

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2009

●
dibattito

Giustizia penale e politica

●
il punto su...

L'illegittimità del c.d. Lodo Alfano (Corte cost. n. 262/2009)

●
primo piano

Giustizia e fairness nel processo penale

Multa renascentur quae iam cecidere. La plurisecolare vicenda del Progetto sostituito di Giandomenico Romagnosi

Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea

Interpretazione e creatività: il caso della specialità

●
spazio giuridico europeo

L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'affievolimento della tutela in materia penale

La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale

●
opinioni a confronto

Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)

Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro

Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti

Il reato di immigrazione clandestina

●
Appello per l'abolizione della pena di morte nel mondo

Biodiritto

Attualità

Antologia

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Direttore

Fausto Giunta

Comitato scientifico

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

Redazione

Alessandro Corda, Daniele Guerri
Dario Micheletti, Silvia Ravaioli

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2009



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2010
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 978-884672662-9
ISMN 1972-3857

INDICE

Ricordo di due grandi Maestri: Hans-Heinrich Jescheck e Giuliano Vassalli

GABRIELE FORNASARI
Hans-Heinrich Jescheck (10 gennaio 1915-27 settembre 2009) 11

PAOLA SEVERINO
Giuliano Vassalli (25 aprile 1915-21 ottobre 2009) 17

Dibattito: Giustizia penale e politica

FRANCESCO PALAZZO
Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica 23

GIOVANNI TARLI BARBIERI
La partecipazione dei magistrati all'attività politica 57

LUCIANO VIOLANTE
"La parte giudiziaria del sistema di governo" 89

Il punto su... L'illegittimità del c.d. Lodo Alfano (Corte cost. n. 262/2009)

GLAUCO GIOSTRA
Il crepuscolo dello stato di diritto 113

GIORGIO SPANGHER
Dissenting opinions 127

Primo piano

LUIS E. CHIESA
Giustizia e fairness nel processo penale 135

ETTORE DEZZA
Multa renascentur quae iam cecidere. La plurisecolare vicenda del Progetto sostituito di Giandomenico Romagnosi 157

BURKHARD HIRSCH
Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea 189

MARIO JORI
Interpretazione e creatività: il caso della specialità 211

Spazio giuridico europeo

ANDREW ASHWORTH

*L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.
L'affievolimento della tutela in materia penale* 249MARTIN BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona
e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale* 267**Opinioni a confronto***Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*
Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO 305*Ne dibattono:*

MICHELE TARUFFO

GIULIO UBERTIS

Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro
Nota introduttiva di STEFANO CANISTRARI 331*Ne dibattono:*

FERRANDO MANTOVANI

AMEDEO SANTOSUOSSO

Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti
Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE 361*Ne dibattono:*

GAETANO INSOLERA

LUCA PISTORELLI

Il reato di immigrazione clandestina
Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA 387*Ne dibattono:*

ANGELO CAPUTO

MARIO CICALA

Appello per l'abolizione della pena di morte nel mondoSTEFANO CANISTRARI, *Presentazione* 407*Documento e firmatari* 411**Biodiritto: Atto medico arbitrario e responsabilità penale**

LUIGI CORNACCHIA

Trattamenti sanitari arbitrari divergenti 415

LUCIANO EUSEBI
Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale? 423

Attualità: *Carcere, salute e umanizzazione*

L. BACCARO, F. MORELLI
Morire di carcere 435

P. COMUCCI, D.F. MEDDIS
Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento carcerario 449

P. MARTUCCI
Se il boss si deprime. La tutela della salute (anche) psichica, fra diritti dei detenuti ed esigenze securitarie 473

Antologia

ALESSANDRO CORDA
Legislazione antitrust e diritto penale: spunti problematici in ambito europeo 485

DARIO GUIDI
Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi 533

DARIO MICHELETTI
Reato e territorio 565

ALESSANDRA PALMA
La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo 591

FEDERICO PUPPO
Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Dalmás-Marty 631

Vita forense

ETTORE RANDAZZO
Un laboratorio per la legalità dell'esame incrociato 659

Progetto di riforma della responsabilità penale del medico

GABRIO FORTI, *Presentazione* 667

Articolato 671

Sintesi delle relazioni di accompagnamento al progetto 688

**Ricordo di due grandi Maestri:
Hans-Heinrich Jescheck e Giuliano Vassalli**

HANS-HEINRICH JESCHECK
(10 gennaio 1915-27 settembre 2009)

Hans-Heinrich Jescheck è scomparso a Friburgo il 27 settembre 2009; avrebbe compiuto 95 anni il prossimo 10 gennaio.

Il vuoto che lascia è immenso.

Tracciare un Suo ricordo è compito graditissimo e difficile: graditissimo perché permette a chi lo scrive di rivivere tante emozionanti sensazioni e di dare un contributo alla sua memoria; difficile perché sarà necessario operare una improba selezione tra le numerose suggestioni che salgono alla mente, con il rischio di non riuscire a rendere la grandezza, la ricchezza e la poliedricità del personaggio.

Infatti, Hans-Heinrich Jescheck (quanto ci teneva al trattino tra i suoi due nomi, così come al fatto che nell'intestare le nostre lettere non scrivessimo Prof. anziché Professor!) è stato un grandissimo giurista, come tale lo conosco tutti, ma chi lo ha conosciuto bene lo ricorda anche come straordinario organizzatore di cultura, come umanista a tutto tondo, come formidabile raccontatore e ancora come grande amante del nostro Paese e della sua arte e cultura.

Il giurista ha meriti che gli vengono riconosciuti in tutto il mondo.

È stato per decenni direttore ed anima dell'Istituto (poi divenuto Max-Planck) di Diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo; è stato lo studioso che nel secondo dopoguerra più di ogni altro ha puntato a fondare una scienza della comparazione in diritto penale; è stato uno dei principali precursori del diritto penale internazionale, tema cui dedicò il Suo lavoro di abilitazione; nella Sua produzione scientifica sterminata (oltre 600 pubblicazioni) spicca su ogni altra cosa il prestigioso Manuale di diritto penale, tradotto in numerose lingue e adottato anche in Università straniere, compendio insuperato per chiarezza ed equilibrio di quella dogmatica tedesca che è stata la chiave di formazione di tanti penalisti europei ed extraeuropei; è stato membro di quella *Grosse Strafrechtskommission* che ha rifondato in senso liberal-democratico il codice penale tedesco; è stato per anni presidente dell'AIDP (*Association internationale de droit penal*), che ha guidato con mano sicura nella sua fase di massima espansione; è stato insignito di lauree *honoris causa* in ogni angolo del mondo.

Un approfondimento anche solo superficiale di tutti questi aspetti della Sua biografia di giurista richiederebbe uno spazio che qui non è disponibile, sicché vorrei concentrare il mio ricordo, in questa prima parte dedicata allo Jescheck giurista, sul ruolo che svolse come direttore e poi, dopo il compimento dei 68 anni, come direttore emerito dell'Istituto (Max-Planck) di Diritto penale straniero ed internazionale.

Grazie a Lui l'Istituto divenne, a far data dagli anni sessanta e soprattutto settanta, la fucina di formazione di centinaia di penalisti e criminologi di tutto il mondo, per l'eccellente biblioteca internazionale sita prima al numero 72 poi nel bellissimo edificio al numero 73 di Günterstalstrasse, per l'accoglienza ospitale che veniva e viene riservata a tutti, ma anche e soprattutto, anche negli anni dell'ottima direzione del Professor Albin Eser e poi del Professor Ulrich Sieber, per la possibilità di salire ogni martedì alla stanza dell'ultimo piano dove il Professor Jescheck teneva le sue *Sprechstunden*.

In quelle occasioni, mezz'ora esattamente cronometrata per ogni ospite che avesse chiesto appuntamento, tutti noi, gli uomini in giacca e cravatta e le signore con un *tailleur* un po' più formale che non erano di solito richiesti dallo stile assolutamente informale dell'Istituto, andavamo letteralmente a scuola, perché andavamo al cospetto di un Maestro.

Un Maestro, lo voglio sottolineare, che faceva scuola soprattutto ascoltando, dando fiducia all'interlocutore, dialogando da studioso a studioso, anche davanti, magari, a cinquant'anni di differenza di età e ad un vertiginoso dislivello di esperienza.

Costante era poi in Lui la sollecitudine ad informarsi se le condizioni di lavoro garantite dall'Istituto fossero le migliori (attivandosi concretamente in caso contrario), nonché la disponibilità ad un confronto scientifico intenso, in cui trasmetteva in primo luogo feconde indicazioni di metodo, relative per esempio alle trappole della traduzione giuridica ed alla necessità di inquadrare sempre ogni indagine dogmatica nei contesti storici, sociali e culturali di riferimento.

Per quest'ultimo aspetto, Hans-Heinrich Jescheck si distingueva nettamente dalla maggior parte dei pur grandissimi dogmatici tedeschi del suo tempo, ad avviso dei quali (penso per esempio a Hans Joachim Hirsch, a Günther Jakobs, a Eberhard Schmidhäuser, a Claus Roxin e prima di loro allo stesso Hans Welzel) la dogmatica ha radici essenzialmente ontologiche e razionali, sicché la miglior dogmatica è un prodotto facilmente esportabile in qualunque ordinamento.

Questo atteggiamento, nel corso dei decenni del XX secolo, ha portato la

scienza penalistica tedesca a rischiare fortemente di essere autoreferenziale, rischio che non ha mai corso il pensiero di Jescheck, che addirittura nel Suo celebre *Lehrbuch* dedica molte pagine, unico nel panorama tedesco, alla comparazione con istituti di altre esperienze penalistiche.

Ma la *Sprechstunde* del martedì (che non escludeva eccezioni in altri giorni della settimana in casi di necessità, spesso valutati come tali dallo stesso Jescheck) non resta nei ricordi solo per quanto era scientificamente fruttuosa, bensì anche per tante altre sollecitazioni.

