, § 63.

¹³ Sent. 7 agosto 1996, *C. c. Belgio* § 25.

¹⁴ Sent. 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, § 29. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che l'art. 8 della Convenzione si applica pure alle conversazioni effettuate sulla linea telefonica generalmente utilizzata per lo svolgimento della attività lavorativa, essendo in proposito ininfluyente la peculiarità che si tratti di un apparecchio telefonico dell'ente da cui si dipenda, qualora non si sia informati che le intercettazioni sono possibili a discrezione del datore di lavoro (sent. 25 giugno 1997, *Halford c. Regno Unito*).

ra finlandese l'acquisizione di informazioni mediche (cartelle cliniche e testimonianze dei medici curanti) riguardanti la moglie di un soggetto che era accusato dei reati di violenza sessuale e tentato omicidio (poiché quest'ultimo consisteva nell'aver esposto le vittime al rischio di una trasmissione del virus AIDS).

Ebbene, in questo caso la Corte ha ritenuto legittima la deroga al principio di *segretezza* attuata a fini di giustizia penale; ma ha sanzionato invece, perché contraria all'art. 8 della Convenzione, la violazione del principio di *riservatezza*, che si era poi realizzata mediante la comunicazione alla stampa delle notizie sullo stato di salute e sull'identità della moglie dell'imputato (notizie contenute nella motivazione della sentenza d'appello, e risultanti dalla documentazione medica inserita nel fascicolo processuale)¹⁵.

Interferenze nell'ambito della *privacy* (intesa nel duplice profilo sopra cenato) sono consentite – ai sensi dell'art. 8 della Convenzione – soltanto a due condizioni: 1) che siano previste dalla legge; 2) e che siano necessarie, in una società democratica, per proteggere altri beni (la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

Per quanto riguarda la prima condizione (riserva di legge) la giurisprudenza europea – non potendo prescindere dalla varietà delle forme di produzione normativa adottate dagli Stati contraenti – ha inteso il termine “legge” in senso materiale e non formale, comprensivo dunque non soltanto del diritto interno scritto prodotto dagli organi legislativi, ma anche del c.d. diritto giurisprudenziale nei sistemi di *common law*, e delle interpretazioni giurisdizionali nei sistemi di *civil law*.

Secondo la Corte, dunque, “il termine *legge* ingloba sia il diritto scritto che il diritto non scritto”¹⁶; “*base legale*” sono non solo gli atti normativi, ma anche atti che, in diritto interno, non sono delle “leggi” (così talvolta sono stati considerati “*base legale*” anche le circolari amministrative¹⁷, i principi generali del diritto¹⁸ e perfino il diritto non scritto¹⁹).

Altro requisito connesso al primo è che la “legge” in tal modo intesa deve essere facilmente “accessibile” e sufficientemente “chiara”.

In tal senso, nella giurisprudenza della Corte europea si usa spesso l'espressione “*qualità della legge*”, per sottolineare che la legge può bensì consentire

¹⁵ Sent. 25 febbraio 1997, Z c. Finlandia, § 114.

¹⁶ Sent. 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, 1979, § 47.

¹⁷ Sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; 24 aprile 1990, Huvig. C. Francia.

¹⁸ Sent. 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Olanda, 1979.

¹⁹ Sent. 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito.

interferenze nella *privacy*, ma a condizione di rispondere a determinati requisiti di accessibilità e conoscibilità da parte del cittadino nonché di sufficiente chiarezza e precisione circa l'ampiezza ed i limiti del potere discrezionale dell'autorità nazionale chiamata ad attuare l'ingerenza.

Il requisito della "accessibilità" comporta che gli interessati devono poter disporre di informazioni sufficienti, adeguate alle circostanze del caso, sulle norme applicabili alla concreta vicenda²⁰; il requisito della "chiarezza" comporta che deve essere indicato in maniera chiara in quali circostanze e a quali condizioni i pubblici poteri sono autorizzati a violare il diritto alla *privacy*²¹, così da consentire a chiunque di regolare il proprio comportamento²².

Per essere legittima, l'interferenza nella *privacy* deve rispondere ad un'altra condizione: l'essere "necessaria in una società democratica" per conseguire un fine legittimo ai sensi del secondo comma dell'art. 8 della Convenzione.

Vi deve però essere una ragionevole proporzione tra l'ingerenza ed il perseguimento da parte dello Stato del fine legittimo²³.

In tal senso, la Corte europea ha curato di sottolineare che anche nella lotta allo spionaggio e al terrorismo gli Stati non potrebbero usare ogni misura che ritenessero utile, poiché occorre comunque evitare il pericolo di distruggere la democrazia con la giustificazione di volerla difendere²⁴.

Sebbene l'art. 8 della Convenzione non le evochi, la Corte europea ha ritenuto che "le conversazioni telefoniche (...) sono comprese nella nozione di *viata privata* e di *corrispondenza* contenuta in tale norma"²⁵.

Anzi, considerato il carattere segreto, e virtualmente pericoloso, della intrusione che comportano nel diritto alla *privacy*, le intercettazioni telefoniche andrebbero considerate generalmente non auspicabili in una società democratica²⁶, e devono quindi essere disciplinate dalla legge con particolare precisione, con regole chiare e dettagliate, considerati anche i mezzi tecnici sempre più perfezionati utilizzabili da chi effettua le intercettazioni²⁷.

Inoltre, l'interessato – indipendentemente dalla circostanza che sia titolare

²⁰ Sent. 25 marzo 1983, Silver e altri c. Regno Unito, § 87.

²¹ Sent. 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera, § 64.

²² Grande Camera, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera, § 56. In precedenza, sent. 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito; sent. 24 aprile 1990, Huvig c. Francia.

²³ Sent. 25 marzo 1983, Silver e altri c. Regno Unito § 97.

²⁴ Sent. 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania § 49.

²⁵ Sent. 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania § 41; sent. 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 64.

²⁶ Sent. 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 84.

²⁷ Sent. 24 aprile 1990, Huvig c. Francia, § 32; sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia § 33.

o solo fruitore della linea telefonica sottoposta a sorveglianza – deve poter disporre di strumenti per ottenere un “controllo efficace” sull’esercizio del potere di intercettazione da parte dell’autorità²⁸, e usufruire del “diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale” (art. 13 della Convenzione) competente a conoscere delle sue lagnanze e a concedergli eventualmente una appropriata riparazione²⁹.

I citati principi sono stati ribaditi nella “Carta europea dei diritti fondamentali” (c.d. “*Carta di Nizza*”) approvata dal Parlamento europeo il 14 novembre 2000.

In particolare, la Carta prescrive che “ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni” (art. 7) e garantisce che “ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate ed in base al consenso della persona interessata o ad un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tale regole è soggetto al controllo di un autorità competente” (art. 8).

3. *La privacy, le intercettazioni e la libertà di stampa*

Il tema di maggiore attualità – lo si è già accennato – concerne tuttavia il potenziale conflitto tra *privacy* e diritto di manifestazione del pensiero, la libertà di opinione e di stampa.

Per quanto riguarda quest’ultimo diritto, in ambito europeo, il parametro di riferimento è costituito dall’art. 10 della Convenzione sui diritti dell’uomo. Nel tutelare la “libertà di espressione” essa stabilisce che “ogni persona ha diritto alla libertà d’espressione” e che “l’esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l’integrità territoriale o l’ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l’autorità e la imparzialità del potere giudiziario”.

²⁸ Sent. 24 agosto 1998, Lambert c. Francia, § 38-40.

²⁹ Sent. 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito, § 65.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto costantemente, ed in maniera molto ampia, il ruolo fondamentale che la libertà di stampa svolge in ogni società democratica, essendo i giornali i "cani da guardia della democrazia" (secondo la definizione di varie sentenze della Corte, riguardanti giornalisti condannati per diffamazione per aver denunciato le brutalità della polizia³⁰).

In quest'ottica di tutela privilegiata, la Corte riconosce che la libertà giornalistica comprende il possibile ricorso anche ad una certa dose di esagerazione o addirittura di provocazione³¹.

Così in una decisione del 13 dicembre 2005³², il caso sottoposto alla Corte di Strasburgo riguardava la condanna per diffamazione, pronunciata dalle autorità giudiziarie austriache nei confronti del responsabile della pubblicazione di un articolo di stampa, nel quale era stata soprannominata "Clyde" la compagna di un membro del Parlamento, accusato di frode, fuggita con questi all'estero.

Ad avviso della Corte europea, il semplice fatto di aver più volte fatto ricorso nel contesto dell'articolo, con tono satirico, all'espressione "Bonny and Clyde" non aveva travalicato i limiti di un giornalismo accettabile e ha dunque condannato l'Austria per violazione dell'art. 10 della Convenzione.

In altri casi, invece, la Corte europea ha privilegiato l'esigenza di tutela della *privacy*.

Ad esempio, in una sentenza del 17 luglio 2003 (Craxi c. Italia), la Corte ha censurato il fatto che trascrizioni telefoniche, depositate nella segreteria del pubblico ministero ed aventi un contenuto strettamente privato, erano state pubblicate dalla stampa, così determinando una compressione dei diritti dell'imputato in maniera incompatibile con la Convenzione.

Sul punto – nell'affermare la responsabilità dello Stato italiano – la Corte ha argomentato che lo Stato convenuto non avrebbe apprestato garanzie sufficienti per evitare la divulgazione del materiale custodito in segreteria, e che poi non avrebbe posto in essere un'inchiesta efficace sia per chiarire come i giornalisti avessero avuto accesso ai documenti sia per punire i responsabili; la violazione dell'art. 8 della Convenzione fu dunque riscontrata nell'assenza di un'adeguata reazione statale a fronte della pubblicazione delle trascrizioni delle intercettazioni.

³⁰ Sent. 26 novembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*, § 59; Sent. 25 giugno 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda*, § 63.

³¹ Sent. 26 aprile 1995, *Prager e Oberschlick c. Austria*, § 38.

³² Sent. 13 dicembre 2005, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft c. Austria*.

La Corte europea ha affrontato la problematica dei rapporti tra l'inviolabilità del segreto d'indagine e la libertà di stampa in un'altra recente sentenza del 24 novembre 2005³³, riguardante il caso di due giornalisti condannati dalla magistratura francese per aver pubblicato estratti di atti investigativi coperti dal segreto (secondo la legge francese, sussistente fino all'apertura del processo).

La Corte europea, nel respingere il loro ricorso, fondato sull'asserita violazione dell'art. 10 della Convenzione, relativo alla libertà di espressione, ha affermato che l'interesse del pubblico ad una imparziale informazione sullo svolgimento dei procedimenti penali e sulla responsabilità delle persone imputate non può comunque prevalere sull'esigenza, garantita attraverso il divieto di pubblicazione, di proteggere nel corso delle investigazioni "la reputazione ed i diritti altrui" nonché di assicurare "l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

La Corte ha in particolare posto in evidenza il danno che la pubblicazione di atti d'indagine può arrecare alla reputazione ed ai diritti delle persone imputate, le quali devono essere considerate innocenti fino all'eventuale condanna, nonché l'influenza che tale pubblicazione può esercitare sui membri della giuria popolare.

È peraltro interessante rilevare che – in questa valutazione di bilanciamento tra libertà di stampa e diritto alla *privacy* – il giudizio di prevalenza riconosciuto in questo caso al valore della *privacy* viene motivato anche con riferimento alla moderata gravità della condanna inflitta ai giornalisti; condanna che, consistendo solo in una pena pecuniaria accettabile, era tale da non comportare un effetto dissuasivo per la libertà degli organi di informazione.

Il medesimo criterio empirico si ritrova anche in altre sentenze³⁴, in cui la Corte europea ha sottolineato che la misura della condanna, per reati connessi all'esercizio dell'attività dei *media*, costituisce uno degli elementi da valutare, poiché condanne troppo pesanti, anche se ben fondate nel merito, possono indirettamente scoraggiare l'esercizio nel futuro della libertà d'espressione.

Infine, la giurisprudenza della Corte europea ha sottolineato la necessità di apprestare una disciplina riguardante le precauzioni da osservare per garantire la *privacy* degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle intercettazioni senza avere alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento³⁵.

³³ Sent. 24 novembre 2005, Tourancheau e July c. Francia.

³⁴ Sent. 8 luglio 1999, Ceylan c. Turchia, § 37, e Sent. 17 dicembre 2004, Pedersen et Baadsgaard, c. Danimarca, § 93.

³⁵ Grande Camera, sent. 16 febbraio 2000, Amman c. Svizzera, § 61-62.

4. Il decreto legge del 22 settembre 2006 sulle intercettazioni illegali

Come già ricordato, il Governo è intervenuto di recente proprio su questo aspetto della tutela della *privacy*, in seguito al dilagare di un vero e proprio scandalo: quello delle intercettazioni che sarebbero state praticate in modo da creare una vera e propria rete di spionaggio a gestione “privata”, e che iniziavano ad essere divulgate da alcuni organi di stampa.

Se poniamo mente ai principi stabiliti dalla giurisprudenza europea, la vicenda ha assunto indubbiamente connotazioni di eccezionale gravità, in quanto comportava una invasione intollerabile della *privacy* delle persone intercettate sia sotto il profilo della violazione del diritto alla “*segretezza*” (trattandosi di intercettazioni eseguite senza alcuna autorizzazione giudiziaria), sia sotto quello della violazione del diritto alla “*riservatezza*” (attesa la loro divulgazione).

È comprensibile quindi la reazione tradottasi nel citato decreto legge che in sintesi, nella stesura originaria, prevedeva: l’obbligo di distruzione immediata dei materiali costituenti strumenti o frutti di intercettazioni illecite; l’assoluto divieto di qualsiasi loro utilizzazione a fini processuali o anche soltanto investigativi (con una disciplina ancor più rigorosa di quella stabilita per i documenti anonimi); la repressione penale della loro detenzione illecita; la riparazione pecuniaria in favore della vittima di una loro divulgazione, imposta a carico di chi dirige o edita il mezzo di comunicazione che se ne renda responsabile.

In dettaglio, secondo quanto si legge nella relazione governativa, l’art. 1 del decreto legge prevede la sostituzione dell’art. 240 del c.p.p., assimilando al trattamento già previsto per i documenti anonimi (comma 1) gli esiti delle intercettazioni illecitamente effettuate e dei dati relativi al traffico telefonico illecitamente acquisiti (comma 2). La norma prevede che venga disposta l’immediata distruzione da parte dell’autorità giudiziaria di tutti gli atti e i dati acquisiti ovvero anche solo illecitamente detenuti, sì da evitare la possibilità di una loro qualunque diffusione con conseguente pregiudizio per la riservatezza dei soggetti coinvolti. La norma, a fini di conservazione della prova dei relativi reati, prevede che sia redatto verbale delle operazioni di distruzione, con la sola menzione degli elementi descrittivi ed il divieto di riportare il contenuto delle captazioni illecite.

L’art. 2 prevede, poi, la modifica dell’art. 512 del c.p.p. nel senso di consentire sempre nel dibattimento la lettura dei verbali di distruzione sopra indicati.

L’art. 3 introduce una nuova fattispecie di reato in relazione all’illecita detenzione degli atti o dei documenti di cui all’art. 240 comma 2 del c.p.p., pre-

vedendo la pena della reclusione da sei mesi a sei anni (la pena è della reclusione da uno a sette anni se il fatto è, poi, commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio).

L'art. 4 pone a carico degli autori della divulgazione degli atti o dei documenti di cui al novellato articolo 240, comma 2, c.p.p., una sanzione riparatoria di natura civile a favore dei soggetti interessati dalle medesime. Sono solidalmente responsabili con l'autore della illecita divulgazione anche il direttore ed il vice-direttore responsabile e l'editore.

Nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione, il testo del decreto legge è però stato in parte modificato dal Senato, che il 18 ottobre l'ha approvato, introducendo alcune modifiche, riguardanti in particolare: la definizione della sanzione di "inutilizzabilità" delle intercettazioni illegali, la procedura di distruzione della documentazione illegalmente formata, la misura delle pene previste per le nuove fattispecie penali, ed infine l'entità e la procedura di applicazione delle sanzioni riparatorie previste per la illecita divulgazione³⁶.

Il provvedimento, nello stesso testo approvato dal Senato, è stato infine approvato dalla Camera, e quindi convertito nella legge 20 novembre 2006 n. 281, a seguito di un *iter* che non sembra avere risolto i principali problemi segnalati dalla dottrina, e che ha condotto ad un esito definito paradossalmente "insoddisfacente, sia per la maggioranza, che per l'opposizione" dallo stesso relatore alla Camera.

4.1. *La ratio del decreto legge.* – Come già detto, secondo la relazione ministeriale, la *ratio* del decreto legge "risponde alla straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure volte a rafforzare il contrasto all'illegale detenzione di contenuti e dati relativi ad intercettazioni illecitamente effettuate, nonché documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni e di apprestare più incisive misure atte ad evitare l'indebita diffusione e comunicazione di dati od elementi concernenti i medesimi dati".

Secondo il parere espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura nella seduta del 28 settembre 2006³⁷, la *ratio* così evidenziata merita piena condivi-

³⁶ Il termine di prescrizione dell'azione, fissato in un anno dal decreto legge, è adesso di cinque anni (in coerenza con il principio generale, stabilito dall'art. 2947 cod. civ., per l'azione di risarcimento da fatto illecito); mentre non è più prevista l'applicazione della procedura in camera di consiglio ai sensi degli artt. 737 e ss. del c.p.c.

³⁷ Il parere è stato richiesto dal Ministro della Giustizia con nota in data 26 settembre 2006, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958 n. 195.

sione, attenendo all'aspetto di un rafforzamento della legalità attraverso l'introduzione di specifiche forme di tutela che investono un settore indubbiamente percorso da preoccupanti e diffusi momenti di illiceità.

Deve infatti rimarcarsi – secondo il CSM – che l'azione di contrasto a tali forme di criminalità è funzionale (non soltanto) ad un'efficace tutela di beni di rilevanza costituzionale, quali la libertà e la segretezza delle comunicazioni e il diritto alla riservatezza, ma anche ad assicurare l'effettività del ruolo della giurisdizione nell'adozione delle misure destinate ad interferire con essi.

4.2. *Prime questioni interpretative. La modifica dell'art. 240 c.p.p.* – In merito alle innovazioni introdotte dal decreto legge, la principale e più significativa è la modifica dell'art. 240 del c.p.p., che finora si limitava (nel comma 1) a prevedere la non acquisibilità e l'inutilizzabilità di documenti che contengono dichiarazioni anonime.

La previsione, rimasta inalterata, è ora ampliata da un comma 2, il quale (nel testo definitivo risultante dalla legge di conversione) prende in considerazione due diverse categorie di documenti: 1) da un lato, i “documenti”, “supporti” e “atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti”; 2) dall'altro, i “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”.

Per entrambe le categorie nel testo originario del decreto legge si prevedeva l'immediata distruzione, il “divieto di eseguire copia in qualunque forma”, ed infine la totale inutilizzabilità non soltanto processuale, ma anche investigativa (“il contenuto non costituisce in alcun modo notizia di reato”, e “non può essere utilizzato a fini processuali o investigativi”).

La riscrittura dell'art. 240 è completata da una specifica disciplina delle operazioni di distruzione, che devono essere documentate mediante specifico verbale, del quale è sempre consentita la lettura nel dibattimento (comma 1 *bis* dell'art. 512 c.p.p., inserito dall'art. 2 del decreto legge). Detto verbale (secondo il testo definitivo risultante dalla legge di conversione) deve dare atto “dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, dei supporti e degli atti” illegalmente formati o acquisiti, nonché delle modalità e dei mezzi usati oltre che dei soggetti interessati”, senza alcun riferimento al loro contenuto, ed è chiaramente destinato a sostituire, come prova del reato, il materiale distrutto.

Come è facile rilevare, si tratta di innovazioni radicali, rispetto alla tradizionale disciplina dei documenti anonimi e delle denunce anonime (art. 333 comma 3 c.p.p.); disciplina nel cui ambito si prescrive bensì il divieto di farne

acquisizione e uso, ma si prevedono nel contempo delle eccezioni (quando costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato), nonché l'annotazione in apposito registro della procura della Repubblica, e la conservazione fino a cinque anni, prima di procedere alla loro distruzione (cfr. art. 108 delle norme di attuazione del c.p.p. e l'articolo 5 del regolamento di esecuzione del c.p.p.).

Inoltre, è opportuno ricordare che – secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità – la disposizione di cui all'art. 333 comma 3 c.p.p., che vieta qualsiasi uso delle denunce anonime, non esclude che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria – i quali prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse – possano trovare utile spunto per la loro attività da un'informazione anche anonima, in quanto una *notitia criminis* può essere legittimamente ricercata e appresa in base alle indicazioni di una denuncia anonima, così scaturendo dall'attività del pubblico ministero o della polizia giudiziaria³⁸.

In tal senso sono stati ad esempio ritenuti legittimi la perquisizione e il sequestro predisposti in base a una notizia di natura anonima³⁹. Ed è stato affermato altresì che l'eventuale inutilizzabilità del contenuto delle intercettazioni telefoniche, come elemento di prova per l'affermazione di responsabilità o come indizio ai fini dell'adozione di una misura cautelare, non vieta che lo stesso possa valere come notizia di reato dando impulso a indagini ulteriori, sulla base delle quali il giudice fondi poi la sua convinzione, non essendo previsto che l'inutilizzabilità di un atto si comunichi a tutti gli atti successivi che si trovino in rapporto di connessione con esso pregiudicandone irrimediabilmente la validità e l'efficacia⁴⁰.

E si è ammesso, ancora, che in tema di intercettazioni il decreto autorizzativo di cui all'art. 267 c.p.p. può trovare il suo presupposto in qualsiasi notizia di reato, anche desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili⁴¹.

Rispetto a questa impostazione, non v'è alcun dubbio che il nuovo intervento legislativo opera una netta inversione di tendenza; e non appare, quindi, esatta l'affermazione, che si legge nella relazione, secondo cui agli esiti delle intercettazioni illecite e agli altri documenti indicati sarebbe ora riservato lo

³⁸ Cass., sez. VI, 20 maggio 1998, De Michelis, Rv 212000; 21 aprile 1998, Sambrotta, Rv 210654; sez. IV, 22 dicembre 1995, Figliolino, Rv 204176; 5 maggio 1994, Mazzeo, Rv 199420.

³⁹ Cass., sez. III, 29 aprile 2004, Bettio, Rv 229419; sez. IV, 4 giugno 1993, Kila, Rv 195189.

⁴⁰ Cass., sez. VI, 4 febbraio-3 marzo 2003 n. 9689.

⁴¹ Cass., sez. VI, 6-20 marzo 2003 n. 12912.

stesso trattamento già previsto per i documenti anonimi.

Infatti, è bene sottolineare che per i “comuni” documenti anonimi la disciplina rimane immutata: si continua a prevedere soltanto un divieto di acquisizione e di utilizzazione (salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato).

Per gli altri documenti (quelli indicati nel comma 2 del “nuovo” art. 240 c.p.p.) nell'impostazione del decreto legge non vi sono invece eccezioni; in particolare, non vi è più quella relativa al corpo del reato. Inoltre, non solo ne viene negata espressamente la qualità di notizia di reato e l'utilizzazione a fini processuali, ma anche quella a fini investigativi. Infine e soprattutto ne è prevista la distruzione immediata, unico reale strumento per connotare di effettività quelle “sanzioni”.

Quest'ultimo aspetto ha tuttavia suscitato delle riserve.

In particolare, nel già citato parere del CSM del 28 settembre 2006, si osserva che – nel quadro pienamente condivisibile (...) della tutela della *privacy*, realizzata proprio attraverso la distruzione di quanto illegalmente “formato o acquisito” – sembra necessario garantire un miglior bilanciamento degli altri interessi costituzionali in gioco.

Al CSM è infatti sembrata potenzialmente incompatibile con il principio della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 della Costituzione) la previsione che del contenuto dell'intercettazione illegale non può esser fatto alcun uso come *notitia criminis* e nemmeno ai fini *lato sensu* investigativi.

Il parere quindi ha suggerito che la soluzione più equilibrata poteva essere quella di non differenziare la disciplina degli atti e dei documenti in questione da quella dell'anonimo di cui all'art. 240 comma 1 c.p.p.; nella convinzione che tale assetto normativo escluderebbe anche il rischio di una impropria “valorizzazione” degli anonimi conseguente, indirettamente, alla distinzione del relativo regime rispetto a quello dei documenti di cui al capoverso.

Il suggerimento del CSM non è stato integralmente raccolto; tuttavia, in sede di conversione, il Senato ha operato una correzione, nel senso che si continua a prevedere un divieto di utilizzazione dei documenti e degli atti illegali, omettendo però ogni esplicita menzione della inutilizzabilità come notizia di reato e a fini investigativi (adesso, infatti, secondo il “nuovo” comma 2 dell'art. 240 c.p.p., dei materiali considerati illegali “è vietato effettuare copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento ed il loro contenuto non può essere utilizzato”).

Resta naturalmente aperta la questione (che dovrà essere risolta dalla giurisprudenza) delle condizioni e limiti di utilizzabilità di una documentazione

destinata ad essere distrutta in tempi brevissimi, venendo sostituita da un “verbale” che non potrà contenere “alcun riferimento al contenuto degli stessi documenti, supporti e atti”.

4.3. *L'obbligo di distruzione immediata.* – Già in sede di primi commenti, le principali obiezioni al decreto legge erano state però rivolte alla procedura proposta per la distruzione della documentazione “illegale”.

In proposito, si era osservato che la distruzione immediata potrebbe comportare la soppressione anche della prova di altri reati o, al contrario, di quella di un elemento di difesa, come un *alibi*⁴², e che il problema non sembrava affatto risolto dal “nuovo” comma 3 dell’art. 240 c.p.p., ove si dispone che della distruzione sia redatto un verbale nel quale deve essere dato atto “dell’avvenuta intercettazione o detenzione e dell’acquisizione, delle sue modalità e dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto delle stesse”.

Nella relazione al decreto sul punto si afferma che il verbale svolge funzione “di conservazione della prova” dei reati eventualmente collegati alla formazione o alla detenzione del materiale distrutto.

Ma il problema permaneva, poiché il decreto aveva scelto una procedura di distruzione “*ex abrupto*”, indicando come destinataria dell’obbligo di distruzione l’autorità giudiziaria, senza alcuna ulteriore specificazione.

Sul punto, il citato parere del CSM osservava negativamente che il legislatore non offriva indicazioni con riguardo all’*iter* procedimentale attraverso cui giungere alla distruzione; e rilevava quindi che l’attività di distruzione (...) non poteva prescindere dall’accertamento dell’illegalità della formazione o acquisizione dei documenti e atti in questione.

Di conseguenza, il parere suggeriva che, al fine di garantire effettività di tutela a tutti i soggetti interessati alle operazioni di distruzione, sarebbe stato necessario che le relative operazioni avvenissero con modalità tali da assicurare il rispetto di tutte le garanzie necessarie al pieno esercizio dei diritti di difesa, preferibilmente nel contraddittorio delle parti, davanti al giudice e, comunque, con garanzie di riservatezza.

La critica sul punto era stata espressa anche dalla dottrina, soprattutto con riferimento al rischio di lesione dei diritti della difesa.

In particolare, si era osservato che la disciplina introdotta dal decreto legge non prevedeva che la distruzione avvenisse in contraddittorio con la difesa

⁴² L. FILIPPI, *Intercettazioni: decreto necessario, ma da correggere*, in *L’Unione sarda*, 25 settembre 2006, p. 1.

dell'eventuale imputato, cosicché quest'ultimo avrebbe potuto, nella prospettiva del legislatore, essere condannato sulla base di un verbale formato autonomamente dall'autorità giudiziaria precedente, senza dunque che lo stesso imputato potesse in maniera adeguata confrontarsi con le prove d'accusa.

Si era quindi rilevato che la procedura della distruzione immediata avrebbe dovuto essere corretta, prevedendo che spetti al giudice di disporla, su richiesta del pubblico ministero (o di qualunque interessato), sentite comunque le parti; e ciò perché si trattava di un atto per sua natura irripetibile, che, dunque, esige il rispetto delle correlative garanzie di contraddittorio⁴³.

Le critiche espresse sul punto hanno determinato una rettifica del testo in sede di conversione, mediante la previsione di un diverso *iter* procedurale, secondo il quale, in sintesi, il pubblico ministero ha l'obbligo di coprire con il segreto la documentazione illegalmente formata, ma spetta al GIP il potere di disporre la distruzione, dopo un'udienza alla quale devono essere invitate tutte le parti interessate⁴⁴.

La soluzione adottata, e divenuta definitiva dopo l'approvazione del testo legislativo da parte della Camera il 19 novembre 2006, non ha sopito però le critiche, che continuano soprattutto a rivolgersi alla scelta di prevedere la distruzione della documentazione illecita (costituente "corpo di reato") prima dello svolgimento del relativo processo; con il rischio di distruggere prove determinanti non soltanto nell'ambito dei processi promossi per la punizione

⁴³ G. FRIGO, *Va aggiustata la procedura della distruzione immediata prevedendo che spetti al giudice disporla, su richiesta del Pm, nella piena tutela del principio del contraddittorio*, in *Guida dir.*, n. 39 del 7 ottobre 2006, p. 41.

⁴⁴ In tal senso, il testo dell'art. 1 del decreto legge, come modificato in sede di conversione, adesso stabilisce che "il pubblico ministero dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti" e che "allo stesso modo provvede per i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni"; che dei predetti materiali illegali "entro quarantotto ore chiede al giudice per le indagini preliminari di disporre la distruzione"; che "il giudice per le indagini preliminari entro le successive quarantotto ore fissa l'udienza da tenersi entro dieci giorni, ai sensi dell'articolo 127, dando avviso a tutte le parti interessate"; che "sentite le parti comparse, il giudice per le indagini preliminari legge il provvedimento in udienza e, nel caso ne ritenga sussistenti i presupposti, dispone la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti in questione e vi dà esecuzione subito dopo alla presenza del pubblico ministero e dei difensori delle parti"; che infine "delle operazioni di distruzione è redatto apposito verbale, nel quale si dà atto dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, dei supporti e degli atti citati nonché delle modalità e dei mezzi usati oltre che dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto degli stessi documenti, supporti e atti".

dei corrispondenti reati e per le conseguenti azioni risarcitorie, ma anche per l'accertamento di altri gravi reati⁴⁵.

4.4. *La natura dei documenti per cui è prevista la distruzione.* – Oggetto di analisi, in sede di primi commenti, è stata anche la definizione dei documenti per cui è prevista la distruzione.

Si può infatti individuare una prima categoria di materiali documentali (quelli formati o acquisiti illegalmente dal traffico telefonico e telematico) che sono, in genere, il risultato di condotte già costituenti reato e, dunque, presuppongono norme incriminatrici già presenti nell'ordinamento. Tali documenti, invero, non possono che essere formati attraverso taluno dei comportamenti previsti e puniti dagli artt. 617 e ss. del codice penale.

Vi è poi una seconda categoria di documenti (quelli formati attraverso la raccolta illegale di informazioni), in relazione ai quali l'indicazione è alquanto generica.

Tra questi documenti dovrebbero comunque comprendersi quelli che riportano dati sensibili indebitamente acquisiti in violazione della disciplina dettata dal codice della *privacy*, il quale configura come penalmente illecite: la condotta di chi, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129⁴⁶; nonché la condotta di chi, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45⁴⁷.

4.5. *La distinzione tra intercettazioni illegali e illegittime.* – Altra questione posta dalla nuova legge concerne i rapporti tra le intercettazioni illegali menzionate nel "nuovo" comma 2 dell'art. 240 del c.p.p. e quelle illegittime di cui agli artt. 268 e 271 del c.p.p.

Queste ultime due norme prevedono che i risultati delle intercettazioni ese-

⁴⁵ In tal senso, V. GREVI, *Un decreto e troppa fretta*, in *Il Corriere della Sera*, 20 novembre 2006, p. 28.

⁴⁶ Condotta sanzionata, "se dal fatto deriva documento", con la reclusione da sei a diciotto mesi; ovvero, "se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione", con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.

⁴⁷ Condotta sanzionata, "se dal fatto deriva documento", con la reclusione da uno a tre anni.

guite fuori dei casi consentiti dalla legge o nell'inosservanza di quanto disposto dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, non possono essere utilizzati e che la relativa documentazione deve essere distrutta, per ordine del giudice, "in ogni stato e grado del processo" (e facendo comunque salva la conservazione del "corpo del reato").

E si è già visto che comunque, per giurisprudenza costante, le intercettazioni inutilizzabili possono però costituire autonoma notizia di reato, dando impulso a indagini ulteriori e fondando l'adozione di provvedimenti autorizzativi di ulteriori intercettazioni⁴⁸.

È legittimo chiedersi, attesa l'ambiguità lessicale del decreto (che parla di intercettazioni "illegali" anziché "illecite"), se la categoria delle intercettazioni illegali è destinata ad assorbire anche quelle illegittime di cui si è detto.

In senso negativo si è espresso il citato parere del CSM, secondo il quale – pur essendo auspicabile l'utilizzo di una espressione più chiara – la disciplina *de qua* riguarda l'intercettazione illegale in quanto posta al di fuori del procedimento penale e realizzata senza il controllo dell'Autorità giudiziaria.

Ma la soluzione negativa prevale anche presso i primi commentatori, secondo i quali in tal senso depone non solo il principio del rapporto tra norma generale e norma speciale, ma anche la relazione al decreto legge, ove si afferma testualmente che "per illecita intercettazione o illecita acquisizione di dati si devono intendere quelle effettuate senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria"⁴⁹.

Sarebbe dunque chiara la volontà del legislatore di colpire il fenomeno delle intercettazioni abusivamente eseguite al di fuori del procedimento penale, il che per l'appunto spiega la collocazione delle nuove disposizioni all'interno dell'art. 240 del c.p.⁵⁰.

È appena il caso di rilevare che tuttavia l'ambiguità lessicale non rimarrà priva di conseguenze; ed è prevedibile che il regime differenziato fra intercettazioni "illegali" e intercettazioni "illegittime" potrà dar luogo a non poche controversie sia in dottrina sia nella prassi giudiziaria, nonché a dubbi di illegittimità costituzionale per una ipotizzabile disparità di trattamento di situa-

⁴⁸ Cass., sez. III, 10 febbraio 2004, Mache, in *Giust. pen.*, 2005, III, 87; sez. VI, 6 marzo 2003, Berdaku, Rv 225722; 4 febbraio 2003, Hazberdhi, Rv 225367.

⁴⁹ M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c'è bisogno di un ampio ripensamento. Occorre ridefinire i poteri del Garante della privacy e rivisitare le norme del codice di rito*, in *Guida dir.*, n. 39 del 7 ottobre 2006, p. 12.

⁵⁰ R. BRICCHETTI e L. PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato*, in *Guida dir.*, n. 39 del 7 ottobre 2006, p. 22.

zioni che in alcuni casi potrebbero essere ritenute analoghe.

4.6. *Il reato di illecita detenzione della documentazione illegale.* – Il decreto legge ha introdotto una nuova fattispecie delittuosa, che consiste nella condotta di chi “illecitamente detiene gli atti e i documenti indicati nell’articolo 240 comma 2 del codice di procedura penale”.

Nel testo definitivo risultante dalla legge di conversione 281/2006 la fattispecie è stata peraltro modificata, consistendo adesso nella condotta di “consapevolmente detiene gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell’articolo 240 del codice di procedura penale”.

La nuova norma incriminatrice svolge una funzione di chiusura rispetto a quelle già previste dal codice penale o da leggi speciali⁵¹, e intende punire anche la semplice detenzione della documentazione commessa da chi non sia eventualmente concorso negli illeciti che ne hanno consentito la formazione.

Resta tuttavia penalmente irrilevante la condotta di semplice divulgazione, per la quale è prevista una mera sanzione di carattere civilistico (“riparazione”) a carico di direttori ed editori.

Con ciò il legislatore sembra aver perseguito l’intento di tacitare le proteste sollevate, in nome del diritto-dovere d’informazione, contro le ben più drastiche prospettazioni del disegno di legge presentato al Parlamento, poche settimane prima, dallo stesso guardasigilli⁵².

5. *Il disegno di legge del 4 agosto 2006 in materia di intercettazioni e pubblicità degli atti di indagine*

Episodi recenti di indiscriminata divulgazione, da parte degli organi di informazione, del contenuto di intercettazioni legittime (perché disposte dall’autorità giudiziaria), e tuttavia lesiva della *privacy* sono parsi talmente intollerabili da indurre il Governo a predisporre un disegno di legge⁵³ che, approvato nella, è stato presentato il 14 settembre alla Camera, dove è iniziato l’esame da parte della commissione Giustizia, congiuntamente ad altri quattro disegni di legge di iniziativa parlamentare.

⁵¹ Cfr. ad es. le fattispecie previste dagli articoli 615 *bis*, 615 *ter*, 617, 617 *bis*, 617 *quater* o 617 *quinquies* del c.p., o ancora l’art. 167 del codice sulla *privacy*.

⁵² In questi termini, M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali*, cit., p. 13.

⁵³ Recante “disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti di indagine”.

Secondo quanto si apprende dalla relazione governativa, obiettivo della riforma è quello di contemperare le necessità investigative, le esigenze di pubblica informazione in occasione di vicende giudiziarie di pubblico interesse, il diritto dei cittadini a vedere tutelata la loro riservatezza, soprattutto quando estranei al procedimento.

Dato atto che lo strumento della captazione di conversazioni e comunicazioni, anche telematiche, costituisce uno dei cardini dell'attività investigativa (soprattutto nell'ambito di indagini di competenza delle direzioni distrettuali antimafia), la relazione osserva che si è ritenuto pertanto, sotto questo versante, di limitare l'intervento normativo ad alcune modifiche volte a rendere *in primis* più pregnante l'obbligo di motivazione del decreto di proroga delle intercettazioni, ed in secondo luogo a disciplinare più dettagliatamente la loro durata e le modalità di esecuzione.

Particolare rilevanza ha sotto tale aspetto la tendenziale limitazione a tre mesi delle proroghe delle intercettazioni, superabili solo in presenza di precisi requisiti.