Il discorso andava spesso ai viaggi, alla politica, all'arte, alla letteratura, ma anche all'amore per la montagna e alla gastronomia, senza essere mai banale; non appena possibile venivano coinvolte le famiglie degli ospiti (il suo italiano era ottimo e non c'erano problemi di *empasse* linguistica) ed ho ancora il ricordo dei miei due figli ancora piccoli, seduti sul tappeto della sua stanza, che lo guardavano col naso all'insù e la bocca aperta mentre ascoltavano rapiti il suo racconto dei duelli con la sciabola che si svolgevano negli anni trenta tra i giovani appartenenti alle associazioni studentesche.

Con il dialogo, con l'incoraggiamento, è stato capace di instillare in coloro che studiavano presso l'Istituto il senso di essere una comunità e questo ha aiutato moltissimo almeno la mia generazione a crescere con la consapevolezza della necessità del confronto come primo strumento di conoscenza.

Confronto come analisi critica, ma anche come essenziale rispetto del lavoro degli altri: così fu chiaro a chi Lo aveva avuto come Maestro che il metodo della comparazione non è semplice soddisfazione di una curiosità intellettuale, ma chiave di volta di ogni corretta comprensione dei fenomeni del diritto, e che ci si può con umiltà ed assenza di pregiudizi rivolgere anche a modelli non dotati di prestigio storico con l'atteggiamento di chi può avere qualcosa da imparare.

Quale influenza possa avere avuto questa Sua lezione sulla nostra scienza penalistica può essere testimoniato, credo, dall'impressionante elenco di studiosi italiani che per quattro decenni hanno effettuato soggiorni non episodici presso l'Istituto frequentando il Professor Jescheck e che oggi sono o che sono stati professori di ruolo nelle nostre Università: questo elenco comprende una sessantina tra penalisti e processualpenalisti e per comporlo non ho consultato altro archivio se non quello della mia memoria, per cui devo scusarmi anticipatamente per eventuali lacune.

Si tratta in ordine sparso, oltre a chi scrive, di Cesare Pedrazzi, Roland Riz, Alessandro Baratta, Franco Bricola, Alessandro Calvi, Enzo Musco, Filippo Sgubbi, Alessio Lanzi, Lucio Monaco, Vittorio De Francesco, Alfonso Stile,

Giovanni Grasso, Salvatore Prosdocimi, Domenico Pulitanò, Carlo Enrico Paliero, Antonio Fiorella, Gabrio Forti, Marta Bertolino, Mario Zanchetti, Francesca Molinari, Lorenzo Picotti, Nicola Mazzacuva, Sergio Seminara, Manfredi Parodi Giusino, Vincenzo Militello, Elio Belfiore, Alberto Cadoppi, Massimo Donini, Stefano Canestrari, Alessandro Melchionda, Luigi Foffani, Paolo Veneziani, Giovannangelo De Francesco, Valeria Del Tufo, Andrea Castaldo, Cristina de Maglie, Fausto Giunta, Paola Balducci, Renzo Orlandi, Luca Marafioti, Mauro Catenacci, Adelmo Manna, Francesca Ruggieri, Anna Maria Maugeri, Carlo Piergallini, Marco Mantovani, Giulio De Simone, Enrico Mezzetti, Enrico Ambrosetti, Francesco Viganò, Alberto Di Martino, Carlo Ruga Riva, Vittorio Manes, Nicola Pisani, Luigi Cornacchia, Daniele Negri, Gaetana Morgante, Antonio Vallini.

A tutti costoro è stato possibile, in qualche caso per settimane, in altri per mesi o addirittura per anni, fare tesoro di un'esperienza unica.

La biografia di Hans-Heinrich Jescheck, come anticipato, non è riassumibile nelle poche pagine che ho a disposizione.

Posso però provare a tracciare il suo itinerario scientifico attraverso alcune *Grundlinien* essenziali, o almeno quelle che a me sembrano tali.

Innanzitutto, mi pare significativo menzionare il modo in cui è iniziata la sua carriera di docente di diritto penale; fatto prigioniero dai francesi poco prima della fine della seconda guerra mondiale e trattenuto in prigionia fino al 1947, Jescheck contribuì con altri ufficiali tedeschi a fondare presso Le Mans una "Università dei prigionieri", dove assunse appunto l'insegnamento del diritto e della procedura penale, discipline per le quali aveva già ottenuto il dottorato prima dell'inizio della guerra.

Tornato libero e avvicinosi alle tesi radbruchiane che intendevano operare una rivalutazione del diritto naturale, si interessò in particolare dei fondamenti giuridici del processo di Norimberga e dedicò il lavoro che gli consentirà di acquisire l'abilitazione universitaria proprio al tema della responsabilità degli organi statali nel diritto penale internazionale, branca della scienza penalistica che pertanto vede in Lui un illuminato anticipatore.

Intrapreso l'insegnamento prima a Tubinga poi a Friburgo, diventò subito, in quest'ultima sede universitaria, Direttore dell'Istituto di Diritto penale straniero ed internazionale che in seguito, nel 1966, entrerà a far parte dei prestigiosi Istituti Max-Planck.

Dal 1954 al 1959 fece parte della Commissione ministeriale chiamata a rifondare il codice penale tedesco e vi svolse, benché fosse tra i più giovani, un ruolo di primo piano; fondamentale è anche il ruolo che svolse durante il

dibattito pubblico che ebbe luogo negli anni sessanta, allorché si trattava di stabilire se il nuovo codice, la cui emanazione era oggetto del lavoro del Parlamento, dovesse seguire le linee del diritto penale liberale classico fissate dalla commissione o prendere il sentiero tracciato nell'*Alternativ Entwurf* da un gruppo di giovani docenti tedeschi e svizzeri, più vicini all'ideale di un diritto penale della prevenzione e ad un ampio uso di misure differenti dalla pena tradizionale; in quel dibattito, Jescheck assunse una funzione di mediazione, determinando in un senso intermedio molte delle scelte effettuate nel codice entrato in vigore nel 1975.

L'intensissima attività scientifica e didattica non Gli impedì negli stessi anni di rivestire importanti ruoli accademici, come quello di preside della Facoltà giuridica dell'Università di Friburgo e poi di Rettore della stessa Università.

E non Gli impedì neppure di svolgere per diversi decenni l'attività di giudice presso la Corte d'Appello di Karlsruhe; un'esperienza, questa, che non mancò mai di segnalare ai suoi interlocutori come assolutamente fondante nella Sua formazione come giurista e come uomo delle istituzioni.

Tornando al Suo profilo scientifico, ancora due cose mi preme ricordare.

Da un lato, il Suo celebre Manuale, la cui grande notorietà è tutto meno che casuale: si tratta dell'opera che veniva indicata a tutti i giovani che si affacciavano al diritto penale tedesco come "la prima cosa da leggere", perché riusciva (ne parlo ormai al passato perché l'ultima edizione è risalente ormai a tredici anni fa) a coniugare una trattazione completa ed articolata della complessa dogmatica tedesca con uno stile semplice ed asciutto che rendeva chiari anche i passaggi concettuali più intricati.

D'altro lato, la Sua franca propensione verso quella che Alessandro Baratta e il mio Maestro Franco Bricola chiamavano "scienza integrata del diritto penale": nell'opera di Jescheck, la *gesamte Strafrechtswissenschaft* prende la netta curvatura di un diritto penale che dialoga con la sociologia e la criminologia (fu Lui a volere che l'Istituto Max-Planck avesse un'importante sezione criminologica), ma che guarda anche alla cultura e alla storia; più ancora che la Sua famosa e supercitata frase secondo cui "il diritto penale senza la criminologia è cieco, mentre la criminologia senza il diritto penale non ha argini", mi piace ricordare come affermasse sovente che la dogmatica del diritto penale è un prodotto essenzialmente transeunte, e sempre attende di essere di essere soppiantata da una nuova dogmatica.

Tutto questo, però, nel quadro dell'incrollabilità dei principi fondamentali: da un uomo di idee liberal-conservatrici, dotato del grande tratto di umanità di chi ha conosciuto nella Sua lunga vita il senso della tragedia, come è stato

Jescheck, dobbiamo cogliere una lezione che si compendia nella frase che pronunciò in occasione del festeggiamento dei 90 anni che gli fu tributato dall'Istituto, quando affermò ancora con forza che anche il miglior diritto penale possibile sarebbe stato accettabile solo in quanto compatibile con il principio di *ultima ratio*.

Lo scempio del diritto penale compulsivo ed onnicomprensivo che caratterizza le legislazioni degli ultimi anni grida vendetta alla luce di questo insegnamento, che segnerà magari una battaglia di retroguardia, alla quale tuttavia devono restare fedeli tutti coloro che ancora credono nella possibilità di vedere un giorno trionfare di nuovo la ragione.

Termino di scrivere queste pagine, con grande emozione, proprio a Friburgo, seduto alla scrivania della stanza che l'Istituto mi ha concesso durante un periodo di ricerca del mio anno sabbatico; avevo pensato di venire qui anche per incontrare Jescheck, a cui avevo mandato qualche tempo fa un libro che avevo pubblicato insieme con un mio allievo appunto sui temi del diritto penale internazionale; di questo e di altro avrei voluto parlare con Lui, dopo quattro anni dal nostro ultimo incontro; Lo sapevo malato, e forse anche preso dalla stanchezza di vivere dopo la recente scomparsa della amatissima moglie, ma la notizia della Sua morte mi ha ugualmente sorpreso e lasciato una grandissima amarezza, con un groppo in gola per le tante cose non dette.

Da Lorenzo Picotti apprendo che stava curando un libro di memorie, in cui avrebbe una parte consistente il Suo rapporto con la "colonia italiana" dell'Istituto; se, come spero, questo libro vedrà un giorno la luce sarà, per tutti coloro che come me sono stati gratificati da Lui come "i miei amici italiani", un volume da collocare in una parte nobile della biblioteca personale.

Del resto, non possiamo che ricordarlo al lavoro, a suggerire idee, a mettere a disposizione il Suo sapere con sollecitudine ed umanità; sperando di non essere indegni di quanto ci ha trasmesso, auguriamo a quest'Uomo grande che Gli sia lieve la terra.