Connessa a tale previsione è l'istituzione del funzionario responsabile delle intercettazioni, nominato dal procuratore della Repubblica. Il predetto funzionario deve periodicamente comunicare al capo dell'ufficio l'elenco delle intercettazioni che superano la durata di tre mesi, onde consentire allo stesso di essere costantemente al corrente della mole di intercettazioni in corso presso la struttura da egli diretta e di esercitare i compiti di vigilanza connessi alla sua funzione.

Sotto il profilo della tutela della riservatezza, garantita dalla Costituzione, la relazione ministeriale spiega che si è ritenuto di intervenire su due fronti; si è, difatti, previsto che le operazioni di intercettazione avvengano presso centri di intercettazione istituiti presso ogni distretto di corte d'appello, laddove le operazioni di ascolto avverranno presso le competenti procure della Repubblica ovvero, previa autorizzazione del pubblico ministero procedente, presso i servizi di polizia giudiziaria delegati per le indagini.

Sotto il medesimo profilo si è altresì ritenuto di dover diversamente regolamentare il regime dell'acquisizione al procedimento delle conversazioni intercettate, in guisa tale che le conversazioni intercettate non utili alle indagini rimangano coperte da segreto e non abbiano mai ingresso fra gli atti conoscibili. Detta tutela viene in particolare assicurata attraverso la progressiva "scrematura" (ad opera prima del PM, poi del GIP) delle conversazioni ritenute irrilevanti, che vengono custodite in apposito registro riservato e segretate.

In tal modo, sempre secondo la relazione ministeriale, in tema di pubblicità

degli atti di indagine e delle intercettazioni telefoniche si è operato in modo da garantire il diritto dei cittadini ad essere informati e della libera stampa ad informare, senza che ciò si traduca in un pregiudizio per le indagini ovvero in una indebita propalazione di notizie riservate, soprattutto se relative a terzi estranei al procedimento penale.

In tal senso, la relazione spiega che si sono previste autonome fattispecie criminose per l'illecita divulgazione di notizie relative ad atti del procedimento penale coperti da segreto e l'accesso illecito ai medesimi atti; ed è stata, infine, prevista una specifica sanzione amministrativa per la pubblicazione di dati personali in violazione delle disposizioni previste dal codice della *privacy* e dal codice di deontologia, la cui applicazione è rimessa al Garante per la protezione dei dati personali.

5.1. *L'impianto e la ratio del disegno di legge.* – In sintesi, il disegno di legge interviene sulla vigente legislazione penale sostanziale e processuale operando su tre fronti: vengono riscritte le norme (art. 267, commi 1 e 2, c.p.p.) riguardanti i presupposti per prorogare le operazioni di intercettazione (per reati non di competenza delle direzioni distrettuali antimafia); viene prevista la costituzione, presso ciascun ufficio di procura, di un apposito “archivio riservato” per la conservazione dei dati non immediatamente rilevanti; viene, infine, rivista la disciplina del “segreto” e dei “divieti di pubblicazione” degli atti di indagine, assicurando particolare tutela ai dati custoditi nell'archivio riservato, ed introducendo a tal fine nuove norme incriminatrici.

In effetti, malgrado le finalità apparentemente generali enunciate nella relazione ministeriale, quasi tutto l'impianto del disegno di legge è dedicato alla tutela della *privacy*.

La *ratio* della progettata riforma è infatti quella di introdurre nel nostro ordinamento una rafforzata tutela non già del diritto alla “segretezza” (poiché si presuppone l'esistenza di intercettazioni legittimamente eseguite per ordine dell'autorità giudiziaria), ma piuttosto del diritto alla “riservatezza” (che comporta l'esigenza di non divulgazione delle conversazioni telefoniche intercettate anche da chi ne sia venuto legittimamente a conoscenza).

È opportuno sottolineare che tale diritto viene tutelato non soltanto nei confronti dei soggetti estranei alle indagini, ma anche degli stessi indagati, con riferimento alle conversazioni telefoniche di contenuto strettamente personale e irrilevante ai fini investigativi.

A tale dichiarato scopo, il disegno di legge dedica la quasi totalità delle sue norme alla individuazione di precise modalità di selezione delle conversazioni

rilevanti, ed alla predisposizione di un articolato apparato sanzionatorio che dovrebbe – secondo gli intendimenti del legislatore – creare nel medio-lungo periodo un “circuito virtuoso” tra operatori giudiziari e stampa, tale da garantire la libera espressione della libertà di cronaca senza che ciò si traduca in una indebita interferenza nella vita privata dei cittadini sottoposti ad intercettazione.

Al centro del disegno riformatore si può dunque individuare l'introduzione di un bene giuridico penalmente tutelato che in qualche modo è “nuovo” nell'ordinamento giuridico italiano: la *privacy* dei soggetti intercettati, che diviene oggetto di un segreto “ampio” (assicurato tendenzialmente dalla introduzione di nuove norme incriminatrici, nonché di norme procedurali volte a rendere più difficile la divulgazione delle intercettazioni), e che si affianca al bene tradizionalmente protetto del “segreto di indagine” (volto invece a tutelare il corretto andamento delle attività investigative).

5.2. *Il nuovo istituto dell'archivio riservato.* – Al centro dell'intervento riformatore è in effetti il nuovo istituto dell'*archivio riservato*, destinato a custodire verbali e registrazioni di non immediato interesse per lo svolgimento delle indagini, il cui contenuto è sempre coperto dal segreto⁵⁴.

A tal fine, viene introdotto il concetto normativo di intercettazione avente ad oggetto conversazioni “irrilevanti”, intendendosi con tale espressione quelle “riguardanti persone, fatti o circostanze estranei alle indagini”.

Tale istituto – insieme alle sanzioni previste per la diffusione delle notizie ivi contenute – dovrebbe consentire una più efficace tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nelle attività di intercettazione.

Peraltro – per esigenze di compatibilità con il sistema processuale vigente e con la tutela del diritto di difesa – viene prevista la facoltà di accesso all'archi-

⁵⁴ La norma fondamentale del nuovo impianto è in realtà contenuta in una “nuova” disposizione di attuazione del c.p.p.: l'art. 89 *bis* (concernente l'*archivio riservato delle intercettazioni*), introdotto dall'art. 10 del disegno di legge, secondo il quale:

- 1) presso la procura della Repubblica è istituito l'archivio riservato per le intercettazioni;
- 2) l'archivio è tenuto sotto la responsabilità, direzione e sorveglianza del procuratore della Repubblica con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione in esso contenuta;
- 3) oltre agli ausiliari autorizzati dal procuratore della Repubblica, all'archivio possono accedere, nei casi stabiliti dalla legge, il giudice e i difensori. Ogni accesso è annotato in apposito registro, con l'indicazione della data, dell'ora iniziale e finale dell'accesso e degli atti contenuti nell'archivio di cui è stata presa conoscenza;
- 4) nei casi previsti dalla legge il difensore può ascoltare le registrazioni esclusivamente con apparecchi a disposizione dell'archivio.

vio da parte dei difensori di indagati e imputati, e la conseguente facoltà di richiedere al giudice l'acquisizione delle conversazioni ivi contenute e non precedentemente acquisite.

In questo "archivio riservato" sono poi destinati ad essere custoditi tutti gli atti relativi alle intercettazioni, che siano stati ritenuti, all'esito di una procedura preventiva di selezione semplificata (disciplinata dai "nuovi" artt. 268 *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies* c.p.p.), irrilevanti in quanto "riguardanti persone, fatti o circostanze estranei alle indagini", nonché quelli di cui è vietata l'utilizzazione.

Nel medesimo archivio sono destinati a confluire anche i verbali e le registrazioni relativi alle conversazioni rilevanti, una volta effettuata la trascrizione.

Tale documentazione è custodita nell'archivio riservato fino alla decisione non più soggetta ad impugnazione ed è coperta da segreto (art. 329-*bis*), con conseguente divieto di pubblicazione (art. 114, comma 1).

Deve, quindi, essere distrutta (per ordine del giudice) entro termini precisi: successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, ovvero decorsi cinque anni dal deposito del decreto di archiviazione (cfr. il "nuovo" art. 269 c.p.p., riformulato dall'art. 5 del disegno di legge).

Ma anche prima del decorso dei termini anzidetti, gli interessati possano chiedere la distruzione della documentazione non rilevante per il procedimento. Il tal caso il giudice, prima di decidere, deve acquisire il consenso delle parti.

5.3. *La sfera degli atti segreti e riservati.* – Altro punto centrale del disegno di legge è una nuova disciplina del "segreto" e dei "divieti di pubblicazione" degli atti di indagine, che si propone di assicurare particolare tutela ai dati custoditi nell'archivio riservato.

Alla luce del "nuovo" art. 114 c.p.p. (introdotto dall'art. 1 del disegno di legge), gli atti soggetti ad un particolare regime di riservatezza possono essere riassuntivamente indicati secondo il seguente schema:

a) gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ovvero delle investigazioni difensive, fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare (di tali atti è fatto divieto di pubblicazione, anche parziale o per riassunto, pur restando la possibilità di pubblicazione degli atti di indagine nel loro contenuto. Rispetto all'attuale formulazione, viene reso simmetrico il divieto di pubblicazione per le parti, estendendolo anche alle indagini difensive: cfr. il nuovo comma 2 dell'art. 114 c.p.p.);

b) tutte le conversazioni, anche non coperte da segreto, che non possono

essere pubblicate, neanche nel contenuto, fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare (in tal senso dispone il "nuovo" comma 2-*bis* all'art. 114, che – nell'intenzione del legislatore – rappresenta una novità volta a rendere più stringente il divieto di pubblicazione delle conversazioni intercettate rispetto alle altre attività di indagine, in quanto fonte principale di propalazione di notizie e circostanze afferenti la vita privata di soggetti spesso accidentalmente coinvolti);

c) i provvedimenti emessi in materia di misure cautelari, dei quali è consentita la pubblicazione, nel contenuto, soltanto dopo che la persona sottoposta ad indagini ovvero il suo difensore ne abbiano avuto conoscenza (cfr. il "nuovo" comma 2-*ter* dell'art. 114. In tal modo – secondo la relazione ministeriale – si è voluto rendere effettivo il controllo, anche della pubblica opinione, sulle ragioni dell'esercizio del potere di privazione della libertà personale ovvero di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria, ma solo dopo che la persona sottoposta ad indagini sia stata posta in grado di conoscere le accuse mosse a suo carico);

d) gli atti del fascicolo del pubblico ministero, dei quali, "se si procede al dibattimento, non è consentita la pubblicazione, anche parziale, se non dopo la pronuncia della sentenza in grado di appello" (restando però sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni": v. il "nuovo" comma 3 dell'art. 114, che secondo la relazione ne realizza un aggiornamento alla luce dei contenuti della sentenza della Corte Costituzionale n. 59 del 20 febbraio 2005).

Sono, invece, sempre coperti dal segreto:

a) le intercettazioni telefoniche non acquisite da parte del giudice (art. 329-*bis*, come introdotto dall'articolo 8 del disegno di legge);

b) gli atti di cui l'indagato o il suo difensore non abbiano conoscenza (art. 329 comma 1).

In conclusione, si può rilevare che la nuova norma in realtà contempla una forma di segreto diversa da quella prevista dall'articolo 329.

Quest'ultimo, infatti, concerne il c.d. "segreto istruttorio", mentre la nuova norma prevede una forma di segreto volto a tutelare comunque la *privacy* dei soggetti, spesso occasionalmente coinvolti, anche oltre il termine di cessazione del segreto sugli atti del procedimento.

Da ciò deriva che, relativamente alle conversazioni irrilevanti, per effetto della disposizione di cui al comma 1 dell'art. 114 (rimasta invariata), vige sempre il divieto di pubblicazione, anche parziale o per riassunto e nel contenuto.

5.4. *La procedura preventiva di selezione degli atti.* – Come si è visto, il disegno di legge ha introdotto il concetto normativo di intercettazione avente ad oggetto conversazioni “irrilevanti” (cioè “riguardanti persone, fatti o circostanze estranei alle indagini”), destinato in quanto tale all’archivio riservato e coperto sempre dal segreto.

In quest’ottica, il progetto dedica numerose disposizioni alla procedura di selezione degli atti, disciplinata dagli artt. 4 e 5 del disegno di legge, che rispettivamente introducono gli artt. 268-*bis*, 268-*ter*, 268-*quater*, 268-*quinquies*, 268-*sexies* e riformulano l’art. 269 del codice di procedura penale.

La *privacy* dei soggetti coinvolti nelle intercettazioni viene assicurata attraverso un intervento diretto sul procedimento delineato dall’articolo 268 del codice di procedura penale.

La sequenza procedimentale del deposito e della eliminazione del materiale irrilevante viene modificata, attribuendo prima al pubblico ministero e poi al giudice il potere-dovere di selezionare le intercettazioni da acquisire.

Secondo la relazione ministeriale, la procedura prevista è la più snella possibile, non prevedendosi un’apposita udienza, che avrebbe comportato un inutile appesantimento ed allungamento dei tempi procedurali (con violazione del precetto costituzionale della ragionevole durata del processo), bensì una facoltà del giudice di “sentire le parti, ove necessario, senza formalità”.

Viene comunque garantito il diritto di difesa, attraverso la previsione dell’interlocuzione del difensore, che può chiedere al giudice l’integrazione delle acquisizioni⁵⁵.

In particolare, si prevede (art. 268-*bis*) che al termine delle operazioni (salvo che il giudice non autorizzi il cosiddetto “ritardo del deposito”) il pubblico ministero debba depositare in segreteria, unitamente ai decreti di autorizzazione e proroga, i verbali e le registrazioni relativi alle conversazioni che ritiene rilevanti ai fini delle indagini, indicando le ragioni della rilevanza di essi; tutti gli altri atti relativi alle intercettazioni, ossia quelli irrilevanti in quanto “riguardanti persone, fatti o circostanze estranei alle indagini”, ovvero quelli

⁵⁵ Ai difensori delle parti è dato immediatamente avviso che, entro il termine stabilito, hanno facoltà:

- 1) di esaminare gli atti depositati e quelli custoditi nell’archivio riservato;
- 2) di ascoltare le registrazioni, ivi comprese quelle custodite nell’archivio riservato;
- 3) di indicare specificamente al giudice le conversazioni non depositate delle quali chiedono l’acquisizione, enunciando le ragioni della loro rilevanza;
- 4) di indicare specificamente al giudice le conversazioni depositate che ritengono irrilevanti o inutilizzabili.

di cui è vietata l'utilizzazione, devono invece confluire nell'archivio riservato.

Scaduto il termine, il giudice dispone con ordinanza l'acquisizione delle conversazioni che ritiene rilevanti e di cui non è vietata l'utilizzazione. Il giudice può sempre esaminare, se lo ritiene necessario, gli atti custoditi nell'archivio riservato previsto dall'articolo 89-*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale.

La documentazione depositata della quale il giudice non ha disposto l'acquisizione è immediatamente restituita al pubblico ministero e custodita nell'archivio riservato.

Si prevede poi un richiamo, nei limiti della compatibilità, della anzidetta normativa, ai dati relativi al traffico telefonico.

Secondo la relazione ministeriale, con la descritta selezione preventiva della documentazione rilevante (prima ad opera del PM e poi del giudice), si è voluto ridurre i rischi di divulgazione dei contenuti delle intercettazioni, senza abbassare il livello di tutela del diritto di difesa dell'imputato, al quale viene riconosciuta la facoltà di prendere cognizione di tutta la documentazione, compresa quella che il pubblico ministero ha ritenuto non rilevante e di indicare al giudice le conversazioni in relazione alle quali reputi necessaria l'acquisizione.

5.5. *Le nuove norme incriminatrici.* – A presidio del nuovo bene giuridico tutelato (la *privacy* dei soggetti intercettati) il disegno di legge propone alcune nuove norme incriminatrici.

La prima risulta dalla riscrittura della fattispecie di cui all'art. 379-*bis* del codice penale (concernente la “rivelazione illecita di segreti inerenti a un procedimento penale”), al fine di poter sanzionare ogni rivelazione di notizie concernenti atti coperti da segreto.

Invero, nella sua nuova formulazione, la norma sanziona (con la reclusione da sei mesi a tre anni) la condotta di chi rivela indebitamente notizie inerenti atti del procedimento penale coperti da segreto dei quali sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio, servizio o qualità, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza.

Ove l'agevolazione sia soltanto colposa, le pene sono considerevolmente diminuite, mentre se la condotta è commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio le pene sono aumentate.

Come spiega la relazione ministeriale, in tal modo si è voluta approntare una tutela penale fondata sull'accesso “qualificato” ad atti del procedimento penale.

Il reato *de quo* è stato quindi configurato come reato “proprio” (ad esempio anche del difensore o dell’investigatore privato incaricato delle investigazioni difensive); e la previsione di una circostanza aggravante a carico del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio (magistrato, suoi ausiliari, agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, perito), che impone un trattamento sanzionatorio più grave in ragione della violazione dell’obbligo di fedeltà del pubblico dipendente, pone la norma in esame in termini di specialità rispetto alla norma generale di cui all’articolo 326, in quanto limitata ai soli atti delle indagini preliminari.

In quest’ottica di tutela rafforzata, viene anche prevista una pena edittale più severa della precedente per la condotta di chi viola il divieto di divulgazione di notizie del procedimento penale stabilito dal pubblico ministero ai sensi dell’articolo 391-*quinquies* c.p.p. (la sanzione, prevista prima fino a un anno di reclusione, viene elevata da uno a tre anni).

Viene, poi, introdotta una ulteriore fattispecie di reato (art. 617-*septies*), volta a sanzionare la condotta di chi prende illecitamente diretta cognizione di atti del procedimento penale coperti da segreto; secondo la spiegazione contenuta nella relazione ministeriale, tale formulazione consente peraltro di escludere la responsabilità penale di chi si sia limitato a ricevere gli atti di cui sopra, senza concorrere nell’accesso illecito ai luoghi ove gli stessi vengono custoditi.

In relazione all’art. 684 del codice penale (il cui testo viene coordinato con i nuovi contenuti dell’art. 114 del codice di procedura penale) viene, poi, prevista la pena accessoria della pubblicazione della sentenza.

5.6. *Le sanzioni amministrative.* – Secondo la relazione ministeriale, il progetto di riforma si propone di creare nel medio-lungo periodo un “circuito virtuoso” tra operatori giudiziari e stampa, tale da garantire la libera espressione della libertà di cronaca senza che ciò si traduca in una indebita interferenza nella vita privata dei cittadini sottoposti ad intercettazione.

A tal fine, è prevista l’introduzione nel “codice della *privacy*” (D.lg. 30 giugno 2003 n. 196) dell’art. 164-*bis*, che commina rilevanti sanzioni amministrative a carico del redattore e del direttore responsabile dell’organo di informazione che riveli o diffonda dati per finalità giornalistiche in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 11 e 137 dello stesso codice della *privacy* ovvero del codice di deontologia (adottato ai sensi dell’art. 139, comma 1, dello stesso codice).

È prevista una sanzione-base, consistente nel pagamento di una somma da

tremila a diciottomila euro, che dovrà essere irrogata, nei confronti dell'autore della pubblicazione ovvero del direttore o vice-direttore responsabile, da parte del Garante per la protezione dei dati personali nell'ambito delle proprie attività istituzionali e potrà anche essere corredata dalla sanzione accessoria della pubblicazione della decisione, resa obbligatoria nelle ipotesi più gravi.

In tali ultimi casi – ovvero quando la comunicazione abbia ad oggetto dati sensibili o riguardanti minori, ovvero risulti reiterata o comunque di particolare gravità – è applicabile nei confronti dei medesimi soggetti la sanzione del pagamento di una somma da diecimila a sessantamila euro.

Secondo la relazione ministeriale, viene così approntato un completo apparato sanzionatorio contro le ingiustificate aggressioni alla riservatezza delle notizie custodite nell'archivio riservato, provenienti sia dall'*intra-neus* che dall'*extra-neus*, imponendo al contempo sanzioni più efficaci anche nei confronti dell'autore e del responsabile della pubblicazione di dati personali effettuata in violazione delle norme del codice della *privacy*.

5.7. *La nuova procedura di trascrizione delle conversazioni.* – Come già ricordato, nel c.d. “archivio riservato” sono destinati a confluire anche i verbali e le registrazioni relativi alle conversazioni rilevanti, una volta effettuata la trascrizione.

È stata infatti riscritta la procedura di trascrizione delle conversazioni nelle forme della perizia (art. 268-*ter*), prevedendosi che, appena concluse le operazioni i verbali e le registrazioni siano immediatamente ricollocati nell'archivio riservato, mentre le trascrizioni confluiranno nel fascicolo per il dibattimento.

Si prevede altresì il divieto di trascrizione di quelle parti di conversazioni riguardanti esclusivamente persone, fatti o circostanze estranei alle indagini, e che il giudice disponga che i nominativi nonché i riferimenti identificativi di soggetti estranei alle indagini siano espunti dalle trascrizioni delle conversazioni, ove ciò non rechi pregiudizio all'accertamento dei fatti per cui si procede.

Analoghe cautele sono prescritte nel caso in cui il pubblico ministero richieda al giudice provvedimenti cautelari nel corso delle indagini preliminari (prima ancora, quindi, della formale acquisizione dei risultati delle intercettazioni).

Anche in tal caso, infatti (art. 268-*quater*), si prevede che il pubblico ministero possa presentare al giudice solo le conversazioni che considera rilevanti, e che il giudice debba restituire quelle ritenute non rilevanti. Si prevede altresì che dopo che la persona sottoposta alle indagini ovvero il suo difensore abbiano avuto conoscenza del provvedimento, si applica la disposizione di cui al

comma 8 dell'articolo 268-*bis*, che consente ai difensori di estrarre copia delle conversazioni di cui è stata disposta l'acquisizione.

Per quanto riguarda la fase dell'udienza preliminare, l'art. 268-*quinquies* prevede che il giudice, ai fini della decisione da adottare, può sempre disporre anche d'ufficio l'esame dei verbali e l'ascolto delle registrazioni custodite nell'archivio riservato; e che all'esito può disporre con ordinanza motivata l'acquisizione delle intercettazioni in precedenza ritenute prive di rilevanza.

Per quanto riguarda la fase dibattimentale, è pure previsto che il giudice possa disporre, su specifica e motivata richiesta delle parti, l'acquisizione delle intercettazioni in precedenza ritenute prive di rilevanza.

Degna di nota la disposizione contenuta nell'art. 268-*sexies*, secondo cui, dopo la chiusura delle indagini preliminari, deve essere dato avviso in piego chiuso ai soggetti titolari delle utenze sulle quali sia stato emesso decreto di intercettazione, se diversi da quelli nei confronti dei quali si procede, dell'avvenuta esecuzione nei loro confronti delle operazioni di intercettazione.

Secondo la spiegazione contenuta nella relazione ministeriale, tale norma è finalizzata a consentire ai menzionati soggetti di avere contezza di ogni intercettazione effettuata a proprio carico, anche qualora alla stessa consegua l'emissione di un decreto di archiviazione.

È tuttavia previsto che l'avviso non venga inviato nei seguenti casi:

- a) nei casi in cui si procede per i reati indicati agli articoli 51 comma 3-*bis*, 51 comma 3-*quater* e 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, nonché 600-*ter* e 600-*quinquies* del codice penale;
- b) se dagli atti di indagine risulti che l'utenza è stata comunque utilizzata da persone sottoposte ad indagine ovvero da indagati in procedimenti connessi o collegati;
- c) se taluna delle conversazioni intercettate sulle utenze in questione sia stata acquisita al procedimento.

Tale norma ha già suscitato qualche perplessità, in quanto – senza particolare necessità per la tutela della *privacy* – potrebbe comportare la neutralizzazione di ulteriori potenzialità investigative, a seguito della sempre possibile riapertura delle indagini.

5.8. *Le modalità di esecuzione delle intercettazioni.* – Infine, col disegno di legge le modalità esecutive delle intercettazioni vengono sottoposte a regole in parte nuove, aventi lo scopo – almeno secondo la relazione ministeriale – di rendere “più difficile” la divulgazione degli atti riservati.

In particolare, lo scopo delle nuove norme sembra essere quello di indivi-

duare con precisione (o almeno più facilmente) le fonti di eventuali fughe di notizie e di circoscrivere le relative responsabilità.

A tal fine, viene radicalmente riformato l'art. 268, comma 3, del c.p.p., il cui nuovo testo prevede infatti: che le operazioni di registrazione debbano essere effettuate per mezzo di impianti installati e custoditi in centri di intercettazione telefonica (CIT) da istituirsi presso ogni distretto di corte d'appello; e che le operazioni di ascolto delle conversazioni debbano invece essere compiute mediante gli impianti installati presso la procura della Repubblica (cosiddetti "punti di ascolto") ovvero, previa autorizzazione del pubblico ministero procedente, presso i servizi di polizia giudiziaria delegati per le indagini.

Secondo la spiegazione contenuta nella relazione ministeriale, tale disciplina è volta a concentrare le operazioni di captazione ed ascolto nel minor numero di strutture possibile, onde ridurre i soggetti che possano avere accesso alle informazioni riservate da esse emergenti e garantire il miglior livello di sicurezza nella acquisizione e nel trattamento dei dati.

6. Conclusioni

Come si è visto, i temi di maggiore attualità in materia di intercettazioni coinvolgono tutti – in maggiore o minor misura – un problema, quello del bilanciamento tra il diritto alla *privacy* e la libertà di stampa, che in Italia è stato storicamente difficile.

Nel nostro paese, infatti, dopo il regime di censura attuato dal fascismo, ed il riconoscimento costituzionale della libertà di stampa, il rapporto tra diritto di cronaca e diritto alla *privacy* è storicamente passato attraverso fasi alterne: dapprima è prevalso il primo; alla fine degli anni '80 è prevalso il secondo; negli anni '90 è sembrato nuovamente prevalere il primo.

Questo altalenante percorso è stato certamente determinato da evoluzioni (o involuzioni) prodottesi nella c.d. "cultura giuridica interna", definita da Lawrence Friedman come "l'insieme dei valori, delle ideologie, dei principi propri di avvocati, di giudici e di altri che lavorano all'interno del cerchio magico del sistema giuridico"⁵⁶; quella cultura che appunto dovrebbe guidare i giuristi nella comprensione del diritto, e in particolare i giudici nell'attività di reperimento e applicazione delle norme nel caso concreto.

⁵⁶ L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978 (edizione originale *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975), p. 326.

Ma è appena il caso di dire che tali mutamenti hanno trovato radice anche nella c.d. “cultura giuridica esterna”, presente nella coscienza sociale come percezione complessiva del giusto e dell’ingiusto, ed influenzata da fattori storicamente variabili.

In Italia, uno di questi fattori è stato certamente costituito dalle inchieste giudiziarie degli anni ’90 riguardanti gravi ed endemici fenomeni di corruzione politico-amministrativa ovvero di collusione di taluni segmenti della società e delle istituzioni con la criminalità organizzata di tipo mafioso.

Come è stato scritto a proposito dell’inchiesta giudiziaria, nota con il termine di “mani pulite”⁵⁷ (e come si potrebbe ripetere per le inchieste sulla criminalità organizzata), le indagini di quegli anni hanno rappresentato una straordinaria e forse irripetibile fonte di informazioni sulle caratteristiche degli scambi e dei rapporti occulti tra potere politico e mondo imprenditoriale, sul rapporto perverso tra denaro, politica e amministrazione pubblica, sulle modalità nascoste con cui taluni settori della classe dirigente hanno gestito il potere nel corso degli ultimi decenni.

In questa prospettiva – indipendentemente dai vari esiti giudiziari – l’effetto probabilmente più importante di queste inchieste è stato quello di avere fornito ai cittadini, con la fattiva collaborazione degli organi di informazione (specie nelle prime fasi delle indagini), una impressionante quantità di informazioni sui comportamenti e sulle regole distorte di questa componente sotterranea della gestione del potere; informazioni che altrimenti sarebbero rimaste segrete (e che si sono dimostrate nella loro quasi totalità rispondenti al vero, anche quando cavilli giuridici o prescrizioni hanno evitato la condanna definitiva dei soggetti coinvolti).

Questa esperienza storica ha certamente rafforzato nella cultura giuridica (“esterna” ed “interna”) il ruolo riconosciuto alla libertà di stampa per garantire l’esigenza di sapere da parte del pubblico, con particolare riguardo agli esponenti della classe dirigente politica, economica ed amministrativa.

Invero, come è stato osservato da Canetti, una delle fondamentali differenze tra forme democratiche e autoritarie di governo consiste proprio nella riduzione degli spazi di segretezza⁵⁸, che stanno “nel nucleo più interno del potere”⁵⁹.

⁵⁷ VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da ‘mani pulite’*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente da corruzione come sistema a dieci anni da ‘mani pulite’*, Milano, 2003, pp. 5-6.

⁵⁸ CANETTI, *Masse und Macht*, tr. it., *Massa e potere*, Milano, 1981, pp. 356-357.

⁵⁹ CANETTI, op. cit., p. 350. “Il potente, che si serve del proprio segreto, lo conosce con

Adesso, anche a causa di prassi giornalistiche sempre più spregiudicate nei riguardi di vicende del tutto private pubblicate per soddisfare la curiosità dei lettori, sembra di nuovo assumere un rilievo prevalente il valore della *privacy*.

È appena il caso di dire che è molto difficile tracciare il confine fra l'area nella quale si espande il diritto di cronaca del giornalista e l'area che si deve ritenere intangibile perché riguardante la persona.

La distinzione netta riguarda l'uso di informazioni, di dati, di immagini effettuato a scopo informativo dall'uso effettuato a scopo economico; nel secondo caso si ha certamente la prevalenza dell'interesse della persona che non abbia dato il suo consenso⁶⁰.

Nel primo caso, invece, la tendenza prevalente sembra essere quella di privilegiare il diritto di cronaca, soprattutto quando i fatti divulgati riguardano persone note, persone che svolgono incarichi pubblici o che appartengano per nascita o per acquisizione alle categorie sociali più in vista.

Guardando fuori dei confini nazionali, è certamente utile ricordare alcuni famosi precedenti stranieri: il caso Kohl e Biedenkopf, esaminato dalla Corte federale tedesca nel 1978, ed il caso Lebach, deciso dalla Corte suprema della California nel 1971⁶¹.

Il caso tedesco riguardava la registrazione illegale di una conversazione telefonica tra due noti personaggi politici (Helmut Kohl e Kurt Biedenkopf) del Cdu, da parte di un soggetto che successivamente aveva venduto il materiale illegale al giornale convenuto in giudizio⁶².

L'azione dell'attore volta ad ottenere un'ingiunzione che impedisse ulteriori pubblicazioni ebbe successo.

Secondo l'argomentazione della Corte federale, "chiunque, anche gli uomini politici che sono alla ribalta, ha il diritto a che la *privacy* venga rispettata. Ciò deriva dagli artt. 1 e 2 cost. (...) e viene confermato dal § 201 c.p. che stabilisce l'illiceità di registrazioni telefoniche private senza il consenso degli interessati".

esattezza e sa bene apprezzarne l'importanza nelle varie circostanze. Egli sa a che cosa mira se vuole ottenere qualcosa, e sa anche quale dei suoi collaboratori impiegare nell'agguato. Egli ha molti segreti poiché vuole molto, e li combina in un sistema entro il quale si preservano a vicenda; un segreto confida a questo, un altro a quello, e fa in modo che i singoli depositari di segreti non possano unirsi tra loro" (ivi, p. 353).

⁶⁰ Cass., 2 maggio 1991, n. 4785.

⁶¹ BVerfGE 35, 200. Cf. *Briscoe v. Reader's Digest Association Inc.* 483 p. 2d 34 (1971).

⁶² Su questo caso, v. ancora B. MARKESINIS e G. ALPA, *Il diritto alla "privacy"*, cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 2, 417.

La Corte affermò quindi il principio, secondo cui “(anche il personaggio pubblico) deve essere protetto dall’interesse della collettività se si trova nella sua sfera privata, altrimenti sarebbero danneggiate le fondamenta del mantenimento e dello sviluppo della sua personalità”.

Peraltro, la Corte non trascurò tuttavia di precisare: che “la stampa dev’essere autorizzata a pubblicare avvenimenti di pubblico interesse, anche se le persone interessate non consentono alla pubblicazione dell’informazione che trae origine dalla loro sfera privata”; ma che deve comunque “dimostrare la dovuta considerazione e rispetto per la persona la cui sfera privata è stata invasa.”

Nel caso in esame, la Corte federale giunse alla conclusione che l’ingiunzione avrebbe dovuto essere concessa, dal momento che la conversazione era palesemente privata e l’oggetto non rivestiva pubblico interesse.

Negli USA, il caso *Lebach*, deciso dalla Corte suprema della California è, dal punto di vista metodologico, molto simile al suo equivalente tedesco⁶³.

La sentenza della Corte dà preliminarmente atto che entrambi i diritti potenzialmente in conflitto (il diritto alla personalità e il diritto di libera espressione) “sono espressione essenziale del libero ordinamento democratico (...) con il risultato che non si può concedere la precedenza di un principio sull’altro”; ne deriva che “in caso di conflitto, entrambi i principi costituzionali debbono essere temperati, se possibile”.

Tuttavia, si aggiunge realisticamente che “se tale risultato non può essere raggiunto, dovrà valutarsi quale dei due interessi debba essere posposto, avuto riguardo alla natura del caso ed a qualsiasi circostanza specifica”.

In tale opera di bilanciamento, comunque, “il danno alla *personalità* risultante da una diffusione pubblica non dovrà andare al di là della proporzione con l’importanza della comunicazione che è sottesa alla libertà di espressione (...). A maggior ragione, discende da questi principi che il richiesto bilanciamento degli interessi deve, da una parte, tenere presente l’intensità della violazione della sfera personale da parte dell’emittente; dall’altra, lo specifico interesse che è fornito dal mezzo di comunicazione (...), dev’essere esaminato e valutato in modo tale da scoprire se, ed in quale estensione, possa essere soddisfatto senza interferenza – o con una interferenza che sia estesa il meno possibile – con la protezione del diritto della personalità”.

In conclusione, non si può non condividere quanto sull’argomento è stato

⁶³ V., ancora, B. MARKESINIS e G. ALPA, *Il diritto alla “privacy”*, cit., in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 2, 417.

scritto da uno dei più autorevoli studiosi italiani della materia⁶⁴: le recenti iniziative legislative non rappresentano che un primo passo nella direzione di un più globale riassetto di una materia tanto delicata.

È del tutto ovvio, infatti, che, specialmente in questa materia, il legislatore non potrebbe limitarsi a risolvere il conflitto tra beni e valori contrapposti accogliendo semplicemente una delle posizioni in campo, e fondando, quindi, la propria decisione su premesse di carattere assoluto.

Data la estrema variabilità dei contesti in cui il conflitto si manifesta, soltanto un contemperamento degli interessi in gioco che tenga conto del diverso valore che questi di volta in volta possono assumere, anche e soprattutto in ragione della loro reciproca interazione, consente di individuare uno specifico punto di equilibrio in corrispondenza di una altrettanto specifica situazione di conflitto.

Diviene, allora, evidente la fondamentale funzione di metodo del bilanciamento dei valori che si confrontano nella materia, tenendo conto della rilevanza assunta anche nelle fonti costituzionali e sopranazionali.

Resta certamente ferma l'esigenza di non depotenziare lo strumento investigativo delle intercettazioni, anche telematiche, che appare oggi di essenziale importanza soprattutto nelle indagini sulla criminalità organizzata; e resta altrettanto ferma l'esigenza di salvaguardare il diritto-dovere all'informazione, in quanto – secondo la famosa espressione utilizzata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza relativa al caso *Sunday Times* (o “del processo sul talidomide”) – i mezzi di comunicazione svolgono funzione di “cane da guardia della democrazia” e della stessa correttezza del funzionamento della giustizia.

Come è stato osservato, però, né l'una né l'altra esigenza possono tuttavia impedire un necessario ripensamento di certi meccanismi, dai quali chi finisce per essere meno tutelato è proprio chi più dovrebbe esserlo, ossia i terzi estranei a qualsiasi commissione di reati ma casualmente raggiunti da operazioni intercettative di telefonate o altre forme di comunicazione nel corso di indagini relative a quei reati: proprio essi, molto spesso, sono infatti esposti alle meno giustificabili tra tutte le divulgazioni, senza lo scudo di una reale, effettiva repressione⁶⁵.

⁶⁴ M. CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali*, cit., p. 13.

⁶⁵ In questi termini, CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali*, cit., p. 13.

dott. STEFANO MARCOLINI

Ricercatore in diritto processuale penale nell'Università dell'Insubria

REGOLE DI ESCLUSIONE COSTITUZIONALI E NUOVE TECNOLOGIE

Agisci sempre come se Epicuro ti guardasse
(SENECA, *Lettere a Lucilio*, 25,5)

SOMMARIO: 1. Introduzione. La “sofferenza” dei diritti fondamentali nell'impatto con il progresso tecnologico. – 2. Le regole di esclusione costituzionali come tradizionale strumento per la tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola in particolare. – 3. Il fenomeno nell'ordinamento italiano: spigolature tra processo tributario e tutela della privacy. – 4. La difficile emersione delle regole di esclusione costituzionali nel processo penale italiano: un panorama disorganico tra parziali riconoscimenti legislativi ed oscillazioni giurisprudenziali. – 5. Discussione sull'introduzione di una “inutilizzabilità costituzionale”. – 5.1 Le possibili obiezioni. – 5.2. I limiti all'operare delle regole di esclusione costituzionali. – 5.3. Conclusioni.

1. *Introduzione. La “sofferenza” dei diritti fondamentali nell'impatto con il progresso tecnologico*

L'aspirazione ad un sempre più pervasivo ed efficiente controllo delle condotte umane nella loro dimensione sociale, in nome di istanze di correzione e di difesa della collettività, non può certo dirsi solo contemporanea.