GABRIELE FORNASARI

GIULIANO VASSALLI
(25 aprile 1915-21 ottobre 2009)

Quando ripenso a Giuliano Vassalli, il ricordo che mi si riaffaccia in maniera più immediata e vivida alla mente è quello del nostro primo incontro all'Università. Istituto di Diritto penale della Sapienza, grande e lungo corridoio contornato da panche rigide e scomode che conferivano austerità al luogo; io giovane studentessa che aveva quasi ultimato i corsi e che andava a chiedere l'assegnazione della tesi, Lui, una figura per me gigantesca ed inarrivabile di Professore. Ciò che mi colpì maggiormente in quell'incontro fu l'insieme di sensazioni che promanavano da quella persona dall'aspetto elegante e signorile: una grande disponibilità, ma anche un ineluttabile senso di impotenza nel governare il tempo che scandiva i suoi tanti impegni; un profondo senso di stanchezza, ma anche un accendersi improvviso ed inarrestabile dell'interesse e dell'attenzione, quando si toccavano i temi del diritto, della politica e della vita sociale del nostro Paese.

Nel corso degli anni queste prime, complesse sensazioni si sono trasformate nella comprensione di un aspetto fondamentale della Sua vita di professore, avvocato e politico insigne: il desiderio di svolgere sempre nel migliore dei modi tutti questi impegnativi ruoli, nel timore di non essere in grado o in tempo per farlo.

Timore, ovviamente, rivelatosi del tutto infondato, se solo si consideri che Egli fu Ordinario di diritto penale nelle Università di Urbino, Pavia, Padova, Genova, Napoli e Roma; Senatore e capogruppo parlamentare dopo aver manifestato la Sua adesione all'idea socialista fin dal tempo della Resistenza e subendo per ciò una dura carcerazione che rischiò di trascinarlo nell'eccidio delle Fosse Ardeatine; Ministro della Giustizia in tre diversi governi e firmatario del nuovo codice di procedura penale; Giudice costituzionale e poi Presidente della Corte.

Difficile, se non impossibile, commentare in questo spazio limitato la Sua immensa produzione scientifica, che ha avuto la caratteristica, del tutto in linea con la pluralità degli interessi coltivati, di spaziare e di soffermarsi su un numero estesissimo di temi, che andavano dalla criminologia alla procedura penale, dalla teoria generale agli aspetti comparati del diritto penale, dall'esa-

me di un possibile spazio giuridico giudiziario europeo alla critica dell'istituto del mandato di arresto europeo, dalla analisi dei principi cardine della Carta Costituzionale e delle prospettive di riforma di essa alla valorizzazione dei diritti umani come elemento fondante di una giustizia penale internazionale.

Nella impossibilità di commentare ed esaminare, sia pure soltanto per accenni, tutti gli aspetti di questa così copiosa e variegata produzione scientifica, vorrei soffermarmi proprio su questi aspetti di diritto internazionale, che hanno formato oggetto di studio nell'ultimo quindicennio della Sua lunga vita. Essi si aprono con un contributo, scritto nell'anno 1995, intitolato "Verso una giustizia internazionale penale?". La Sua chiara, sentita e proclamata propensione per la creazione di un diritto internazionale penale sostanziale, di un sistema di accordi di reciproca assistenza nella materia dei delitti contro l'umanità e per la istituzione di una Corte penale internazionale permanente sarà accompagnata sempre, in tutti gli scritti successivi in argomento, da quel punto interrogativo che non ha mai trovato risposta adeguata.

A ragione veduta Egli sottolineava la lunghissima pausa dei lavori delle Nazioni Unite su questa materia a causa della guerra fredda dopo il 1954, la difficile ripresa di essi negli anni '90, l'insufficiente istituzione di Tribunali internazionali *ad hoc* per la punizione di crimini di guerra e genocidi, il varo di una Corte internazionale permanente deliberato a Roma nel luglio del 1998 e viziato tuttavia da risultati di compromesso con alcune tra le più grandi potenze mondiali; la complessità della definizione, della identificazione e della qualificazione giuridica di concetti fondanti del diritto penale internazionale come quelli di "crimine di guerra" e "crimine contro l'umanità" a fronte del variare delle forme di guerra e delle forme di persecuzione ed aggressione di interesse collettività, etnie e gruppi religiosi; la difficoltà di rinvenire un principio fondante della repressione di crimini internazionali diverso da quello della applicazione della legge del vincitore.

Questo corposo elenco di difficoltà e di ostacoli non gli ha mai però impedito di affermare con forza che ogni tappa raggiunta in questa difficile materia rappresenta un grande traguardo di civiltà e che bisogna continuare ad operare e sperare per salvaguardare valori etici che, per la loro estensione e gravità, colpiscono l'intera comunità internazionale.

Mi sembra che questo prezioso insegnamento di cautela e di speranza rappresenti uno degli elementi più preziosi di un'eredità culturale pur così ricca di tanti altri spunti giuridici.

In un'epoca in cui la globalizzazione sembra implodere verso una sempre più diffusa estensione di fenomeni di criminalità internazionale di matrice

finanziaria ed economica, di episodi di sfruttamento della tecnologia telematica per realizzare illeciti transazionali più difficilmente punibili, di condotte di pirateria, tratta di donne e minori meritevoli di punizione a prescindere dal territorio in cui sono commessi, di crimini di guerra e genocidi che assumono le forme e le motivazioni più atroci, tali da essere intollerabili per ogni stato che aspiri ad un livello di civiltà accettabile nella comunità internazionale, la risposta del giurista e di chi ha a cuore la tutela dei diritti dell'umanità non può che essere nel solco già tracciato da Giuliano Vassalli. Costruire un sistema penale e processuale idoneo a garantire l'effettività della repressione e della punizione, a prescindere dal *locus commissi delicti*, per tutti quei reati che offendono beni ed interessi comuni a tutte le Nazioni.

PAOLA SEVERINO

Dibattito
Giustizia penale e politica

prof. FRANCESCO PALAZZO
Università di Firenze

PRINCIPI E REALTÁ DEL RAPPORTO TRA GIUSTIZIA E POLITICA

SOMMARIO: 1. Le preoccupazioni dell'ora presente. – 2. I “luoghi” del rapporto tra giustizia e politica. – 3. I piani del discorso su giustizia e politica: la contingenza attuale e le dinamiche storico-sociali della contrapposizione. – 4. *Segue*. I principi costituzionali di riferimento. – 5. Il problema della fonte degli istituti immunitari. – 6. I reati funzionali e le “speciali” esigenze di tutela della politica. – 7. I reati extrafunzionali e le esigenze di tutela della politica: prestigio dell'organo e azioni persecutorie della magistratura. – 8. *Segue*. Il buon funzionamento degli organi costituzionali e le difficoltà del bilanciamento. – 9. Dalla riforma degli istituti immunitari alle “grandi riforme”.

1. *Le preoccupazioni dell'ora presente*

Nel momento in cui scriviamo queste note il rapporto tra politica e giustizia penale ha raggiunto livelli di una conflittualità così radicale ed acuta da non far ben sperare per una soluzione del problema – che pure si dice cercata da molti – capace di assicurare un soddisfacente equilibrio ad una disciplina normativa così difficile e delicata, e tale soprattutto da non mettere a repentaglio le strutture portanti della nostra democrazia costituzionale.

Da un lato, manifestazioni verbali delegittimanti la magistratura hanno raggiunto una asprezza di toni e di contenuti inaudita e incompatibile con un sano ordine democratico, anche a cagione del ruolo istituzionale di chi le pronuncia e delle amplificazioni mediatiche di cui tali esternazioni beneficiano. Dall'altro lato, continuano le azioni giudiziarie contro politici, locali o nazionali che rivestono ruoli di primo o anche addirittura di primissimo piano: una vera “gragnola” di iniziative la cui contestualità col delicato momento elettorale non ha mancato di suscitare “qualche sospetto” anche negli osservatori più cauti e misurati¹. Comunque, l'ampiezza quantitativa del fronte giudiziario contro la politica produce senz'altro disorientamento nell'opinione pubblica, ponendo la sconcertante alternativa di trovarsi o di fronte ad un imperversante comportamento latamente affaristico-corruttivo del ceto politico

¹ V. ad es. L. FERRARELLA, *L'indagine sui diritti tv e quei dubbi sui tempi*, in *Corriere della Sera*, 21 gennaio 2010.

ovvero dinanzi ad un diffuso atteggiamento latamente persecutorio o specificamente complottardo della magistratura.

Già questo clima, politico-mediatico-sociale, sarebbe più che sufficiente per indurre seri timori per una soddisfacente regolamentazione dei cosiddetti rapporti tra politica e giustizia penale. Ma non mancano ulteriori ragioni di preoccupazione. Innanzitutto, sono all'attenzione pressoché contestuale del parlamento *plurimi* disegni di legge finalizzati allo scioglimento di quel nodo. Ed a preoccupare non è solo la presenza di riforme, come segnatamente quella sul "processo breve", che mentre obliquamente guardano alle difficoltà giudiziarie del Presidente del Consiglio direttamente producono effetti dirimenti sull'intero sistema della giustizia penale e sul suo funzionamento. Qui il discorso a rigore trascende il rapporto giustizia/politica, che costituisce solo per così dire l'*occasione* di un provvedimento da valutare per sé e per le conseguenze indotte. Piuttosto, non può far presagire nulla di buono il fatto che un tema così delicato – politicamente e giuridicamente – come quello della responsabilità penale della politica, tanto difficile da essere stato paragonato ad una vera "quadratura del cerchio"²; un tema che esigerebbe dunque serenità, ponderazione e anche capacità tecniche, sia invece confusamente rimesso a plurimi disegni di legge (legittimo impedimento, sospensione dei processi, immunità ed autorizzazioni a procedere)³ che si inseguono e si accavallano sull'onda del momento, con un pensiero fisso sull'obiettivo specifico, dimenticando che il sistema delle "prerogative della politica" non può che essere qualcosa di unitario, che tenga conto degli equilibri complessivi esistenti nella realtà costituzionale tra i vari poteri ed organi dell'ordinamento.