Si pensi all'immaginifica quanto tremenda figura architettonica, ideata dal filosofo utilitarista inglese Jeremy Bentham (1748-1832) e nota sotto il nome di *Panopticon*¹. Essa si compone di un anello esterno, su più piani, che racchiude, al proprio centro, una torre. La torre è dotata di finestre che si affacciano sul lato interno dell'anello, il quale è suddiviso in tanti settori, ciascuno dei quali con due sole finestre: una che consente alla luce di entrare dall'esterno ed una, sul lato opposto, che si affaccia verso la torre. L'effetto è quello di permettere a chi sta nella torre centrale – torre che, attraverso un sistema di imposte alle finestre, consente di vedere senza essere visti – di controllare tut-

¹ L'opera in questione è stata di recente pubblicata in nuova edizione. Cfr. BENTHAM, *Panopticon - Ovvero la casa d'ispezione*, 3^a ediz., Marsilio, Venezia, 2005.

Sul *Panopticon* sono ancora fondamentali le riflessioni di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 2005, 218 ss., ma spunti interessanti si trovano, in lingua inglese, nei lavori di LEVIN THOMAS Y., *Rhetorics of Surveillance from Bentham to Big Brother* e SEMPLE, *Bentham's prison - A study of the Panopticon Penitentiary*, Oxford University Press, 1993.

to ciò che avviene in ciascuno dei settori di cui si compone l'anello esterno. Chi si trova "ospitato" in uno di questi settori è isolato e non può né vedere né comunicare con gli ospiti degli altri settori.

Contrariamente a quel che si potrebbe pensare, il *Panopticon* non si presta solamente ad ospitare una prigionia, in cui i settori sono altrettante celle ed il guardiano vigila dalla torre. Esso, in realtà, almeno nel progetto iniziale, «è polivalente nelle sue applicazioni; serve ad emendare i prigionieri, ma anche a curare gli ammalati, istruire gli scolari, custodire i pazzi, sorvegliare gli operai, far lavorare i mendicanti e gli oziosi»², e significativamente il controllo che vi si attua non vuole essere effettivo, ma potenziale: chi vi è ospitato, di fatto, non sa se in un dato momento si trova davvero sotto osservazione da parte del guardiano nella torre, ma sa solo che potrebbe esserlo in qualsiasi momento³.

L'alienante invenzione del filosofo utilitarista è stata portata a esiti estremi dalla fervida fantasia dello scrittore sino a creare un vero e proprio incubo totale: in 1984, Orwell narra di un futuro regime politico che controlla i propri sudditi in ogni loro singolo spostamento ed attimo di vita, sul luogo di lavoro e persino in casa, annichilendone l'individualità fino a renderli dei docili automi e punendo nel modo più crudele – molto più crudele della semplice morte – la minima disobbedienza⁴.

Con tale scenario le istanze di controllo sociale escono dalle mura chiuse, moralizzatrici e, per questo, tutto sommato tranquillanti, del *Panopticon*, sino a rendere il mondo intero una angosciosa prigionia senza sbarre ma, ad un tempo, senza uscita. Questo accostamento tra *Panopticon* e 1984 finisce per evocare anche il famoso aneddoto dell'anello di Gige, narrato da Erodoto e ripreso dalla sofistica greca per disquisire intorno al dilemma etico: se l'unico motivo per cui si è giusti sia dato dalle convenzioni sociali e se si continuerebbe ad esserlo anche se, per virtù d'incantamento, ci si potesse sottrarre ad ogni controllo⁵.

² FOUCAULT, *Sorvegliare cit.*, 224.

Precisamente, Bentham parla di «*punishing the incorrigible, guarding the insane, reforming the vicious, confining the suspected, employing the idle, maintaining the helpless, curing the sick, instructing the willing in any branch of industry, or training the rising race in the path of education*» (*Collected Works*, ed. John Bowring, London, 1843, 40).

³ Si tratta, in altre parole, di istituzioni totali, sulle quali è un classico la lettura di GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1968.

⁴ Cfr. ORWELL, 1984, Mondadori, Milano, 2002.

⁵ Dall'accostamento emerge l'identificazione dell'invisibilità come potere e, sebbene sia

Tale dilemma evoca la situazione in cui versa il cittadino che oggi, di fronte ad imponenti fenomeni di controllo sociale quale *Echelon*⁶, in luogo di interrogarsi sulla legittimità di tali invasive ed inquietanti forme di sorveglianza totale, afferma con sicumera di non temere le intercettazioni, perché non avrebbe nulla da nascondere. Viene in altre parole emergendo una acuta contrapposizione tra l'impiego sistematico delle nuove tecnologie, applicate alla generale difesa sociale – prima ancora che alla vera e propria repressione dei reati –, e la tutela dei tradizionali diritti fondamentali, di matrice liberale ed ottocentesca, che non può certo essere risolta dietro facili e comode prese di posizione di tipo eticheggiante.

I diritti alla libertà personale, al domicilio, alla riservatezza delle comunicazioni, cui si unisce quello alla riservatezza dei propri dati (quest'ultimo balzato alla ribalta più di recente), infatti, mai come oggi si appalesano friabili, penetrabili, sottoponibili ad un "bombardamento tecnologico" in grado di annichilirli completamente⁷, senza che il diritto riesca sempre ad apprestare una loro difesa adeguata ed efficace.

Si considerino, emblematicamente, alcune di queste nuove forme di aggressione tecnologica ai diritti fondamentali.

Partendo dalla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., intesa nella sua proiezione spaziale di libertà di locomozione (art. 16 Cost.), l'impiego del sistema satellitare GPS rende oggi possibile la sistematica localizzazione degli spostamenti compiuti, istante per istante, da un determinato individuo. Nonostante tale formidabile intrusività, la giurisprudenza ha affermato che, in tale ipotesi, ci si troverebbe semplicemente di fronte ad una nuova forma di pedinamento, per la quale non sarebbe richiesta l'osservanza di nessuna particolare garanzia⁸.

L'inviolabilità domiciliare, di cui all'art. 14 Cost., deve parimenti fare i conti con modalità di aggressione un tempo difficilmente prevedibili. Si pensi alla c.d. *thermal-imaging technology*⁹. Il *thermal imager* è uno strumento che con-

evidente che i rapporti di forza sono invertiti, ben si può dire che il *Panopticon* sia l'esito istituzionale dell'anello di Gige.

⁶ Su cui subito *infra* nel testo.

⁷ L'immagine di un uomo di vetro si presta molto bene ad illustrare il concetto.

⁸ Cass., sez. V, 07-05-2004, Massa, in *C.E.D. Cass.*, rv. 228731; Cass., sez. V, 27-02-2002, Bresciani, in *Foro it.*, 2002, II, 635, con nota di SCAGLIONE, ed in *Cass. pen.*, 2002, 3049, con nota di LARONGA.

⁹ Gli strumenti di "potenziamento" dei sensi degli organi investigativi presentano, negli Stati Uniti, una estrema varietà tipologica che precipita anche a livello nomenclatorio: si parla

sente di captare e tracciare a distanza, anche attraverso le mura dell'abitazione, le fonti di calore. Esso può quindi essere usato sia per controllare i movimenti di soggetti viventi all'interno di un appartamento, sia per individuare anomale fonti di calore nell'appartamento stesso: e, in ipotesi, anche per interi blocchi di edifici ed al di fuori di qualsiasi notizia di reato.

Nel 2001 la Corte suprema degli Stati Uniti, occupandosi dell'impiego di tale apparecchio, nel contesto della repressione del narcotraffico, in specie della ricerca di coltivazioni casalinghe di marijuana che, per crescere, hanno bisogno di una temperatura ambientale molto più elevata del normale, ha posto dei ben precisi limiti. Nella sentenza *Kyllo v. United States*¹⁰, infatti, ha affermato che ottenere attraverso il *thermal imager* notizie riguardanti il domicilio, che non si sarebbero potute ottenere se non attraverso l'ingresso fisico nel domicilio stesso, costituisce un *search*, cioè una perquisizione, che normalmente non è consentita se non previo mandato¹¹.

Anche la segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione, garantita dall'art. 15 Cost. può assumere una preoccupante valenza meramente declamatoria di fronte alle nuove violazioni che la tecnologia rende possibile. A lungo si è dubitato che il sistema denominato *Echelon* fosse realmente esistente e non fosse piuttosto frutto di suggestioni da controllo totale¹².

di *flashlights, binoculars and telescopes, night scopes, canine sniffs, aerial surveillance, ray machines, gas chromatography/mass spectrometry devices known as "Sentors"*, etc.

¹⁰ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). A commento della sentenza si leggano: BASHA, *Kyllo v. United States: the fourth amendment triumphs over technology*, in 41 *Brandeis Law Journal*, 2003, 939; BRILL, *Kyllo v. United States: Is the Court's Bright-Line Rule on Thermal Imaging Written in Disappearing Ink?*, in 56 *Arkansas Law Review*, 2003, 431; ADKINS, *The Supreme Court announces a Fourth Amendment "general public use" standard for emerging technologies but fails to define it: Kyllo v. United States*, in 27 *Dayton Law Review*, 2002, 245; HARDEE, *Why the United States Supreme Court's ruling in Kyllo v. United States is not the final word on the constitutionality of thermal imaging*, in 24 *Campbell Law Review*, 2001, 53.

Nella dottrina italiana cfr. MIRAGLIA, *Il quarto emendamento alla rincorsa del progresso: perquisizioni e lotta alla droga nel diritto Usa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 105.

¹¹ Precisamente, secondo la Corte, «*obtaining by sense-enhancing technology any information regarding the interior of the home that could not otherwise have been obtained without physical intrusion into a constitutionally protected area, constitutes a search - at least where (as here) the technology in question is not in the general public use*» (34).

Nel caso di specie, la Corte suprema ha peraltro affermato che spetta comunque al giudice di merito stabilire se, una volta accertata l'illegittimità della termovisione, esistono comunque sufficienti elementi autonomi per disporre la perquisizione (ad esempio, l'anomalo consumo di energia elettrica).

¹² Nella narrativa divulgativa si veda, da ultimo, KEEFE, *Intercettare il mondo - Echelon e il controllo globale*, Einaudi, Torino, 2006.

In realtà – fermo restando che la natura spionistica di tale strumento non consentirà mai una piena “*discovery*” sul suo preciso funzionamento – l’attenzione della dottrina americana¹³ e anche dell’Unione europea¹⁴, le cui istituzioni sono preoccupate non solo per la sistematica lesione del diritto alla segretezza della corrispondenza, ma anche per il pericolo che la gran mole di notizie così raccolta possa essere utilizzata anche per scopi diversi da quelli dichiarati (*in primis* lo spionaggio industriale), dimostrano che si tratta ben più di una ipotesi di fantasia¹⁵.

Gli Stati dell’Unione europea che, pure, hanno giustamente stigmatizzato l’esistenza di tale sistema, si sono d’altro canto lasciati anche affascinare dalle sue indubbie potenzialità, concependo analoghi progetti, ad esempio per combattere il terrorismo¹⁶.

¹³ Cfr. BROWN, *Echelon: The National Security Agency's Compliance with Applicable Legal Guidelines in Light of the Need for Tighter National Security*, in 1 *CommLaw Conspectus*, 2003, 185; LAWNER, *Post-Sept. 11th international surveillance activity - A failure of intelligence: the Echelon interception system & the fundamental right to privacy in Europe*, in 14 *Pace International Law Review*, 2002, 435; SLOAN, *Echelon and the legal restraints on signals intelligence: a need for reevaluation*, in 50 *Duke Law Journal*, 2001, 1467.

¹⁴ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo su Echelon, in *GUCE*, n. C 16 E del 22 gennaio 2004, 88; Risoluzione del Parlamento europeo sull’esistenza di un sistema d’intercettazione globale per le comunicazioni private ed economiche (sistema d’intercettazione Echelon), in *GUCE*, n. C 072 E del 21 marzo 2002, 221; Decisione del Parlamento europeo sulla costituzione di una commissione temporanea sul sistema d’intercettazione Echelon, in *GUCE*, n. C 121 del 24 aprile 2001, 131.

¹⁵ Il sistema è potenzialmente in grado di intercettare – anche mediante l’uso di satelliti spia – tutte le telefonate, le e-mail, i fax e le navigazioni sul web a livello mondiale. Considerata l’enorme massa di dati trattati ad ogni secondo, il sistema, attraverso un opportuno sistema di filtri basato sull’identificazione di determinate parole chiave ritenute sospette (e loro varianti), lancia un allerta automatico quando, in una comunicazione intercettata, ricorrono quelle parole.

Sin qui il trattamento automatizzato dei dati, in base a dizionari prestabiliti (se tale trattamento avesse una qualche valenza giuridica, sarebbe sicuramente in contrasto con la norma secondo cui «nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell’interessato»: art. 14, comma 1 d. lgs. n. 196 del 2003, c.d. codice in materia di protezione dei dati personali). Di qui scatterebbe il controllo umano volto ad ulteriori accertamenti sulla comunicazione sospetta.

¹⁶ Nei primi mesi del 2005 è trapelata sulla stampa nazionale una indiscrezione secondo cui Telecom sarebbe stata sul punto di fornire al Ministero della Giustizia un nuovo sistema di intercettazione telefonica ed elettronica, con contestuale centralizzazione di una serie di banche dati, denominata “Amanda” o “Super Amanda”, provocando l’immediata smentita sia di Telecom sia del Ministero (quest’ultima ancor oggi leggibile sul suo sito web: http://www.giustizia.it/ministro/com-stampa/xiv_leg/d040205.htm).

Pare quindi delinearci, in una sorta di strisciante stato di necessità permanente, la pratica dei sistematici controlli preventivi, in assenza di una qualsivoglia notizia di reato. È pur vero che, all'interno di quest'angoscia tecnologica¹⁷, occorre distinguere controllabilità da controllo effettivo: data l'ontologica scarsità di risorse (o, nella metafora del Panopticon, di guardiani), non è detto che in questo preciso istante qualcuno ci stia effettivamente osservando od ascoltando¹⁸. Questo tema della controllabilità dissociata dal controllo effettivo, però, è una intuizione risalente almeno allo stesso Bentham la quale se non fa aumentare, certo non fa nemmeno diminuire la soglia di preoccupazione.

Si prenda, infine, il "nuovo" (rispetto alle libertà fondamentali tradizionali) diritto alla riservatezza dei dati personali, la cui base costituzionale si individua nell'art. 2 Cost., nonché nella normativa pattizia internazionale (art. 8 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di seguito CEDU; art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, di seguito PIDC; artt. II-67 e II-68 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa).

Anch'esso appare aggredibile in nuove e svariate forme.

Si consideri la *face recognition technology*, un programma che consente di incrociare le foto contenute in un archivio (di persone ricercate o comunque considerate pericolose) con le immagini raccolte in luoghi pubblici (ad esempio captate dalle migliaia di telecamere o web cam, o riprese in occasione di manifestazioni, cortei, etc.). Essa, oggetto di discussioni presso la dottrina d'oltremare¹⁹, appare invece ancora velata da sostanziale silenzio in Italia.

Si consideri, ancora, l'affacciarsi sulla scena forense dell'analisi genetica quale valido aiuto nelle indagini volte alla scoperta del colpevole, specie per

Le recenti vicende del 2006, relative alla sistematica intercettazione illegittima di un gran numero di persone più o meno note, hanno dimostrato la problematicità della questione, portando ad una prima reazione del Parlamento, con il decreto legge 22 settembre 2006, n. 259, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2006, n. 281 (in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 47, 14 ss.).

¹⁷ Si mutua l'espressione da STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 71, che però la impiega per definire l'attitudine dell'uomo contemporaneo verso il futuro, a fronte delle potenzialità (auto)distruttive del progresso tecnologico.

¹⁸ Esemplarmente, *Echelon* non compie un controllo attuale e totale sulla corrispondenza ma, attraverso l'impiego di filtri, lancia un allarme solo quando rileva l'impiego combinato di determinate parole.

¹⁹ Per un approccio alla problematica negli Stati Uniti, cfr. THORNBURG, *Face recognition technology: the potential orwellian implications and constitutionality of current uses under the Fourth Amendment*, in 20 *J. Marshall J. Computer & Info. L.*, 2002, 321.

certe tipologie di reati²⁰. Gli esiti dell'analisi genetica su campioni biologici che la polizia abbia raccolto dall'accusato con l'inganno sono poi utilizzabili come prova a carico²¹?

Combinando tutte le suesposte nuove forme di aggressione ai diritti fondamentali, riesce agevole ipotizzare un futuro non lontano in cui l'ordinamento proceda ad una sistematica raccolta dei dati genetici di tutta la popolazione, creando una banca dati "totale", doti ciascun cittadino di un microchip, inserito all'interno dell'organismo, contenente tali dati, nonché altri relativi allo stato di salute, ed utilizzi quel microchip anche per determinare in qualunque momento la sua posizione sul territorio.

In tal modo la prevenzione e la repressione dei reati sarebbero straordinariamente agevolate, ma l'assunto iniziale – cioè l'inveramento dei cupi scenari orwelliani di un "carcere mondiale" – ne uscirebbe non solo dimostrato ma anche superato.

La situazione è resa ancor più critica dal fatto che il tumultuoso ed inarrestabile progresso del sapere scientifico trova come contraltare la lentezza, quando non l'incapacità, dell'ordinamento giuridico ad apprestare forme di tutela dei diritti fondamentali incisi aggiornate ai tempi.

L'ordinamento italiano è ricco di esempi. Si pensi che dal 1996 – anno in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 224, comma 2 c.p.p.²² – il legislatore non ha ancora provveduto a disciplinare il prelievo di campioni biologici dall'imputato ai fini dell'effettuazione del test del DNA²³. Si pensi ancora che, nel 2002, la Corte costituzionale ha invitato il le-

²⁰ Racconta l'esordio della "prova del DNA" in criminalistica DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1995, vol. X, 377. Per una illustrazione del sistema americano cfr. MIRAGLIA, *La ricerca della verità per condannare ed assolvere: il test del Dna e l'esperienza statunitense*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1555. Nel sistema italiano cfr. almeno PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in *Dir. informazione e informatica*, 2003, 689.

²¹ La risposta che la giurisprudenza italiana dà è per lo più positiva: cfr. Cass., sez. I, 23-06-2005, Petriccione, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 38, 82; Cass., sez. I, 02-02-2005, Candela, in *C.E.D. Cass.*, rv. 233448.

²² Corte cost., 09-07-1996, n. 238, in *Foro it.*, 1997, I, 58.

²³ Attualmente, l'art. 349, comma 2-bis c.p.p. (introdotto dall'art. 10, comma 1 d.l. 27 luglio 2005, convertito, con modificazioni, in legge 31 luglio 2005, n. 155) consente il prelievo di capelli o saliva unicamente ove l'identificazione dell'indagato non sia altrimenti possibile.

Nella presente (XV) Legislatura pendono due progetti di legge sul tema: il n. S. 857, recante «norme per la istituzione di una banca dati nazionale del DNA e per la disciplina delle operazioni peritali eseguibili mediante la raccolta di materiale biologico prelevato dall'indagato od imputato o da soggetti terzi», ed il n. C. 809, recante «disposizioni in materia di prelievo coatti-

gislatore a voler disciplinare il fenomeno delle videoriprese non comunicative in ambito domiciliare²⁴, ma il monito è caduto nel vuoto, come ha constatato la Corte di cassazione, in una recente decisione del 2006 a sezione unite²⁵.

Per tutte queste ragioni, nel giurista il pur giustificato compiacimento per le nuove possibilità offerte dalla scienza non può mai essere superiore alla preoccupazione per la salvaguardia dei primari diritti costituzionali dell'individuo che la scienza stessa può oggi agevolmente violare.

Risulta così delimitato il tema oggetto della presente indagine: a fronte della commissione di un reato, quali impieghi tecnologici in funzione probatoria sono possibili e compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali dell'accusato e/o degli altri protagonisti del processo penale? E come tutelare nel modo più efficace tali diritti dalla variegata tipologia di intrusioni illegittime²⁶?

*vo di materiale biologico finalizzato all'esecuzione delle analisi del DNA dell'imputato o dell'indagato, nonché in materia di comunicazione e accertamento dei dati clinici dei soggetti potenzialmente affetti da malattie infettive, venuti a contatto con agenti e ufficiali di polizia giudiziaria». L'auspicio è quello di un pronto esame parlamentare, perché è sin troppo evidente che il perdurante vuoto normativo finisce con il favorire le prassi abusive (segnalate *supra*, al richiamo della nota 21) oppure di formarsi di orientamenti giurisprudenziali volti a ritenere il rifiuto dell'accusato a sottoporsi al prelievo del DNA come elemento liberamente valutabile a suo carico (Cass., sez. II, 08-07-2004, Alcamo, in *C.E.D. Cass.*, rv. 230345; Cass., sez. I, 20-09-2002, Peddio, in *Cass? pen.*, 2003, 2036, con nota di CAPPITELLI).*

In dottrina si vedano almeno: MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo. Adesso serve un chiarimento legislativo*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 12, 50; FELICIONI, *Accertamenti personali coattivi nel processo penale: linee di riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 614.

²⁴ Corte cost., 24-04-2002, n. 135, in *Foro it.*, 2004, I, 390.

²⁵ Cass., sez. un., 28-03-2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1353, con nota di CONTI C. Cfr. pure RUGGIERI, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 12.

²⁶ Esulano, invece, dall'ambito del presente lavoro quelle attività poste in essere non per ricercare la prova bensì per orientare la successiva valutazione del giudice (o anche della pubblica accusa) su del materiale probatorio già acquisito. Si tratta di attività che sono suscettibili di essere ricondotte in parte al concetto di prova scientifica (su cui è d'obbligo il rimando a DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005), in parte alle attività peritali cui sempre più frequentemente gli organi giudicanti (e quelli dell'accusa) sono costretti a far ricorso per orientare il proprio libero convincimento in processi complessi che richiedono la padronanza di saperi specialistici.

A quest'ultimo proposito, si pensi ai settori della responsabilità medica e della prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro, in cui in questi ultimi anni, anche sulla scorta di noti processi, è emerso con prepotenza il problema dell'accertamento del nesso causale. Ma si pensi anche, a titolo d'ulteriore esempio, al problema dell'accertamento dell'età delle persone offese, spesso straniere ed irreperibili, raffigurate in foto e filmati a contenuto pedopornografico: ciò che viene fatto appunto ricorrendo a saperi specialistici e, anche, a software *ad hoc*.

2. Le regole di esclusione costituzionale come tradizionale strumento per la tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola in particolare

Il primo mezzo cui si potrebbe pensare di ricorrere per fornire risposta alle domande formulate in chiusura del precedente paragrafo – il mezzo penale sostanziale – si rivela, se impiegato come unica risposta, largamente insufficiente.

Non vi sono solo da considerare le difficoltà, marcatamente probatorie, di individuazione dei responsabili, specie con riferimento a certe modalità di violazione dei diritti fondamentali (chi può dirsi che sia il responsabile della sistematica attività intercettativa sottesa ad *Echelon*? o della apprensione dei dati relativi al traffico telefonico di un'utenza mobile?).

Il vero punto dolente riguarda il fatto che le norme penali di settore tradizionalmente invocabili – arresto illegale, indebita limitazione di libertà personale, abuso di autorità contro arrestati o detenuti, perquisizione e ispezione personali arbitrarie²⁷ – per svariate ragioni, legate in particolar modo al difficile accertamento del dolo in capo al soggetto agente, hanno sempre patito di astenia ed ineffettività, ponendosi quindi come insufficiente strumento di deterrenza rispetto alle violazioni che dovevano reprimere e/o prevenire, come dimostra la lettura dei repertori di giurisprudenza, che sul punto sono eufemisticamente poveri di casistica²⁸.

Né la prassi formatasi sulle più moderne norme penali, ad esempio quelle in materia di tutela della riservatezza (oggi gli artt. 167-172 d. lgs. n. 196 del 2003, c.d. codice in materia di protezione dei dati personali), pare possa porsi in significativa soluzione di continuità rispetto a questa tradizione.

Il miglior bilanciamento tra le due esigenze eternamente confliggenti – la sollecita repressione del maggior numero di reati, il rigoroso rispetto dei diritti fondamentali – che consenta un pieno utilizzo dei nuovi mezzi probatori tecnologici, ma nel più scrupoloso rispetto dei limiti posti a garanzia dell'accusato, impone la ricerca, non in sostituzione, ma in aggiunta, di altri strumenti.

Alcuni ordinamenti stranieri, prendendo atto della insufficienza della risposta penale sostanziale, hanno operato sul terreno processuale. Come noto, nascono in questo modo le c.d. regole di esclusione, in specie costituzionali, la cui duplice vocazione funzionale è di proteggere i cittadini dalle violazioni dei loro diritti fondamentali e, nel contempo, di scoraggiare le violazioni dei medesimi diritti da parte dell'autorità pubblica, colpendole con l'inutilizzabilità

²⁷ Artt. 606-609 c.p.

²⁸ Per la stessa ragione, anche la risposta sul piano disciplinare – che ha efficacia ancor meno deterrente di quella penale – non può da sola bastare.

del materiale probatorio illegittimamente ottenuto.

A questo proposito, va subito detto che, purtroppo, il panorama sovranazionale europeo – in molti altri casi laboratorio dallo straordinario fermento innovativo – non fornisce, al momento, segnali univoci o univocamente apprezzabili.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, è ancora ferma nel sostenere che l'ammissibilità e l'utilizzo in giudizio delle prove, anche ove illegittimamente ottenute, costituisce materia devoluta al legislatore nazionale e che alla Corte non compete rendere un giudizio di fatto sulla legittimità e sul significato delle singole prove o sulla colpevolezza od innocenza del ricorrente, bensì stabilire se il processo, nel suo insieme, sia stato giusto oppure no, *ex art. 6.1 [CEDU]*²⁹. È quindi ben possibile che la Corte riconosca la violazione di uno dei diritti fondamentali convenzionali (come quello al rispetto della vita privata *ex art. 8.2 CEDU*, per l'effettuazione di intercettazioni illegali), ma che dichiari il processo comunque giusto, dal momento che il ricorrente ha potuto interrogare i testi a carico e che la condanna del giudice nazionale si basa anche su altre prove³⁰.

Una simile giurisprudenza sconta probabilmente il fatto di dover in qualche modo conciliare le tradizioni giuridiche, talora molto differenti, dei 46 Stati membri, per cui appare molto più agevole la logica del *quieta non movere*, con un appiattimento degli *standards* di tutela.

Né alcun passo in avanti, rispetto a tale situazione, viene compiuto dall'art. 33 del *Corpus Juris* 2000, rubricato «*L'esclusione delle prove ottenute illegittimamente*», il cui comma 1 recita che «*Nel procedimento per uno dei reati sopra definiti (artt. 1-8), una prova deve essere esclusa se è stata ottenuta dagli organi comunitari o nazionali in violazione dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o in violazione delle regole europee sopra enunciate (artt. 31 e 32) o ancora in violazione del diritto nazionale applicabile, senza che una tale violazione sia giustificata dalle regole europee sopra citate. Tuttavia, una tale prova deve essere esclusa solamente allorquando la sua ammissione sarebbe lesiva dei principi del giusto processo*».

Sembra anzi che il *Corpus Juris* faccia proprio l'appiattimento “verso il basso” della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: il divie-

²⁹ Cfr. sentenze 12 maggio 2000, *Khan v. Regno Unito* e 12 luglio 1988, *Schenk v. Svizzera*, confermate anche dalla giurisprudenza più recente (sentenza 20 giugno 2006, *Elahi v. Regno Unito*), tutte reperibili sul sito della Corte (<http://www.echr.coe.int/ECHR/>).

Si legga peraltro la *dissenting opinion* di alcuni dei giudici della Corte alla sentenza *Schenk*.

³⁰ È questa, in sostanza, la fattispecie oggetto dei due casi *Khan* e *Schenk*, citati alla nota precedente.

to di valutazione di una prova illegittimamente ottenuta non ha valenza in sé, ma solo in quanto possa, ancora una volta, incidere sul diritto dell'accusato ad un giusto processo³¹.

Conviene quindi scendere a livello degli ordinamenti nazionali ed in questo settore un ambito di elezione dell'indagine è dato del sistema nordamericano, in cui, come la dottrina ha segnalato, non vi era, in origine, alcun divieto all'utilizzo in giudizio delle prove illegittimamente acquisite ed anzi vigeva il noto brocardo *male captum bene retentum*³².

La prima decisione in cui si è fatta applicazione della regola di esclusione costituzionale è la sentenza della Corte Suprema *Boyd v. U.S.* del 1886, resa addirittura in un giudizio non penale³³.

Con una successiva pronuncia del 1914, la Corte ha espressamente esteso alla materia penale la regola di esclusione, nell'ambito però del solo processo federale, statuendo che il materiale probatorio raccolto con perquisizioni e sequestri contrari al quarto emendamento non è utilizzabile³⁴.

La svolta si è avuta solo a partire dagli anni '60 dello scorso secolo, sotto la presidenza della Corte Suprema da parte del giudice Warren. Con una decisione del 1961, la Corte ha imposto, anche a livello statale, il principio della inutilizzabilità di quanto sequestrato a seguito di perquisizioni attuate in violazione del quarto emendamento³⁵; con la successiva sentenza *Miranda* del 1966, ha sancito che la confessione resa dall'accusato senza il previo avvertimento dei diritti che gli competono, è del pari inutilizzabile³⁶.

La necessità di contenerne la forte espansività, in nome di istanze di difesa della collettività dal crimine, ha da sempre posto le *exclusionary rules* al cen-

³¹ Si noti che nella versione del 1997 del *Corpus Juris* l'inciso «Tuttavia, una tale prova deve essere esclusa solamente allorchando la sua ammissione sarebbe lesiva dei principi del giusto processo» era assente. Nel corso del successivo Suivi è emerso che il principio della esclusione delle prove illegittimamente ottenute non è proprio di tutti gli Stati dell'Unione europea, donde l'attuale inciso, che ha appunto la funzione di "sterilizzare" ogni portata realmente innovativa.

³² Cfr. FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di common law*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1995, vol. X, 161; RUGGIERI, *Prova in diritto processuale penale comparato*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1995, vol. X, 399.

³³ Sentenza *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886). Con questa pronuncia la Corte ha statuito l'espunzione, come prova a carico di due uomini d'affari processati per una violazione finanziaria in materia doganale, di alcuni documenti che questi erano stati costretti dalla pubblica autorità a produrre in forza di una legge che la Corte ha del pari ritenuto incostituzionale, in quanto contraria al quarto ed al quinto emendamento.

³⁴ Sentenza *Weeks vs. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

³⁵ Sentenza *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

³⁶ Trattasi della celebre sentenza *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

tro di accessissimi dibattiti negli Stati Uniti³⁷, ma i tentativi di abrogazione legislativa, pur non essendo mancati, hanno avuto molto meno successo rispetto all'introduzione, in via giurisprudenziale – da parte della Suprema Corte, nelle sue successive composizioni conservatrici, in specie sotto la presidenza Burger – di una serie di distinguo e di temperamenti, quali la *harmless error doctrine*³⁸, la *good faith exception*³⁹, la *hypothetical independent source rule*, la *inevitable discovery exception*⁴⁰, ecc.

Anche così, e nonostante certa dottrina esprima di recente tutta la propria preoccupazione circa l'effettivo "stato di salute" delle regole di esclusione, erose dalle numerose eccezioni sin quasi a restarne svuotate, l'importante dato per dir così culturale rimane fermo: nell'ordinamento statunitense la tutela dei diritti fondamentali della persona attraverso la diretta applicazione della Costituzione e dei suoi emendamenti comporta, come ordinaria conseguenza, l'inutilizzabilità di ogni atto a valenza probatoria compiuto in violazione di quei diritti, in quanto *illegally obtained evidence*⁴¹.

All'obiezione secondo cui l'ordinamento americano presenta tante e tali peculiarità, per cui l'importazione di istituti giuridici da quell'ordinamento dovrebbe essere assai cauta, si può ribattere con l'esame del sistema spagnolo, il quale, pur appartenendo alla tradizione di *civil law*, conosce la regola di esclusione e l'ha persino codificata, assai emblematicamente agganciandone la formulazione ad un chiaro riferimento ai diritti costituzionali⁴².

³⁷ «*The exclusionary rule has increasingly come under attack as a doctrine that diminishes law enforcement effectiveness by freeing criminals on minute and confusing technicalities*»: GEE, *The Independent Source Exception to the Exclusionary Rule: The Burger Court's Attempted Common-Sense Approach and Resulting "Cure-All" to Fourth Amendment Violations*, in 28 *Howard Law Journal*, 1985, 1006.

³⁸ Su cui si possono leggere le riflessioni di CARTER, *The Sporting Approach to Harmless Error in Criminal Cases: The Supreme Court's "No Harm, No Foul" Debacle in Neder v. United States*, in 28 *American Journal of Criminal Law*, 2001, 229 ss.

La Corte Suprema ha applicato la *harmless error doctrine* alla confessione estorta all'accusato nella sentenza *Arizona v. Fulminante*, 111 S.Ct 1246 (1991), arrivando comunque a concludere che, in quel caso, la pronuncia del giudice di merito era stata viziata.

³⁹ Cfr. sentenza U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

⁴⁰ Cfr. sentenza *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁴¹ Il caso *Kyllo* lo conferma: la *thermal imaging technology* costituisce una *search* richiedente un previo mandato, in assenza del quale i relativi risultati non possono essere utilizzati.

⁴² Il tema della prova illegittimamente ottenuta è ovviamente oggetto di innumerevoli studi. Limitando lo sguardo a quelli monografici e più recenti, contenenti gli opportuni rinvii a studi precedenti e non meno autorevoli, si vedano: RODRÍGUEZ LAINZ, *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida - Perspectiva jurisprudencial*, Bosch, Barcellona,

La nascita del divieto di valutare prove ottenute in violazione dei diritti fondamentali si deve alla sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 114 del 1984, resa nell'ambito di un processo di lavoro avente ad oggetto un licenziamento asseritamente illegittimo⁴³; successivamente essa è stata codificata, con rango di legge ordinaria, all'art. 11.1 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (di seguito LOPJ).

La LOPJ, risalente al 1° luglio 1985, quindi successiva all'entrata in vigore della Costituzione del 1978, è la legge di ordinamento giudiziario spagnolo. Il titolo preliminare (artt. 1-20) contiene prescrizioni generali sulla magistratura e sulla funzione giurisdizionale, e l'art. 11.1 LOPJ così recita: «*In qualunque procedimento saranno rispettate le regole della buona fede. Non avranno effetto le prove ottenute, direttamente od indirettamente, violando i diritti o le libertà fondamentali*»⁴⁴.

Premesso che – essendo volta a proteggere i diritti fondamentali – si tratta di una norma che trova applicazione in qualsiasi processo, non solo in quello penale, ciascuna parola impiegata finisce per avere un peso specifico altissimo e, non a caso, è oggetto di una complessa esegesi in dottrina.

Ci si chiede, tra l'altro: se l'espressione «*non avranno effetto*» metta capo ad un divieto di valutazione o, ancor prima, di ammissione della prova; se le «*prove ottenute*» ricomprendano solo quelle raccolte nelle indagini od anche quelle assunte in dibattimento, e se si riferiscano esclusivamente alle prove raccolte ad opera degli organi pubblici o anche a quelle reperite dai privati; a quali situazioni possa estendersi l'avverbio «*indirettamente*»; quale sia il concetto di “violazione” dei diritti giuridicamente rilevante; se il catalogo dei «*diritti*» e delle «*libertà fondamentali*» sia chiuso e, in ogni caso, quali siano i criteri per determinarlo in concreto.

2005; ALCAIDE GONZÁLEZ, *Guía práctica de la prueba penal. Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y su conexión de antijuridicidad. Formularios*, Dijusa, Madrid, 2005; MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ediz., Bosch, Barcellona, 2004; DE URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, *La prueba ilícita penal*, 3ª ediz., Aranzadi, Elcano, 2003; GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales - Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los Ámbitos Penal, Civil, Contencioso-Administrativo y Social*, Aranzadi, Elcano, 2003; MARTÍNEZ GARCÍA, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; DÍAZ CABIALE e MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

⁴³ La sentenza può leggersi in GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 609 ss.

⁴⁴ «*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*».

La giurisprudenza formatasi sull'art. 11.1 LOPJ è assai vasta e, limitando lo sguardo a quella penale, coinvolge il *Tribunal Constitucional*⁴⁵, il *Tribunal Supremo*⁴⁶ e le varie corti di merito.

Recente ed importante affermazione compiuta proprio dal *Tribunal Constitucional* è quella secondo cui l'art. 11 LOPJ è una norma in realtà meramente ricognitiva di un principio che ha rango costituzionale. Secondo il *Tribunal Constitucional*, infatti, il divieto di valutare prove ottenute in violazione dei diritti fondamentali, pur non trovandosi proclamato in alcun precetto costituzionale, «*constituye expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales*»⁴⁷, di tal che violare quel divieto significa, in definitiva, violare il diritto dell'accusato ad un giusto processo.

Conseguentemente, lo straniero fermato dalla polizia giudiziaria e da questa sottoposto ad una radiografia nei locali dell'aeroporto, senza previa informativa dei suoi diritti e senza assistenza di difensore, all'esito della quale vengono individuati, nel suo intestino, oltre 800 grammi di cocaina, deve essere assolto. La sostanza stupefacente rinvenuta e che costituisce, nella specie, l'unica prova a carico, infatti, risulta ottenuta in violazione dell'art. 520 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (di seguito LECrim, il codice di procedura penale spagnolo), il quale, in attuazione dei principi costituzionali del giusto processo, impone che al soggetto privato della libertà personale siano immediatamente dati una serie di avvisi di legge sui diritti che gli competono, in una lingua a lui nota⁴⁸.

Esattamente come l'ordinamento statunitense, anche quello spagnolo circonda detta teorica di una serie di eccezioni, affermandosi che nemmeno i diritti fondamentali possono sottrarsi al bilanciamento con altri beni costituzionali del pari meritevoli di tutela e che è salutare che il giudice goda sempre di un congruo ambito di discrezionalità che gli consenta, in ciascun caso concreto, di individuare la soluzione che contempererà meglio gli opposti interessi in conflitto⁴⁹.

Si enucleano, in particolare, eccezioni simili a quelle invalse nel sistema

⁴⁵ Corrispondente alla Corte costituzionale italiana.

⁴⁶ Corrispondente alla Corte di cassazione italiana.

⁴⁷ «*Expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales*»: *Tribunal Constitucional*, sentenza 81 del 2 aprile 1998, in GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 317 ss.

⁴⁸ Tale è il caso sentenziato dal *Tribunal Supremo* in data 9 ottobre 1998, esposto da DE URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, *La prueba ilícita cit.*, 77.

⁴⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 129.

nordamericano, come il *descubrimiento probablemente independiente*, il *descubrimiento (hallazgo) inevitable* e la *confesión voluntaria del inculpado*⁵⁰.

È interessante notare la convergenza di riflessioni, negli Stati Uniti ed in Spagna, sulla *ratio* fondativa e sulle modalità di funzionamento delle regole di esclusione costituzionali⁵¹.

Quanto al primo aspetto, la Corte suprema nordamericana, introducendo tali regole, ha perseguito un intento «essenzialmente “profilattico”, volto, cioè, a creare un deterrente per gli abusi della polizia, impedendo che essi, col produrre comunque risultati sul piano processuale, gettino discredito sull'intera amministrazione della giustizia»⁵²: intento perfettamente coincidente con quello che ha animato il *Tribunal Constitucional* nella propria sentenza n. 114 del 1984.

In ambedue gli ordinamenti dottrina e giurisprudenza osservano che le regole di esclusione operano su due diversi livelli.

Nell'ordinamento nordamericano il primo livello è costituito dal materiale direttamente ottenuto in violazione dei diritti fondamentali. La regola impone che esso non sia valutato dal giudice come prova a carico, in quanto *illegally obtained evidence*. Ad un secondo livello, vi possono essere prove perfettamente legittime, le quali, nondimeno, traggono origine da dati od informazioni ricavati dalla prova illegittima. Quale deve essere il trattamento di tali prove? È evidente che, nell'ottica funzionalistica che contraddistingue le regole di esclusione, sarebbe illogico colpire la prova illegittima e non quelle legittime ma da essa derivate: in tal modo, infatti, gli abusi dell'autorità non troverebbero l'efficace disincentivo che costituisce una delle *rationes essendi* delle regole di esclusione. Ecco quindi che le *exclusionary rules* mostrano la loro fortissima *vis expansiva*, dando origine alla nota teoria dei c.d. frutti dell'albero avvelenato (*the fruit of the poisonous tree doctrine*)⁵³. Solo una volta espunte tali prove

⁵⁰ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita cit.*, 122 ss.; GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 176 ss.

⁵¹ In altre parole, la medesima regola operativa, pur calata in sistemi giuridici diversi, tanto da appartenere a distinte tradizioni giuridiche, viene declinata in modo assai simile.

⁵² FANCHIOTTI, *Processo penale cit.*, 161.

⁵³ La teoria della inefficacia riflessa della prova ottenuta in violazione dei diritti fondamentali può farsi risalire alla sentenza della Corte Suprema *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920). Nel caso di specie, degli agenti federali erano entrati senza alcun mandato nei locali di una società commerciale di cui erano titolari gli accusati, scoprendovi del materiale cartaceo che aveva poi portato alla formulazione di nuove accuse a loro carico. La Corte ha dichiarato la violazione del quarto emendamento e l'inutilizzabilità di ogni forma di conoscenza ottenuta attraverso tali *unlawful means*.

– sia quella originariamente invalida, sia quelle invalide in via derivata dalla prima – dall’orizzonte valutativo del giudice, ci si potrà chiedere se le restanti prove siano sufficienti a fondare un giudizio di colpevolezza.

Anche l’ordinamento spagnolo conosce identica distinzione tra attività probatoria direttamente lesiva dei diritti fondamentali ed attività probatoria che, pur essendo perfettamente legittima, ha scaturigine da quella e, quindi, viene travolta in via derivata per effetto della teorica dei frutti dell’albero avvelenato (talvolta sostituita con altra metafora, quella del c.d. “effetto domino”). Si parla nel primo caso di prova diretta, nel secondo di prova riflessa; ove invece non vi sia dipendenza e, quindi, invalidità, si parla di prova indipendente, che il giudice potrà e dovrà valutare⁵⁴.

3. *Il fenomeno nell’ordinamento italiano: spigolature tra processo tributario e tutela della privacy*

Negli ordinamenti stranieri esaminati le regole di esclusione costituzionale non hanno avuto un’origine direttamente penale ed addirittura in quello spagnolo esse hanno a tutt’oggi un’applicazione in ambiti assai variegati, come il processo civile o del lavoro.

Con riferimento al processo penale italiano, il nuovo codice di rito del 1988 ha per la verità sancito, all’art. 191, che «*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*». Tale norma, però, non è stata sino ad oggi ritenuta espressione di alcun principio generale, tanto meno costituzionale, bensì semplice norma processuale ordinaria.

La sua presenza ha nondimeno avuto una forza espansiva anche in altre partizioni del diritto, diverse da quella processuale penale, promuovendo un inatteso ed interessante fermento culturale.

Per la verità, per quanto riguarda il processo civile il dibattito, benché non al centro di particolare attenzione da parte della giurisprudenza, è risalente in dottrina⁵⁵. Al proposito, vi è chi è giunto alla conclusione che la prova inam-

L’impiego della metafora dei frutti dell’albero avvelenato si deve però al giudice Frankfurter ed alla successiva sentenza *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939), in materia di informazioni acquisite ed utilizzate grazie ad una precedente intercettazione telefonica illegittima.

⁵⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 156.

⁵⁵ RICCI G.F., *Principi di diritto processuale generale*, III^a ediz., Giappichelli, Torino, 2001, 383 ss.; ID., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 34 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 1998, 25 ss.; ID., *Il problema delle prove illecite nell’esperienza angloamericana e germanica*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle*

missibile, o acquisita o formata in violazione di divieti od anche di principi costituzionali dovrebbe essere, di massima, colpita dalla sanzione dell'*inefficacia*, simile per molti versi a quella dell'inutilizzabilità⁵⁶. Ma un indubbio e recente contributo al dibattito è stato certamente fornito dall'art. 191 c.p.p.: il progetto di legge delega per la riforma organica del processo civile, elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Tarzia nel 1996, prevedeva proprio, sulla sua falsariga, l'introduzione della «*inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite*»⁵⁷.

Un ulteriore, significativo esempio di quanto si va dicendo si rinviene nell'ambito del processo tributario, e, in specie, nella disciplina degli accessi, delle ispezioni e delle verifiche di polizia tributaria (amministrativa, non penale).

L'art. 52 del d.P.R. n. 633 del 1972 prevede, a tale proposito, che «*per accedere in locali che siano adibiti anche ad abitazione, è necessaria anche l'autorizzazione del procuratore della Repubblica*» (comma 1, III° periodo); che «*l'accesso in locali diversi da quelli indicati nel precedente comma può essere eseguito, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica, soltanto in caso di gravi indizi di violazioni delle norme del presente decreto, allo scopo di reperire libri, registri, documenti, scritture ed altre prove delle violazioni*» (comma 2); che «*è in ogni caso necessaria l'autorizzazione del procuratore della Repubblica o dell'autorità giudiziaria più vicina per procedere durante l'accesso a perquisizioni personali e all'apertura coattiva di pieghi sigillati, borse, casseforti, mobili, ripostigli e simili e per l'esame di documenti (...)*» (comma 3).

Su un punto la giurisprudenza può dirsi consolidata: l'autorizzazione del procuratore della Repubblica, quale atto amministrativo presupposto, deve essere fornita di motivazione ed è sindacabile dal giudice tributario⁵⁸.

scienze giuridiche e sociali, vol. 39, Pavia, 1966, 259 ss.; ANGELONI, *Le prove illecite*, Cedam, Padova, 1992; TROCKER, *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco ed italiano*, VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64 ss.; ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Giuffrè, Milano, 1965, 213 ss.; CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, II, Giuffrè, Milano, 1963, 175 ss.; DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 863 ss.; CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, II, 63 ss.

⁵⁶ Cfr. RICCI G.F., *Principi di diritto cit.*, 384-386.

⁵⁷ Cfr. AA.VV., *Il progetto di riforma organica del processo civile - Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Camera civile - Milano 18-19 aprile 1997*, a cura di Tarzia, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 40, 255, 284.

⁵⁸ Così Cass., 08-08-1990, n. 8062, Min. fin. c. Soc. Sie, in *Bollettino trib.*, 1990, 1418, se-

Non era, invece, pieno l'accordo sul tema se l'illegittimità dell'accesso determinasse o meno l'invalidità dell'accertamento che si fondi sui documenti o sugli altri elementi probatori invalidamente acquisiti. Se l'orientamento preponderante propendeva per la propagazione⁵⁹, non mancavano isolate sentenze di segno contrario⁶⁰.

Con una decisione a sezioni unite del 2002, la Suprema corte ha espressamente affermato che l'autorizzazione del procuratore della Repubblica non può essere motivata con riferimento a fonti anonime e, soprattutto, che «*sono inutilizzabili a sostegno dell'accertamento tributario i dati acquisiti dall'amministrazione finanziaria a seguito di accesso nell'abitazione del contribuente non autorizzato legittimamente dal procuratore della Repubblica*»⁶¹.

La decisione afferma che «*detta inutilizzabilità non abbisogna di un'espressa disposizione sanzionatoria, derivando dalla regola generale secondo cui l'assenza del presupposto di un procedimento amministrativo infirma tutti gli atti nei quali si articola*» e che «*l'acquisizione di un documento con violazione di legge non può rifluire a vantaggio del detentore, che sia l'autore di tale violazione, o ne sia comunque direttamente od indirettamente responsabile*»⁶².

Pur dovendosi riconoscere che tale intervento non sembra aver ancora ricomposto definitivamente il panorama ad unità, essendo possibile leggere nei repertori pronunce a tutt'oggi dissenzienti⁶³, va peraltro riconosciuto che la maggior parte delle sentenze successive presta adesione al *dictum* delle sezioni unite. Si è persino aggiunto – con affermazione che ricorda molto da vicino

condo cui, peraltro, detta motivazione «*può esaurirsi anche in espressioni sintetiche di significato implicito ovvero risolversi nel semplice richiamo alla nota della guardia di finanza che faccia riferimento agli indizi di violazioni in materia di IVA*».

La giurisprudenza successiva ha sostanzialmente prestato adesione a tale *dictum*.

⁵⁹ Cass., sez. trib., 29-11-2001, n. 15209, Min. fin. c. Soc. Boaretto, in *Giur. it.*, 2002, 1979; Cass., sez. I, 27-11-1998, n. 12050, Soc. Liberati c. Min. fin., *ivi*, 1999, 2197; Cass., sez. I, 27-10-1998, n. 10664, Min. fin. c. Cappellaccio, in *Corriere trib.*, 1998, 3711; Cass., sez. I, 27-07-1998, n. 7368, Min. fin. c. Del Negro, in *Foro it.*, 1999, I, 1996.

⁶⁰ Cass., sez. trib., 19-06-2001, n. 8344, Consulfin c. Min. fin., in *Foro it.*, 2002, I, 729, secondo cui «*l'acquisizione irrituale di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale non comporta l'inutilizzabilità degli stessi in mancanza di una specifica previsione in tal senso*».

⁶¹ Cass., sez. un., 21-11-2002, n. 16424, Min. fin. c. Soc. cantiere navale Anconetani, in *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 43, 14 ss.

⁶² Cass., sez. un., 21-11-2002 *cit.*, 18.

⁶³ Cass., sez. V, 16-06-2006, n. 14058, B.A. c. Min. fin., in *C.E.D. Cass.*, rv. 590387; Cass., sez. trib., 01-04-2003, n. 4987, Min. fin. c. Soc. Orgese, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 19, 72.

Entrambe le decisioni richiamano espressamente il precedente di cui a Cass., sez. trib. 19-06-2001 *cit.*, ignorando la pronuncia delle sezioni unite, *medio tempore* intervenuta.

le posture in tema di “prova incostituzionale” – che, anche in assenza di un principio generale analogo a quello fissato per il processo penale dall’art. 191 c.p.p., «*l’inutilizzabilità in discussione discende, nel caso, dal valore stesso dell’inviolabilità della “libertà personale” solennemente consacrato nell’art. 13 Cost., per il cui secondo comma “non è ammessa forma alcuna ... di ispezione o perquisizione personale ... se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”*: l’opinione non condivisa (peraltro espressa in tema di perquisizione domiciliare, tutelata dall’art. 14 Cost.), nella sostanza finisce per vanificare del tutto la riserva di legge e di giurisdizione volute dai costituenti (“se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”) perché, ad evitare che (come si esprime la stessa sentenza) “la norma sia tamquam non esset”, individua solo “conseguenze sanzionatorie sull’autore dell’illecito, sul piano disciplinare e, se del caso, sul piano della responsabilità civile e penale” dello stesso consentendo, così, tuttavia, all’Amministrazione Finanziaria dello Stato di avvalersi dell’attività comunque illegale dei propri dipendenti»⁶⁴.

Ben si può dire che questa giurisprudenza utilizzi l’art. 191 c.p.p. come una sorta di “referente culturale”, in grado di confortare sia la valenza funzionale della regola di esclusione (evitare che l’amministrazione finanziaria si avvalga dell’attività illegittima dei propri dipendenti), sia l’invocazione del principio di teoria generale del procedimento (anche) amministrativo, secondo cui «*l’assenza del presupposto di un procedimento amministrativo infirma tutti gli atti nei quali si articola*»⁶⁵.

Altra norma che, nel presente contesto, è senza dubbio suscettibile di valorizzazione è l’art. 11 d. lgs. n. 196 del 2003, c.d. codice in materia di protezione dei dati personali, il cui comma 2 testualmente recita che «*i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati*»⁶⁶.

⁶⁴ Cass., sez. V, 19-10-2005, n. 20253, Santa Lucia c. Min. fin., in C.E.D. Cass., rv. 584644.

⁶⁵ Cass. sez. un., 21-11-2002, cit., 18. A tale proposito, non va sottaciuto che i principi di teoria generale del procedimento sono stati già – e fecondamente – applicati al settore processuale penale in un risalente ma ancora prezioso ed autorevole studio in materia di invalidità processuali: CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità - Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Giuffrè, Milano, 1955.

⁶⁶ Cfr. FADDA, *Art. 11*, in AA.VV., *Codice in materia di protezione dei dati personali - Commento articolo per articolo al testo unico sulla privacy D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di Cassano e Fadda, Ipsoa, Milano, 2004, 84 ss., in specie 94.

Per altri commenti al nuovo codice cfr., almeno, AA.VV., *Il codice sulla protezione dei dati*

Questa, della cui natura di regola di esclusione (sia pure con rango di norma ordinaria) non pare sia davvero lecito dubitare, potendosi, al più, discutere sul suo reale ambito di applicazione, rappresenta una novità, sia rispetto all'originaria legge n. 675 del 1996, sia rispetto alla normativa comunitaria di cui è attuazione: nessuna di queste ultime fonti, infatti, conteneva o contiene analoga statuizione.

Se solo si pensa alla nozione volutamente ampia di dato personale, enucleata dall'art. 4, comma 1, lett. b) d. lgs. n. 196 del 2003⁶⁷ e fatta propria dalla stessa giurisprudenza, ci si accorge della pervasività oggettiva dell'art. 11 in discorso: dati personali sono contenuti nei tabulati telefonici, nelle cartelle cliniche, in foto, in disegni fatti per la valutazione psicologica della personalità, in verbali di perquisizione, di intercettazione telefonica e, si potrebbe dire, in qualsiasi atto di indagine o probatorio relativo all'accusato.

Certo la pervasività della nozione di dato personale è corretta dalla seconda parte della norma stessa, che circoscrive l'operatività della regola di esclusione alla sola violazione della «*disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali*», con ciò dovendosi intendere appunto quella contenuta nel d. lgs. n. 196 del 2003. E molte regole di quest'atto legislativo sono inapplicabili o solo parzialmente applicabili al peculiare settore del trattamento dei dati giudiziari (cfr., ad esempio, artt. 21, 27 e 46 ss. d. lgs. n. 196 del 2003).

In conclusione, specie dopo il 1988, anche il panorama giuridico italiano appare percorso da notevoli "fermenti innovatori", che forse è ancora prematuro definire come consapevole ed esplicita volontà di introduzione, nel sistema, di una teoria (tantomeno di matrice costituzionale) delle regole di esclusione, ma che appaiono nondimeno prodromi di un significativo mutamento, quantomeno culturale.

personali, a cura di Cirillo, Giuffrè, Milano, 2004; IMPERIALI RIC. e IMPERIALI ROS., *Codice della privacy - Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Il Sole-24 Ore, Milano, 2004; AA.VV., *Il codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al d.leg. 30 giugno 2003 n. 196*, a cura di Monducci e Sartor, Cedam, Padova, 2004.

⁶⁷ «Qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

4. *La difficile emersione delle regole di esclusione costituzionale nel processo penale italiano: un panorama disorganico tra parziali riconoscimenti legislativi ed oscillazioni giurisprudenziali*

Notevoli fermenti innovatori si registrano anche se si restringe lo sguardo allo specifico settore processuale penale.

Nella vigenza del processo penale misto di cui al codice del 1930 e, quindi, in assenza di una qualsivoglia disciplina legale del fenomeno di esclusione, nelle varie declinazioni date dalla invalidità derivata (i frutti dell'albero avvelenato o l'effetto domino), dalla prova illecita (cioè la prova assunta in violazione di una norma penale sostanziale), nonché dalla prova direttamente incostituzionale, non hanno avuto alcuna cittadinanza nell'ordinamento processuale penale, ostandovi la nota teoria del potere istruttorio⁶⁸.

Emblematica, secondo questa teoria, la risposta che si dava all'interrogativo se l'illegittimità della perquisizione si propagasse o meno al successivo sequestro: risposta negativa, in quanto non vi sarebbe stata alcuna derivazione causale, giuridicamente apprezzabile, tra il sequestro, che restava comunque un

⁶⁸ Sul tema, la letteratura è davvero sterminata. Per un approccio si vedano, solo tra gli autori più recenti ed anche per gli opportuni rinvii ai testi "classici" in materia, FELICIONI, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1514; ZIGNANI, *Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*, in *Cass. pen.*, 2004, 1305; FADALTI, *Male captus bene retentus: un principio inciso nella pietra?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 87; MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 371; DE AMICIS, *Sulla "inutilizzabilità consequenziale"*, in *Cass. pen.*, 1999, 1570; ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2082; VERRINA, *Approccio riduttivo della corte di cassazione alla categoria dell'inutilizzabilità derivata*, in *Giur. it.*, 1998, 558; BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 893; COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547; IANNONE, *Sulle condizioni legittimanti la perquisizione domiciliare*, in *Cass. pen.*, 1996, 1541; LUPACCHINI O., *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1126 ss.; MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1937; ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1878; MOLINARI F.M., *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1130; DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, I, 3257; ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 506.

Imprescindibili, in materia, sono le opinioni espresse, peraltro in favore della teoria del potere istruttorio, da CORDERO nelle proprie opere, tra le quali si vedano: *Procedura penale*, 8ª ediz., Giuffrè, Milano 2006, par. 64, in specie p. 638 ss.; *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963. Cfr., altresì, NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 442.

atto dovuto per gli operanti di polizia giudiziaria, ed i vizi che inficiavano la precedente perquisizione.

Un primo ripensamento, proprio sul versante della prova incostituzionale assunta in violazione di diritti fondamentali, è costituito dalla nota sentenza del Giudice delle leggi 6 aprile 1973, n. 34⁶⁹, la quale, pur rigettando una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 226, ultimo comma c.p.p. 1930 – che riconosceva agli ufficiali di polizia giudiziaria, nella fase degli atti preliminari dell'istruttoria, la facoltà di intercettare comunicazioni telefoniche previa autorizzazione, con decreto motivato, dell'autorità giudiziaria – ha affermato che «a questo proposito la Corte sente il dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁷⁰.

Se si esclude una pronuncia di poco successiva, la n. 120 del 1975, la Corte non ha però fornito alcun ulteriore contributo sino a dopo l'emanazione del nuovo codice di rito di stampo accusatorio⁷¹.

Con l'avvento di quest'ultimo, il quadro normativo è mutato profondamente. Oltre a generalizzare, all'art. 191 c.p.p., la categoria dell'inutilizzabilità come nuova forma di invalidità processuale, il legislatore delegato del 1988 ha anche previsto non poche ipotesi specifiche di regole di esclusione (ovviamente ordinarie)⁷².

⁶⁹ In *Giur. cost.*, 1973, 316 ss., con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni*.

⁷⁰ *Ivi*, 338.

Tale pronuncia, pur se formalmente di rigetto, auspicava un intervento legislativo volto a garantire che anche le modalità tecniche di svolgimento delle intercettazioni potessero essere soggette ad un controllo effettivo da parte dell'autorità giudiziaria. Il legislatore ha raccolto l'invito, dapprima stabilendo che le intercettazioni dovessero effettuarsi esclusivamente mediante impianti installati nelle procure della Repubblica, salva la facoltà di utilizzare, in via transitoria, gli impianti di pubblico servizio, fin quando gli uffici giudiziari non si fossero adeguatamente attrezzati (art. 226-*quater*, comma 1 c.p.p. 1930, introdotto dall'art. 5 della legge 8 aprile 1974, n. 98); e poi consentendo, nella perdurante inadeguatezza degli impianti presso le procure, di utilizzare, peraltro solo per ragioni di urgenza, anche gli impianti in dotazione agli uffici di polizia giudiziaria (art. 226-*quater*, comma 2, come sostituito dall'art. 8 del decreto-legge 21 marzo 1978, n. 59, convertito, con modificazioni, nella legge 18 maggio 1978, n. 191).

⁷¹ Sulla dottrina della prova incostituzionale cfr. lo stato dell'arte illustrato, poco prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, da ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 506.

⁷² Senza pretesa di esaustività, si considerino almeno: l'art. 103, comma 7 c.p.p., secondo

Su tale nuovo tessuto normativo gli interventi giurisprudenziali si sono fatti decisamente meno timidi.

Nella sentenza n. 366 del 1991, in materia di intercettazioni, la Corte costituzionale, dopo aver ribadito la necessità di una specifica ed adeguata motivazione del provvedimento autorizzativo dell'intercettazione, e ricollegata questa necessità direttamente agli artt. 2 e 15 Cost., afferma che la libertà di comunicare «risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati»⁷³.

Nella successiva sentenza n. 81 del 1993, la Corte afferma che è l'art. 15 Cost. a precludere «la divulgazione o, comunque, la conoscibilità da parte di terzi delle informazioni e delle notizie idonee a identificare i dati esteriori della conversazione telefonica (autori della comunicazione, tempo e luogo della stessa)»; e che quindi «l'acquisizione come mezzi di prova dei dati medesimi non può non avvenire nel più rigoroso rispetto delle regole che la stessa Costituzione pone direttamente, con norme precettive, a garanzia della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione». Insomma, «come questa Corte ha implicitamente riconosciuto (v. sent. n. 34 del 1973), non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti at-

cui «salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 271, i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati»; l'art. 240, comma 1 c.p.p., in materia di documento anonimo, rimasto inalterato anche a seguito del decreto legge 22 settembre 2006, n. 259, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2006, n. 281; l'art. 254, comma 3 c.p.p., secondo cui «le carte e gli altri documenti sequestrati che non rientrano fra la corrispondenza sequestrabile sono immediatamente restituiti all'avente diritto e non possono comunque essere utilizzati»; l'art. 267, comma 2, III° periodo c.p.p., secondo cui «se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati»; l'art. 271, comma 1 c.p.p., secondo cui «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3» c.p.p.; l'art. 343 comma 4 c.p.p., secondo cui «gli atti compiuti in violazione di quanto stabilito nei commi 2 e 3 [in materia di concessione dell'autorizzazione a procedere: N.d.A.] non possono essere utilizzati».

⁷³ Corte cost., 23-07-1991, n. 366, in *Foro it.*, 1992, I, 3257, con nota di DE GREGORIO.

Sottoposto a scrutinio di costituzionalità era l'art. 270, comma 1 c.p.p., che consente di utilizzare le intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quelli in cui queste sono state effettuate.

traverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino»⁷⁴.

Nella sentenza n. 229 del 1998, la Corte si spinge a qualificare un provvedimento di sequestro del P.M. come «*direttamente lesivo di principi costituzionali*»; principi «*immediatamente applicabili in forza di un'interpretazione secundum Constitutionem degli artt. 247 e 253*» c.p.p.⁷⁵: questi ultimi, in realtà, non rappresentando altro che un pudico filtro ad una chiara applicazione diretta della Costituzione in una concreta vicenda processuale.

Nella sentenza n. 135 del 2002, in materia di videoriprese non comunicative – sentenza che poi ha originato la decisione delle sezioni unite Prisco del 2006⁷⁶ – la Corte costituzionale si è innanzitutto chiesta «*se l'operazione investigativa sulla quale il quesito stesso verte non risulti, in realtà, vietata in modo assoluto dal sistema costituzionale, a prescindere dal "livello di garanzie" dal quale la normativa ordinaria eventualmente la circonda*»⁷⁷. Pur avendo in concreto escluso tale contrasto, rimane il fatto che, nell'argomentare della Corte, è ben possibile che un atto processuale a contenuto probatorio possa porsi in diretto contrasto con la Carta fondamentale.

Passando all'esame della giurisprudenza ordinaria successiva al 1988, vi è da dire che, a fronte di sentenze di legittimità stabilmente arroccate sui tralattizi insegnamenti della teoria del potere istruttorio, non sono mancate aperture verso un riconoscimento delle regole di esclusione.

In questo clima, nel 1996 le sezioni unite della Suprema corte sono state chiamate a comporre il contrasto di giurisprudenza⁷⁸. Il caso sottoposto al loro esame era quanto di più paradigmatico si potesse immaginare: una perquisizione domiciliare effettuata dalla polizia giudiziaria, senza autorizzazione del magistrato e senza alcun presupposto d'urgenza, che sola aveva consentito di scoprire e sequestrare trentun grammi di cocaina. La tensione tra le opposte istanze – assolvere un evidente colpevole o condannarlo in esito ad una altrettanto evidente violazione dei suoi diritti costituzionali – non poteva essere più netta.

La sentenza rappresenta, sotto certi aspetti, un vero enigma.

Operata una breve ricostruzione storica, in cui si cita la sentenza costituzionale n. 34 del 1973 e si tracciano i rapporti tra la sanzione della nullità e quella della inutilizzabilità nella sistematica codicistica del 1988, la sentenza teo-

⁷⁴ Corte cost., 11-03-1993, n. 81, in *Cass. pen.*, 1993, 2741, con nota di POTETTI.

⁷⁵ Corte cost., 19-06-1998, n. 229, in *Cons. Stato*, 1998, II, 800.

⁷⁶ Cass., sez. un., 28-03-2006, Prisco *cit.*

⁷⁷ Corte cost., 24-04-2002, n. 135 *cit.*, 392.

⁷⁸ Cass., sez. un., 27-03-1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268.

rizza che l'inutilizzabilità coprirebbe due settori di intervento: quello delle prove *tout court* vietate e quello delle prove il cui illegittimo procedimento acquisitivo le pone al di fuori del sistema processuale.

Rientrerebbero in quest'ultimo ambito le «*prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione, e, perciò, assoluti ed irrinunciabili*»; né «*è certamente casuale il fatto che nella più recente dottrina si sia andata sempre più consolidando la costruzione della categoria autonoma della "prova incostituzionale", comprensiva della prova l'illegittima" ed "illecita", ed avente un unico, irrinunciabile presupposto, e cioè l'essere la sua anti-giuridicità riconducibile ad una lesione dei diritti soggettivi fondamentali, riconosciuti e tutelati dalla nostra Costituzione*»⁷⁹.

La sentenza poi passa ad affermare che tra perquisizione e sequestro vi è un rapporto funzionale – non esauribile nell'area riduttiva della mera consequenzialità cronologica – che ormai non può più essere fondatamente escluso.

Sin qui il lettore si sentirebbe autorizzato a ritenere inevitabile la consacrazione di una chiara regola di esclusione in materia di sequestro conseguente a perquisizione illegittima.

Ed invece, negli ultimi paragrafi, il colpo di coda. Tutte le argomentazioni appena svolte risulterebbero *de plano* superflue, dal momento che a prevalere sulla illegittima intrusione domiciliare è il carattere doveroso del sequestro: è lo stesso ordinamento processuale a considerare irrilevante il come si sia pervenuti a quel sequestro, che rappresenta pur sempre un atto dovuto per gli operanti, sotto minaccia di responsabilità penali; né gli aspetti strumentali della ricerca possono paralizzare l'adempimento di tale obbligo giuridico.

Ad un lungo peana accusatorio fa seguito, quasi la sentenza fosse una chimera, un epilogo dal sapore marcatamente inquisitorio⁸⁰. Nonostante questa intima contraddittorietà, la sentenza sembra aver allineato la giurisprudenza successiva sul punto della incomunicabilità dei vizi della perquisizione al successivo sequestro⁸¹.

Una maggiore apertura, anche successiva al 1996, in materia di propagazione dei vizi, sembrava – ed invero giustamente – esistere in materia di attività perquirente posta in essere a seguito di denuncia anonima⁸²; ma anch'essa pa-

⁷⁹ Cass., sez. un. 27-03-1996 *cit.*, *ivi*, 3270-1.

⁸⁰ «L'assalto al castello è fallito»: così CORDERO, *Procedura penale cit.*, 654.

⁸¹ Cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 09-01-2004, Scollo, in *C.E.D. Cass.*, rv. 227880.

⁸² Trib. Roma, 22-10-1999, A.P., in *Nuovo dir.*, 2000, 412, con nota di MIMMO; Cass., sez. III, 18-06-1997, Sirica, in *Cass. pen.*, 1998, 2081, con nota di ROMBI; Cass., sez. III, 08-03-1995, Ceroni, in *Cass. pen.*, 1996, 1876, con nota di ZAPPULLA.

re oggi inaccettabilmente sconfessata⁸³.

Se questo è l'assetto – per nulla appagante – della “procedura penale generale”, va detto che vi sono ipotesi in cui lo stato delle cose si atteggia in modo tutt'affatto diverso. In alcuni specifici settori, infatti, si avverte quasi un malessere della giurisprudenza a prestare supina acquiescenza all'inappagante *dictum* delle sezioni unite Sala del 1996 ed il conseguente, deciso riconoscimento dell'operatività delle regole di esclusione.

Si prenda la c.d. attività integrativa d'indagine di cui all'art. 430 c.p.p.: successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, pubblica accusa e difesa possono compiere ulteriori atti d'investigazione «*fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo*» (art. 430, comma 1 c.p.p.). Secondo la giurisprudenza perquisizioni e sequestri ricadono nel divieto in esame⁸⁴; vien da chiedersi, in conseguenza, se una perquisizione effettuata successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio – e quindi in violazione del divieto – porti ad un sequestro invalido oppure no.

Se si dovesse fare applicazione dell'argomento contenuto nelle sezioni unite Sala del 1996, si dovrebbe evidentemente rispondere di no: il sequestro resta pur sempre un atto dovuto e quindi legittimo.

Sorprendentemente, invece, la risposta fornita da una certa giurisprudenza di merito, successiva al 1996, è di segno esattamente opposto: si è, ad esempio, così affermato che «*la locuzione dell'art. 430 c.p.p. relativa agli “atti per i quali è prevista la partecipazione del difensore”, esclude che, successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, sia consentito al p.m. il compimento di atti di perquisizione o di sequestro; di conseguenza la perquisizione eseguita in violazione del detto principio non solo è di per sé illegittima, ma rende inutilizzabili gli elementi di prova acquisiti per effetto della stessa, i quali, pertanto, non potrebbero essere “recuperati” mediante provvedimenti emessi ex novo dal tribunale, ex art. 507 c.p.p.*»⁸⁵; ed ancora: «*l'attività integrativa di indagine consentita al p.m. è limitata alla fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari, ma antecedente all'apertura del dibattimento; l'acquisizione da parte del p.m. dei documenti tramite sequestro in pendenza*

⁸³ Cfr. Cass., sez. II, 19-01-2006, C., in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1513, in materia di telefonata anonima, da cui avevano poi preso le mosse le indagini.

⁸⁴ Nel divieto ricadrebbero sia gli atti per i quali è previsto il diritto di assistere, sia quelli per cui è prevista la mera facoltà: Trib. Roma, 20-06-2000, Signorile, in *Giur. it.*, 2002, 1263.

⁸⁵ Trib. Fermo, 09-05-2000, Carbone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 548.

del dibattimento va ritenuta irrituale e detti documenti, per come acquisiti, non sono utilizzabili; il che non preclude comunque un'eventuale acquisibilità all'esito dell'istruttoria dibattimentale»⁸⁶.

A prescindere dall'ulteriore questione se, a fronte di un primo sequestro invalido in via derivata, ne sia possibile una valida reiterazione, si osservi che ambedue le sentenze ripudiano l'insegnamento delle sezioni unite Sala del 1996: i vizi della perquisizione si comunicano fatalmente al successivo sequestro.

Altra ipotesi, appartenente questa volta alla legislazione speciale, in cui il tutt'altro che granitico insegnamento delle sezioni unite Sala del 1996 viene abbandonato, e le regole di esclusione espressamente applicate, è rappresentata dall'attività di contrasto nel contesto della lotta ai reati contro la libertà sessuale dei minori.

L'art. 14, comma 1 della legge n. 269 del 1998 recita che *«nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale, introdotti dalla presente legge, procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge. Dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini»*.

La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi reiteratamente di questa norma.

La questione più esaminata è stata la seguente: *quid* se l'attività di contrasto venga posta in essere non per acquisire elementi di prova in ordine ai reati espressamente contemplati (art. 600-bis, comma 1, art. 600-ter, commi 1, 2 e 3, art. 600-quinquies c.p.), ma in ordine a reati diversi (ad esempio mera detenzione di materiale pedopornografico, art. 600-*quater* c.p.), in relazione ai quali, invece, l'attività di contrasto non è contemplata⁸⁷?

⁸⁶ Trib. Perugia, 20-04-1994, B. F., in *Rass. giur. umbra*, 1995, 877, con nota di GULLUNI.

⁸⁷ Una ulteriore questione, cui qui sia consentito di accennare solo brevemente, riguarda le conseguenze di una attività compiuta dalla polizia giudiziaria in assenza di provvedimento au-

La giurisprudenza ha affermato la chiara inutilizzabilità del materiale rinvenuto – e sequestrato – a seguito di una attività di contrasto posta in essere al di fuori dei casi (ipotesi di reato) consentiti: «*l'attività di contrasto attraverso un agente provocatore non può essere espletata per accertare elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600-quater c.p. (detenzione di materiale pedopornografico), sì che gli elementi di prova così acquisiti sono inutilizzabili e tale inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche durante la fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, l'eventuale sequestro probatorio del materiale pedopornografico è illegittimo in quanto non si può affermare la sussistenza del "fumus delicti" in base ad un risultato investigativo inutilizzabile*»⁸⁸.

Anche l'orientamento più cauto – secondo cui «*la legittimità e liceità dell'attività di contrasto "sotto copertura" deve essere valutata ex ante, in relazione al momento in cui tale attività è disposta dall'autorità giudiziaria e non con riguardo all'esito dell'investigazione; ciò significa che se, quando l'autorità giudiziaria ha autorizzato gli eccezionali strumenti di investigazione che consentono alla polizia giudiziaria di procedere "sotto copertura" ad azioni simulate (nella specie, trattavasi dell'attività di contrasto prevista dall'art. 14 l. 3 agosto 1998 n. 269, in materia di prostituzione e pornografia minorile), esistevano già indizi di uno dei gravi reati tassativamente indicati nella norma quali condizione per l'attivazione dell'azione simulata, i mezzi di prova così acquisiti, sono legittimi e utilizzati ex art. 191 c.p.p. anche se riguardino reati diversi e meno gravi di quelli ipotizzati*»⁸⁹ – da per scontato che, se l'attività di contrasto fosse sin dal primo momento orientata alla ricerca di materiale probatorio in relazione a reati non tassativamente indicati, il successivo sequestro sarebbe invalido.

Quel che si deve *in primis* osservare è che la Corte di cassazione non perviene alla declaratoria di inutilizzabilità applicando precetti costituzionali, bensì in forza dell'art. 191 c.p.p., quindi ritenendo che l'art. 14 legge n. 269 del 1998 contenga un divieto probatorio. L'effettiva ricorrenza di un simile di-

torizzativo del magistrato: propende per la nullità Cass., sez. V, 13-02-2004, Malfanti, in *Giur. it.*, 2005, 809, con nota di SAPONARO; parla invece di inutilizzabilità Cass., sez. III, 28-01-2005, Gallotti, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 27, 71, con nota di CISTERNA.

⁸⁸ Cass., sez. III, 28-01-2005, n. 13500, Spora, in *C.E.D. Cass.*, rv. 231605.

Nello stesso senso si vedano anche Trib. Bari, 30-11-2004, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 9, 67, con nota di D'AMATO; Cass., sez. III, 24-09-2004, G. D., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 41; Cass., sez. III, 16-06-2004, C. G., in *Riv. pen.*, 2005, 137; Cass., sez. III, 25-05-2004, G., in *Dir. Internet*, 2005, 39, con nota di APRILE.

⁸⁹ Cass., sez. III, 17-02-2005, A., in *Dir. Internet*, 2005, 481, con nota di LUPÁRIA ed in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 25, 62, con nota di AMATO.

vieto è però quantomeno discutibile, quale che ne sia la nozione cui si voglia aderire, tra tutte quelle variamente proposte⁹⁰.

Questa prima riflessione ne suscita subito una successiva: ma se l'attività di contrasto, effettuata fuori dai casi previsti dall'art. 14 legge n. 269 del 1998, conduce ad un sequestro invalido, per quale motivo una comune perquisizione, effettuata fuori dai casi previsti, conduce invece ad un sequestro perfettamente legittimo?