Non manca poi un ulteriore motivo di preoccupazione, di stampo più poli-

² V.E. ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani* (1933), ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 476, cit. da A. PACE, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 16.

³ Nel momento attuale, un disegno di legge sulla estinzione del processo per decorrenza di termini (Atto S/1880) è stato approvato dal Senato il 20 gennaio 2010 e prevede una norma transitoria per l'applicazione ai processi pendenti per reati commessi fino al 2 giugno 2006; un disegno di legge sul legittimo impedimento (Atto S/1996), di efficacia temporanea, è stato approvato definitivamente dal Senato il 10 marzo 2010 e prevede un sorta di presunzione di legittimo impedimento del Presidente del Consiglio e dei ministri, senza valutazione discrezionale dell'impedimento stesso da parte del giudice; un disegno di legge costituzionale (Atto S/1942), d'iniziativa Chiaromonte e Compagna è stato presentato il 17 dicembre 2009 al Senato per la reintroduzione di una immunità parlamentare consistente nella sospensione del processo su richiesta del ramo del parlamento di appartenenza dell'inquisito.

tico ma certo non per questo meno vivo e serio. Nella consapevolezza di un livello ormai insopportabile dello scontro tra politica e giustizia penale, da molte parti si accede all'idea che sia necessario (*salus rei publicae...*) adottare qualche strumento normativo per evitare più gravi pericoli per la democrazia. Tuttavia, il discorso sul rapporto politica/giustizia non si limita al circoscritto – quantunque delicatissimo – orizzonte degli istituti “immunitari”, ma si allarga naturalmente al ruolo della magistratura in un ordinamento di democrazia costituzionale. Ebbene, si ha l'impressione che su questo più ampio terreno il sempre ripetuto refrain delle “riforme” costituzionali possa riservare poi scenari inquietanti e davvero pericolosi. Da un lato, per uno spirito quasi vendicativo e di *reddere rationem* nei confronti della magistratura; dall'altro lato, per un disorientamento di fondo tra l'attivismo di chi paventa una definitiva emarginazione politica dal tavolo delle riforme e le resistenze di chi si arrocca sul mantenimento di uno *status quo* anche di principio, negando ad esempio l'evidenza che un processo realmente accusatorio non può che essere di “parti” effettivamente paritarie. In questo stato di cose, cedere alla suggestione del refrain delle “riforme” costituzionali ad ogni costo – diventate quasi il banco di prova della vitalità se non addirittura dell'esistenza stessa delle forze politiche – potrebbe essere davvero pernicioso. Toccare l'assetto della magistratura senza avere idee chiarissime sugli obiettivi di fondo e sul ruolo prima di tutto culturale dell'ordine giudiziario nella democrazia costituzionale, può condurre a risultati a parole rifiutati da tutti. Essendo infatti la magistratura il principale strumento di garanzia dei diritti, prima e forse più ancora della stessa Corte costituzionale, un suo eventuale depotenziamento si risolverebbe in un sostanziale mutamento della stessa *prima parte* della Costituzione.

2. I “luoghi” del rapporto tra giustizia e politica

Il tema dei rapporti tra politica e giustizia penale ha bisogno di una preliminare delimitazione, poiché sono moltissimi i “luoghi” dell'ordinamento in cui quel rapporto si pone e deve essere disciplinato. Intanto, va detto che non esiste solo un'unica direzione di quel rapporto, che va nel senso dalla giurisdizione verso la politica, ma anche una direzione opposta: dalla politica alla giurisdizione. A parte, le ipotesi – che pure non sono mancate – in cui il legislatore è intervenuto per incidere sugli organi della giurisdizione al di fuori ed in deroga della normativa generale⁴, c'è da considerare in proposito tutta una

⁴ Si possono ad es. ricordare sia la vicenda della proroga *ex lege* del Procuratore nazionale

vasta gamma di vari istituti. Ferma restando l'impossibilità degli organi del potere politico di incidere contenutisticamente sull'esercizio concreto delle funzioni giudiziarie, vengono in gioco ovviamente e prima di tutto gli istituti autorizzatori con cui gli organi politici condizionano l'*an* della funzione giudiziaria. Ma vi è ancor prima la relevantissima area in cui la politica interseca l'amministrazione della giustizia penale a livello sia di "partecipazione" alla costituzione degli *organi* dell'ordine giudiziario (composizione del CSM, "concerto" ministeriale alle nomine dei capi degli uffici giudiziari, esercizio dell'azione disciplinare, ecc.), sia a livello di organizzazione giudiziaria e quotidiano funzionamento degli uffici (in generale, rapporti tra ministro della giustizia e ordine giudiziario). Fino ad arrivare alle situazioni estreme, in cui l'azione della politica si fa così patologicamente aggressiva da comportare la reazione delle cosiddette "pratiche a tutela" da parte del CSM⁵.

Per contro, nella direzione dalla magistratura ordinaria verso la politica, il condizionamento si rivela meno normativamente strutturato ma decisamente più dirompente ed eclatante, amplificato com'è sempre dalla risonanza mediatica. Naturalmente, l'azione della magistratura non può avvenire che mediante l'esercizio della funzione giudiziaria. E qui sta subito il nodo centrale: mentre gli interventi della politica sul sistema giustizia, se effettuati entro la *legalità* delle regole, scontano una *legittima* discrezionalità politica; quelli della magistratura sulla politica, dietro l'apparente *legalità* della discrezionalità giudiziale, possono celare l'*illegittimità* sostanziale di un uso politico della funzione. E anche i rimedi a queste eventuali distorsioni rischiano di non essere efficaci, non solo e non tanto perché tutti necessariamente interni all'ordine giudiziario, ma anche e soprattutto perché inidonei a neutralizzare le conseguenze politicamente nefaste dell'immediata amplificazione mediatica della notizia giudiziaria. Il senso dunque di una perdurante esposizione della politica, e quasi d'impotenza, può produrre alla lunga una sua reazione sproporzionata, specie se la magistratura non fa di tutto per fugare il sospetto di una certa opacità della legittimità sostanziale del suo operato.

antimafia Pier Luigi Vigna fino all'agosto 2005 così da alterare le aspettative dei possibili concorrenti all'alta carica; sia la vicenda (2003) relativa alla reimmissione in servizio, oltre i limiti dell'età pensionabile, dei magistrati autopenzionatisi in seguito a procedimenti penali e poi successivamente assolti.

⁵ V. in generale l'agile ma prezioso volumetto di S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, in part. 59 ss.; N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 79 ss., 134 s. in part. sulle pratiche a tutela.

Comunque, nel valutare l'incidenza dell'azione giudiziaria sulla politica non si può razionalmente perdere di vista una distinzione fondamentale dal punto di vista dei principî. E cioè la distinzione tra reati funzionali e reati extrafunzionali. Quando la magistratura penale agisce per perseguire i primi, si realizza una "contestazione" diretta nei confronti dell'esercizio del potere politico e ci si pone sul piano del comunque difficile rapporto tra discrezionalità politica e controllo di legalità: un aspetto quasi strutturale nelle complesse dinamiche dei moderni Stati di diritto. Quando invece si tratta di reati extrafunzionali, certamente nessuno disconosce la capacità fattuale politicamente e mediaticamente devastante di un'azione giudiziaria pur se relativa a reati non funzionali; ma è anche vero che sul piano istituzionale l'aggressività di una siffatta azione nei confronti della politica deve essere valutata diversamente: in vero, una reale aggressività è appunto fattuale e presuppone un intento altrettanto fattualmente persecutorio. Così che i rimedi giuridici contro simili aggressioni possono essere rivolti non tanto nei confronti della funzione giudiziaria in sé, quanto invece nei confronti degli specifici procedimenti inquinati. A meno di non ipotizzare un generalizzato inquinamento della magistratura e dell'ordine giudiziario nel loro complesso. Ma allora si aprirebbero scenari in cui gli strumenti normativi di regolazione dei rapporti tra politica e giustizia penale sarebbero del tutto vani e dovrebbero cedere il posto ad approfondite analisi valutative politiche e sociologiche prima di mettere mano ad un generalizzato riequilibrio dei poteri – o piuttosto ad una rifondazione etica delle categorie del politico e del giudiziario. Peraltro, la distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali, chiara in linea di principio, in realtà non è sempre facilissima, subendo anche sollecitazioni interessate: come dimostra la vicenda della legge di attuazione della riforma dell'art. 68 Cost. (legge 20 giugno 2003, n. 140), di cui ci occuperemo in seguito.

3. I piani del discorso su giustizia e politica: la contingenza attuale e le dinamiche storico-sociali della contrapposizione

Che il problema dei rapporti tra politica e giustizia penale oggi in Italia sia esploso è indubbio: quantitativamente, ricerche accurate, anche se di taglio non scientifico e non da tutti considerate obiettive, mostrano come il numero dei procedimenti a carico di politici, di varia estrazione e livelli, sia esorbitante, per reati sia funzionali che extrafunzionali⁶. Qualitativamente, poi, non

⁶ Impressionante è ad es. il catalogo contenuto nel ponderoso volume di G. BARBACCETTO -

meno certo è il fatto che l'intonazione alla discussione sia data dalle vicende giudiziarie in particolare del Presidente del Consiglio, il che induce grandi tensioni e radicalizza il problema situandolo ai vertici della vita politica. Ebbene, tutto ciò, se per un verso sembra sempre più spingere – come detto – verso ipotesi riformistiche degli istituti “immunitari”, per l'altro dovrebbe mettere in guardia dall'assumere (e condividere) le riforme sotto la determinante influenza della situazione contingente, trattandosi comunque di riforme incidenti sul sistema se non proprio “di sistema”. D'altra parte, non c'è nemmeno dubbio che il discorso sui rapporti tra politica e giustizia penale non può essere condotto su un piano esclusivamente astratto, in cui le soluzioni giuridiche si facciano derivare quasi meccanicisticamente dai modelli teorici di riferimento. La valutazione e la progettazione degli istituti regolanti il rapporto giustizia/politica, ed in particolare degli istituti “immunitari”, deve tener conto del fatto che la relazione tra le sfere della politica e della giustizia è configurata non solo dalle norme costituzionali ma anche dal contesto storico-sociale in cui quelle sfere concretamente operano, e dipende in modo particolare dal prestigio di cui esse sono circondate nella società civile per ciò che esse sanno effettivamente recare alla vita democratica.