In definitiva, l'impressione è che, nell'ipotesi di cui all'art. 14 legge n. 269 del 1998, la cassazione si serva dell'inutilizzabilità ordinaria non nella funzione sua propria di sanzione per la violazione di un divieto, ma al fine di garantire la legalità dell'intero procedimento probatorio, in quanto, rispetto al binomio classico perquisizione/sequestro, teme i possibili abusi che potrebbero discendere dall'insidiosità delle inedite "attività di contrasto" che, non a caso, presentano un tasso tecnologico piuttosto elevato (attività sotto copertura, utilizzo di siti web civetta, tracciamento degli accessi su internet, etc.).

Che si condivida o meno questa impressione, comunque, il dato che rimane fermo è, ancora una volta, l'innegabile abbandono del *dictum* delle sezioni unite Sala del 1996.

In questa rassegna di giurisprudenza, che faccia applicazione di regole di esclusione non espressamente previste dal codice, altra pronuncia che merita di essere sicuramente menzionata – anche per i contraccolpi sistematici che potrebbe produrre – è costituita dalle sezioni unite Carnevale del 2002. In un noto processo a carico di un magistrato di cassazione, accusato di concorso esterno in associazione mafiosa, per aver "ammazzato" molte sentenze di giudici di merito, scomode all'associazione, la principale prova a carico era data dalla testimonianza di altri colleghi magistrati su quanto da lui compiuto ed affermato nel segreto della camera di consiglio, in sede di deliberazione delle relative sentenze. Nell'annullare senza rinvio la sentenza di condanna in grado d'appello, per insussistenza del fatto, le sezioni unite hanno affermato (rilevando d'ufficio il relativo vizio) che «*il giudice penale che abbia concorso, in camera di consiglio, alla deliberazione collegiale non può essere richiesto – trattandosi di attività coperta da segreto d'ufficio – di deporre come testimone in merito al relativo procedimento di formazione (e, se richiesto, ha l'obbligo di astenersi), limitatamente alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, salvo il sindacato del giudice che procede circa l'effettiva*

⁹⁰ Su cui cfr. RUGGIERI, Art. 191, in AA.VV., *Codice di procedura penale - Commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Ipsoa, Milano, 2001, 1037-1038.

pertinenza della domanda formulata alle circostanze coperte da segreto; ne consegue che la testimonianza eventualmente resa, poiché acquisita in violazione di divieto stabilito dalla legge, è inutilizzabile»⁹¹.

La Corte si guarda bene dall'avventurarsi in discettazioni sui complessi rapporti tra inutilizzabilità e prova illecita (derivante da reato); sganciandosi da ogni riferimento al diritto penale sostanziale, ritiene, molto più pragmaticamente, di ravvisare nell'art. 201, comma 1 c.p.p. – secondo cui «*salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria, i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti*» – un divieto probatorio, sanzionabile ex art. 191 c.p.p. con l'inutilizzabilità delle testimonianze assunte in sua violazione.

Ancora una volta⁹², però, l'individuazione di un simile divieto, effettuata senza alcun riferimento a norme costituzionali, appare operazione ermeneutica molto più creatrice che meramente ricognitiva.

A coronamento di questo percorso di progressiva emersione delle regole di esclusione nella giurisprudenza posteriore al 1996, sia pure in settori processuali "specifici", si deve citare il caso delle videoriprese non comunicative. Le sezioni unite della Suprema corte, raccogliendo i chiari spunti offerti dalla già citata sentenza costituzionale n. 135 del 2002, hanno affermato che «*se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio (...)*»⁹³. In questo caso, la cassazione si spinge, nemmeno troppo ambiguamente, a riconoscere che dalla Costituzione, e dai diritti da essa definiti inviolabili, può discendere una tutela direttamente invocabile nei singoli processi (anche se il caso di specie aveva un *quid propri* dato dall'esistenza di un *vacuum* legislativo).

Pur in un panorama così frastagliato, un elemento di sintesi appare ravvisabile, specie in una prospettiva diacronica: con lentezza e progressività, specialmente (ma non esclusivamente) in ambiti in cui più si avverte l'incidenza ed il peso delle nuove tecnologie⁹⁴, la tradizionale dottrina del potere istruttorio,

⁹¹ Cass., sez. un., 30-10-2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, 453, con note di FIANDACA e di DI CHIARA.

⁹² Come già visto con riferimento all'art. 14 legge n. 269 del 1998.

⁹³ Cass., sez. un., 28-03-2006, Prisco *cit.*, 1351.

⁹⁴ Esemplamente, cfr. quanto detto *supra* a proposito dell'attività di contrasto ex art. 14 legge n. 269 del 1998.

compendiata nell'affermazione per cui i vizi della perquisizione non si comunicano al successivo sequestro, lascia il posto all'individuazione di nuove regole di esclusione, in grado di colpire le acquisizioni probatorie frutto di violazioni di diritti fondamentali, talvolta con il diretto richiamo delle fonti costituzionali, talaltra con l'impiego dell'art. 191 c.p.p., la cui nozione di divieto probatorio viene però sottoposta a interpretazioni decisamente estensive⁹⁵.

5. *Discussione sull'introduzione di una "inutilizzabilità costituzionale"*

Quanto sin qui osservato consente di porre due premesse da cui muovere per delle riflessioni *de iure condendo*.

In primo luogo, vi è la forte necessità di assicurare una miglior tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nella società e nel processo penale. Aumentano in modo esponenziale le potenzialità investigative; aumentano conseguentemente le modalità di lesione dei diritti fondamentali; il livello di loro tutela non può certo segnare il passo⁹⁶.

In secondo luogo, le risultanze fornite dall'analisi condotta a livello per dir così orizzontale, in altri ordinamenti stranieri⁹⁷, e verticale, in altre partizioni del diritto italiano oltre che in quella processuale penale⁹⁸, dimostrano che non è ormai più corretto continuare ad affermare che l'ordinamento italiano non conosce il fenomeno delle regole di esclusione, volte a proteggere i diritti fondamentali dell'individuo.

Nel presente paragrafo si intende sostenere che, pur in assenza di un intervento legislativo, il cammino sin qui compiuto può essere portato a più maturo e generalizzato compimento attraverso l'individuazione, nella Carta costituzionale, di regole di esclusione che, in quanto direttamente applicabili nei singoli processi, producono una "inutilizzabilità costituzionale" del materiale probatorio assunto in loro violazione⁹⁹.

⁹⁵ Lo si è appena visto nel caso dell'art. 14 legge n. 269 del 1998 e nel caso dell'art. 201 c.p.p.

⁹⁶ Cfr. *supra*, par. 1.

⁹⁷ In cui la diretta applicazione di norme costituzionali nei processi è fenomeno perfettamente noto e pacifico: cfr. *supra*, par. 2.

⁹⁸ In cui la giurisprudenza, sia costituzionale sia di legittimità, è arrivata di fatto ad ammettere le regole di esclusione, pur se non (ancora) a farne un uso sistematico: cfr. *supra*, parr. 3 e 4.

⁹⁹ Ciò eviterebbe, tra l'altro, di ricorrere a quella curiosa inversione del sistema delle fonti, consistente nel ritenere che, laddove l'art. 191, comma 1 c.p.p. parla di legge, intenderebbe anche quella costituzionale.

In via del tutto generale, la diretta applicabilità processuale di norme contenute nella Carta costituzionale è un fenomeno non certo nuovo¹⁰⁰. Nondimeno, la proposta di riconoscere cittadinanza giuridica alle regole di esclusione costituzionali deve farsi carico di numerose possibili obiezioni. Devono esaminarsi, nell'ordine, prima le obiezioni relative all'*an* dell'introduzione delle regole e, successivamente, quelle relative al *quomodo* del loro operare.

5.1. *Le possibili obiezioni.* – Quanto all'*an*, si avanzano delle difficoltà per così dire strutturali.

Si obietta anzitutto che le norme costituzionali sarebbero troppo generali per essere impiegate in un modo siffatto: o non avrebbero nessuna utilità o, all'opposto, finirebbero col conferire troppa discrezionalità al potere giudiziario.

A prescindere dal fatto che in altri ordinamenti stranieri tali norme trovano invece diretto impiego e dal fatto che l'ingenuo modello della legge "autoapplicantesi" e del giudice automa, privo di discrezionalità, è ormai tramontato¹⁰¹, si deve qui osservare che la sanzione scatta solo ove il diritto fondamentale venga aggredito al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge, oppure in assenza di un atto motivato dell'autorità giudiziaria (tali sono le garanzie operanti per i diritti di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost., come subito si vedrà): in altre parole solo nei casi più gravi.

Al fine di applicare o meno la regola di esclusione, il giudice del processo deve quindi effettuare due controlli. *In primis*, se l'incisione del diritto fondamentale posta concretamente in essere rientra tra le tipologie previste dalla legge¹⁰²; in secondo luogo, se tale incisione sia "coperta" da un atto motivato dell'autorità giudiziaria che *ex ante* o, nei casi previsti, *ex post*, la giustifichi¹⁰³.

Ove uno dei due controlli dia esito negativo, la sanzione deve essere pronunziata, senza alcun tramite intermedio, in forza della norma fondamentale

¹⁰⁰ Si pensi, fra i molti esempi possibili, all'applicazione dell'art. 36 Cost. nei processi giuslavoristici: né l'obiezione secondo cui il concetto di "retribuzione proporzionata e sufficiente" sarebbe troppo vago ne ha impedito la diretta applicazione.

¹⁰¹ Sul nuovo rapporto tra giudice e legge nell'età della globalizzazione cfr., anche per gli opportuni rinvii, FERRARESE, *Il diritto al presente, Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁰² Ad esempio, la legge conosce la categoria legale "perquisizione", ma non quella "videoriprese non comunicative nel domicilio", che costituirebbero prova vietata.

¹⁰³ Qui la giurisprudenza avrebbe il compito di fornire una nozione costituzionale di "atto motivato dell'autorità giudiziaria": e, ovviamente, il punto più delicato è costituito dal concetto di motivazione (quando può dirsi sufficiente, quanti e quali elementi deve abbracciare in relazione alle varie forme di intrusione, etc.).

(inutilizzabilità costituzionale), indipendentemente ed anzi al di sopra della normativa ordinaria. Attraverso quest'ultima, infatti, il legislatore, nella sua discrezionalità e nel bilanciare gli opposti beni in conflitto, può (e di fatto lo fa) selezionare ulteriori condotte e fattispecie, da sanzionare attraverso l'inutilizzabilità "ordinaria" di cui all'art. 191 c.p.p. Questo doppio binario trova eco nell'esperienza comparatistica¹⁰⁴ e mostra oggi i possibili intrecci di tutela "multilivello" nella norma secondo la quale «*la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore*»: norma che è, ad un tempo, una regola di esclusione costituzionale (art. 111, comma 4, II° periodo) ed un'ipotesi di inutilizzabilità ordinaria (art. 526, comma 1-bis c.p.p., con la sola variante del riferimento all'esame, anziché all'interrogatorio)¹⁰⁵.

Sempre in ordine all'*an* dell'introduzione delle regole di esclusione costituzionali nell'ordinamento, emerge, intimamente connessa alla problematica appena esaminata, quella della individuazione o selezione dei diritti fondamentali, la cui violazione generi invalidità; in particolare se essi siano riconducibili ad un *numerus clausus* o se, invece, siano una categoria aperta e soggetta all'evoluzione del contesto socio-culturale di riferimento.

La questione impegna da tempo costituzionalisti ed internazionalisti¹⁰⁶ e fornire una risposta nella presente sede appare decisamente un fuor d'opera. Ci si può, infatti, molto più pragmaticamente limitare ad osservare che, data l'intrinseca connessione del presente tema con il diritto delle prove, le libertà

¹⁰⁴ Negli Stati Uniti è ben presente la distinzione tra regole di esclusione contenute nella Costituzione e regole di esclusione "ordinarie", contenute nella statutory law. Anche in Spagna la tutela opera su due piani: quello costituzionale, a mezzo dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale e direttamente applicabili ai processi (essendo l'art. 11 LOPJ norma meramente ricognitiva), e quello ordinario, a mezzo dell'art. 238.3 LOPJ, secondo cui «*los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...) 3. cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*» (cfr. GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 85).

Se anche in Italia si accedesse a tale doppio binario, l'art. 191 c.p.p. potrebbe affrancarsi da quelle "torsioni applicative" sopra segnalate (cfr. par. 4, a proposito dell'art. 14 legge n. 269 del 1998 e dell'art. 201 c.p.p.) e la nozione di divieto probatorio ivi contenute potrebbe guadagnare in tassatività.

¹⁰⁵ Non si consente, peraltro, con FELICIONI, *La Cassazione invita cit.*, 1521, laddove afferma che dalle norme costituzionali non possono ricavarsi regole di esclusione, salvo dette norme contengano dei divieti espressi (e l'art. 111, comma 4, II° periodo Cost. rappresenterebbe, al momento, l'unica ipotesi).

¹⁰⁶ Sul punto cfr. almeno BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Encicl. giur. Treccani*, 1989, vol. XI.

fondamentali incise sono, statisticamente, la triade della libertà personale, domiciliare e di comunicazione (artt. 13, 14 e 15 Cost.), tutte presidiate, anche se con diverse sfumature, dalla doppia garanzia della riserva di legge e dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria, mentre a variare sono piuttosto le modalità sempre nuove di loro aggressione¹⁰⁷.

A tali libertà tradizionali si aggiunge da ultimo – benché in modo davvero prorompente – il bene giuridico della riservatezza¹⁰⁸, sul quale però il discorso si fa più articolato. Mentre in altri ordinamenti (ad es. quello statunitense) essa viene spesso concepita e tutelata quale “appendice” delle altre libertà più tradizionali, come quella domiciliare e quella di comunicazione, secondo la recente sentenza a sezioni unite Prisco del 2006¹⁰⁹, la riservatezza troverebbe riconoscimento nell'art. 2 Cost. nonché, a livello internazionale, nell'art. 8 CEDU e 17 PIDCP (e sin qui si può consentire) ma, per incidere su tale bene giuridico, nella palese assenza di una disciplina di legge specifica, sarebbe sufficiente il provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria¹¹⁰. In realtà, non si comprende davvero quale norma, costituzionale od ordinaria, imponga la riserva dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria. L'art. 2 Cost., a rigore, non prevede nemmeno una riserva di legge: a porla ed incorporarla all'interno dell'ordinamento, per effetto di un orientamento progressista che viene attribuendo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo efficacia ormai diretta nell'ordinamento interno¹¹¹, è l'art. 8 CEDU, secondo cui «1. Ogni persona ha diritto al

¹⁰⁷ Esemplare il caso della *thermal-imaging technology*, su cui cfr. *supra*, al richiamo della nota 9.

¹⁰⁸ Non dovrebbe invece rientrare nel novero dei diritti fondamentali protetti da regola di esclusione il diritto di difesa, pur qualificato come inviolabile dall'art. 24, comma 2 Cost. per la ragione che esso non è un bene fine, ma un bene strumento: cfr. ALLENA, *Riflessioni sul concetto cit.*, 523 ss.

¹⁰⁹ Cass., sez. un., 28-03-2006, Prisco *cit.*

¹¹⁰ Cass., sez. un., 28-03-2006, Prisco, *cit.*, 1353. Dubbi su una simile conclusione traspaiono già in RUGGIERI, *Riprese visive cit.*, par. 7.

¹¹¹ Per degli spunti di riflessione cfr., almeno, GUAZZAROTTI e COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in corso di pubblicazione in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, fasc. 3; RANDAZZO, *Giudici comuni e corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 1303.

Nella giurisprudenza penale cfr., tra le più recenti, Cass., sez. I, 01-12-2006, Dorigo, in *Dir. e giustizia on line*, 31 gennaio 2007, con osservazioni di CALVANESE; Cass., sez. I, 12-07-2006, Somogyi, in www.cortedicassazione.it/Documenti/32678.pdf; Cass., sez. I, 22-09-2005, Cat Berro, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 43, 84.

Al tema del rango della CEDU e dell'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno è dedicato l'incontro di *Amicus curiae* - seminari preventivi ferraresi, del 9 marzo 2007 (cfr. <http://web.unife.it/convegni/amicuscuriae/>).

rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge (...).».

Al contrario, una riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria, se pure possa dirsi auspicabile, al fine di allineare lo standard di tutela della riservatezza con quello dei diritti fondamentali di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost., non risulta di fatto imposta da nessuna norma¹¹². Lo prova anche il fatto che la riserva di legge risulta positivamente attuata, prima con la legge n. 675 del 1996, ed ora con il d. lgs. n. 196 del 2003. E tale normativa prevede molteplici modalità di trattamento dei dati che prescindono dalla riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria, come il consenso o finanche il provvedimento "amministrativo" del Garante (art. 24 d. lgs. n. 196 del 2003). L'art. 132 d. lgs. n. 196 del 2003, di recente novellato, realizza sì la riserva, ma non certo per mandato costituzionale e comunque solo per una ben circoscritta ipotesi¹¹³.

Un'ultima, possibile, obiezione circa l'an dell'introduzione di regole di esclusione costituzionali è la seguente: ricavare regole di esclusione dalla Costituzione significherebbe consentire un controllo di costituzionalità diffuso, in contrasto con il modello di scrutinio accentrato voluto dalla stessa Carta fondamentale¹¹⁴.

¹¹² Lo prova anche la debolezza degli argomenti utilizzati dalle sezioni unite Prisco del 2006, secondo cui, in sostanza, l'obbligo di atto motivato dell'autorità giudiziaria deriverebbe non già da una norma precisa, bensì da tre, indubbiamente autorevoli, precedenti giurisprudenziali: Cass., sez. IV, 16-03-2000, Viskovic (in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 87, con nota di FILIPPI); Corte cost., 11-03-1993, n. 81 (in *Cass. pen.*, 1993, 2741, con nota di POTETTI); Corte cost., 17-07-1998, n. 281 (in *Cass. pen.*, 1999, 27).

La prima sentenza (in ciò, tra l'altro, divergendo dalle sezioni unite Prisco del 2006) applica però alle riprese visive effettuate nel bagno di un locale pubblico la tutela dell'art. 14 Cost., che prevede appunto espressamente la riserva. La seconda sentenza parla, è vero, di livello minimo di garanzie della sfera di riservatezza, ma all'interno di un discorso avente specificamente ad oggetto la libertà e la segretezza delle comunicazioni, e, quindi, l'art. 15 Cost., che prevede anch'esso espressamente quella riserva. Infine, la terza sentenza si rifiuta espressamente – e ciò dovrebbe suonare indicativo – di estendere le garanzie previste dall'art. 15 Cost. all'acquisizione dei tabulati telefonici, ritenuti un mezzo di prova non assimilabile alle intercettazioni.

Ed invece, le sezioni unite Prisco del 2006 affermano che i bagni di locali pubblici od i camerini non costituiscono domicilio ex art. 14 Cost., per cui all'attività di videoripresa non comunicativa di attività che ivi si svolgono si può "solo" applicare l'art. 2 Cost.

¹¹³ Quella dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, anche sulla scorta dei dubbi sorti in giurisprudenza (e risolti da Cass., sez. un., 23-02-2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2595, con nota di MELILLO).

¹¹⁴ Così BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *D. disc. pen.*, Utet, Torino, 1993, vol. VII, 199.

Anche a voler trascurare l'ovvio dato, secondo cui il controllo demandato alla Corte costituzionale ha per oggetto atti normativi e non già provvedimenti processuali, una simile obiezione poteva forse avere un qualche fascino anni addietro, ma oggi è priva della benché minima persuasività. Si consideri infatti che, attraverso la "breccia" del diritto comunitario, il giudice nazionale è già investito di un controllo diffuso circa il rispetto, da parte del legislatore, dei Trattati e del diritto derivato dell'Unione europea, e non solo disapplica atti amministrativi in contrasto con essi, ma persino norme di legge. Si consideri, altresì, che sempre più frequentemente le fonti comunitarie contengono riferimenti e richiami a diritti fondamentali, riconosciuti nella c.d. Carta di Nizza e nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa¹¹⁵.

Si esaminino ora le non meno insidiose problematiche concernenti il *quomodo* del quotidiano operare delle regole di esclusione, che mettono capo a delle obiezioni dal carattere più marcatamente pratico.

Calare le regole di esclusione nella pratica quotidiana significa, in primo luogo, sottoporre il concetto di causalità nel processo penale ad una rimediazione che si articola su molteplici livelli.

Ad un primo livello, occorre chiedersi quando si può pervenire all'affermazione che vi è nesso di causalità tra la violazione e la successiva scoperta. Se la perquisizione illegittima porta ad un sequestro, questa derivazione causale, ammessa dalle stesse sezioni unite Sala del 1996, appare difficilmente negabile, secondo un modello condizionalistico che appare in consapevole rottura con gli argomenti propri della "vecchia" teoria del potere istruttorio¹¹⁶.

Vi è piuttosto da chiedersi se il nesso causale permanga o si interrompa, ove risulti che quel certo elemento probatorio era destinato ad essere comunque scoperto¹¹⁷. Nel diritto penale, la causalità alternativa ipotetica – il bene danneggiato sarebbe comunque andato distrutto nel terremoto di poco successivo alla condotta delittuosa – non può certo essere invocata dal reo per andare esente da responsabilità¹¹⁸. Nel processo, invece, la comparazione mo-

¹¹⁵ A ciò si aggiunga che i diritti fondamentali in questione sono tutti oggetto di riconoscimento nel PIDCP e, soprattutto, nella CEDU, della quale si va affermando la diretta vincolatività nell'ordinamento interno, come appena accennato nel testo.

¹¹⁶ Su cui cfr. *supra*, par. 4, in principio.

¹¹⁷ Ad esempio perché, in base ad un regolare provvedimento giudiziario, rilasciato in modo totalmente indipendente, un secondo operante di polizia giudiziaria si stava nel contempo recando presso l'abitazione dell'accusato per ivi svolgervi una legittima perquisizione.

¹¹⁸ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale - parte generale*, 4^a ediz., Zanichelli, Bologna, 2001, 206.

stra che, aldilà della loro frequenza statistica, situazioni del genere mettono capo alle eccezioni della *inevitable discovery exception* negli Stati Uniti e del *descubrimiento (ballazgo) inevitable* in Spagna, e meritano probabilmente adesione, ma secondo una casistica che all'evidenza non può qui prevedersi e dovrà progressivamente formarsi nel quotidiano operare forense.

Ad un secondo livello, la regola di esclusione deve produrre effetti derivati sull'attività successiva dipendente dall'atto viziato. Secondo alcuni un tale effetto, espressamente previsto dall'art. 185, comma 1 c.p.p. solo per le nullità, non dovrebbe essere proprio né dell'inutilizzabilità né, tantomeno, delle regole di esclusione. Se fosse così, però, la *ratio* funzionale delle regole di esclusione – tutelare *ex post* l'inviolabilità di un certo diritto fondamentale e fungere da deterrente *ex ante* nei confronti dei soggetti possibili autori di abusi – sarebbe totalmente frustrata¹¹⁹.

Ad un terzo livello, occorre porsi il problema delle modalità con cui opererebbe la regola di esclusione nelle fasi di gravame. Va preliminarmente chiarito che, considerata la gravità del vizio sotteso (violazione di un diritto costituzionale non prevista dalla legge od in assenza di atto motivato dell'autorità giudiziaria), esso è eccepibile o rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo¹²⁰.

Potrebbe quindi accadere sia che una eccezione venga sollevata in primo grado, ma rigettata e quindi riproposta in sede di impugnazione, sia che essa venga sollevata per la prima volta proprio nel giudizio di impugnazione. Il giudice dell'impugnazione, che accolga l'eccezione, dovrà a quel punto sottoporre la sentenza impugnata ad una sorta di "prova di resistenza"¹²¹: se di

¹¹⁹ L'esempio può essere quello della perquisizione illegittima che porta al sequestro di alcuni appunti, i quali portano alla successiva scoperta del luogo in cui l'accusato conserva il danaro costituente corpo del reato. Anche qui il modello di accertamento causale non può che essere di tipo condizionalistico: se risulta che, senza l'apprensione dell'agenda, non si sarebbe arrivati alla scoperta del danaro, l'invalidità opera; se invece è possibile affermare che vi fossero fonti di prova autonome che avrebbero potuto comunque condurre alla sua scoperta, no.

¹²⁰ Viceversa, il regime di rilevanza della inutilizzabilità "ordinaria" e della nullità potrebbero essere oggetto di una diversa graduazione, in sede di riforma legislativa, per meglio coniugarli con la ragionevole durata del processo.

¹²¹ È, in parte, il tema del c.d. *harmless error* nella dottrina americana (cfr. *supra*, nota 38).

Certo ogni soluzione giuridica ha i suoi limiti: il giudice avrebbe prestato ugualmente fede alla deposizione del teste che ha comprato la droga se, essendo questa l'unica prova a carico utilizzabile, egli giudice non avesse anche saputo, in via informale, che la perquisizione illegittima aveva comunque portato al sequestro di un quantitativo di droga? In molti processi le prove a carico utilizzabili probabilmente non sarebbero state sufficienti alla condanna, se non fos-

condanna, la pronuncia può comunque reggersi in piedi senza la prova esclusa (e senza quelle da essa dipendenti), oppure l'impianto accusatorio ne esce sconvolto e si impone una assoluzione? E se di proscioglimento, l'imputato vanta nel caso di specie, per effetto dell'esclusione della prova, un interesse giuridicamente apprezzabile, ad una formula più favorevole?

Va precisato che, in ordine alle tre questioni appena descritte, non ha senso parlare di un vero e proprio onere probatorio in capo ad una delle parti: sia perché l'inutilizzabilità costituzionale è rilevabile d'ufficio, sia perché comunque è sufficiente che la parte allegghi o chieda l'allegazione del materiale da cui risulti la connessione causale tra il vizio e la prova¹²². La dimostrazione dell'esistenza di tale connessione sarà più un problema prettamente logico-argomentativo¹²³.

5.2. *I limiti all'operare delle regole di esclusione costituzionali.* – Un tema cruciale concerne le c.d. eccezioni alla regola di derivazione causale appena individuata¹²⁴.

sero state integrate dalla conoscenza extraprocessuale offerta da quelle inutilizzabili (così GÁLVEZ MUÑOZ, *La Ineficacia de la Prueba cit.*, 161).

¹²² Nell'esame della questione, è ben possibile che si renda necessario, per il giudice, attingere agli atti di indagine. Non sembra però che ciò possa portare a situazioni di incompatibilità *ex art.* 34 c.p.p. Occorre infatti ricordare, secondo il duplice insegnamento della Corte costituzionale, che da un lato la mera conoscenza degli atti, non accompagnata da una valutazione contenutistica, di merito, sui risultati delle indagini, non è causa di pregiudizio per l'imparzialità del giudice (cfr. Corte cost., ord. 10-04-2002, n. 101, in *Cass. pen.*, 2002, 2340, anche per i rimandi alla giurisprudenza precedente), e che; dall'altro, non sono nemmeno lesive della garanzia dell'imparzialità le ipotesi in cui il giudice venga chiamato ad emettere una pluralità di decisioni relative sì allo stesso soggetto, ma all'interno della stessa fase processuale (Cfr. Corte cost., 24-04-1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 1489, con nota di DI CHIARA).

¹²³ Di prove potrebbe aver bisogno la difesa ove volesse dimostrare che una certa attività, posta in essere dall'accusa ed apparentemente legittima, affonda in realtà le radici in presupposti illegittimi (ad esempio la polizia ha effettuato delle intercettazioni segrete e totalmente *extra ordinem*, servendosi per procedere a successive perquisizioni mirate, solo apparentemente legittime). Certo in questo caso sarebbe necessario per la difesa svolgere un'indagine incidentale *ad hoc*, avente come oggetto di prova tali "presupposti invisibili", con successiva produzione ed illustrazione al giudice, al fine di renderli visibili.

In simili ipotesi si assiste quasi ad un rovesciamento di ruoli, per cui sul banco degli imputati sembra salire l'accusa col suo *unfair conduct*; vi è da dire, però, che si tratta di ipotesi pressoché di scuola, se non altro per l'estrema difficoltà dell'indagine incidentale (salvi casi particolari: ad esempio il difensore potrà sempre dimostrare che i dati relativi al traffico telefonico sono stati forniti dal gestore telefonico direttamente alla polizia giudiziaria, in violazione della riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria).

¹²⁴ Nella dottrina straniera si afferma che, in materia, viene in rilievo una nozione non fat-

Il primo caso riguarda la utilizzabilità di prove illegittime *in favorem rei*: circostanza che viene ammessa per l'inutilizzabilità ordinaria e che dovrebbe valere anche per quella costituzionale¹²⁵.

Altro caso od eccezione concerne la buona fede dell'operante. Se, in base ad una ragionevole convinzione, l'ufficiale od agente che ha proceduto alla perquisizione versava in buona fede circa la sua legittimità, la regola di esclusione non dovrebbe operare, perché verrebbe meno ogni funzione di deterrenza insita nella regola di esclusione stessa. Ragioni pratiche – di salvezza del materiale probatorio – hanno storicamente suggerito l'introduzione nell'ordinamento nordamericano dell'eccezione di buona fede, la cui ricezione, però, non sembra auspicabile. In primo luogo, essa presenta un tasso di discrezionalità molto alto e, per questo, è stata storicamente impiegata dalla Corte suprema nordamericana in funzione controriformistica rispetto all'introduzione delle *exclusionary rules*¹²⁶; in secondo luogo, essa risulta pensata per salvare l'operato dei pubblici ufficiali, mentre, come si vedrà, le regole di esclusione devono oggi ritenersi applicabili anche nel caso in cui il diritto fondamentale venga inciso da una illegittima attività posta in essere dal privato; infine, a livello funzionale, va ricordato che la regola di esclusione non ha solo uno scopo deterrente, ma anche di protezione del diritto inciso e, su questo piano, la buona fede dell'operante non riesce certo ad elidere la violazione costituzionale, che anzi ricorre ed è obiettivamente grave.

Altro ipotizzabile limite all'operare di una causalità rigidamente intesa potrebbe essere la confessione dell'accusato, nel senso che l'ammissione volontaria dei fatti, in ipotesi corroborata da successivi riscontri, potrebbe comportare una disconnessione causale rispetto al vizio riscontrato¹²⁷.

Si potrebbe pensare di risolvere il problema mediante applicazione del meccanismo causale: se l'accusato non è consapevole che il suo diritto fondamentale è stato illegittimamente inciso e che, di conseguenza, quanto rinvenuto non potrebbe essere utilizzato contro di lui, la sua decisione di rendere dichiarazioni autoaccusatorie è viziata, e queste non sono utilizzabili.

tuale, bensì giuridica di causalità, che quindi prevede, in taluni casi, l'allontanamento da schemi schiettamente naturalistici (c.d. disconnessione causale).

¹²⁵ Cfr. Cass., sez. I, 26-11-1996, in *Giust. pen.*, 1998, III, 409.

¹²⁶ Secondo GEE, *The Independent Source Exception cit.*, «*the Burger Court initiated this trend when it interpreted the underlying purpose of the rule as one of deterrence instead of addressing the values the rule has historically protected*», 1006.

¹²⁷ Si pensi al soggetto che, posto di fronte al rinvenimento, pure illegittimo, della droga nella sua abitazione, renda una piena confessione.

Il difetto di un simile approccio è però evidente: esso si risolve in un invito ad entrare nelle complesse e, a volte davvero insondabili, ragioni che spingono l'accusato a dichiarare piuttosto che a non dichiarare, obbligando il giudice, investito dell'accertamento, ad assumere le vesti di un improbabile indagatore della psiche e riproponendo l'annoso problema dei vizi della volontà negli atti processuali penali. La soluzione al problema va quindi ricercata nella natura dell'interrogatorio come atto libero e volontario. In qualunque sede esso venga reso, infatti, avviene in presenza del difensore e previa informativa dei diritti difensivi (artt. 64 e 350 c.p.p.), per cui l'interrogatorio in osservanza delle forme di legge è atto libero e consapevole dell'accusato, sempre in disconnessione causale con eventuali illegittimità probatorie verificatesi in precedenza, ed insensibile ai moventi che in concreto lo abbiano determinato.

Una ulteriore eventualità da considerare concerne la reiterabilità del mezzo di prova che sia colpito dalla illegittimità derivata. Nella prassi il problema si è per lo più posto con riguardo ai rapporti tra perquisizione e sequestro: anche a voler ritenere che i vizi della perquisizione si comunichino al successivo sequestro, potrebbe l'autorità, nel frattempo, emettere un secondo provvedimento di sequestro, questo legittimo, operando una disconnessione causale¹²⁸?

La questione, di notevole interesse pratico, si deve affrontare tenendo distinti due piani. Si è detto che l'effetto della regola di esclusione consiste nella distruzione del valore probatorio di quanto illegittimamente ottenuto. Ne discende che un nuovo provvedimento di sequestro, che volesse far salva la natura probatoria delle *res* illegittimamente trovate, non è ammissibile.

Questo però non significa in alcun modo che la droga o l'arma, pur illegittimamente rinvenute, debbano essere restituite. Esse, in quanto cose confiscabili *ex art.* 240, comma 2 c.p., devono essere sottoposte a sequestro non probatorio, bensì preventivo ai sensi dell'art. 321, comma 2 c.p.p. Né ciò suona in alcun modo contraddittorio: una volta che abbia espletato la propria funzione, impedendo il sequestro a fini probatori, la regola di esclusione cede nel bilanciamento con altre esigenze meritevoli di tutela, ammettendo la diversa misura cautelare del sequestro preventivo¹²⁹.

¹²⁸ Cfr., con varietà di soluzioni, Cass., sez. III, 12-07-1996, Rugiati, in *C.E.D. Cass.*, rv. 206408; Cass., sez. II, 22-02-1995, Magliuolo, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, fasc. 8, 92; Cass., sez. VI, 24-04-1991, Lionetti, in *Cass. pen.*, 1992, 1879.

¹²⁹ Per la stessa ragione se, a seguito di una perquisizione locale illegittima, viene trovato il latitante, questi non va certo lasciato libero, ma va arrestato, in vista dell'esecuzione della misura cautelare che, non avendo finalità probatorie, è perfettamente compatibile con la situazione venutasi a creare.

Non bisogna però nascondersi che, se il corpo del reato fosse costituito non da droga od armi ma, ad esempio, da danaro, potrebbe essere più problematico ammetterne il sequestro preventivo. Nel caso della droga e delle armi, infatti, la confisca è obbligatoria, mentre le ipotesi di confisca facoltativa presuppongono pur sempre la ricorrenza di un *fumus commissi delicti* e di un collegamento tra esso e la *res* oggetto di sequestro, il che, in assenza di elementi probatori autonomi ed ulteriori, potrebbe non essere sempre di agevole accertamento¹³⁰.

Va, altresì, osservato che la soluzione al problema della reiterabilità del sequestro probatorio non è sempre quella appena esposta (cioè negativa). In effetti, per quanto riguarda le ordinarie *res naturales*, la reiterabilità è impedita dalla natura irripetibile del sequestro. Ove, però, vengano in considerazione dati personali contenuti in banche dati, non è corretto parlare di sequestro e la soluzione è profondamente diversa.

Si consideri l'esempio dei dati relativi al traffico telefonico, la cui acquisizione è disciplinata dall'art. 132 d. lgs. n. 196 del 2003 e si supponga che essi vengano introdotti nel processo penale per il tramite di attività ad iniziativa della polizia giudiziaria. Ciò viola la disciplina appena citata, che pone una riserva a favore dell'autorità giudiziaria (del solo P.M. nei casi di cui al comma 3; del giudice nei casi di cui al comma 4), con la conseguente inutilizzabilità del dato, ai sensi degli artt. 11 e 132, comma 4-*bis* d. lgs. n. 196 del 2003. Questo non significa che il contributo sia perso per sempre. La conservazione nella banca dati, infatti, consente una fisiologica ripetibilità, intesa come estraibilità del dato dalla relativa banca per un numero potenzialmente infinito di volte, ciascuna indipendente dalla precedente. È quindi possibile configurare una sorta di principio di necessaria legalità nell'estrazione del dato: l'ordinamento reagisce con l'inutilizzabilità contro le estrazioni abusive, che però non impediscono successive estrazioni conformi alla normativa vigente, ogni volta che ciò sia necessario ed ancora possibile alla luce della stessa (si

¹³⁰ Tali non trascurabili inconvenienti pratici non vanno però imputati all'operatività delle regole di esclusione bensì, assai più semplicemente, all'attuale assetto del diritto sostanziale sanzionatorio. È stato infatti sufficiente che, per certe categorie di reati, il legislatore introducesse la c.d. confisca per equivalente (ad esempio all'art. 322-*ter* c.p.) per ridurre od azzerare il peso di tali inconvenienti.

Aperture in tal senso si registrano anche in giurisprudenza. Secondo Cass., sez. un., 25-10-2005, Muci, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 47, 52, «il sequestro preventivo, funzionale alla confisca, disposto nei confronti della persona sottoposta ad indagini per uno dei reati previsti dall'art. 640-*quater* c.p. può avere ad oggetto beni per un valore equivalente non solo al prezzo, ma anche al profitto del reato, in quanto la citata disposizione richiama l'intero art. 322-*ter* c.p.».

consideri, ad esempio, l'eventuale previsione di termini massimi di conservazione del dato stesso)¹³¹.

Un ulteriore problema, indubbiamente assai delicato, è quello se, attraverso la violazione del diritto fondamentale di un soggetto (una illegittima intrusione nel suo domicilio, per esempio) si scoprono reati totalmente diversi da quelli per cui si procede, commessi da lui od anche da altre persone: si tratta di un argomento sovente utilizzato dai detrattori delle regole di esclusione per sostenere, sul filo del paradosso, la loro impraticabilità¹³². Affermare che in questo caso, la violazione del diritto fondamentale non produca conseguenze, sol perché gli elementi di prova illegittimamente trovati attengono ad un reato diverso ed indipendente da quello per cui si procedeva, non è possibile: sarebbe uno straordinario incentivo, per i soggetti titolari di poteri investigativi, ad ipotizzare addebiti di proposito errati, al fine di raccogliere comodamente prove su altre ipotesi di reato, sino ad arrivare a scenari da *inquisitio generalis*. D'altro canto, si comprende che non è nemmeno possibile chiudere gli occhi su quanto effettivamente conosciuto ed appreso, per cui è giocoforza attribuire alla relazione di servizio sull'accaduto, redatta dagli operanti, la natura di notizia di reato, fermo restando, però, che il materiale probatorio trovato non potrà comunque essere utilizzato.

Un'ultima questione, specificamente sollecitata dall'avanzare proprio delle nuove tecnologie, è se le regole di esclusione siano destinate ad operare solo nei rapporti c.d. asimmetrici, cioè tra autorità e cittadino, od anche nei rapporti simmetrici, tra cittadino e cittadino. Storicamente esse, infatti, nascono per operare nel primo ambito, ed in effetti il potere perquirente (che, nei rapporti tra mezzo di ricerca della prova e sequestro, ha fornito il terreno elettivo per la nascita delle regole di esclusione) era ed è tutt'oggi appannaggio dei pubblici poteri. Si è d'altro canto visto¹³³ che i pericoli maggiori per i diritti fondamentali vengono, al presente, da poteri meno visibili ed infinitamente

¹³¹ È evidente che, in questo caso, le conseguenze di una declaratoria di inutilizzabilità, se il dato può essere ancora estratto legittimamente, sono di gran lunga meno drastiche rispetto a quelle derivanti dal sequestro, invalido, di una *res* comune, che comporta la distruzione definitiva del sapere probatorio.

¹³² Si legga quanto scrive CORDERO, *Procedura penale cit.*, 638.

Paradigmatica è anche la fattispecie analizzata da Trib. Roma, 22-10-1999, A. P. *cit.*, relativa a telefonata anonima che segnala la presenza, in un immobile, di armi e stupefacenti ed alla successiva perquisizione che consente di rinvenire solo un motorino rubato. La pronuncia perviene ad una decisa declaratoria di inutilizzabilità.

¹³³ Cfr. *supra*, par. 1.

più subdoli e da tecnologie che sono o possono essere in mano ai privati¹³⁴: si pensi ai gestori dei servizi di telefonia, fissi o mobili, ed alla mole di dati personali che ogni giorno trattano, nonché ai poteri di investigazione difensiva concessi ormai definitivamente anche alle parti private del processo, a seguito della legge n. 397 del 2000.

In forza della doppia funzione e natura delle regole di esclusione ed in assenza di esenzioni espresse, occorre ammettere l'operatività di dette regole anche quando la violazione del diritto fondamentale sia posta in essere dal privato, da solo od in concorso con l'autorità.

5.3. *Conclusioni.* – I ragionamenti sin qui svolti consentono delle brevi riflessioni conclusive.

È indubbio che il panorama giuridico-politico-culturale, a seguito dei noti fenomeni di recrudescenza del terrorismo, specie di matrice fondamentalista, sia oggi nettamente sbilanciato a favore della tutela della sicurezza più che della garanzia dei diritti individuali. Né appare un caso che, in tale panorama, la dottrina americana abbia avanzato l'ipotesi, non è dato di capire quanto provocatoriamente, di introdurre una sorta di *torture warrant* (mandato di tortura), nel caso in cui ciò possa salvare molte vite umane¹³⁵.

Proprio per questo, però, si ritiene compito attuale del giurista dimostrare che le regole di esclusione, modernamente concepite, non sono cavilli che, in una perversa spirale formalistica, permettono comode assoluzioni per vizi procedurali, né espedienti votati al collasso della lotta alla criminalità, all'ostacolo dell'accertamento e repressione dei reati od alla diminuzione del livello di sicurezza sociale. Al contrario, esse sono i baluardi che, in una prospettiva futura, possono offrire al singolo delle garanzie minime di dignità umana, di fronte al giganteggiare di un Leviatano sempre più onnipotente, perché sempre più onnisciente.

¹³⁴ Il recente Libro verde COM(2006) 474 def., presentato dalla Commissione il 1° settembre 2006, in materia di tecnologie di rilevazione nel lavoro delle autorità di contrasto, doganali ed altre autorità di sicurezza (reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>), sottolinea espressamente l'importanza che, nel settore, hanno la ricerca e lo sviluppo scientifico assicurati, in via preponderante ed esclusiva, da capitale privato.

¹³⁵ La proposta viene da DERSHOWITZ A.M., *The Torture Warrant: a response to Professor Strauss*, in 48 *New York Law School Law Review*, 2003, 275; ID., *Why Terrorism Works*, Yale University Press, 2002.

Da conto di tale posizione, stigmatizzandola, THAMAN, *L'impatto dell'11 settembre sulla procedura penale americana*, in *Cass. pen.*, 2006, 260 ss.

prof. SERGIO SEMINARA
Università di Pavia

FALSO IN BILANCIO: LA DISCIPLINA ITALIANA NEL QUADRO EUROPEO ED INTERNAZIONALE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema francese. – 3. Il sistema tedesco. – 4. Il sistema spagnolo. – 5. I risultati dell'indagine comparata. – 6. La disciplina italiana del falso in bilancio. – 7. Gli artt. 2621 e 2622 c.c. dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee; – 8. (*segue*) ... e dinanzi alla Corte costituzionale. – 9. Linee conclusive dell'indagine.

1. *Premessa*

L'espressione "falso in bilancio" è frequentemente utilizzata, in Italia, per designare i reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., il cui ambito operativo – come è noto – risulta però assai più ampio, comprendendo ogni comunicazione sociale prevista dalla legge e diretta ai soci o al pubblico; in taluni sistemi stranieri, invece, il falso in bilancio integra un reato autonomo rispetto ad altri aventi ad oggetto le comunicazioni provenienti dalle società.

L'utilità di una siffatta distinzione normativa emerge, in effetti, laddove si consideri come alla tipica funzione svolta dal bilancio corrisponde un'estrema varietà degli scopi perseguiti dalle altre comunicazioni sociali, che le rende suscettibili di apprezzamento in relazione sia alla loro idoneità a rappresentare la situazione economica o patrimoniale dell'ente, sia alla loro capacità di produrre variazioni sul prezzo degli strumenti finanziari, con la conseguente configurabilità, alternativa o cumulativa, dei reati di aggrottaggio o manipolazione del mercato.

In conformità al tema della relazione, qui verrà comunque presa in esame la specifica ipotesi del falso in bilancio, dapprima procedendo ad una ricerca di diritto comparato, finalizzata a verificare i contenuti delle scelte punitive adottate in sistemi culturalmente a noi più vicini come la Francia, la Germania e la Spagna; quindi, dopo un'esposizione dei contenuti degli artt. 2621 e 2622 c.c., analizzando i problemi sollevati da tali disposizioni sul piano comunitario e costituzionale.

Allo scopo di rendere omogenea l'indagine di diritto comparato, essa si

* Testo della relazione presentata al convegno "La società per azioni oggi: tradizione, attualità, prospettive", Venezia 10-11 novembre 2006.

svolgerà lungo il seguente percorso: a) la struttura del reato; b) l'elemento psicologico; c) i soggetti danneggiati dal reato.

2. *Il sistema francese*

La disciplina penale del falso in bilancio, originariamente contenuta nella legge delle società commerciali del 24 luglio 1966, n. 66-537, con ord. 18 settembre 2000 è stata trasfusa – secondo la tecnica della “*codification à droit constant*” – nel *Code de commerce*, il cui art. L. 241-3, n. 3, punisce con la reclusione fino a cinque anni e la multa fino a 375.000 euro il fatto, commesso dai gestori di società a responsabilità limitata, «anche in assenza di una distribuzione dei dividendi, di presentare ai soci conti annuali che, per ciascun esercizio, non diano un'immagine fedele dei risultati delle operazioni di esercizio, della situazione finanziaria e del patrimonio a conclusione di questo periodo, al fine di dissimulare la reale situazione della società». L'art. L. 242-6, n. 2, nei confronti del presidente, degli amministratori e direttori generali di società per azioni, prevede le medesime pene riferite al fatto «di pubblicare o presentare agli azionisti, anche in assenza di una distribuzione dei dividendi, conti annuali che, per ciascun esercizio, non diano un'immagine fedele dei risultati delle operazioni di esercizio, della situazione finanziaria e del patrimonio a conclusione di questo periodo, al fine di dissimulare la reale situazione della società»; mentre gli artt. L. 243-1 e L. 248-1 estendono l'applicazione della norma appena richiamata rispettivamente alle società in accomandita per azioni e ai direttori generali delegati¹.

A. *La struttura del reato.* – Nell'art. L. 242-6, n. 2, relativo alle società per azioni, la condotta si articola nelle forme della pubblicazione e della presentazione ai soci dei conti infedeli, cioè in comunicazioni collettive rivolte all'e-

¹ Nel diritto penale societario francese, la repressione delle falsità risulta ulteriormente frammentata in una pluralità di ipotesi criminose distinte in riferimento alla tipologia societaria e alle caratteristiche della condotta realizzata, così da configurare una fitta rete di reati ostacolo tendenti alla prevenzione di fatti potenzialmente lesivi della correttezza delle informazioni societarie; alcune di queste previsioni sono cadute in seguito alla massiccia depenalizzazione realizzata nel 2003 e nel 2004 (per una critica di tali riforme, JEANDIDIER, *L'art de dépenaliser: l'exemple du droit des sociétés*, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, 2005, p. 449 ss.). Sulla portata dell'espressione «conti annuali», introdotta dalla legge 30 aprile 1983 al fine di comprendere, oltre lo stato patrimoniale, anche il conto economico e la nota integrativa, e sulla sua incapacità di comprendere il bilancio consolidato, per tutti CONTE, JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Paris, 2004, p. 173 s.

sterno della società ovvero ai soci, che ricevono la rappresentazione mendace nel corso dell'assemblea ordinaria o tra i documenti inviati per la preparazione di essa; onde è pacifico che la comunicazione ad un solo individuo, azionista o no, non integra il reato.

In particolare, come presentazione dei conti si intende la loro comunicazione in assemblea o il loro deposito nella sede sociale o il loro invio ai soci nei quindici giorni precedenti l'assemblea convocata per la loro approvazione. Il reato non si configura quindi in caso di comunicazione dei conti ad altri soggetti o in un momento diverso (salvo che le modalità della presentazione integrino una pubblicazione)²; per contro, non appena l'assemblea è riunita il delitto è perfetto, anche se i conti sono respinti dai soci o se essi sono consapevoli della falsità del bilancio³.

Come pubblicazione si intende il fatto di portare il contenuto dei documenti a conoscenza del pubblico, per iscritto (ad esempio, articoli di stampa, lettere circolari, pubblicazione sul bollettino ufficiale) od oralmente: è però necessario che si tratti di una comunicazione collettiva⁴. Se, dopo la presentazione, i conti infedeli costituiscono oggetto di una pubblicazione, si configura un nuovo delitto⁵.

Nelle società a responsabilità limitata il delitto è definito più restrittivamente dall'art. L. 241-3, n. 3, che punisce solo la presentazione dei conti ai soci (e neppure la loro preparazione, non essendo incriminato il tentativo)⁶.

Sul piano oggettivo, i reati di falso in bilancio sono caratterizzati dalla violazione dell'obbligo di fornire una «immagine fedele» della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. Tale «formula un poco ampollosa, ispirata all'espressione inglese *true and fair view*», ha sostituito – con la

² LARGUIER, CONTE, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2004¹¹, p. 373; conf. ROBERT, in *Dr. pénal*, 1995, n. 205, il quale osserva che, nel caso della presentazione di conti infedeli, l'interesse protetto «risulta invariabilmente posto in pericolo, qualunque sia la via attraverso cui è passata la preparazione dei conti e i dirigenti menzogneri meritano sempre la sanzione».

³ Crim., 25 aprile 1995, in *Dr. pénal*, 1995, n. 205, con nota di ROBERT; ID., 15 maggio 1974, in *Bull. crim.*, n. 177. Conf., tra gli altri, JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2005⁶, p. 399.

⁴ Per tutti, VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2004⁵, p. 194.

⁵ Conf. Crim., 31 ottobre 2000, in *Rev. soc.*, 2001, p. 397, con nota di RENUCCI.

⁶ JEANDIDIER, (nota 3), p. 399, osserva a questo proposito che la lacuna potrebbe essere colmata ritenendo che ogni pubblicazione dei conti implica una loro presentazione agli associati, sebbene una tale soluzione si ponga in contrasto con il principio di stretta interpretazione delle norme penali. In senso critico rispetto alla limitata portata operativa dell'art. L. 241-3, n. 3, CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 183.

riforma operata dalla legge 30 aprile 1983, n. 83-353, emanata sotto l'impulso dell'art. 2 della direttiva n. 78/660/Cee – l'attributo «inesatte» riferito alle scritture contabili, introducendo però solo una «modificazione terminologica» che non innova la sostanza delle cose⁷.

La dottrina francese evidenzia la carente tassatività della formulazione normativa, sottolineandone l'imprecisione dei contorni a causa della mancata definizione del concetto di immagine fedele, del quale si sottolinea la natura di elemento costitutivo del delitto. Non può dunque sorprendere che un siffatto rinvio alla discrezionalità giudiziale sia considerato un vistoso esempio del declino del principio di interpretazione stretta delle leggi penali⁸.

Che, invero, la nozione di fedeltà presenti un'insopprimibile vaghezza è confermato dal fatto che la dottrina rinunci a delimitarla sul piano oggettivo, muovendosi nel senso di incentrare il disvalore della condotta nell'elemento psicologico. Da taluni si osserva infatti che, se la prova del delitto è relativamente agevole allorché il mendacio consiste nel presentare fatti falsi, solitamente vengono però in rilievo valutazioni dell'attivo o del passivo, o di singole poste, operabili attraverso una pluralità di parametri, sicché ogni inesattezza può apparire più come il risultato di un errore di metodo che come l'espressione di una volontà cosciente di dissimulazione: ciò che appunto rinvia all'elemento intenzionale del delitto⁹. Analogamente, da altra parte si rileva come l'impossibilità di tradurre tutto fedelmente in cifre, già a causa delle variazioni improvvise di numerosi valori, fa sì che il bilancio, che pur dovrebbe rappresentare la situazione societaria, ne sia troppo spesso, e più o meno gravemente, uno specchio deformante; la conseguente necessità di tollerare un possibile margine di scostamento implica dunque che «l'ambito della repressione va in realtà a restringersi a ciò che potrebbe denominarsi il bilancio menzognero, o redatto inesattamente, in conoscenza di causa: donde la necessità di riferirsi ad un apprezzamento psicologico»¹⁰.

Il tentativo non è punibile. Il delitto è istantaneo e si consuma al momento della presentazione o pubblicazione dei conti infedeli; in giurisprudenza si è ritenuta sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto, la deliberazione che ha

⁷ Così JEANDIDIER, (nota 3), p. 398.

⁸ STOLOWY, *Interprétation stricte des lois pénales et image fidèle*, in JCP, ed. E, 2000, p. 223 s. V. anche CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 174 s.

⁹ VÉRON, (nota 4), p. 195.

¹⁰ LARGUIER, CONTE, (nota 2), p. 374. V. sul punto Trib. Paris, 29 maggio 1986, in *Gaz. pal.*, 1986, 479, con nota di MARCHI; ID., 31 gennaio 1995, in *Dr. sociétés*, 1995, 81, che esclude il delitto in presenza di una irregolarità di portata non significativa sul risultato di esercizio.

deciso la presentazione dei conti infedeli¹¹.

Dal momento della consumazione decorre il termine (triennale) della prescrizione¹². Da notare peraltro che, ad avviso della giurisprudenza, la pubblicazione del bilancio infedele dà vita ad un delitto autonomo e successivo rispetto a quello integrato dalla condotta di presentazione dei medesimi conti, così facendo decorrere un nuovo termine di prescrizione¹³; tale ricostruzione in favore di una «seconda vita» dell'infrazione, e dunque della prescrizione, sebbene giudicata «curiosa», viene condivisa dalla dottrina sulla base dell'osservazione che la soluzione contraria renderebbe inutile la previsione normativa della pubblicazione¹⁴.

B. *L'elemento psicologico* – Sulla base di un diffuso orientamento, l'elemento psicologico del delitto si articola in un dolo generale, costituito dalla conoscenza dell'inesattezza dei conti annuali e in un dolo speciale, rappresentato dalla volontà di dissimulare la reale situazione della società¹⁵.

Alla stregua di questa impostazione, il dolo generale implica un agire in conoscenza di causa, cioè nella consapevolezza che i conti presentati o pubblicati sono inesatti. Il dolo speciale consiste invece nello scopo di dissimulare la reale situazione della società; questo finalismo non va peraltro confuso con il

¹¹ Crim., 11 maggio 1995, in *Dr. pénal*, 1995, n. 205, con nota di ROBERT; ID., 29 novembre 2000, in *Rev. soc.*, 2001, p. 380, con nota di BOULOC; critico, sul punto, VÉRON, (nota 4), pp. 194 e 197.

¹² Crim., 19 giugno 1997, in *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 341, con nota di RENUCCI; ID., 20 febbraio 1997, *ivi*, 1997, p. 851, con nota di RENUCCI; ID., 9 luglio 1996, in *Dr. pénal*, 1996, n. 248, con nota di ROBERT; ID., 18 marzo 1986, in *Rev. soc.*, 1987, p. 85, con nota di BOULOC; Trib. Paris, 12 giugno 1983, in *Gaz. pal.*, 1984, 587, con nota di MARCHI. Una giurisprudenza minoritaria di merito ritiene che il termine prescrittivo, in caso di dissimulazione, comincia a decorrere solo dal momento della constatazione del fatto: cfr. CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 191.

¹³ Crim., 31 ottobre 2000, cit.

¹⁴ Così RENUCCI, *Chronique de jurisprudence*, in *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 397 s.; conf. ROBERT, in *Dr. pénal*, 2001, n. 20.

¹⁵ Crim., 14 gennaio 1980, in *Bull. crim.*, n. 21. In linea generale, la giurisprudenza ritiene che l'intenzione di frode è integrata quando l'agente sa, in base alle proprie funzioni, che l'apparenza data ai conti e al bilancio è contraria alla realtà (Crim., 27 novembre 1997, in *Bull. crim.*, n. 405; ID., 26 marzo 1990, in *Rev. soc.*, 1990, p. 632, con nota di BOULOC; nel senso di ritenere la mala fede integrata dalla conoscenza della difficile situazione dell'impresa, Crim., 8 agosto 1989, in *Rev. soc.*, 1990, p. 63, con nota di BOULOC; ID., 19 settembre 1994, in *Bull. Joly*, 1994, 1309, con nota di BARBIERI; nel senso di porre a carico dell'imputato la prova dell'errore da lui invocato, Crim., 27 marzo 1997, in *Rev. soc.*, 1997, p. 850, con nota di RENUCCI). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 186 s.

movente, che è indifferente rispetto alla legge penale, così da rendere irrilevante che la dissimulazione sia servita per nascondere errori di gestione, malversazioni, situazioni finanziarie catastrofiche o troppo floride ecc.¹⁶.

In senso critico, si osserva tuttavia che la distinzione ora riportata finisce con il risolversi in un pleonasma a causa dell'identità dell'oggetto di entrambe le forme del dolo, costituito dalla consapevolezza del carattere ingannevole del bilancio; mentre la dissociazione fra un risultato immediato del reato ed un movente avrebbe senso solo se la legge attribuisse rilevanza ad una specifica finalità perseguita dall'agente¹⁷.

C. I soggetti danneggiati dal reato – L'art. 2 c.p.p. francese ammette alla costituzione di parte civile ogni soggetto il quale dimostri di avere riportato un pregiudizio derivante direttamente dal reato. La dottrina e la giurisprudenza ritengono concordemente che questo è il caso, in particolare, di quanti acquistano o vendono azioni sulla base di valutazioni fondate su un bilancio falso, dei portatori di certificati di investimento, dei creditori della società e della stessa società¹⁸.

¹⁶ Tra gli altri, VÉRON, (nota 4), p. 196 s. Conf., seppure riconoscendo che il movente è in qualche modo contenuto nella mala fede dell'agente (sia pure con la precisazione ulteriore che non sussiste il delitto se, in presenza di un bilancio del quale si conosceva l'inesattezza, la situazione della società viene dissimulata senza volerlo), LARGUIER, CONTE, (nota 2), p. 376 s. Sul-l'irrelevanza del fine di evasione fiscale v. la nota che segue.

¹⁷ In questo senso, per tutti, ROBERT, in *Dr. pénal*, 1995, n. 99, ove si critica App. Aix-en-Provence, 23 giugno 1994, secondo cui il delitto di presentazione di un falso bilancio suppone che l'autore abbia agito con la volontà di dissimulare la reale situazione finanziaria della società e tale elemento intenzionale non è integrato dal fatto di tenere una contabilità occulta, mediante la dissimulazione di una parte delle entrate, al fine di ridurre l'imponibile fiscale e con essa pagare il personale e acquistare materiale per l'impresa (*contra*, Crim., 27 novembre 1978, in *Bull. crim.*, n. 331: «Il delitto previsto e punito dall'art. 437, comma 2, l. 24 luglio 1966, è integrato qualunque sia il movente che ha ispirato i loro autori, in particolare il fine di sottrarsi alle conseguenze fiscali della dissimulazione di benefici commessa nella gestione di altre imprese»; conf. ID., 15 maggio 1974, *ivi*, n. 177). Analogamente, JEANDIDIER, (nota 3), p. 400, distingue tra un dolo generale, costituito dalla conoscenza dell'inesattezza dei conti annuali, e un dolo speciale, rappresentato dalla volontà di dissimulare la reale situazione della società, ma subito dopo aggiunge che, essendo il dolo integrato indipendentemente dai moventi che hanno ispirato l'autore, «è necessario convenire sulla inanità del dolo speciale. Il suo carattere vago lo fonde a meraviglia nello stampo del dolo generale. La presentazione o pubblicazione di inesattezze nei conti in conoscenza di causa è al tempo stesso volontà di dissimulare la situazione reale della società». Conf. CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 188, ove si aggiunge che il dolo speciale potrebbe trovare rilievo nelle ipotesi in cui l'amministratore abbia agito allo scopo di frodare il fisco, informando però correttamente i soci.

¹⁸ In dottrina, tra gli altri, BELOT, DEZEUZE, *L'action civile en matière d'infractions aux lois*

Una soluzione diversa si registra nei confronti dell'azionista e del creditore i quali abbiano rispettivamente acquistato i titoli, o concesso il credito, prima della pubblicazione del falso bilancio. Si ritiene infatti, a tale proposito, che il danno derivante dal successivo reato possa avere natura solo indiretta¹⁹.

3. Il sistema tedesco

L'ordinamento tedesco, così come il sistema francese, presenta una pluralità di fattispecie poste a tutela della correttezza dell'informazione societaria, diversificate secondo la tipologia della società. In riferimento al falso in bilancio, la fattispecie generale è costituita, per le società di capitali, dal § 331 n. 1 (introdotto con il *Bilanzrichtlinien-Gesetz* del 19 dicembre 1985) del codice di commercio (HGB), che punisce con la reclusione fino a tre anni o la multa chi, «come componente dell'organo di gestione o del consiglio di sorveglianza di una società di capitali, inesattamente rappresenta od occulta la situazione

sur les sociétés commerciales, in *Bull. Joly*, 2001, p. 413 ss.; CONTE, JEANDIDIER, (nota 1), p. 191 s.; JEANDIDIER, (nota 3), p. 397 nota 3; LARGUIER, CONTE, (nota 2), p. 373 nota 1; REBUT, *Infractions relevant du droit des sociétés*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 313 ss.; ROBERT, in *Dr. pénal*, 2002, n. 73; VÉRON, (nota 4), p. 199. In giurisprudenza, per il riconoscimento della qualifica di soggetto danneggiato alla società, *Crim.*, 29 novembre 2000, in *Bull. Joly*, 2001, 47 (nella specie, il giudice di merito aveva ritenuto che il delitto di falso in bilancio può cagionare alla società interessata solo un pregiudizio indiretto, comunque collegato non al reato in esame ma a fatti gestionali, mentre la Cassazione rileva che il danno all'immagine è cagionato direttamente dall'illecito); *ID.*, 24 febbraio 1999, in *Bull. crim.*, n. 17; in riferimento ai soci e ai portatori di certificati di investimento, che acquistano o vendono titoli sulla base del falso bilancio, *Crim.*, 5 novembre 1991, in *Rev. soc.*, 1992, p. 91, con nota di BOULOC e in *Bull. Joly*, 1992, 163, con nota di BARBIERI; *ID.*, 30 gennaio 2002, in *Rev. soc.*, 2002, p. 350, con nota di BOULOC; in relazione ai creditori della società (nella specie, un istituto di credito), *Crim.*, 13 febbraio 1997, in *Bull. crim.*, n. 61; *ID.*, 3 aprile 1995, in *Dr. pénal*, 1995, n. 286. Per contro, si è ritenuta improponibile l'azione civile dei revisori contabili per l'assenza di un danno diretto e personale (*Crim.*, 29 novembre 1960, in *JCP*, 1961, II, 12136, con nota di BOUZAT); del comitato d'impresa, per l'assenza di un danno diretto (App. Paris, 28 maggio 1986, in *Gaz. pal.*, 1986, J. 479, con nota di MARCHI); di un sindacato (*Crim.*, 11 maggio 1999, in *Bull. crim.*, n. 89; *ID.*, 29 novembre 2000, in *Bull. Joly*, 2001, 410, con nota di DEZEUZE).

¹⁹ Così, in riferimento al creditore, *Crim.*, 24 ottobre 1996, in *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 395, con nota adesiva di RENUCCI; rispetto all'azionista o possessore di titoli che ha acquistato i titoli prima della diffusione dei conti infedeli, *Crim.*, 24 novembre 1999; conf., in relazione ad azionisti di società quotate, *Crim.*, 15 marzo 1993, in *Bull. crim.*, n. 113. In dottrina, per tutti, BELOT, DEZEUZE, (nota 18), p. 416 ss. Per una particolare fattispecie, ove è stata esclusa la costituzione di parte civile di un azionista che aveva acquistato i titoli prima della commissione del reato, alla luce di valutazioni sulle quali il falso bilancio non aveva esercitato alcuna influenza, *Crim.*, 5 maggio 2004, in *Bull. Joly*, 2004, 1250, con nota di BARBIERI; sul punto, REBUT, (nota 18), p. 314 s.

della società nel bilancio di apertura, nel bilancio di esercizio, in rapporti o in conclusioni intermedie di cui al § 340a, comma 3»²⁰.

Ai fini della tutela della correttezza dell'informazione societaria, per le società per azioni (AG) e in accomandita per azioni (KGaA) viene poi in rilievo il § 400, comma 1, n. 1, AktG, che punisce con la reclusione fino a tre anni o la multa il membro del consiglio di amministrazione o dell'organo di sorveglianza o il liquidatore che, «in rappresentazioni o prospetti sullo stato patrimoniale, in rapporti o informazioni rese in assemblea, rappresenta inesattamente ovvero occulta le condizioni della società nei suoi rapporti con società collegate, ove il fatto non sia punito dal § 331 n. 1 HGB»; nonché, rispetto alle società a responsabilità limitata (GmbH), il § 82, comma 2, n. 2, GmbHG, il quale punisce con la reclusione fino a tre anni o la multa «chi, come amministratore, liquidatore, componente di un consiglio di sorveglianza o di organi simili in una comunicazione pubblica rappresenta falsamente ovvero occulta la situazione patrimoniale della società, se il fatto non integra il § 331 n. 1 HGB». La sussidiarietà di entrambe le fattispecie rispetto al § 331 n. 1 implica che esse, ferma restando la necessità di una falsa informazione sulle condizioni patrimoniali della società, non trovano applicazione rispetto ai bilanci; nondimeno, il loro ambito applicativo risulta assai esteso, per la prima disposizione avendo riguardo alle informazioni concernenti i rapporti con società collegate e a tutte le comunicazioni sulla situazione patrimoniale della società rese in assemblea e, per la seconda disposizione, considerando i bilanci diversi dal bilancio di apertura o di fine esercizio (dunque bilanci intermedi, mensili, bilanci di chiusura e di liquidazione redatti su incarico del consiglio di amministrazione)²¹.

A. *La struttura del reato* – Sulla base di un dominante orientamento dottrinale, le norme che incriminano la falsa informazione societaria sono poste a tutela della fiducia nella correttezza e nella completezza delle dichiarazioni iscritte nel registro delle società o rilasciate al pubblico sulle condizioni eco-

²⁰ Sul fatto che l'allegato al bilancio di esercizio, sebbene non espressamente sanzionato, costituisca un'unità con il bilancio stesso, DANNECKER, § 331, in *Handelsgesetzbuch. Großkommentar*, a cura di CANARIS, SCHILLING, ULMER, Berlin-New York, III t. 2, 2002⁴, p. 1876; OTTO, § 331, in *Handelsgesetzbuch*, a cura di HORN, III, Berlin-New York, 1999², p. 713; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, Köln-Berlin-München, 2006, p. 201.

²¹ Così TIEDEMANN, *GmbH-Strafrecht Kommentar (§§ 82-85 GmbHG)*, Köln, 2002⁴, p. 140. Per le società cooperative v. § 147, comma 2, n. 1 GenG, per le altre imprese soggette ad obblighi di pubblicità § 17 nn. 1-3 PublizitätG.

nomiche della società. L'interesse giuridicamente protetto – ovviamente collocato qui su un piano anticipato rispetto alla truffa – viene così posto in relazione alla sfera patrimoniale dei creditori e dei soci attuali e potenziali, dei partners contrattuali e dei dipendenti (qui assimilati ai creditori), cioè di tutti coloro che intrattengono o intendono intrattenere relazioni giuridiche o economiche con la società²².

Appare dunque conseguenziale la natura di pericolo astratto del reato in esame per le altrui sfere economiche, ove è punita la comunicazione in sé, indipendentemente dall'effettivo inganno del destinatario o dalla verifica di un danno o di un pericolo per il patrimonio²³. Nondimeno, si osserva che tale configurazione della fattispecie in senso patrimonialistico sarebbe difficilmente in grado di giustificare una così ampia anticipazione della punibilità e che la scelta legislativa rivela maggiore fondamento se, accanto alle sfere patrimoniali private, viene in rilievo anche un'esigenza di tutela della fiducia collettiva nell'esattezza di specifiche importanti dichiarazioni, che in qualche modo si rende autonoma rispetto agli interessi individuali patrimoniali. In questa prospettiva, una volta stabilito il valore delle informazioni commerciali per la vita economica collettiva, è inconseguente parlare di reato di pericolo astratto, essendo una tale definizione compatibile con una percezione in senso esclusivamente economico della fattispecie (e dunque come pericolo per il patrimonio), mentre rispetto al bene della fiducia nell'esattezza e completezza delle informazioni commerciali sussiste una vera lesione²⁴.

Ai fini dell'interpretazione delle fattispecie penali, conviene anzitutto sottolineare come, per un prevalente orientamento, esse espressamente o implicita-

²² Tra gli altri, DANNECKER, (nota 20), p. 1868, che tra i soggetti tutelati menziona ulteriormente il fisco; conf. FUHRMANN, § 400, in ERBS, KOHLHAAS, *Strafrechtliche Nebengesetze*, I, München, 2006, p. 131; OTTO, (nota 20), p. 710; QUEDENFELD, § 331, in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, IV, München, 2001, p. 1402; RANSIEK, in *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di ACHENBACH e RANSIEK, Heidelberg, 2004, p. 590, il quale ritiene tuttavia frutto di un'eccessiva estensione il richiamo dei dipendenti e della collettività in genere; RUß, § 331, in *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Heidelberg, 1993, p. 744; SCHÜPPEN, *Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts*, Köln, 1993, pp. 105 s., 112 ss.; TIEDEMANN, (nota 20), p. 202; ID., (nota 21), pp. 58 e 80 ss. (v. però p. 82). Nel senso che la norma tutela non la fiducia come tale, ma il pericolo che altri possa compiere disposizioni patrimoniali sulla base di tale fiducia, e che dunque bene tutelato è il patrimonio, HELLMANN, BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Stuttgart, 2004, p. 133.

²³ Per tutti, DANNECKER, (nota 20), pp. 1848 e 1869; OTTO, (nota 20), p. 710; QUEDENFELD, (nota 22), p. 1403; RUß, (nota 22), p. 744; SCHÜPPEN, (nota 22), p. 174 s.; TIEDEMANN, (nota 21), p. 83.

²⁴ Per questa impostazione, TIEDEMANN, (nota 21), p. 81; ID., (nota 20), p. 203.

mente rinviino alle norme sul bilancio e sul diritto societario, che così determinano il contenuto delle disposizioni penali rendendole *Blankettstrafatbestände*, poiché, sebbene la loro interpretazione si svolga sulla base di regole penali (in particolare per il divieto di analogia), il diritto penale non può rivendicare alcun parametro proprio da applicare²⁵.

Quanto al bilancio, è pacifico che il concetto di veridicità ha natura solo relativa, risultando ancorato alla conformità delle appostazioni ai principi contabili, con i conseguenti margini di discrezionalità che da essi derivano²⁶. La delicatezza della valutazione sull'inesattezza del bilancio è variamente risolta in dottrina. Taluni ritengono infatti che, in conformità al principio di determinatezza del diritto penale, il reato si configura solo in presenza di rappresentazioni assolutamente insostenibili, cioè di inesattezze esenti da dubbi ovvero indifendibili sulla base di un unanime consenso degli esperti²⁷. Altri rilevano invece che una siffatta interpretazione restrittiva, sebbene la sola conforme al principio di determinatezza, perde di rilevanza pratica attraverso il principio del *true and fair view*, sancito dal § 264 comma 2 HGB, che impone non solo la conformità alle norme in tema di contabilità, ma anche una raffigurazione delle operazioni commerciali fedele al loro contenuto economico, con obbligo di chiarimento dei casi dubbi nell'allegato al bilancio, in assenza del quale sussiste una falsità²⁸.

Il § 331 n. 1 HGB prevede distintamente le ipotesi della falsa rappresentazione e dell'occultamento. Sulla base di un comune riconoscimento, posto che l'incompletezza equivale ad inesattezza, la condotta di occultamento si riduce ai casi di difficile riconoscibilità²⁹.

²⁵ Così DANNECKER, (nota 20), p. 1848; OTTO, (nota 20), p. 710; QUEDEFELD, (nota 22), p. 1400. *Contra*, in favore dell'autonomia delle fattispecie, TIEDEMANN, (nota 21), p. 77 ss.

²⁶ Per tutti, HELLMANN, BECKEMPER, (nota 22), p. 136; OTTO, (nota 20), p. 716; SCHÜPPEN, (nota 22), p. 13 ss.; TIEDEMANN, (nota 20), p. 204.

²⁷ TIEDEMANN, (nota 21), pp. 51 s., 63; OTTO, (nota 20), p. 716; QUEDEFELD, (nota 22), p. 1408; RUß, (nota 22), p. 745; SCHMID, *Buchhaltung und Bilanz*, in *Wirtschaftsstrafrecht*, a cura di MÜLLER-GUGENBERGER e BIENECK, Köln, 2006⁴, p. 1173; WABNITZ, JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München, 2004², p. 682.

²⁸ Così DANNECKER, (nota 20), p. 1879.

²⁹ Fra gli altri, TIEDEMANN, (nota 21), pp. 64, 144 s.; ID., (nota 20), p. 205, ove si specifica che l'occultamento attiene alla chiarezza del bilancio e dunque alla forma della rappresentazione. Conf. FUHRMANN, (nota 22), p. 132 s.; HELLMANN, BECKEMPER, (nota 22), p. 134; RANSIEK, (nota 22), p. 595 s.; SCHMID, (nota 27), pp. 1172 e 1180. Nello stesso senso DANNECKER, (nota 20), p. 1882 e QUEDEFELD, (nota 22), p. 1407, il quali entrambi rilevano che la distinzione, sebbene controversa, non riveste grande significato nella prassi. Ad avviso di OTTO, (nota 20), p. 716 s., l'occultamento sussiste quando le condizioni economicamente significative sono rap-

In ogni caso, con riguardo all'una e all'altra tipologia di condotta, si sottolinea comunemente l'esigenza di una significatività della falsa od omessa rappresentazione. Sotto questo profilo, il nodo esegetico posto dal § 331 HGB verte sul concetto di "condizioni", che – a differenza di altre norme in tema di false comunicazioni – non sono state specificate dal legislatore né nel senso di "condizioni economiche" (come nel § 400 AktG), né in collegamento con la "situazione patrimoniale" (come nel § 82, comma 2, n. 2 GmbHG). In dottrina si riconosce tuttavia concordemente che un'accezione troppo estesa delle 'condizioni' di cui al § 331, fino a comprendere fattori sociali e politici, si risolverebbe in una violazione del principio di determinatezza; donde la necessità di un'interpretazione restrittiva, conforme agli scopi della norma e agli interessi delle categorie tutelate, alla cui stregua le "condizioni" in esame sono quelle, concernenti il passato, il presente o il futuro, rilevanti per la valutazione della situazione economica della società e delle sue prospettive. Nella medesima direzione, si aggiunge che una chiara indicazione in favore della necessaria rilevanza della falsità o dell'omissione si ricava dal § 334, comma 1, n. 1a) fino a d), ove sono sanzionate specifiche lesioni delle disposizioni in tema di contabilità, che sostanzialmente si traducono in informazioni inesatte sulle condizioni della società e dunque impongono di riferire il § 331 ad una mancanza di verità o di chiarezza del bilancio³⁰.

Il tentativo non è punibile. La dottrina dominante distingue tra consumazione (*Vollendung*) – quando la comunicazione è divenuta accessibile a una cerchia illimitata di persone ovvero, nel caso di comunicazioni scritte, a uno qualsiasi dei destinatari rilevanti ai fini della fattispecie – ed esaurimento

presentate sì correttamente ma in modo tale da concretizzare il pericolo di una valutazione inadeguata sulle condizioni della società; onde le informazioni false si pongono in contrasto con la realtà, l'occultamento con la chiarezza e la trasparenza (ma se la mancanza di chiarezza e trasparenza della rappresentazione non consente più di riconoscere le reali condizioni della società, sussiste una falsa rappresentazione). È comunque comunemente evidenziato che, sul piano processuale, la contestazione di occultamento determina un alleggerimento dell'onere probatorio. In favore della complementarità delle due ipotesi, che finiscono con l'integrarsi reciprocamente, SCHÜPPEN, (nota 22), p. 21.