Peraltro, il realismo storico con cui va affrontato il problema non può prescindere dal riferimento ai principî fondamentali del sistema, e segnatamente ai principî derivanti dall'idea della democrazia costituzionale, a costo altrimenti di accreditare mediante una revisione degli istituti immunitari – magari anche in sé equilibrata – una vera e propria rottura della compagine costituzionale.

Su questi diversi ed interferenti piani tenteremo di svolgere le osservazioni che seguono.

Sul piano della contingenza storica, *hic et nunc* pare di assistere ad un fenomeno inverso a quello che si verificò quando, nella prima metà degli anni novanta del secolo scorso, si ebbe una sostanziale *resa* della classe politica di fronte alle inchieste specialmente di “mani pulite”. Una *resa* dinanzi alla magistratura, ma anche all'assalto di un'“antipolitica” non tanto qualunquistica e preconcepita quanto piuttosto fattasi consapevole della degenerazione corruttiva del sistema politico. Si può forse addirittura individuare un'espressione per così dire formalizzata di questa *resa* politica nella legge costituzionale del 1993 con la quale il parlamento abolì l'autorizzazione a procedere. Ma la spi-

rale in questo senso si era avviata già prima, con la legge costituzionale del 16 gennaio 1989, n. 1 sulla responsabilità per i reati ministeriali. Oggi, invece, pare che la reazione della politica sia piuttosto di *resistenza* all'azione giudiziaria della magistratura. I primi sintomi di questo diverso atteggiamento si possono cogliere forse già nella citata legge n. 140 del 2003, con la quale – a distanza di dieci anni esatti – si opera un vistoso *revirement*, ritornando sull'art. 68 Cost. per incidere sul nesso funzionale dei reati coperti da immunità e soprattutto per introdurre la cosiddetta pregiudiziale parlamentare⁷. Non è questa la sede per cercare le ragioni della svolta. Non sembrerebbe però del tutto estranea al mutamento la trasformazione della rappresentanza politica in rappresentanza delle investiture carismatiche, con conseguente personalizzazione e mediatizzazione della rappresentanza stessa: alla fine, una sorta di sudamericanizzazione della politica italiana, in cui finiscono per contare più le immagini mediatiche dei suoi protagonisti piuttosto che i comportamenti e i risultati e la loro coerenza ideologica. Il protagonismo personalistico, opportunamente drenato mediaticamente, rafforza il consenso popolare, sposta l'antipolitica verso l'indistinto e – in quanto concentra l'attenzione sulle vicende giudiziarie di uno o di pochi – induce quasi processi di identificazione vittimari. Per contro, per caso o *pour cause*, dall'altra parte non sembrano emergere figure di magistrati dotati di particolare presa carismatica. Insomma, l'affidamento verso l'uomo politico se c'è è incondizionato, e l'azione della magistratura viene sentita come un'aggressione persecutoria; la valutazione sociale dell'esercizio della giurisdizione nei confronti della politica finisce per essere un'appendice della scelta di campo elettorale e per riflettere la contrapposizione del bipolarismo. La contingenza è dunque favorevole ad un riposizionamento del rapporto politica/giustizia a favore della prima.

Lasciando ora la contingenza, il discorso diviene senz'altro più complesso. Quali sono le dinamiche socio-politiche sottostanti a questo periodico accentuarsi della conflittualità tra politica e giustizia penale? È abbastanza naturale che tra i due “poteri” non corra buon sangue, specialmente quando sia assicurata una reale indipendenza della magistratura⁸. Diremmo, in primo luogo,

⁷ Sottolinea la svolta intervenuta L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, 13.

⁸ Non stupisce invero che la conquista di una consistente indipendenza della magistratura può rivelarsi la condizione per una sua anche spiccata politicizzazione, sebbene non rispetto all'area del potere partiticamente organizzato.

che c'è una ragione di fondo, quasi strutturale, derivante dal loro rapporto di sostanziale concorrenzialità nella produzione del diritto per il disciplinamento delle esigenze ed interessi sociali. Concorrenzialità accresciuta dall'inarrestabile processo di ipergiuridicizzazione dei rapporti sociali, senza che il legislatore-politico riesca ad affermare il suo monopolio neppure tendenziale. Il disciplinamento giuridico è certamente esercizio di un potere molto rilevante. La concorrenza tra politica e giustizia nasce forse dalla radicale diversità del loro approccio, culturale prima che istituzionale, al magma sociale da sottoporre a regole. La politica media la disciplina (legislativa o regolamentare) tramite i quadri di riferimento costituiti dai programmi elettorali e dalle dinamiche partitico-politiche; mentre la magistratura ispira la disciplina (giurisprudenziale) più direttamente ai bisogni che gli interessi sociali anche diffusi, dei litiganti privati, delle vittime e degli imputati, le rappresentano sulla scena del processo. Insomma, la concorrenzialità strutturale nasce da una sorta di senso di superiorità che ciascuno dei due poteri crede di poter vantare sull'altro: il disciplinamento giuridico democraticamente legittimato ma condizionato dalle gabbie ideologiche o partitiche, l'uno; il disciplinamento giuridico privo della rappresentatività democratica ma capace di cogliere direttamente le reali esigenze sociali delle persone senza schermi deformanti, l'altro.

Vero che sia tutto ciò, cos'è però che innesca il conflitto aperto? Al di là delle contrapposizioni ideologiche, peraltro sempre più sfumate, non c'è dubbio che il ceto politico tenda ad una comune autoreferenzialità e ad una chiusura sociale, che non a caso ha portato a farne il primo destinatario della qualificazione di "casta". E guardando le cose con l'obiettività di chi conosce un poco i diffusi codici comportamentali del ceto politico spicciolo, degli amministratori locali di un po' tutte le sigle, non si può purtroppo disconoscere che il *modus operandi* è solitamente ai margini della legalità, anche perché ingenti sono le necessità economiche derivanti dalla carriera politica come oggi concepita. Vero e proprio arricchimento personale, molteplici situazioni di conflitto di interessi, esigenze di finanziamento di partito o di convogliamento di tessere, costituiscono una trama che non manca di omologare, forse ineluttabilmente, il comportamento di molti politici, senza grandi differenze di parti. La magistratura subisce forse meno un così forte condizionamento di codici comportamentali e certamente rispecchia oggi una estrazione sociale molto differenziata, che la rende socialmente poco omogenea – specialmente oggi – rispetto al ceto politico. Non che la qualificazione "castale" non le si addica, ma indubbiamente si tratta di una chiusura sul piano più dei propri privilegi organizzativi e professionali che su quello dell'esercizio concreto della funzio-

ne e dei rapporti con la società civile. Tutto ciò almeno riguardo alla magistratura giudicante, essendo invece più percepibile in quella requirente una certa qual tendenziale omogeneizzazione di orientamento che, tra parentesi, la dice lunga sui rischi connessi ad una incomunicabile separazione delle carriere. In queste condizioni sociali, non è dunque strano che la concorrenzialità strutturale tra i due poteri possa esplodere in conflittualità diffusa⁹.

4. Segue. *I principî costituzionali di riferimento*

A questo punto il discorso deve lasciare i due piani della contingenza storica e dell'analisi sociologica per approdare a quello dei principî, seppur storicamente concepiti come dinamici. Ebbene, deve essere respinta con estremo rigore l'idea – pure autorevolmente espressa in sede politica – che la legittimazione democratica di cui godono gli eletti dal popolo possa costituire la chiave per risolvere il rapporto tra giustizia e politica. In verità, l'idea cioè che il consenso popolare di cui beneficiano i rappresentanti parlamentari (e forse anche ancor più il Presidente del Consiglio dei ministri nell'ambiguità dell'attuale disciplina elettorale italiana) rivesta il potere politico di una sorta di intangibilità rispetto all'azione giudiziaria, se intesa in questo senso così estremisticamente unilaterale, è semplicemente eversiva. Comporterebbe, infatti, la trasformazione del nostro sistema da una democrazia costituzionale ad una democrazia puramente maggioritaria o al più rappresentativa. Come ormai è stato definitivamente chiarito¹⁰, la nostra democrazia – come la gran parte

⁹ Molto autorevolmente è stata proposta sul piano storico una penetrante analisi del rapporto tra politica e giustizia, ricollegandolo addirittura alla guerra fredda (E. SEVERINO, *La vittoria giustifica i mezzi*, in *Corriere della Sera*, 25 gennaio 2010). L'illegalità della politica italiana sarebbe stato un mezzo, soprattutto attraverso il finanziamento illecito dei partiti di governo ma anche mediante collegamenti con la criminalità organizzata, per contribuire alla lotta anti-comunista; fino a che, caduto il muro di Berlino, sarebbero maturate le condizioni perché la magistratura portasse in tribunale il mondo democratico-capitalistico (che in qualche modo aveva vinto il comunismo) o “quanto rimane di quel mondo – che non è poco”.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2009/1, 1ss.; M. MORISI, *La legalità tra giurisdizione e sistema politico*, in *Il Ponte*, 1998/2-3, num. speciale, *Giustizia Come. Giurisdizione e sistema politico in Italia*, a cura di R. Minna e M. Morisi, 17, 23; G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in AA.VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Padova, 2004, 233; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, spec. 145 («La democrazia pura, [...], basata per l'appunto sul popolo, riunito in assemblea, che legifera senza incontrare limiti, è un'idea in puntuale contrasto con quella di Costituzione»).

delle altre occidentali – è costituita dallo spazio del decidibile parlamentariamente a maggioranza e dallo spazio dell'indecidibile perché costituzionalmente fondativo dell'identità di un ordinamento. Contrapporre in modo secco l'intangibilità della politica in quanto democraticamente legittimata all'azione giudiziaria per la concretizzazione del diritto, significa pensare di risolvere il complesso e delicatissimo rapporto politica/giustizia con uno strumento non solo del tutto inadeguato al bilanciamento delle esigenze in gioco ma anche in sé radicalmente distorto.