³⁰ Per tutti, DANNECKER, (nota 20), pp. 1839 e 1877 ss.; HELLMANN, BECKEMPER, (nota 22), p. 134 s.; OTTO, (nota 20), p. 714 s.; QUEDENFELD, (nota 22), p. 1408 s.; RANSIEK, (nota 22), p. 595; TIEDEMANN, (nota 21), p. 63 s.; WIEDMANN, § 331, in *Handelsgesetzbuch*, a cura di BOUJONG, EBENROTH, JOOST, München, I, 2001, p. 2736. Nello stesso senso, ritenendo che un'interpretazione del § 400, comma 1, n. 1, AktG conforme al principio costituzionale di determinatezza impone di ritenere atipiche le comunicazioni in astratto irrilevanti per le valutazioni dei soggetti tutelati in ordine ai loro rapporti giuridici o economici con la società, OLG Frankfurt a.M., 19 giugno 2002, in *NStZ-RR*, 2002, p. 275 s.

(*Beendigung*), che si realizza con la presa di conoscenza da parte della collettività; da quest'ultimo decorre il termine della prescrizione (quinquennale). La differenziazione, secondo i suoi sostenitori, si giustifica per il fatto che una lesione della fiducia del pubblico sussiste solo con l'effettivo accesso, da parte della collettività, alla falsa comunicazione³¹.

La pluralità di false indicazioni nella medesima comunicazione integra un solo reato³². Ad avviso della dottrina dominante, i reati di false comunicazioni sociali concorrono solo formalmente (*ex* § 52 StGB) con altri delitti contro il patrimonio e l'economia (truffa, reati fallimentari, pubblicità ingannevole), laddove la comunicazione pubblica costituisce l'inizio dell'inganno del terzo o dell'occultamento della situazione patrimoniale della società; analogamente vale per le fattispecie previste dal diritto di borsa, come la manipolazione di mercato (*Kursbetrug*)³³.

Quanto alle cause di giustificazione, per comune riconoscimento la natura anche collettiva dell'interesse tutelato esclude che esso sia disponibile da parte della società e del consiglio di amministrazione, il cui consenso è quindi irrilevante. Talune perplessità suscita tuttavia la tesi, accolta dalla dottrina dominante, che, ammettendo un bilanciamento tra il bene dell'informazione contabile e altri valori, seppure eccezionalmente e in casi estremi ammette l'operatività dello stato di necessità (§ 34 StGB) rispetto a falsità intese a consentire la prosecuzione della produzione o la conservazione dei posti di lavoro³⁴.

³¹ Fra gli altri, TIEDEMANN, (nota 21), p. 148; QUEDENFELD, (nota 22), p. 1413. V. RANSIEK, (nota 22), p. 597 s., il quale per la *Beendigung* ritiene che occorra fare riferimento alla cessazione del pericolo (onde il § 331 HGB si pone come un reato di pericolo di durata), che si determina non oltre la pubblicazione del successivo bilancio di fine esercizio: l'opinione che fa riferimento alla conoscenza da parte della collettività, ad avviso dell'A., trascura la molteplicità dei soggetti tutelati e per tale ragione conviene ancorare la *Beendigung* alle norme di diritto commerciale. Cfr. DANNECKER, (nota 20), p. 1885 s., il quale concorda con Tiedemann sulla *Vollendung*, mentre riferisce la *Beendigung* alla effettiva conoscenza della comunicazione da parte di uno qualsiasi dei destinatari. Diff. OTTO, (nota 20), p. 718, il quale parla solo di *Vollendung* e la riferisce al momento in cui il documento è venuto a conoscenza, ovvero è dovuto accessibile, anche ad uno solo dei suoi destinatari; conf. Ruß, (nota 22), p. 745.

³² Per tutti, QUEDENFELD, (nota 22), p. 1414; TIEDEMANN, (nota 21), p. 156.

³³ Fra gli altri, TIEDEMANN, (nota 21), p. 158. Conf. QUEDENFELD, (nota 22), p. 1414, il quale precisa che una *Tateinheit* sussiste quando le false comunicazioni sono al contempo utilizzate per l'ottenimento di un credito, mentre una *Tatmehrheit* si configura quando le due vicende si susseguono temporalmente.

³⁴ Così QUEDENFELD, (nota 22), p. 1412; TIEDEMANN, (nota 21), p. 149. Ad avviso di DANNECKER, (nota 20), p. 1885, il legislatore ha dato prevalenza al valore della pubblicità, ciò che confina l'operatività del § 34 StGB a casi assolutamente estremi, difficili da ipotizzare, in cui si

B. *L'elemento psicologico* – Le incriminazioni in tema di false comunicazioni sociali richiedono la consapevole volontà di realizzare gli elementi costitutivi del reato, senza necessità di un fine di inganno o di danno e comprendono tutte le forme di dolo, ivi compreso il dolo eventuale. L'errore di diritto e di fatto esclude il dolo³⁵.

C. *I soggetti danneggiati dal reato* – L'individuazione dei soggetti danneggiati dal reato si svolge in coerenza con le posizioni assunte in merito agli interessi tutelati dalle incriminazioni in tema di falso in bilancio. La dottrina infatti non manifesta perplessità nel ritenere che, pur non specificandosi nel § 331 HGB i destinatari delle false comunicazioni, essi sono coloro che hanno accesso al bilancio e alle altre scritture contabili, attraverso il relativo registro o attraverso la loro pubblicazione nella gazzetta ufficiale o con altre modalità. In sostanza, vengono tutelati tutti coloro che – in qualità di creditori o di soci o di terzi – hanno, o possono avere, rapporti economici con la società.

4. *Il sistema spagnolo*

L'art. 290 c.p. spagnolo dispone: «1. Gli amministratori, di fatto o di diritto, di una società costituita o in corso di costituzione, che falsificano i conti annuali o altri documenti che debbono riflettere la situazione giuridica o economica dell'ente, in modo idoneo a cagionare un danno economico alla stessa, ad alcuno dei suoi soci o ad un terzo, sono puniti con la pena della prigione da uno a tre anni e con la multa da sei a dodici mesi. 2. Se viene cagionato un pregiudizio economico, le pene si applicano nella metà superiore della cornice edittale».

L'art. 296 c.p. aggiunge: «1. I fatti descritti nel presente capo sono perseguibili solo su denuncia della persona offesa o del suo rappresentante legale. Quando essa è minore di età, incapace o invalida, può presentare la denuncia

vuole salvaguardare la prosecuzione della produzione o il posto di lavoro dei dipendenti [nello stesso senso OTTO, (nota 20), p. 717 s.]. Nel senso invece di escludere l'operatività del § 34 StGB RANSIEK, (nota 22), p. 598.

³⁵ Tra gli altri, FUHRMANN, (nota 22), p. 136; QUEDENFELD, (nota 22), p. 1412 s.; RANSIEK, (nota 22), p. 597; TIEDEMANN, (nota 21), pp. 66 e 150. Nello stesso senso, DANNECKER, (nota 20), pp. 1853 ss. e 1883 ss., che a p. 1869 esclude l'esigenza di una concreta intenzione ingannatoria, essendo sufficiente la possibilità che in generale taluno possa essere ingannato. V. anche OTTO, (nota 20), p. 717, secondo cui agisce dolosamente chi, sulla base di elementi concreti, percepisce il pericolo di compiere un falso o un occultamento delle condizioni della società, a nulla rilevando la vaga speranza che le condizioni siano illustrate correttamente.

anche il pubblico ministero. 2. Non è necessaria la denuncia richiesta nel comma precedente quando la commissione del delitto offende interessi generali o una pluralità di persone».

A. *La struttura del reato* – In dottrina regna un diffuso consenso in ordine alla natura plurioffensiva del reato di false comunicazioni sociali, giacché, accanto al patrimonio della società, dei soci e dei terzi, viene in rilievo la funzionalità del documento nelle relazioni giuridiche ovvero la fede pubblica o, ancora, il diritto di tutti gli interessati, attuali e potenziali, ad un'informazione veritiera e completa della situazione giuridica ed economica dell'ente³⁶. In sostanza, il legislatore ha proceduto, al comma 1 dell'art. 290, ad un'anticipazione della tutela del patrimonio, al contempo provvedendo a proteggere la finalità informativa dei documenti societari.

L'oggetto materiale della condotta concerne non solo il bilancio, ma anche i conti annuali e ogni altro documento destinato a rappresentare la situazione giuridica o economica dell'ente, fino a giungere – secondo un'opinione dominante – al bilancio consolidato. Una parte della dottrina ritiene che la nozione di documento rilevante ai fini del reato in esame va delimitata, in conformità alla formulazione normativa, ai casi in cui esso sia imposto dalla legge³⁷.

L'art. 290 c.p. descrive la condotta semplicemente come una falsificazione, ovviamente comprendendovi anche i fatti di occultamento³⁸, e ulteriormente richiede la sua idoneità lesiva per gli interessi patrimoniali tutelati, concernenti la società, i soci o i terzi. La dottrina prevalente ritiene che tale necessaria attitudine della condotta, non qualificabile nel senso del pericolo concreto poiché l'apprezzamento del giudice non va fondato su tutte le circostanze del

³⁶ In varia prospettiva, DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 94 s.; FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, 2003, p. 38 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Valencia, 2002, p. 188 ss.; PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 c.p.)*, Valencia, 2001, p. 135; RÍOS CORBACHO, *Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP)*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2005, I, n. 13, p. 64 ss. Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza: v. Trib. Supremo, 10 dicembre 2004, in *Rep. Aranzadi*, 2005, 1084; Audiencia Provincial de Baleares, 4 maggio 2000, *ivi*, 2000, 1504; ulteriori citazioni in MORENO CHAMARRO, *Delitos societarios*, Madrid, 2005, p. 19 ss. Per una valorizzazione del patrimonio come unico bene tutelato, GALLEGO SOLER, *Política criminal en materia de delitos societarios*, in *Nuevas tendencias en política criminal*, a cura di MIR PUIG e CORCOY BIDASOLO, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 231 s. e 279 (criticamente, v. però p. 289).

³⁷ Sul punto, GALLEGO SOLER, (nota 36), p. 221.

³⁸ Conf. Trib. Supremo, 2 novembre 2004, in *Rep. Aranzadi*, 2004, 8091.

caso specifico, rinvia ad una valutazione *ex ante* sull'idoneità della condotta a offendere il bene protetto. Si tratta dunque di un pericolo ipotetico o di una possibilità di verificazione del pericolo³⁹, che implica la necessità di un inganno su elementi essenziali del documento e non si esaurisce pertanto in semplici irregolarità contabili⁴⁰. È controversa invece la natura del danno economico menzionato dalla fattispecie normativa, da taluni apprezzato solo sul piano della menomazione patrimoniale, da altri anche su quello dell'alterazione del rischio o delle aspettative di profitto⁴¹.

Il reato si consuma, nell'ipotesi del comma 1, con la realizzazione della condotta e, nel caso previsto dal comma 2, con la verificazione del danno. Si ritiene configurabile il tentativo⁴².

Merita infine di essere sottolineato che, per un orientamento dottrinale prevalente, fondato anche sulla più severa sanzione prevista dall'art. 248 c.p. per il reato di truffa, questo concorre con il reato di false comunicazioni sociali⁴³.

B. *L'elemento psicologico* – Il reato è punibile solo a titolo di dolo, il quale comprende la consapevolezza non solo della falsificazione, ma anche della sua idoneità a causare il pregiudizio economico e, nel caso previsto dall'art. 290,

³⁹ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 94; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 203; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 142 ss.; in favore di una valutazione *ex post* sull'idoneità della condotta, pur mantenendo ferma la qualifica di pericolo astratto, FARALDO CABANA, (nota 36), p. 69 s. Per la giurisprudenza, nel senso del pericolo astratto Audiencia Provincial de Baleares, 4 maggio 2000, cit.

⁴⁰ Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 21 dicembre 2004, in *Rep. Aranzadi*, 2005, 81; Audiencia Provincial de Burgos, 30 settembre 1999, *ivi*, 1999, 3517; v. anche Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 15 maggio 2002, *ivi*, 2002, 256739 e, per ulteriori citazioni, MORENO CHAMARRO, (nota 36), p. 31 ss. In dottrina, per tutti, CUGAT MAURI, *Art. 290*, in *Comentarios al Código penal, parte especial*, diretto da CÓRDOBA ROBA e GARCÍA ARÁN, I, Madrid - Barcelona, 2004, p. 1095.

⁴¹ Nel senso che il danno economico va valutato solo come diminuzione effettiva del patrimonio, DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 99 s. Per l'accezione più ampia, CUGAT MAURI, (nota 40), p. 1097; FARALDO CABANA, (nota 36), p. 71 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 206; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 420.

⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 209.

⁴³ Tra gli altri, DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 102; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 215 s. Ampiamente, sul punto, PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 392 ss., che a p. 454 s. afferma la specialità del reato di falso in bilancio rispetto a quello di truffa; conf. CUGAT MAURI, (nota 40), p. 1098; MESTRE, *Responsabilidad penal de los administradores de sociedades*, in *La responsabilidad de los administradores*, a cura di ROJO e BELTRÁN, Valencia, 2004, p. 365. Per una sintesi delle varie opinioni espresse in dottrina, RÍOS CORBACHO, (nota 36), p. 78 ss.

comma 2, c.p., la volontà di cagionare tale danno. È controversa la rilevanza del dolo eventuale rispetto all' idoneità lesiva dell' azione o alla verifica del danno, da taluni negata alla luce dell' inserimento del reato tra i c.d. delitti di espressione, che richiedono una piena consapevolezza della falsità, ovvero tra i delitti di intenzione, caratterizzati da una specifica finalità della condotta consistente nell' intenzione di causare ad altri un pregiudizio economico⁴⁴.

C. *I soggetti danneggiati dal reato* – Nel sistema spagnolo, tra i delitti c.d. privati e quelli pubblici, i primi perseguibili a querela e i secondi di ufficio, *ex art. 296 c.p.* si pongono i delitti c.d. semipubblici, per i quali è prevista la condizione di procedibilità della sola denuncia, in conseguenza della quale ha inizio l' azione penale come se si trattasse di un delitto pubblico; ciò che rende i delitti in questione più prossimi ai delitti pubblici che a quelli privati.

L' impossibilità di una configurazione in senso esclusivamente privatistico dei reati economici è comunque confermata dalla previsione dell' art. 296, comma 2, che esclude la necessità di una denuncia quando la commissione del delitto offende interessi generali o una pluralità di persone⁴⁵: conformemente alle posizioni assunte in tema di interessi tutelati dall' incriminazione del falso in bilancio, la dottrina non manifesta alcun dubbio nel ricondurre tale illecito all' interno di quelli che, offendendo interessi generali, non richiedono alcuna condizione di procedibilità⁴⁶.

In ogni caso, è da considerare che, alla luce di un orientamento dominante, il requisito della pluralità di persone – alternativamente richiesto per la procedibilità di ufficio – ricorre già in presenza di tre soggetti⁴⁷.

⁴⁴ In senso contrario all' ammissibilità del dolo eventuale, DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 106; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 431 ss.; *contra*, FARALDO CABANA, (nota 36), p. 114; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 208; RÍOS CORBACHO, (nota 36), p. 77. La giurisprudenza sembra orientata nel senso di escludere il dolo eventuale: cfr. MORENO CHAMARRO, (nota 36), p. 40 s.

⁴⁵ Per tutti, FARALDO CABANA, (nota 36), p. 140; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 180 ss.

⁴⁶ Tra gli altri, FARALDO CABANA, (nota 36), p. 146; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 183; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 178 s. Nel senso invece di proiettare il concetto di interesse generale su ampi settori della popolazione o di settori particolarmente rilevanti per il corretto funzionamento del sistema economico, DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 80.

⁴⁷ Così FARALDO CABANA, (nota 36), p. 146, che alternativamente al requisito del minimo di tre persone danneggiate pone una persona giuridica composta da un numero rilevante di persone fisiche; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 184. Diff., intendendo la pluralità come molteplicità di persone, DEL ROSAL BLASCO, (nota 36), p. 80; analogamente, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 15 maggio 2002, cit., che riferisce il concetto di pluralità di persone a «un numero considerevole di esse».

Soggetto danneggiato dal delitto è sia il soggetto passivo in senso stretto, sia colui il quale, in quanto destinatario della falsa informazione rilasciata dalla società, ha patito un pregiudizio economico in conseguenza dell'illecito⁴⁸. In linea generale, si ritiene che tale qualifica vada riconosciuta a coloro che erano soci al momento del fatto e ai terzi⁴⁹.

5. I risultati dell'indagine comparata

Al termine di questa ricostruzione, vediamo di fare il punto sulla situazione a livello di diritto comparato.

Anzitutto, negli ordinamenti presi in considerazione non sussistono dubbi in ordine alla natura pubblicistica degli interessi offesi dal reato di falso in bilancio: sia che vengano evocate le sfere patrimoniali dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, sia che venga costruito un generale interesse collettivo alla correttezza della documentazione contabile societaria, non emergono perplessità intorno all'esigenza di una protezione normativa in favore di tutti coloro che, per le proprie valutazioni economiche, fanno affidamento sul bilancio: ciò che rinvia ad un interesse pur variamente denominato, ma comunque non riducibile a una dimensione patrimoniale individuale⁵⁰. Sotto questo profilo, quindi,

⁴⁸ Per tutti, FARALDO CABANA, (nota 36), p. 142 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, (nota 36), p. 185; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 177.

⁴⁹ FARALDO CABANA, (nota 36), p. 143; PÉREZ VALERO, (nota 36), p. 173 s., il quale a p. 175 estende la nozione di terzo anche ai dipendenti della società. Sul punto, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, 15 maggio 2002, cit., che esclude la qualifica di danneggiato a colui che «in nessun momento è stato socio della società né ha mai avuto con essa relazioni contrattuali o commerciali».

⁵⁰ La medesima notazione vale anche rispetto all'art. 152 *StGB* svizzero (che punisce «chiunque, come fondatore, titolare, socio illimitatamente responsabile, procuratore o membro dell'organo di gestione, del consiglio di amministrazione o dell'ufficio di revisione, oppure liquidatore di una società commerciale, cooperativa, o di un'altra azienda esercitata in forma commerciale, dà o fa fare, in comunicazioni al pubblico o in rapporti o proposte all'insieme dei soci o agli associati all'azienda, indicazioni false o incomplete di importanza considerevole, tali da determinare terzi ad atti di disposizione pregiudizievoli al patrimonio»), all'art. 519 del *Código das sociedades comerciais* portoghese (che sanziona ai primi due commi il fatto di dare informazioni sulla situazione societaria contrarie al vero «o di fornire maliziosamente informazioni incomplete tali da indurre i destinatari a valutazioni erronee aventi un effetto identico o analogo a quello che avrebbero informazioni false sullo stesso oggetto», prevedendo ai commi 3 e 4 un aggravamento della pena quando la condotta sia realizzata con l'intenzione di cagionare un danno, materiale o morale, ad un socio o alla società ovvero se è stato effettivamente cagionato un danno grave, materiale o morale, di natura prevedibile, ad un socio, alla società o a un terzo) e, per l'ordinamento austriaco, al § 255 legge 31 marzo 1965 e al § 122 legge 6 marzo

l'individuazione del bene della trasparenza societaria, anche proiettato su una plurioffensività del reato in esame, non sembra destare preoccupazioni; e la constatazione vale pure rispetto al codice penale spagnolo, il cui art. 296 subordina la perseguibilità dei reati societari alla denuncia della persona offesa, essendo pacifico, nell'interpretazione dottrinale, che la lesività del falso in bilancio per gli interessi collettivi esclude la necessità di un'istanza punitiva.

Sul piano della fattispecie oggettiva, la formulazione delle fattispecie incriminatrici si svolge nel senso di reprimere – attraverso la tipizzazione di condotte attive di falsificazione ovvero, salvo che per il codice spagnolo, di condotte di occultamento – ogni fatto lesivo del dovere di rappresentare correttamente la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. È questo, a ben vedere, il punto più problematico emerso dall'indagine.

Nel sistema francese, l'assenza nella norma di qualsiasi parametro selettivo induce la dottrina a spostare il carico del disvalore penalmente sanzionato sull'elemento soggettivo, con un processo di psicologizzazione della fattispecie volto ad evidenziare uno specifico dolo di inganno dell'agente, che però – come si è visto – non riesce a rinvenire un contenuto autonomo rispetto alla consapevolezza della frode. Diverso è il percorso seguito dalla dottrina tedesca che, in tema di valutazioni, richiede una loro insostenibilità anche alla stregua del giudizio degli esperti e, in linea generale, sottolinea l'esigenza di una rilevanza del falso alla luce delle sue potenzialità decettive. Ulteriormente differente è la situazione in Spagna, ove già l'art. 290 c.p. richiede l'idoneità della condotta a cagionare un danno alla società, ai soci o ai terzi: requisito, questo, proiettato dagli interpreti verso un accertamento in astratto e integrato con l'esigenza di un inganno concernente elementi essenziali.

Quanto all'elemento psicologico del reato, per comune riconoscimento esso consiste nel dolo, cioè nella consapevole volontà di rappresentare falsamente le condizioni della società. Solo nella dottrina spagnola si manifestano tendenze ad escludere la rilevanza del dolo eventuale.

Infine, per quanto riguarda i soggetti danneggiati dal reato, non emergono perplessità, negli ordinamenti considerati, a ritenere tali non solo i creditori e

1906 [i quali, rispettivamente per le società per azioni e le società a responsabilità limitata, tipizzano il fatto dell'amministratore o del componente del consiglio di sorveglianza che, «in relazioni, rapporti e prospetti, concernenti la società ovvero società collegate, dirette al pubblico o ai soci, come in particolare il bilancio di esercizio (bilancio consolidato), relazioni sulla gestione (relazioni sulla gestione del gruppo), (...) falsamente riporta ovvero occulta o tace sulle condizioni della società o di società collegate o su circostanze rilevanti, anche se esse hanno ad oggetto solo singoli elementi economici»].

i soci, ma anche – si afferma tra gli autori di lingua tedesca e spagnola – tutti coloro che intrattengono relazioni giuridiche od economiche con la società ovvero intendono stringere tali relazioni. Sulla tendenza della dottrina tedesca e di una parte di quella spagnola a comprendere tra i soggetti tutelati anche i dipendenti della società, previa una loro assimilazione ai creditori sociali, può peraltro avanzarsi più di una riserva.

Come si vede, dalla formulazione delle norme e dalla loro elaborazione dottrinale e giurisprudenziale emerge un quadro caratterizzato per un verso dalla natura sovraindividuale degli interessi protetti e dalla conseguente operatività delle fattispecie nei confronti di falsità in grado di indurre in errore non solo i soci e i creditori ma anche il pubblico; per altro verso, dall'assenza di elementi limitativi della punibilità sul piano del dolo e da una funzione selettiva attribuita ai requisiti dell'idoneità decettiva della condotta e della rilevanza del falso.

Queste opzioni di politica legislativa non si traducono però in assetti omogenei sul piano sanzionatorio.

Negli ordinamenti presi in esame, per il reato di falso in bilancio sono infatti previste cornici di pena edittale sensibilmente differenziate, che giungono fino a cinque anni di reclusione e a 375.000 euro di multa nel sistema francese, fino a tre anni di reclusione e la multa da sei a dodici mesi nel sistema spagnolo, fino a tre anni di reclusione in alternativa alla multa nel sistema tedesco; nonché, allargando la visuale, fino a tre anni di reclusione in alternativa alla multa nel sistema svizzero, fino ad un anno di reclusione in alternativa alla multa fino a 360 quote nel sistema austriaco e fino ad un anno di reclusione e la multa fino a 120 giorni, nell'ipotesi di verifica di un danno grave, nel sistema portoghese.

Non solo. A tale diversa valutazione del disvalore del fatto corrisponde una differente percezione dei suoi rapporti con il reato di truffa, a sua volta sintomatica di un delicato assestamento nella tutela dei beni della trasparenza del mercato e del patrimonio individuale: mentre il sistema francese equipara le pene per le false comunicazioni sociali e la truffa (art. 313-1 c.p.), nei codici penali tedesco, spagnolo, svizzero e portoghese la sanzione della truffa risulta più severa (rispettivamente, fino a cinque anni per il § 263, fino a quattro anni per l'art. 248, fino a cinque anni per l'art. 146, fino a tre anni o la multa per l'art. 217); solo nel codice austriaco la pena della truffa appare più mite in confronto alle false comunicazioni sociali (fino a sei mesi di reclusione o la multa fino a 360 quote, *ex* § 146), salvo però che la truffa sia realizzata mediante uso di un documento falso o falsificato o sia cagionato un danno supe-

riore a 40.000 euro (§ 147, commi 1 e 3, che prevedono la reclusione fino a tre anni ovvero da uno a dieci anni).

Il quadro ora rappresentato – pur così lontano dai livelli sanzionatori caratterizzanti i sistemi di *common law*⁵¹ – si ricompone comunque sul piano della prassi, che evidenzia come il reato di falso in bilancio rivesta ovunque un significato assai modesto⁵². La constatazione viene spiegata sia alla luce della difficile emersione dell'illecito all'infuori di una procedura fallimentare, sia con la natura tendenzialmente sussidiaria dell'incriminazione, destinata a cedere il passo ad altre fattispecie più specifiche, nell'ambito dei reati societari e fallimentari: ciò che, a sua volta, parrebbe dimostrare come, malgrado l'autonomia rivendicata dal reato in esame rispetto alla truffa alla luce dell'anticipa-

⁵¹ Il riferimento è qui, da un lato, al *Theft act* inglese del 1968, i cui §§ 17-19 prevedono per il *False accounting* una pena fino a sette anni di reclusione e, dall'altro lato, al capitolo 63 del titolo 18 *U.S. Code*, il cui § 1350 (inserito dal *Sarbanes-Oxley Act* del 30 luglio 2002), per il caso di falsità in un qualsiasi rapporto periodico sulla situazione finanziaria della società, prevede a carico dell'amministratore e del direttore finanziario una multa fino ad un milione di dollari e/o la reclusione fino a dieci anni ovvero una multa fino a cinque milioni di dollari e/o la reclusione fino a venti anni, a seconda che la condotta sia stata eseguita consapevolmente o con piena volontà (sul punto, MONTANI, *L'esperienza degli Stati Uniti*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 473).

⁵² Per l'ordinamento francese, sulla scarsa incisività della legge penale nell'ambito economico e finanziario, tra gli altri JEANDIDIER, (nota 1), p. 449; con particolare riferimento al reato di falso in bilancio, PORTELLI, *Les sanctions pénales en matière économique et financière*, in *Petites affiches*, 12 gennaio 2006, n. 9, pp. 11 ss. e 13. Analogamente, per l'esperienza tedesca, v. TIEDEMANN, (nota 21), p. 160, il quale osserva che, in assenza di una denuncia, l'Autorità giudiziaria solitamente conosce il reato di falso in bilancio solo in connessione con procedure fallimentari, quando il reato in esame è però frequentemente già prescritto (analoga constatazione si rinviene già in ID., *Handelsgesellschaften und Strafrecht*, in *Kultur-Kriminalität- Strafrecht*, Berlin, 1977, p. 253); RANSIEK, (nota 22), p. 589, secondo cui i procedimenti penali per il falso in bilancio sono relativamente rari, forse perché già il sistema civilistico di controlli offre una sufficiente tutela e, in ogni caso, essi acquistano significato soprattutto in connessione con altri reati, in materia fallimentare o contro il patrimonio, per i quali è prevista una pena edittale più severa che determina l'assorbimento dei primi; DANNECKER, (nota 20), p. 1835 ss., il quale ritiene che la modestissima importanza rivestita nella prassi giudiziaria dai delitti in tema di bilancio e la quasi totale assenza di giurisprudenza trova giustificazione, oltre che in un'elevata cifra nera, nella confluenza di tali delitti in altri, contro il patrimonio o di natura fallimentare, puniti più gravemente o la cui prova in giudizio risulta più agevole [conf. TIEDEMANN, (nota 20), p. 206]. Quanto infine all'ordinamento spagnolo, dai repertori giurisprudenziali risulta che il delitto di falso in bilancio, su un totale di novantanove sentenze emesse dal *Tribunal supremo* e dalle *Audencias provinciales* (a partire dal 1995, anno di promulgazione del codice penale), è stato finora ritenuto applicabile solo diciotto volte; v. CUGAT MAURI, (nota 40), p. 1092, ove si rileva – come possibile spiegazione di questa prassi così esigua – che sotto il codice previgente era addirittura dubbia l'incriminazione delle falsità in bilancio.

zione della tutela da esso assicurata, l'intervento penale si realizzi solitamente solo dopo l'avvenuta verifica di un danno patrimoniale, attribuendosi all'incriminazione del falso in bilancio un ruolo recessivo nei confronti di altri delitti incentrati sull'evento.

In sostanza, il reato di cui si discute sconta ampi margini di ineffettività, a ben poco rilevando che esso venga presidiato da sanzioni miti o severe e nonostante che la genericità della sua formulazione lo renda una *catch-all provision*, utilizzabile – è questa l'accusa che gli viene mossa da parte della dottrina tedesca⁵³ – quando manca la prova di uno specifico reato fallimentare o contro il patrimonio.

In Italia, come è noto, fino al varo del d.lg. 11 aprile 2002, n. 61, la situazione risultava sensibilmente diversa, non solo per l'assenza di un reato di gestione infedele in grado di surrogare la carente tipizzazione del delitto di false comunicazioni sociali, ma soprattutto perché l'esperienza giurisprudenziale aveva dimostrato – anche attraverso vistose forzature interpretative – tutte le potenzialità operative di quest'ultimo e la sua funzionalizzazione all'accertamento e alla persecuzione di ulteriori illeciti⁵⁴.

Rinviano al successivo paragrafo l'analisi degli artt. 2621 e 2622 c.c., parrebbe dunque che la loro introduzione nel sistema – cui, come si vedrà, ha fatto seguito una paralisi dell'operatività dell'incriminazione in esame (salvo che per le società quotate in borsa, rispetto alle quali il reato di false comunicazioni sociali si è nella prassi trasfigurato nell'illecito penale e amministrativo di manipolazione del mercato, ex artt. 185 e 187-ter t.u.fin.) – abbia sortito l'effetto di avvicinare il nostro agli altri ordinamenti europei nella persecuzione del falso in bilancio.

Occorre subito avvertire che tale giudizio va senza incertezze respinto, giacché, al contrario, la riforma ha relegato il nostro Paese nella posizione di

⁵³ V. TIEDEMANN, (nota 21), p. 14, il quale comunque non condivide una siffatta censura. Cfr. pure SCHÜPPEN, (nota 22), p. 122, il quale ancora nel 1993 ritiene che, per la loro natura anticipatoria della punibilità, sganciata da un evento di danno, i delitti in materia di bilancio potrebbero essere convertiti in illeciti amministrativi.

⁵⁴ Nella vasta bibliografia, tra gli altri, ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 799; DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1240; FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 367 s.; INSOLERA, *Democrazia, ragione e previazione*, Milano, 2003, p. 9; MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 59; PADOVANI, *Una riforma difficile*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 543. V. anche MAZZACUVA, *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 283 ss.

«fanalino di coda» d'Europa nel controllo penale della legalità della gestione delle società commerciali⁵⁵. Ma qui il problema è un altro e precisamente concerne, in una prospettiva comunitaria e internazionale, la funzione politico-criminale dell'incriminazione in esame: se si condivide l'assunto che la reale predisposizione e implementazione di misure intese a perseguire le falsità nei bilanci è un indispensabile presupposto della lotta alla delinquenza economica, è evidente che l'illecito di cui si discute è chiamato ad adempiere un ruolo ben più significativo di quello attualmente rivestito.

Di fatto, sul piano degli obblighi internazionali, la prospettiva appena delineata sta divenendo realtà, solo che si guardi all'art. 8 della Convenzione OCSE 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, ratificata con legge 29 settembre 2000, n. 300⁵⁶ e all'art. 14 della Convenzione europea sugli aspetti penali della corruzione, predisposta in seno al Consiglio d'Europa e firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999⁵⁷.

⁵⁵ Testualmente, FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA e SEMINARA, Padova, 2002, p. 323.

⁵⁶ «Art. 8 (*Disposizioni in materia di contabilità*). - 1. Per combattere la corruzione di pubblici ufficiali stranieri in modo efficace, ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, nel quadro delle proprie leggi e regolamenti concernenti la tenuta di libri e scritture contabili, la diffusione di rendiconti finanziari e le norme sulla contabilità e la verifica dei conti, per vietare l'istituzione di contabilità fuori bilancio, l'effettuazione di operazioni non registrate o non adeguatamente identificate, l'iscrizione di spese inesistenti, l'iscrizione di passività il cui oggetto sia indicato in modo scorretto e l'uso di documenti falsi, da parte di imprese soggette a dette leggi e regolamenti, allo scopo di corrompere pubblici ufficiali stranieri o di occultare tale corruzione. 2. Ciascuna Parte deve prevedere sanzioni civili, amministrative o penali efficaci, proporzionate e dissuasive per tali omissioni e falsificazioni di libri e scritture contabili e di comunicazioni finanziarie di tali imprese». Sui profili di contrasto fra tale previsione e gli artt. 2621 e 2622 c.c., SACERDOTI, *Gli obblighi contabili nella Convenzione OCSE del 1997 contro la corruzione internazionale e l'ordinamento italiano*, in *Il "falso in bilancio" tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, a cura di MASTROIANNI, Napoli, 2004, pp. 23 ss., 35 s.; parz. diff., PALOMBI, *I profili penalistici*, *ivi*, pp. 110 s. e 121.

⁵⁷ «Art. 14 (*Reati contabili*). - Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti atti od omissioni siano secondo il proprio diritto interno definiti reati passibili di sanzioni penali o di altra natura, quando sono commessi intenzionalmente allo scopo di compiere, nascondere o mascherare reati ai sensi degli articoli 2-12 della presente Convenzione, sempre che la Parte non abbia formulato riserve o dichiarazioni: a) emettere o utilizzare una fattura o qualsiasi altro documento o scrittura contabile contenente informazioni false o incomplete; b) omettere in modo illecito di contabilizzare un versamento». Sul punto, MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, p. 647 ss. (nonché in *Il "falso in bilancio"*, *cit.*, p. 76 ss.).

Emerge così la necessità di una rinnovata riflessione, in sede comunitaria e internazionale, che miri a rendere effettiva la repressione del falso in bilancio e anche a chiarire i suoi rapporti con il reato di truffa che, incentrato sulla lesione di interessi patrimoniali individuali, risulta strutturalmente incapace di conferire rilievo al pregiudizio per i beni collettivi della veridicità e della trasparenza dell'informazione societaria. A questo proposito, al fine di evitare la ricaduta in una fattispecie di reato che, tutto comprendendo, sia destinata a perdere la propria pregnanza, occorrerà avere particolare cura di introdurre elementi realmente selettivi della punibilità, sul piano sia oggettivo che psicologico, senza neppure trascurare di valutare l'opportunità di procedere ad una differenziazione delle cornici di pena legata alla tipologia degli enti e ad ulteriori parametri in grado di far risaltare la loro reale dimensione economica (v. ad esempio l'art. 2435-*bis* c.c., introdotto in attuazione dell'art. 11 della direttiva 78/660/Cee, da ultimo emendato dall'art. 1 della direttiva 2006/46/Ce) e, conseguentemente, l'entità del pericolo per gli interessi tutelati.

6. *La disciplina italiana del falso in bilancio*

Procediamo ora ad una breve esposizione dei profili più problematici della disciplina vigente in Italia, che ha suscitato in dottrina reazioni critiche così aspre come mai si erano riscontrate in passato dinanzi ad un intervento legislativo in materia penale.

Anzitutto, l'alternatività tra una fattispecie contravvenzionale (art. 2621 c.c.) e una delittuosa (art. 2622 c.c.) legata alla verifica del pregiudizio economico per la società, i soci e i creditori determina un inestricabile e incomprensibile groviglio nei rapporti tra le due norme, che impedisce di ravvisare una progressione dal pericolo al danno a causa della perseguibilità di ufficio del reato più lieve e della perseguibilità a querela, esclusi i fatti verificatisi all'interno di società quotate, del reato più grave. A sua volta, tale confuso assetto di disciplina si riflette sull'individuazione del bene protetto, che può certamente ravvisarsi, per l'art. 2622 c.c., nell'interesse patrimoniale della società, dei soci e dei creditori, mentre per l'art. 2621 c.c. ha indotto taluni a ravvisare solo una tutela anticipata del medesimo bene patrimoniale.

La tesi che gli artt. 2621 e 2622 c.c. lascino totalmente sguarnito di tutela il bene della trasparenza societaria, oltre a risultare contraddittoria rispetto alle scelte sanzionatorie operate per la tutela del mercato, da ultimo con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, vacilla però dinanzi alla procedibilità di ufficio del fatto previsto dall'art. 2621 c.c.; la cui perseguibilità risulta peraltro solo teori-

ca, poiché la qualificazione contravvenzionale del reato dà vita ad una pressoché inevitabile prescrizione dell'azione penale.

Di più, la scelta di conferire rilevanza penale alle falsità solo se le variazioni illecitamente operate nel bilancio risultino superiori alle soglie percentuali legate al risultato economico di esercizio, al patrimonio netto e alle valutazioni estimative è in grado di determinare ampissimi spazi di impunità. È vero, sotto questo profilo, che la legge n. 262 del 2005 ha inserito nei commi 5 e 9 degli artt. 2621 e 2622 c.c. la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria da dieci a cento quote e una serie di pene accessorie interdittive nei confronti dell'autore di false comunicazioni sociali penalmente irrilevanti, così dando vita ad un illecito parallelo la cui afflittività – alla luce della non sospendibilità dell'esecuzione delle sanzioni amministrative e del più lungo termine di prescrizione che ne può risultare – pare addirittura maggiore di quella propria dei correlativi reati; il problema, però, è che l'operatività di tale sanzione amministrativa risulta subordinata ad una norma, a tutt'oggi assente, che stabilisca l'importo delle quote...⁵⁸.