Per contribuire ad allontanare tali schematismi culturali, può forse valere la pena indugiare su un paio di ulteriori notazioni. In primo luogo, l'opposizione tra *legittimazione* democratica e *legalità* della politica¹¹ è, al fondo, falsa. Rinunciare alla legalità del comportamento politico – e al connesso controllo giudiziario – significherebbe non già salvarne la legittimazione, bensì mettere in sofferenza il valore dell'eguaglianza di trattamento, proprio dinanzi a quella legge penale che ha un significato fondante della identità sociale. Ma incidere sull'eguaglianza significherebbe a sua volta sfigurare il volto della stessa legittimazione democratica, posto che la prima e fondamentale base assiologica della democrazia è proprio l'eguaglianza delle persone¹². Torneremo naturalmente sul principio d'eguaglianza e sulla sua capacità di adattarsi – coi bilanciamenti – alla complessità e molteplicità degli interessi in gioco; qui si vuole però ribadire che il fuoco della legittimazione democratica non può bruciare in sé la legna dell'eguaglianza senza spegnersi esso stesso.

In secondo luogo, la democrazia non è più un concetto monodimensionale¹³. Nelle attuali democrazie il potere ha, *da un lato*, una legittimazione elettorale-rappresentativa che si fonda sulla forza dei numeri¹⁴; che è uno strumento procedurale per assumere decisioni puntuali nel quadro sociale del pluralismo e del contrasto d'idee e d'opinioni; che muove da un presupposto sostanzialmente fittizio e convenzionale qual è quello della identificazione del-

¹¹ Sono queste le categorie in contrapposizione utilizzate da T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, 116 ss.

¹² Cfr. sul punto fondamentale A. PACE, *Conclusioni*, in L. Carlassare, *Diritti e responsabilità*, cit., 187.

¹³ V. in particolare il saggio di P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2008, 26, 190 ss., 222 ss.

¹⁴ L'avvento del governo democratico è così sintetizzato da A. TOCQUEVILLE, *Considérations sur la Révolution*, in *Ceuvres*, Paris, Gallimard, 2004, III, 492: «La nozione di governo si semplifica: solo i numeri fanno la legge e il diritto. Tutta la politica si riduce ad una questione d'aritmetica».

la maggioranza con la ipotetica volontà generale. *Dall'altro lato*, la democrazia sta sviluppando sempre più una nuova legittimazione d'imparzialità e di riflessività, di cui godono organi vecchi e nuovi. Gli organi dotati di legittimazione d'imparzialità – ad esempio le autorità indipendenti – prendono decisioni tenendo conto di tutti gli interessi in gioco, contrappongono dunque alla decisione maggioritaria necessariamente “parziale” la decisione del temperamento e bilanciamento degli interessi. Gli organi dotati di legittimazione di riflessività – ad esempio le Corti costituzionali – contrappongono alla decisione maggioritaria necessariamente “puntuale” ed immediata un quadro di riferimento ordinamentale stabile e duraturo costituito da valori culturali condivisi e quasi identitari del corpo sociale. L'opera della magistratura nell'esercizio della sua funzione giudiziaria partecipa di entrambe le forme di questa ulteriore legittimazione democratica, non fondata esclusivamente sulla forza dei numeri. Anzi, si potrebbe dire che, da un punto di vista sostanziale, la legittimazione d'imparzialità e di riflessività sia addirittura più solida di quella elettorale-rappresentativa poiché non muove dalla finzione convenzionale che la maggioranza possa decidere per tutti, ma cerca piuttosto una dimensione più comunitaria della decisione. Tuttavia, le nuove forme di legittimazione democratica non dovranno mai prendere il sopravvento su quella elettorale-rappresentativa. In effetti, la decisione maggioritaria, pur scontando l'artificio convenzionale della volontà generale, dovrebbe però assicurare la trasparenza procedurale del modo della sua formazione attraverso i meccanismi della rappresentanza elettorale e della disciplina di funzionamento delle assemblee parlamentari. Non così, invece, le decisioni degli organi ispirati alle altre forme di legittimazione democratica: a fronte del loro maggior sforzo di tenere insieme in teoria tutte le forze e gli interessi legittimi del contesto sociale, assai poco trasparente è il modo con cui quelle decisioni in pratica si formano. Così che il controllo sull'effettiva corrispondenza di tali decisioni alle loro basi di legittimazione democratica non può che assumere un indistinto carattere sociale, molto condizionato dunque dal prestigio di cui gli organi indipendenti possono godere nella popolazione.

Comunque sia, è certo che sarebbe oggi davvero antistorico voler impostare e risolvere il rapporto tra politica e giustizia assumendo quale criterio *tranchant* quello della legittimazione democratica, intesa come *interamente ed esclusivamente* assisa sulla politica nella sua unica forma elettorale-rappresentativa. Così come, d'altra parte, sarebbe altrettanto irrealistico ignorare le conseguenze che sulla politica obiettivamente produce un esercizio della giurisdizione men che cauto e ponderato – seppure totalmente immune da faziosità –

in ragione delle peculiarità dell'azione politica nelle condizioni attuali, che tanto risentono delle esorbitanze sia mediatiche che di durata dell'azione giudiziaria. Da qui l'invito a cercare il difficile equilibrio normativo che sappia evitare sia il c.d. "riduzionismo democratico", che trasforma le immunità in privilegi della politica, sia il c.d. "riduzionismo legalista", che sottopone al controllo giurisdizionale ogni comportamento politico¹⁵.

5. *Il problema della fonte degli istituti immunitari*

Dopo queste non brevi ma necessarie premesse è ora di venire più da vicino agli istituti "immunitari". I quali, anche se non è detto che costituiscano il vero cuore del problematico rapporto politica/giustizia penale, sono però in questo momento al centro del dibattito e dei progetti di riforma. A causa delle note vicende collegate alle due sentenze della Corte costituzionale sulle leggi di sospensione dei processi per le alte cariche¹⁶, il tema pone innanzitutto la delicata questione pregiudiziale della fonte legittimata a introdurre istituti immunitari. E a noi parrebbe in verità che la questione sia meno complicata di quanto lo sia divenuta a causa della concitazione politica delle argomentazioni.

Va da sé che qualunque istituto immunitario, e in termini più generali qualunque "causa personale di non punibilità", introduce una disegualianza favorevole rispetto all'esercizio della giurisdizione. Ma il sistema conosce indubbiamente cause di non punibilità previste dalla legge ordinaria: basti pensare per esempio all'esimente di cui all'art. 649 c.p. per i reati patrimoniali commessi in danno di congiunti. La loro legittimità è ancorata alla duplice condizione: legislativa da un lato, che esse rispettino la *ragionevolezza* del bilanciamento che le ispira; applicativa dall'altro, che esse siano considerate – quali in effetti sono – norme di carattere eccezionale (dunque, insuscettibili di applicazione analogica). Il punto è semmai che il giudizio di ragionevolezza deve essere in questi casi, come in tutti quelli di norme favorevoli eccezionali, particolarmente attento e penetrante. In effetti, qui il limite alla tutela penale non deriva dalle esigenze di un interesse (ritenuto) prevalente e che può trovare realizzazione solo mediante un comportamento conforme al tipo crimi-

¹⁵ Cfr. M. VOLPI, *Le immunità della politica negli ordinamenti democratici*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, III, 1166.

¹⁶ Si tratta delle due famose sentenze del 20 gennaio 2004, n. 24 e del 19 ottobre 2009, n. 262.

noso, come avviene in tutte le ipotesi di cause di giustificazione¹⁷. Piuttosto, il pregiudizio dell'interesse (ritenuto) prevalente deriva qui dall'esercizio della giurisdizione stessa: così, ad esempio, l'interesse alla salvaguardia del nucleo familiare potrebbe subire danno dall'azione penale esercitata nei confronti dell'autore del reato patrimoniale a danno di congiunti. E dunque non può che essere una valutazione particolarmente severa e scrupolosa quella che prende in considerazione gli interessi potenzialmente pregiudicati dall'esercizio della giurisdizione. È ovvio infatti che, da un lato, la giurisdizione corrisponde ad una manifestazione sovrana dello Stato essenziale per la comunità sociale e che, dall'altro, sono comunque molteplici gli interessi che *di fatto* sono toccati dall'esercizio della giurisdizione. Si tratta, insomma, di un giudizio di bilanciamento ad esito in via di principio scontato a vantaggio della giurisdizione penale che solo in casi appunto eccezionali e di incontestabile evidenza costituzionale potrà essere ribaltato.

Anche le immunità politiche potrebbero fin qui rientrare in questo discorso, se non vi fossero due argomenti che le spostano sotto l'ombrello della necessaria copertura costituzionale. Sotto il profilo sostanziale, la delicatezza del giudizio di bilanciamento proprio di tutte le cause di non punibilità è qui aggravata dal fatto che le immunità politiche concernono la fisionomia dei poteri costituzionali e i loro rapporti nei confronti della giurisdizione: materie dunque che non possono essere rimesse alla disponibilità della maggioranza ordinaria. Sotto il profilo formale, poi, quanto detto è chiaramente confermato dalla disciplina costituzionale delle immunità politiche, le quali sono appunto individuate nella loro esistenza e configurazione essenziale direttamente dalla Carta costituzionale, potendo al massimo intervenire la legge ordinaria per l'attuazione della loro disciplina specie processuale, senza mai comunque incidere sulla "consistenza" degli istituti¹⁸.

La copertura costituzionale, però, non può essere sufficiente per sottrarre la previsione delle immunità politiche al controllo di ragionevolezza della Corte costituzionale¹⁹. Al riguardo si potrà motivare nel senso che il principio

¹⁷ Su questi aspetti di teoria generale del reato, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, parte generale, Torino, 2008, 555 ss.

¹⁸ L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 9; T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 135; V. GREVI, *Sulla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni di organi costituzionali (a proposito dell'incostituzionalità del c.d. "Lodo Alfano")*, in *Cass. pen.*, 2009, 4540. V. sent. Corte cost. 19 ottobre 2009, n. 262; in *Cass. pen.*, 2010, 29 ss., con note di R. ORLANDI, *Illegittimi privilegi* e di A. PUGIOTTO, *La seconda volta*.

¹⁹ V. GREVI, *Op. cit.*, 4542; diversamente N. ZANON, *I molteplici volti della "sentenza Alfano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 53.

di eguaglianza costituisce un principio supremo dell'ordinamento, come tale sottratto alla revisione costituzionale²⁰. Ma forse più precisamente il punto è che, nel presupposto della legittimità di diseguaglianze ragionevoli, la riserva di previsione costituzionale delle immunità politiche non può contraddittoriamente risolversi nella loro sottrazione al controllo di ragionevolezza. Insomma, è come se il principio di eguaglianza-ragionevolezza fosse costituito da tre cerchi concentrici. Quello più esterno (le cause di non punibilità *comuni*) è nella disponibilità del legislatore ordinario; quello intermedio (le immunità *politiche*) è nella disponibilità del legislatore costituzionale; quello più interno (la correttezza dei *bilanciamenti*) è intangibile dal legislatore – ordinario e costituzionale – che soggiace pertanto al controllo della Corte costituzionale.

6. I reati funzionali e le “speciali” esigenze di tutela della politica

I principî di disciplina sostanziale delle immunità politiche si atteggiavano in modo molto diverso a seconda che si tratti di responsabilità per reati funzionali ovvero extrafunzionali. Mettere in ombra questa distinzione significa confondere le acque per accreditare soluzioni che possono alla fine rivelarsi di privilegio. In effetti, mentre per la responsabilità per reati funzionali si può pervenire a configurare un sistema addirittura “autonomo” sotto il profilo sia sostanziale che processuale, la stessa cosa non può farsi a cuor leggero per la responsabilità per reati extrafunzionali.

Da un certo punto di vista, il reato funzionale drammatizza – come s'è visto – il rapporto tra politica e giustizia, nella misura in cui la contestazione giudiziaria riguarda direttamente l'esercizio della funzione politica. Però è anche vero che, non solo storicamente le immunità funzionali derivano dall'esigenza di salvaguardare il potere parlamentare dall'ingerenza del re e più in generale la maggioranza al potere dalle possibili aggressioni degli avversari politici, ma soprattutto le immunità funzionali sono strettamente legate all'esigenza di evitare impropri sindacati sull'esercizio della funzione. Insomma, alla loro base non c'è tanto l'idea del pericolo rappresentato da un *magistratura* che entra arbitrariamente nella competizione politica, quanto piuttosto una obiettiva esigenza di far valere la specificità della funzione politica rispetto al controllo di legalità svolto dalla giurisdizione. Ciò non può certamente significare che l'esercizio del potere politico sia sottratto alle condizioni di legalità. Però non può nemmeno essere sottaciuta in linea di principio una certa qual eteroge-

²⁰ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 20 s.

neità, se non proprio incommensurabilità, tra la legalità codicistica del diritto penale e la discrezionalità politica delle funzioni costituzionali, parlamentari e di governo.

Sempre in via di principio, da ciò conseguono alcune linee portanti della disciplina delle immunità funzionali. L'area immunitariamente coperta dovrebbe essere, per un verso, direttamente proporzionale all'elevatezza delle funzioni svolte e, per un altro, inversamente proporzionale all'ampiezza del potere disponibile. Quanto più vasta è la portata del potere di cui l'organo dispone, per esempio il governo nel nostro ordinamento, tanto meno si può immaginare una copertura immunitaria che lasci interamente sottratto al controllo di legalità un potere di tale vastità e incisività nella guida politico-amministrativa del paese. Al contrario, il Presidente della Repubblica può ben usufruire di una irresponsabilità per tutti i reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni (eccetto l'alto tradimento e l'attentato alla Costituzione), in ragione dell'ampiezza tutto sommato relativa dei suoi poteri di indirizzo politico. Ma l'elemento veramente caratteristico del sistema delle immunità funzionali è la sua potenziale specialità ed autonomia rispetto al sistema della giurisdizione ordinaria. Qui il grado di scostamento può essere il più diverso e riguardare molteplici aspetti, di natura sia sostanziale che processuale, essendo però abbastanza improbabile che si trasmodi in un bilanciamento così scorretto da precipitare nella incostituzionalità. Va considerato, infatti, che il motivo fondamentale dello "scostamento" risiede in un dato obiettivo e strutturale derivante dalla eterogeneità tra legalità penale e discrezionalità politica, più che in una potenziale conflittualità spesso congiunturale tra poteri dello Stato.

Lo "scostamento" raggiunge il suo massimo grado quando concerne addirittura principi fondamentali di garanzia come la previsione legale sufficientemente determinata delle fattispecie, come per i reati del Presidente della Repubblica o per l'aggravante indeterminata prevista per i reati ministeriali²¹. Più frequentemente, lo "scostamento" riguarda profili processuali relativi sia

²¹ Quanto ai reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione, pare invero prevalente la tesi che essi non siano perfettamente identificabili con fattispecie codicistiche, ma siano invece ricavabili in modo almeno relativamente autonomo ed indipendente e dunque con un'indubbia caduta della legalità-determinatezza delle fattispecie (L. MAZZAROLLI, *Art. 90*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 823 ss.). Quanto all'aggravante per i reati ministeriali, essa è prevista dall'art. 4 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1 che testualmente dispone che «per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei ministri o dai ministri, la pena è aumentata fino ad un terzo in presenza di circostanze che rivelino la eccezionale gravità del reato».

alla necessità di un filtro politico all'esercizio dell'azione penale (istituti autorizzatori come quello previsto per la responsabilità dei ministri dall'art. 9 della citata l. cost. 1/1989²²) sia la "specialità" dell'organo di accusa ovvero di quello giudicante²³, oppure di entrambi. Una specialità che sembra comunque coerente con l'intento di fondo della nostra Costituzione, di *non* elevare a principio generale quello di una incondizionata irresponsabilità anche penale per l'esercizio del potere politico. Al contrario, circoscritta l'irresponsabilità ai nuclei storici dei reati funzionali del Capo dello Stato e delle opinioni espresse e dei voti dati dei parlamentari, per il resto la tutela della funzione politica avviene cercando di coniugare l'esercizio della giurisdizione (e la responsabilità penale) con il carattere intrinsecamente "politico" della regiudicanda (e dunque anche della responsabilità)²⁴.

Il punto cruciale è semmai quello della individuazione dei confini delle immunità funzionali, cioè in definitiva quello della definizione ed individuazione in concreto del reato funzionale. E qui si annidano i maggiori rischi di aggiramento dei limiti costituzionali della "giustizia politica", intesa quest'ultima sia come vera e propria esclusione della punibilità sia come assoggettamento a forme di giurisdizione speciale. Tradizionalmente il nodo ha sempre riguardato il nesso funzionale dell'illecito commesso nell'esercizio della funzione parlamentare mediante l'espressione di opinioni. Storicamente, l'esigenza al riguardo è stata di superare la genericità di un nesso di indistinto collegamento funzionale per precisarne più dettagliatamente gli estremi fattuali. E così tale

²² Ove è peraltro disposto che «l'Assemblea [...] può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'imputato abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo».

²³ In Francia, dopo la legge costituzionale 27 luglio 1993, i reati ministeriali sono giudicati dalla Corte di giustizia della Repubblica, composta da dodici parlamentari (sei per il Senato e sei per l'Assemblea nazionale) e tre magistrati, di cui uno la presiede.

²⁴ Senza pretesa di fornire esaurienti informazioni comparatistiche, si può dire però che il quadro è molto variegato. Si va infatti da soluzioni in cui si afferma addirittura la generale responsabilità per tutti i reati funzionali del Capo dello Stato (Portogallo) a quelle opposte di generale irresponsabilità per reati sia funzionali che extrafunzionali (Spagna). Spesso è presente il filtro politico dell'incriminazione: per i reati funzionali del Presidente della Repubblica in Portogallo; solo per alcuni reati ministeriali particolarmente gravi in Spagna; per tutti i reati funzionali e non del Presidente della Repubblica in Germania; per i reati funzionali del Presidente della Repubblica e dei ministri in Slovenia. Così come spesso è prevista la competenza di un giudice speciale: per i reati ministeriali in Francia; per i reati presidenziali e ministeriali in Polonia, Slovenia, Grecia.

nesso è stato – ed è ancora in certi ordinamenti – limitato ad un criterio, decisamente tanto restrittivo quanto netto ed univoco, di tipo “spaziale”: nel senso, cioè, che sono coperte da immunità le sole opinioni espresse nelle aule parlamentari. Meno restrittivo e decisamente più funzionalistico il criterio che fa leva sulla tipologia dell’atto in cui direttamente o indirettamente²⁵ sono contenute le espressioni criminose, in quanto si tratti appunto di atto “formalmente” manifestazione dell’esercizio funzionale. A quest’ultimo criterio s’ispira anche la nostra legge 140/2003, se non fosse che l’art. 3.1 chiude con un riferimento anche a «ogni altra attività [...] di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione *di parlamentare*, espletata anche fuori del Parlamento». La connessione alla funzione qualificata non già in sé come “parlamentare” ma *della persona del* “parlamentare” finisce per dilatare il nesso a qualunque espressione che non concerna esclusivamente rapporti privati, configurandosi così come un privilegio legato alla qualità personale piuttosto che come uno strumento per sottrarre al sindacato giudiziario gli atti di esercizio funzionale²⁶.