Ancora, la tutela apprestata dall'art. 2622 c.c. ai soci e ai creditori risulta limitata a coloro che tali sono al momento della commissione della condotta, così escludendo quanti acquistano la qualifica in un momento successivo, sebbene in conseguenza del fatto. Ciò che, oltre a rivelare una nota di profonda irrazionalità, si pone in contraddizione sia con le prescrizioni in tema di pubblicità obbligatoria imposte alle società quotate dagli artt. 114 ss. t.u.fin. e con le scelte sanzionatorie caratterizzanti i reati di falso nel prospetto e nella revisione contabile (rispettivamente, artt. 173-*bis* e 174-*bis* t.u.fin.); sia con la previsione, *ex* art. 2622, comma 4, di una pena più severa per le ipotesi di «grave nocumento» che, nella sua formulazione riferita ai «risparmiatori», sembra superare l'angusta dimensione lesiva della fattispecie base per estendersi a tutti i soggetti danneggiati dalla falsità⁵⁹.

⁵⁸ LUNGHINI, *Falso in bilancio, aggravante di facciata*, in *Il Sole - 24 ore*, 12 gennaio 2006, *Suppl.*, p. 14; PECORELLA, *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 304 s.; PERINI, *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in *Giur. it.*, 2006, IV, c. 877 s.; SALAFIA, *La legge sul risparmio*, in *Le società*, 2006, p. 143; SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 552; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 160 s.

⁵⁹ Anche questa previsione, introdotta dalla l. n. 262 del 2005, ha suscitato aspre critiche in dottrina per la sua vaghezza: cfr. gli Autori citati nella nota che precede, nonché MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione del mercato a seguito della leg-*

Quanto all'elemento psicologico, la sua tipizzazione presenta note di indubbia esasperazione, essendo richiesto non solo il dolo generico costituito dalla volontà della falsa rappresentazione, ma anche il dolo specifico di ingiusto profitto per l'agente o per altri e il dolo intenzionale di inganno nei confronti dei soci o del pubblico.

In conclusione, al di là delle aporie sistematiche e delle incongruenze logiche, la repressione delle false comunicazioni sociali, caratterizzata in un'ottica patrimoniale e privata, è oggi affidata per un verso ad una fattispecie bagatel-lare destinata alla pratica inoperatività, per altro verso ad una fattispecie incentrata sul pregiudizio economico della società, dei soci e dei creditori, in manifesta contraddizione con le sue finalità di tutela e con la sua stessa autonomia rispetto al reato di truffa⁶⁰. Come possa conciliarsi un tale assetto sanzionatorio – ulteriormente caratterizzato dalla rilevanza solo amministrativa delle falsità che non superino le soglie percentuali legate al risultato economico di esercizio, al patrimonio netto e alle valutazioni estimative – con la decisione del nostro legislatore di porre, tra i criteri per l'individuazione degli «Stati che non garantiscono la trasparenza societaria», la «mancanza di adeguate sanzioni penali nei confronti degli esponenti aziendali che falsificano la contabilità e i bilanci» (art. 165-ter, comma 3, lett. g, t.u.fin.), è difficile comprendere.

7. *Gli artt. 2621 e 2622 c.c. dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee*

Spostiamo adesso l'attenzione sulla legittimità degli artt. 2621 e 2622 c.c. nella prospettiva comunitaria.

ge comunitaria del 2004, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 663; PALMIERI, *Tutela del risparmio: riflessi penali sulla materia societaria*, in *Dir. prat. soc.*, 2006, n. 4, p. 11 ss. Un giudizio complessivamente favorevole sull'attuale assetto sanzionatorio degli artt. 2621 e 2622 c.c. è invece in MAZZACUVA, *Le mutazioni normative (e non) in tema di false comunicazioni sociali*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, p. 244 ss.

⁶⁰ È noto che, storicamente, l'autonomizzazione dei reati di falso dal paradigma della truffa avviene alla luce del carattere essenzialmente pubblicistico della tutela apprestata dai primi in confronto alla natura privatistica degli interessi riconducibili alla truffa e, con specifico riferimento alle false comunicazioni sociali, anche in ragione dell'emersione del bene della trasparenza societaria come valore fondante di una moderna economia di mercato [per tutti, FOFFANI, (nota 55), p. 319 s.; per l'esigenza di una tutela anticipata rispetto all'evento di danno patrimoniale caratterizzante la truffa si esprime, nell'ambito di una ricostruzione in chiave patrimonialistica del reato, PERINI, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p. 83 ss.].

Come è noto, con tre ordinanze emesse da giudici nazionali⁶¹ in base all'art. 234 TCE, la Corte di giustizia delle Comunità europee è stata investita da una domanda di pronuncia pregiudiziale. In particolare, la Corte di Appello di Lecce ha chiesto se la statuizione di cui all'art. 6 della direttiva n. 68/151/Cee (v. *infra*) «sia ostativa ad una legge di uno Stato membro che, in caso di mancata pubblicazione del bilancio societario o, *a fortiori*, in caso di bilancio presentato ma falso, preveda il diritto di “chiedere la sanzione” soltanto per i soci ed i creditori, ovvero non stabilisca, per le medesime violazioni, una sanzione “adeguata” sotto il profilo della sua “effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva”»; inoltre, se la disposizione di cui all'art. 2 della direttiva n. 78/660/Cee «sia ostativa ad una legge di uno Stato membro che preveda dei limiti percentuali al di sotto dei quali venga meno l'obbligo di una fedele comunicazione sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società (o del gruppo) o che escluda qualsiasi punibilità per eventuali violazioni di tale obbligo». In termini analoghi si sono espresse due ordinanze emesse dal Tribunale di Milano, la prima delle quali ulteriormente ha posto la questione «se i criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività siano riferibili alla natura o al tipo della sanzione astrattamente considerata, ovvero alla sua concreta applicabilità, tenuto conto delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento cui afferisce»⁶².

Nella sentenza 3 maggio 2005, la Grande Sezione della Corte di giustizia, in parte richiamando la sua precedente giurisprudenza, ha dato una risposta positiva al primo problema esegetico sollevato dai giudici rimettenti: l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario (n. 68/151/Cee del 9 marzo 1968),

⁶¹ App. Lecce, ord. 7 ottobre 2002, in *Guida al dir.*, 2002, n. 45, p. 84 ss.; Trib. Milano, ord. 26 ottobre 2002, *ibid.*, p. 94 ss.; Trib. Milano, ord. 29 ottobre 2002, *ibid.*, p. 97 ss., con commento di DI MARTINO, *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, p. 113 ss. e in *Le società*, 2003, p. 732 ss., con nota di PECORELLA. V. inoltre Trib. Torino, ord. 13 gennaio 2003, in *Dir. prat. società*, 2003, n. 5, p. 71 ss., con commento di PERINI [ulteriori ordinanze sullo stesso oggetto – dell'ufficio GIP del Tribunale di Torino, del Tribunale di Milano e dell'ufficio GIP del Tribunale di Brindisi – sono citate da MASTROIANNI, (nota 57), p. 622 nota 4]. Nel senso invece di dichiarare manifestamente infondata la richiesta di domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia, Trib. Milano, ord. 5 novembre 2002, in *Guida al dir.*, 2002, n. 45, p. 107 ss.

⁶² L'impostazione, qui sommariamente riferita, era stata anticipata da SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 174 ss.; v. anche FOFFANI, *Verso un nuovo diritto penale societario*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3249; MANES, *Il nuovo “falso in bilancio” al cospetto della normativa comunitaria*, *ivi*, 2003, p. 1320 ss.; MASTROIANNI, (nota 57), p. 646 ss.

nel disporre che «gli Stati membri stabiliscono adeguate sanzioni per i casi di mancata pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite, come prescritta dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera f)», invero «fornisce di per sé un indizio nel senso che tale regime deve essere inteso come concernente non solo i casi di un'omissione di qualsiasi pubblicità dei conti annuali, ma anche quelli di una pubblicità di conti annuali non redatti conformemente alle disposizioni previste dalla quarta direttiva sul diritto societario relativamente al contenuto di tali conti». Più precisamente, per un verso il rinvio operato dall'ora citato art. 2, n. 1, lett. f), all'armonizzazione prevista dalle norme relative al contenuto dei conti annuali, realizzata dalla quarta direttiva sul diritto societario (n. 78/660/Cee del 25 luglio 1978, il cui art. 2 tra l'altro sancisce, al n. 3, che «i conti annuali devono dare un quadro fedele della situazione patrimoniale, di quella finanziaria nonché del risultato economico della società»), per altro verso l'omessa previsione di sanzioni in tale ultima direttiva dimostrano «che il legislatore comunitario ha voluto effettivamente estendere l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alle violazioni degli obblighi contenuti nella quarta direttiva sul diritto societario e, in particolare, alla mancata pubblicazione di conti annuali conformi, quanto al loro contenuto, alle norme previste a tal riguardo»⁶³.

La soluzione ora esposta – aggiunge la Corte a ulteriore supporto dell'interpretazione operata – trova fondamento nel «ruolo fondamentale della pubblicità dei conti annuali delle società di capitali e, a maggior ragione, dei conti annuali redatti conformemente alle norme armonizzate relative al loro contenuto, al fine di tutelare gli interessi dei terzi, obiettivo chiaramente sottolineato nei preamboli sia della prima sia della quarta direttiva sul diritto societario»⁶⁴. Breve: «l'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni come quelle

⁶³ Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-91/02 e C-403-2, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 ss., §§ 56 ss., con nota di INSOLERA e MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*. La sentenza rileva sotto questo profilo una diversità di contenuto tra la quarta e la settima direttiva sul diritto societario (n. 83/349/Cee del 13 giugno 1983) che, all'art. 16, nn. 3 e 5, prevede disposizioni immediatamente applicabili ai conti consolidati non redatti conformemente alle prescrizioni ivi stabilite e pertanto resta fuori dall'ambito operativo dell'art. 6 della prima direttiva.

⁶⁴ Cfr. sul punto MASTROIANNI, (nota 57), p. 627 e ivi note. Il richiamo qui operato dalla Corte concerne in particolare il 2° e il 3° *considerando* della direttiva n. 68/151/Cee [ove si osserva che «il coordinamento delle disposizioni nazionali concernenti la pubblicità (...) riveste un'importanza particolare, soprattutto in ordine alla tutela degli interessi dei terzi» e che «nei predetti settori devono adottarsi simultaneamente disposizioni comunitarie per tali società, poi-

previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. per i reati risultanti da falsità in scritture contabili è imposta dall'art. 6 della prima direttiva societaria».

Tale ricostruzione – sebbene, per la sua caratterizzazione in senso evolutivo e sistematico, sia stata da taluni ritenuta sintomatica di una tenuta debole del principio di determinatezza in materia penale⁶⁵ – appare convincente e in linea con la politica comunitaria in tema di società commerciali, che si è manifestata, tra l'altro, anche in riferimento al processo di uniformazione della disciplina dei bilanci di esercizio ai principi internazionali (*International Accounting Standards*)⁶⁶, che certo non prevedono i margini di manovra consentiti, sul piano penale, dalle soglie di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.

Tuttavia, deviando bruscamente dal processo argomentativo finora riferito – anzi, esplicitamente prescindendo da esso –, la Corte osserva che «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» e va dunque considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario vincolanti per il giudice nazionale: donde l'applicabilità degli artt. 2621 e 2622 c.c. anche ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore.

ché esse non offrono ai terzi altra garanzia che il patrimonio sociale»] e il 1° *considerando* della direttiva n. 78/660/Cee [«il coordinamento delle disposizioni nazionali riguardanti la struttura ed il contenuto dei conti annuali e della relazione sull'a gestione, i metodi di valutazione, nonché la pubblicità di questi documenti (...) riveste importanza particolare per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi»].

⁶⁵ Cfr. DI MARTINO, (nota 61), p. 117; ID., *Possibile l'applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità «europea»*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 20, p. 104; ma v. anche BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio, in Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI, Torino, 2005, p. 33. Sotto questo profilo, Trib. Milano, ord. 29 ottobre 2002, *cit.*, p. 103, aveva osservato che «una cosa sono le sanzioni, presumibilmente di tipo civilistico o amministrativo atteso l'impianto complessivo della normativa, che lo Stato deve garantire in mancanza di pubblicità di un bilancio, altra cosa sono (o potrebbero essere) le sanzioni penali adeguate in presenza di una constatata falsità del bilancio sociale; il passaggio di logica deduttiva che il P.M. compie appare sì giustificabile sulla base di una analisi di tipo analogico/interpretativo, ma assai pericoloso ai fini di una corretta ed inequivoca impostazione della fattispecie in esame». Conf. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 651 s.

⁶⁶ V. la direttiva 27 settembre 2001, n. 2001/65/Ce e il regolamento 19 luglio 2002, n. 1606/2002/Ce (*adde*, da ult., la direttiva 14 giugno 2006, n. 2006/46/Ce e il regolamento 15 novembre 2005, n. 1864/2005 e gli atti ivi richiamati), che hanno ricevuto attuazione, nel nostro ordinamento, con il d.lg. 30 dicembre 2003, n. 394. Sul punto, PERINI, *Società e consorzi (reati di falso)*, in *D. disc. pen. - Agg.*, Torino, 2004⁴, p. 803.

È vero – riconosce la sentenza – che occorrerebbe preliminarmente stabilire se il principio trovi applicazione anche quando la pena più mite sia contraria ad altre norme di diritto comunitario, ma di nuovo la Corte abbandona l'assunto appena enunciato: «non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali». E questo è l'approdo della decisione: non potendo una direttiva creare obblighi individuali in assenza di una legge interna dello Stato adottata per la sua attuazione, essa non può neppure essere fatta valere al fine di determinare o aggravare la responsabilità del singolo.

La pronuncia, come si vede, si snoda attraverso tre enunciati, di cui solo il primo ha diretta attinenza con il merito delle questioni sollevate, mentre gli altri due hanno natura esterna e valenza processuale. Di più, quanto al terzo e conclusivo assunto – cui viene attribuita un'efficacia dirimente del problema – è agevole osservare che la “caducazione” degli artt. 2621 e 2622 c.c. darebbe vita sì ad un aggravamento della posizione degli imputati, discendente però non dalla direttiva invocata, ma dalla normativa nazionale pregressa e in vigore al momento dei fatti. Donde la possibilità di procedere ad una diversa valorizzazione dei principi affermati nella sentenza.

Per una prima interpretazione, considerando l'oggetto della domanda pregiudiziale, la portata della sentenza potrebbe restringersi all'esegesi delle norme invocate, concernenti la prima e la quarta direttiva societaria – in conseguenza della quale emerge l'incompatibilità tra la disciplina italiana delle false comunicazioni sociali e il diritto comunitario – e al richiamo, operato al § 64, dell'art. 5 TCE (ora art. 10), da cui deriva l'obbligo, c.d. di leale cooperazione, per gli Stati membri di prevedere per le violazioni del diritto comunitario sanzioni aventi carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo. In questa prospettiva, ulteriormente rafforzata da taluni precedenti della stessa Corte⁶⁷, l'evozione del principio della retroattività della pena più mite e della inoperatività delle direttive *non self executing* costituirebbe una mera «speculazione tattica sul *petitum*» comunque incapace di oscurare il vero significato della pronuncia, consistente nelle chiare indicazioni fornite ai giudici nazionali sul-

⁶⁷ Oltre le pronunce espressamente richiamate nel § 65 della decisione in commento, v. le note sentenze CGCE 4 dicembre 1977, C-97/96, Daihatsu, in *Racc.*, 1997, p. I-6843 e *Id.*, 29 settembre 1998, C-191/95, Commissione c. Repubblica federale di Germania, *ivi*, 1998, p. I-5449.

l'interpretazione del diritto comunitario; con l'esito finale di una disapplicazione giudiziale degli artt. 2621 e 2622 c.c. «e la conseguente applicazione della normativa penale previgente», la quale «bene costituisce la fonte legale della responsabilità penale in osservanza del diritto comunitario, senza che sia la direttiva a costituire da sé la responsabilità, indipendentemente da una legge che le dia attuazione»⁶⁸.

L'opinione ora riferita si presta – come più avanti vedremo – ad una valorizzazione nell'ottica del giudizio della Corte costituzionale. Rispetto al suo approdo in favore della disapplicazione, essa apre però scenari a dir poco inquietanti: a considerare infatti le argomentazioni dei giudici rimettenti, l'illegittimità degli artt. 2621 e 2622 c.c. potrebbe derivare dall'intera loro disciplina o solo da specifici profili di essa, come ad esempio il sistema delle soglie percentuali, con il risultato che la disapplicazione – fondata su una direttiva comunque assai generica nella prescrizione degli obblighi sanzionatori – potrebbe condurre alla reviviscenza dell'abrogato art. 2621 n. 1 ovvero all'am-

⁶⁸ Così RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 911; conf. ID., *Falso in bilancio e Corte di giustizia (causa Berlusconi): non è un rigetto*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 335 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria dei nuovi reati di falso in bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1575; ID., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto penale societario (il caso Berlusconi e aa.)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 377 nonché, su un piano più generale, ID., *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996, p. 112 ss. In favore della disapplicazione si erano già espresse le *Conclusioni* dell'Avvocato generale della Corte di giustizia, presentate alla CG-CE il 14 ottobre 2004 relativamente alla vicenda processuale in oggetto (riportate in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 379 ss., punti 136-138); conf., pur ritenendola una «soluzione interpretativa davvero originale», APRILE, *Note a margine di una domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di norme comunitarie, rivolta dal giudice penale alla Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali di cui al d.lg. n. 61 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 657 s. Per una valorizzazione dell'art. 10, comma 2, TCE al fine di valutare l'adeguatezza del nuovo sistema sanzionatorio ex artt. 2621 e 2622 c.c., MASTROIANNI, (nota 57), p. 628 ss.; ID., *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio"*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 260 ss. In senso contrario alla disapplicazione, fra gli altri, BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 367 ss.; MANES, (nota 62), p. 1329; SOTIS, (nota 62), p. 200 s.; v. anche INSOLERA, (nota 54), p. 63 s.; SALCUNI, *Il «canto del cigno» degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 107 s.; VIGANÒ, *«Illegittimità comunitaria» e illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 371. È peraltro nota la giurisprudenza della Corte costituzionale (per tutte, ord. 26 luglio 1996, n. 319, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2618 e ord. 29 dicembre 1995, n. 536, *ivi*, 1995, p. 4459), secondo cui, in caso di norma comunitaria non direttamente efficace, il giudice nazionale, in seguito alla pronuncia in via pregiudiziale della Corte di giustizia, deve non disapplicare ma rimettere gli atti alla stessa Corte costituzionale.

putazione dei commi 3 e 4 dell'art. 2621 e dei commi 5 e 6 dell'art. 2622 c.c. Nella conseguente situazione di assoluta incertezza giuridica, il solo dato sicuro è che al giudice ordinario verrebbe consentito di trasformarsi in legislatore, alle scelte già operate da quest'ultimo sostituendo le proprie in nome di una loro presunta rispondenza agli obblighi comunitari.

Invero, anche evitando di indugiare sull'effettiva portata del contrasto fra la sentenza ora in esame e i noti precedenti della Corte di giustizia costituiti dai casi *Tombesi* e *Niselli*⁶⁹, occorre riconoscere che, a incrinare definitivamente – almeno per il momento – l'idea della sovranità esclusiva del legislatore nazionale in materia penale, è intervenuta un'ulteriore decisione della stessa Corte, che ha esplicitamente affermato la competenza della normativa comunitaria a imporre agli Stati, anche mediante direttive, l'obbligo di prevedere sanzioni penali a tutela di beni giuridici di rilievo comunitario⁷⁰.

Il punto, però, è che anche alla luce di questa pronuncia spetta in ogni caso al legislatore nazionale il compito di trasfondere la direttiva in una legge, stabilendo il *quantum* della sanzione. Ciò che vale dunque a rafforzare l'enunciato – reso dalla Corte nella sentenza dalla quale abbiamo preso le mosse – secondo cui, ben più del contestabile rango comunitario accordato al principio di retroattività della pena più mite⁷¹ e al di là dell'ambiguità insita nella sua

⁶⁹ Rispettivamente, CGCE, 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, § 43, in *Racc.*, p. I-3599 e ID., 11 novembre 2004, causa n. C-457/02, § 30, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 588 ss., ove il riconoscimento della illegittimità comunitaria concerneva norme interne introdotte con decreto legge. Per valutazioni differenziate sul contrasto fra la vicenda processuale in esame e i due precedenti appena citati, cfr. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., pp. 10 e 12; MANACORDA, «Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 266 ss.; PUGIOTTO, *Vite parallele? "Rifiuti" e "falso in bilancio" davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, in *Ai confini del "favor rei"*, cit., p. 326 ss.

⁷⁰ CGCE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa n. C-176/03, Commissione CE c. Consiglio UE, in relazione alla quale, per tutti, VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.

⁷¹ La dottrina si è espressa criticamente sul punto, rilevando che, caso mai, il principio in esame potrebbe essere invocato sulla base del criterio della *better law* o del *maximum standard*: così BERNARDI, (nota 65), p. 34 s.; MANACORDA, (nota 69), 264 s. Conf. DI MARTINO, (nota 65), p. 105 s.; MANES, (nota 62), p. 1331 s.; MASTROIANNI, (nota 57), p. 676 s. Analogamente si era espresso Trib. Milano, ord. 5 novembre 2002, cit., ritenendo il principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici «incongruamente evocato sotto un profilo di diritto sostanziale», poiché «le condotte criminose in contestazione risultano interamente consumate proprio nel vigore della normativa di cui il PM vorrebbe oggi sollecitare il ripristino attraverso una pronuncia di incostituzionalità dalla tipica efficacia retroattiva». Sul piano sovranazionale, il princi-

evocazione⁷², è decisiva la notazione che una direttiva comunitaria, non direttamente efficace, non può determinare o aggravare la responsabilità penale di singoli individui in assenza di una legge interna di attuazione.

Quanto poi al rilievo che tale legge interna di attuazione potrebbe individuarsi in quella abrogata attraverso le norme di cui si assume l'illegittimità comunitaria, va osservato che, già in base all'art. 10 TCE, in sede di attuazione del diritto comunitario gli Stati membri sono tenuti a non prevedere ed applicare sanzioni non strettamente necessarie in relazione agli interessi da tutelare: mentre, sotto questo profilo, la reviviscenza dell'art. 2621 n. 1 c.c. avrebbe il valore di una sua piena riabilitazione, ad onta delle istanze riformistiche provenienti dalla dottrina, dei dubbi che gravavano sulla sua determinatezza e – si potrebbe aggiungere alla luce dell'indagine comparata – della severità della pena prevista⁷³.

In conclusione, rispetto ai timori, diffusi in ambito soprattutto penalistico, di un'integrazione "forte" in ambito comunitario, la Corte di giustizia ha inteso preservare un equilibrio politico-istituzionale tra la Comunità e gli Stati membri, salvaguardando gli spazi di sovranità nazionale in forza dell'assunto che, in situazioni di inadempimento da parte dello Stato in ordine a pretese comunitarie di tutela, il giudice ordinario interno non può porre rimedio, neppure nei casi in cui lo Stato abbia sostituito una disciplina inadeguata ad una precedente ritenuta adeguata, stante l'insussistenza di obblighi di (maggiore) penalizzazione *in malam partem* discendenti da una direttiva.

Va da sé che, pur all'interno della prospettiva appena tracciata, la Corte, sebbene evitando di prendere espressa posizione sulla congruità della tutela

pio dell'applicazione retroattiva della legge più mite ha tuttavia già trovato espresso riconoscimento (con le connesse ricadute sull'ordinamento nazionale *ex artt.* 10 e 11 Cost.) nell'art. 49, comma 1, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* («Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima»), poi ripreso testualmente nell'art. II-109 del Trattato costituzionale europeo, e nell'art. 15, comma 1, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* («Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne»).

⁷² Per tutti, CRESPI, *Riforma societaria e diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 712.

⁷³ Sull'art. 10 TCE, per tutti BERNARDI, (nota 68), p. 370; cfr. anche GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1512. Lo *Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario* ("progetto Mironi"), come è noto, si muoveva verso una maggiore tipizzazione della fattispecie, «sia per evitare eccessive e imprevedibili dilatazioni della figura, sia per ridurre le oscillazioni interpretative» (così la Relazione illustrativa, in *Riv. soc.*, 2000, p. 74).

apprestata dagli artt. 2621 e 2622 c.c. e facendo leva su un rilievo di irricevibilità, già avanzato dalla difesa degli imputati nei procedimenti nazionali⁷⁴, ha tuttavia reso evidente la difficile compatibilità comunitaria di quelle disposizioni, quantomeno a causa della loro incapacità di «tutelare gli interessi dei terzi, obiettivo chiaramente sottolineato nei preamboli sia della prima sia della quarta direttiva sul diritto societario».

8. (segue) ... e dinanzi alla Corte costituzionale

Il primato della riserva di legge interna evoca immediatamente il ruolo della Corte costituzionale quale giudice delle leggi, competente a giudicare sulla legittimità, costituzionale ma anche (una volta esclusa la disapplicazione) comunitaria, degli artt. 2621 e 2622 c.c.

Come è noto, la Corte si era già espressa negativamente in ordine all'ammissibilità della questione di illegittimità delle norme in oggetto, osservando che l'art. 25, comma 2, Cost., «nell'affermare il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore»⁷⁵. Con l'ordinanza n. 165, emessa nella medesima udienza, la Corte aveva però rinviato a nuovo ruolo ulteriori questioni di costituzionalità, relative all'art. 6 della direttiva n. 68/151/Cee, a causa della pendenza del relativo giudizio innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

A seguito della sentenza della Corte di giustizia, due strade si aprivano dunque alla Consulta, consistenti l'una nella valorizzazione dell'esegesi delle

⁷⁴ V. INSOLERA, MANES, (nota 63), p. 2774 s.; MASTROIANNI, *Vecchi principi* (nota 68), p. 257.

⁷⁵ Corte cost., 1° giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497 ss., con commento di GIUNTA. Il medesimo assunto – volto ad escludere che la Corte costituzionale, dilatando l'area di operatività delle norme incriminatrici, possa imporre strategie di criminalizzazione diverse da quelle volute dal Parlamento – viene utilizzato pure per negare la possibilità di un sindacato sulla violazione dell'art. 76 Cost. per scorretta attuazione della legge di delega da parte dell'esecutivo, giacché la conseguente amputazione della fattispecie (nella specie, consistente nell'eliminazione delle soglie di punibilità) «equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante» e renderebbe caso mai necessario procedere alla rimozione dell'intera fattispecie, con una totale esclusione della rilevanza penale delle false comunicazioni sociali.

direttive societarie in materia societaria e, conseguentemente, alla luce degli artt. 11 e 117 Cost., nella censura totale o parziale degli artt. 2621 e 2622 c.c., l'altra nella reiterazione del consolidato orientamento che nega interventi additivi *in malam partem*⁷⁶.

Il 28 dicembre 2005 il nostro Parlamento ha però promulgato la legge n. 262, che ha innovato i reati di false comunicazioni sociali sul piano dei soggetti attivi (tramite l'inserimento dei «dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari»), della pena detentiva prevista dall'art. 2621 (elevata a due anni di arresto), delle sanzioni amministrative pecuniarie e delle pene interdittive per le falsità penalmente irrilevanti in virtù del meccanismo delle soglie percentuali, della menzione della società tra i soggetti passivi *ex art.* 2622 e, infine, della nuova fattispecie di «grave documento ai risparmiatori».

Queste modifiche hanno motivato l'ordinanza n. 70, emessa il 25 gennaio 2006, con cui la Corte ha invitato i giudici rimettenti a verificare la persistente rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale alla luce dello *jus superveniens*⁷⁷.

Sugli esiti della verifica non possono invero nutrirsi perplessità, non solo a causa del significato simbolico della novella e della sua incapacità di produrre significative variazioni negli assetti di tutela (v. *retro*, § 6), ma soprattutto perché la stessa Corte rammenta ai giudici che la loro analisi, avente come parametro di riferimento reati commessi sotto il vigore dell'abrogato art. 2621 n. 1 c.c., dovrà essere svolta «anche alla luce dei principi in tema di successione delle leggi penali»: il che vale quanto dire che le questioni sollevate, pur aggiornate sulla base delle innovazioni nel frattempo intervenute, manterranno intatta la loro rilevanza, a causa dell'applicabilità ai fatti principali – *ex art.* 2, comma 4, c.p. – del regime più favorevole sancito dagli artt. 2621 e 2622 così come licenziati con il d.lg. n. 61 del 2002.

Non è invece agevole pronosticare i contenuti del futuro intervento della Corte costituzionale.

Ammettendo che la decisione della Consulta di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della Corte di giustizia implichi la volontà di adeguare la propria valutazione alle statuizioni del giudice europeo, un primo possibile

⁷⁶ V. D'AMICO, (nota 69), p. 28, che prospetta un'ulteriore possibilità, consistente nella proposizione di una nuova questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, «al fine di chiarire meglio la eventuale anticomunitarietà della legge sul falso in bilancio». Conf. MASTROIANNI, *Vecchi principi* (nota 68), p. 263.

⁷⁷ Il testo dell'ordinanza è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 298 ss., con nota fortemente critica di PECORELLA, (nota 58), p. 302 ss.

esito potrebbe prendere consistenza lungo la via dell'incompatibilità tra gli artt. 2621 e 2622 c.c., nel testo risalente al d.lg. n. 61 del 2002, e il diritto comunitario in materia societaria. Independentemente dalla valenza assoluta attribuita dalla Corte di giustizia al principio della retroattività della pena più mite – che per un verso non trova riconoscimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁷⁸ e, per altro verso, evoca in ogni caso la competenza del giudice del merito –, è da rilevare infatti che gli artt. 2621 e 2622 c.c., nel testo licenziato dal d.lg. n. 61 del 2002, sono divenuti norme intermedie. La dichiarazione della loro illegittimità ex artt. 11 e 117 Cost. non si risolverebbe dunque in un intervento additivo, salvi restando i suoi effetti *in malam partem*: i fatti commessi sotto la vigenza del vecchio art. 2621 n. 1 c.c., in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della norma abrogatrice, si vedrebbero dunque esposti al regime sanzionatorio più mite introdotto dalla legge n. 262 del 2005, che non troverebbe applicazione solo nei confronti di quelli realizzati durante il periodo di validità degli artt. 2621 e 2622 c.c., nel testo originario del d.lg. n. 61 del 2002⁷⁹.

In senso contrario, la Corte potrebbe invece ribadire la propria rigorosa concezione che, in nome dell'art. 25, comma 2, Cost., esclude qualsiasi sindacato in grado di risolversi nella creazione di nuove fattispecie criminose o nell'estensione di quelle esistenti a casi non previsti ovvero di incidere *in peius* sulla risposta punitiva, salvo restando solo lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle norme di favore⁸⁰.

⁷⁸ Per tutte, Corte cost., 6 marzo 1995, n. 80, in *Giur. cost.*, 1995, p. 726: «Dalla lettura dell'art. 25, comma 2, Cost., emerge (...) che solo il principio della irretroattività della legge penale incriminatrice ha acquistato valenza costituzionale, ma non quello della retroattività della legge più favorevole al reo. Da ciò consegue che, come deve essere ritenuto conforme al richiamato disposto costituzionale il principio della retroattività della disposizione più favorevole, alla stessa conclusione dovrà pervenirsi in ordine alla legge che preveda la irretroattività delle norme favorevoli». Conf., da ult., Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393; v. però la nota 71.

⁷⁹ Nel senso che la norma di favore dichiarata incostituzionale continua a trovare applicazione per i fatti commessi sotto la sua vigenza si esprime un orientamento prevalente: tra gli altri, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, pt. gen.*, Bologna, 2001⁴, p. 89; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001³, p. 287 s.; PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 636; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 722 e nota 46; *contra*, desumendo dall'art. 136 Cost. e dall'art. 30, commi 3 e 4, legge 11 marzo 1953, n. 87, l'inapplicabilità della norma dichiarata incostituzionale e la conseguente non punibilità dei fatti commessi sotto la sua vigenza, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995², p. 66 s.; analogamente, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, pt. gen.*, Milano, 2003⁸, p. 131.

⁸⁰ Così, da ult., Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394. In senso critico rispetto al consolida-

Va poi da sé che il problema non può comunque esaurirsi all'interno della prospettiva appena delineata, essendo assai verosimile che in futuro altri giudici chiederanno alla Corte costituzionale di pronunciarsi sugli artt. 2621 e 2622 c.c. così come emendati dalla legge n. 262 del 2005, argomentando dalla pratica inoperatività delle nuove sanzioni amministrative ovvero da un vizio di ragionevolezza, dovuto alla loro maggiore afflittività per falsi che rimangono sotto le soglie percentuali rispetto alla pena prevista dall'art. 2621 c.c. per le falsità che superino i medesimi parametri.

In ogni caso, alla luce delle sentenze di merito fino ad oggi intervenute, che per i fatti commessi sotto la vigenza dell'abrogato art. 2621 n. 1 c.c. hanno dichiarato l'avvenuta prescrizione dell'illecito o hanno prosciolto gli imputati perché il fatto non è più preveduto come reato, la sconfitta del principio e del senso stesso della legalità rimane un esito sottratto a qualsiasi contestazione.

9. *Linee conclusive dell'indagine*

Nel panorama europeo, l'incriminazione del falso in bilancio si svolge attraverso formulazioni il più spesso assai ampie e tendenzialmente onnicomprensive, al tempo stesso caratterizzate però da ineffettività. Donde il quesito relativo alla reale funzione di tali fattispecie e al ruolo che esse possono essere chiamate ad adempiere nella lotta alla delinquenza economica.

La situazione italiana, prima ancora che sul piano dell'ineffettività della repressione, si segnala alla luce della pratica impossibilità di essa, dovuta all'esasperata selettività degli artt. 2621 e 2622 c.c., alla previsione delle soglie percentuali di non punibilità, alla inanità della minaccia sanzionatoria per le false comunicazioni sociali non produttive di danni patrimoniali e all'esclusione di ogni tutela, nell'ambito delle società non quotate quando dal fatto sia derivato un danno patrimoniale, per i terzi.

La difficile compatibilità di un siffatto assetto punitivo con il diritto comunitario è stata adombrata dalla Corte di giustizia, che ha però escluso, al con-

to orientamento della Corte costituzionale che esclude interventi additivi *in malam partem*, per tutti e da ult. D'AMICO, (nota 69), p. 22, che auspica rispetto al tema in esame un intervento della Corte che restituisca «al principio del *favor rei* il suo ruolo di garanzia per il cittadino, e non invece per il legislatore, reso libero da qualsiasi vincolo nei confronti della Costituzione». Non meno significative, sotto il profilo in esame, sono le riflessioni critiche, in ambito penalistico, sulla incondizionata operatività dell'art. 2, comma 4, c.p.: per tutti, PECORELLA, (nota 58), p. 307 e (nota 79), p. 629 ss.; PULITANO, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1302 s.

tempo, ogni diretta influenza di tale contrasto sull'ordinamento interno. Attualmente, la soluzione del problema – che si associa a quello relativo alla sindacabilità di un abuso legislativo, consistito nel realizzare un'amnistia occulta in violazione della rigida procedura sancita dall'art. 79 Cost.⁸¹ – è affidata alla Corte costituzionale.

Nella consapevolezza dell'estrema delicatezza della questione, è appena il caso di notare che la posta in gioco trascende il tema del falso in bilancio, investendo la sottoposizione del potere legislativo ai valori e ai vincoli costituzionali e, in particolare, alla riserva di legge in senso sostanziale: che, nella sua idoneità ad evocare la rappresentatività del Parlamento e la necessità di scelte che si pongano come il risultato della dialettica tra maggioranza e minoranza, costituisce il più elevato argine contro la deriva rappresentata da leggi *ad personam* o comunque incapaci di riflettere un consenso realmente diffuso all'interno della collettività⁸².

La soluzione ultima del problema, dunque, va ricercata lungo le vie della politica, intesa nel suo senso più nobile di strumento per l'attuazione della democrazia. Purtroppo, però, al momento in cui si scrive, la riforma dei reati di false comunicazioni sociali non figura ancora nell'agenda del legislatore.

⁸¹ L'espressione «amnistia occulta» è utilizzata, con specifico riferimento alla riforma dei reati societari, tra gli altri, da DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1281; PULITANÒ, (nota 80), p. 1301. Nello stesso senso, tra gli altri, CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1539 s.; PEDRAZZI, *In memoria del «falso in bilancio»*, *ibid.*, p. 1370 s.

⁸² Tra gli altri, DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 54 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 83 s.; INSOLERA, (nota 54), p. 73 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, (nota 79), p. 24; PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2006², p. 106.

Finito di stampare nel mese di marzo 2007
in Pisa dalle
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

● **Primo piano**

MIRJAN DAMAŠKA *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*
FERRANDO MANTOVANI *Biodiritto e problematiche di fine della vita*

● **Il punto su... Diritto penale e diritto europeo**

GIOVANNI GRASSO *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo* – PETRA VELTEN *Diritto penale europeo*

● **Il punto su... Principio di precauzione e diritto penale**

GABRIO FORTI *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione* – FAUSTO GIUNTA *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*

● **Il punto su... Consenso informato e direttive anticipate**

LUCIANO EUSEBI *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari* – DAVIDE TASSINARI *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*

● **Riflessioni su... Francesco Carrara**

RENZO ORLANDI *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini* – MICHELE PAPA *L'attualità di Francesco Carrara nel tempo della guerra al terrorismo globale*

● **Attualità**

ADOLFO CERETTI, ROBERTO CORNELLI *Malattia mentale e controllo sociale: nuove configurazioni all'inizio del nuovo millennio* – GUIDO LO FORTE *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa* – STEFANO MARCOLINI *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie* – SERGIO SEMINARA *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo ed internazionale*

www.edizioniets.com/criminalia

€ 40,00

ISBN 978-884671772-6



9 788846 717726