La situazione è in qualche modo aggravata dalla previsione poi della c.d. pregiudiziale parlamentare da parte della stessa legge del 2003. Come s’è detto, in materia di reati funzionali, non è affatto irragionevole la previsione di filtri di natura autorizzatoria diretti a verificare il carattere intrinsecamente politico-discrezionale dell’illecito, *per ciò* meritevole di essere sottratto alla giurisdizione ordinaria. In questo senso è ad esempio la disciplina dei reati ministeriali di cui alla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 (art. 3, comma 4 e ss.). Ma la situazione è diversa quando il giudizio sotteso all’autorizzazione parlamentare non consiste in una valutazione in ordine alla politicità dell’illecito, bensì si riduce all’accertamento di un dato di fatto come è il nesso funzionale che come tale dovrebbe essere rimesso all’accertamento dell’autorità giudiziaria, ferma restando la possibilità di sollevare un conflitto di attribuzioni in caso di sentenza definitiva che il parlamento ritenga comunque lesiva della prerogativa del suo componente.

La realtà è sotto gli occhi di tutti. Un vero e proprio rovesciamento dei panni, con una prassi parlamentare che facendo sostanziale abuso della pregiudiziale spinge l’autorità giudiziaria a sollevare continuamente conflitti di attri-

²⁵ Indirettamente, nel senso che l’immunità copre ovviamente l’espressione criminosa anche quando essa sia contenuta in dichiarazioni non consistenti in atti ufficiali ma a questi ultimi facenti riferimento

²⁶ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 29

buzione, con una conseguente giurisprudenza della Corte costituzionale diretta a ricondurre l'immunità funzionale nei suoi limiti costituzionali²⁷, ma con una efficacia pur sempre limitata a ciascuna delle singole vicende giudiziarie le quali pertanto seguitano a riprodursi invariabilmente in una sorta di contrasto perpetuo.

7. I reati extrafunzionali e le esigenze di tutela della politica: prestigio dell'organo e azioni persecutorie della magistratura

Il vero problema – l'abbiamo già detto – riguarda però i reati extrafunzionali. Qui si rivela particolarmente arduo il bilanciamento tra le esigenze – di eguaglianza e di legalità – della giurisdizione e quelle della politica. Anche perché non sono nemmeno immediatamente evidenti quali siano di preciso queste esigenze della politica²⁸. Anzi, per meglio dire, le esigenze della politica si delineano diversamente a seconda delle situazioni storiche ed istituzionali dei rapporti tra organi politici e ordine giudiziario, se non addirittura a seconda del loro diverso e reciproco grado di credibilità sociale nella contingenza data. Il che spiega anche perché il tema dei rapporti tra politica e giustizia, allorquando diventa problematico, rimanda quasi immancabilmente al diverso e più generale piano dell'assetto ordinamentale della magistratura. Se, invece, gli istituti immunitari sono disciplinati e funzionanti in modo sufficientemente soddisfacente, più remota è l'eventualità di interventi strutturali del legislatore diretti a modificare pericolosamente l'assetto ordinamentale sotto la spinta delle frizioni esistenti – più o meno occasionalmente – tra classe politica e magistratura.

Comunque, prima di soffermarci sulla più precisa individuazione delle esigenze in conflitto da bilanciare, pare possibile fissare qualche punto abbastanza fermo. In primo luogo, le prerogative di carattere extrafunzionale dovrebbero avere carattere processuale e non sostanziale, dovrebbero cioè salvaguardare dal processo più che dalla responsabilità. In secondo luogo, per tutta la durata della prerogativa dovrebbe restare sospeso il termine di prescrizione

²⁷ Sulla giurisprudenza parlamentare e costituzionale relativa all'immunità di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., dopo la riforma del 1993 ancorché prima di quella del 2003, v. molto ampiamente C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Padova, 2000, 67 ss.

²⁸ Cfr. L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 21, che sembra opinare nel senso che solo il nesso funzionale sarebbe in grado di mettere la prerogativa al riparo da censure di costituzionalità; similmente, v. A. PACE, *Conclusioni*, cit., 189.

del reato. In terzo luogo, non essendo il reato connesso alla funzione potrà trattarsi anche di fatti commessi sia contestualmente sia anche anteriormente all'esercizio del mandato. In quarto luogo, e qui si entra già in un'area più opinabile del bilanciamento, la prerogativa processuale dovrebbe essere corredata dalla previsione di un termine finale, identificato o nella cessazione dalla carica o comunque in una sua durata massima²⁹. Infine, le prerogative extrafunzionali, avendo natura in sostanza sospensiva del processo, possono essere costruite o come vere e proprie condizioni di procedibilità consistenti in un atto autorizzatorio dell'organo politico all'esercizio dell'azione penale, oppure come condizioni di impedibilità consistenti in un atto vincolante di sospensione emanante dall'organo politico³⁰. E a quest'ultimo proposito è facile rendersi conto della diversa portata "derogatoria" dell'una o dell'altra soluzione rispetto al principio-valore della legalità ed eguaglianza della giurisdizione penale³¹.

E veniamo al *punctum dolens* delle esigenze politiche che vengono in discussione dinanzi all'esercizio della giurisdizione penale per reati extrafunzionali.

In una prospettiva sociale in cui si sia disposti a concedere ancora un certo credito alla magistratura, l'esercizio della giurisdizione penale può ridondare negativamente sul *prestigio* dell'organo politico che l'indagato/imputato ricopre o di cui egli è membro. Nonostante il suo sapore un po' rétro, quello del prestigio delle istituzioni non cessa di essere un valore costituzionale visto che l'art. 54.2 Cost. continua a recitare che «[i] cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore». Certo, in una visione puramente efficientistica – quasi privatistico-aziendalistica – della vita politica, la pendenza di un processo penale sulle spalle dell'uomo politico non menoma per nulla le sue capacità di buon amministratore, se vi

²⁹ Come noto, questo è stato uno dei profili di censura della l. 20 giugno 2003, n. 140 da parte della sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, che, dopo aver premesso che «all'effettività della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo», ha ritenuto che la durata non determinata della sospensione vulnerava gli artt. 3 e 24 Cost.

³⁰ È questa ad es. la logica del disegno di legge costituzionale d'iniziativa Chiaramonte e Compagna, 17 dicembre 2009, S/1942, Modifica all'art. 68 della Costituzione, in materia di immunità dei membri del Parlamento, ove è previsto che «entro il termine perentorio di novanta giorni dalla comunicazione [dell'autorità giudiziaria], [...] la Camera decide se disporre, a garanzia della libertà della funzione parlamentare, la sospensione del procedimento per la durata del mandato».

³¹ V. sul punto T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 301.

sono. Ma, ammesso invece che il valore del prestigio dell'istituzione abbia ancora un senso nel rapporto tra politica e giustizia, come giocherà esso nell'ispirare la disciplina di quel rapporto? In linea generale, la prospettiva della tutela del prestigio può essere coerente con una limitazione dell'immunità extrafunzionale ai reati di una certa gravità o tipologia, come tali specialmente suscettibili di menomare il prestigio dell'istituzione.

Più dettagliatamente, da un primo punto di vista, muovendo dalla premessa che il prestigio vada salvaguardato *ad ogni costo*, si potrà addirittura fondare l'esclusione dalla giurisdizione, la prerogativa processuale, proprio sull'esigenza che il processo a carico del singolo non riverberi cattiva luce sull'organo³²: mettere una benda sugli occhi della giustizia, salvare il singolo per salvare l'organo facendo finta di non vedere. Una tutela del prestigio non tanto radicale quanto piuttosto formale ed apparente, del tutto controproducente per la reale salvaguardia del prestigio sostanziale dell'organo. Non può certo essere questa la linea conforme all'art. 54 Cost.

Da un secondo punto di vista, quasi opposto al primo, il processo penale verrebbe a svolgere esso stesso un ruolo di salvaguardia del prestigio dell'istituzione, ponendosi in sostanza quale supplente e succedaneo rispetto all'inefficienza degli strumenti *interni* di autotutela del prestigio dell'organo, dalle dimissioni alle sanzioni disciplinari, dalle sospensioni alle decadenze. Alludendo a questa prospettiva, si è parlato in proposito di "moralismo giudiziario", stigmatizzando il ruolo della magistratura penale quale quello di chi si arroga il compito di "custode della virtù" della politica³³. Ponendo così le premesse politiche e culturali per la legittimazione di un ampio spazio da riconoscere alle prerogative extrafunzionali. Orbene, non sembra che un simile argomentare sia idoneo ad una definizione costituzionalmente equilibrata delle prerogative extrafunzionali. Prima di tutto, parlare di "moralismo giudiziario" può essere suggestivo, ma diventa pretestuoso quando si consideri che i processi di cui si discute riguardano imputazioni non già per reati bagatellari magari di opinione o attinenti alla vita privata bensì gravi fatti contro la pubblica amministrazione, contro l'ordine economico e così via. Il punto non è dunque questo di una presunta esorbitanza della giurisdizione penale nella sfera della morale politica, ma quello di verificare la fondatezza o meno di simili gravi accuse che di "moralistico" hanno in realtà ben poco. In secondo

³² Cfr. N. ZANON, *La via ordinaria e l'interesse del paese*, in *Corriere della Sera*, 3 giugno 2003, cit. da A. PACE, *Le immunità politiche*, cit., nt. 26.

³³ A. PANEbianco, *Dal moralismo al riformismo*, in *Corriere della Sera*, 3 agosto 2009.

luogo, sul fronte dei rapporti tra esercizio (esterno) del magistero punitivo e tutela (interna) del prestigio dell'istituzione, non va dimenticata l'esistenza della legge 27 marzo 2001, n. 97 (*Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*), la quale dispone in generale l'assunzione da parte delle amministrazioni pubbliche di provvedimenti cautelari in caso di rinvio a giudizio di suoi funzionari per taluni gravi reati. Per quale ragione dovremmo accettare questa penetrante forma di "moralismo" per la pubblica amministrazione e scandalizzarci di fronte a quello che ha come sua destinataria la politica? Infine, non può essere del tutto trascurabile il fatto che, se di "moralismo" si tratta, esso è però succedaneo all'assenza dell'autotutela, determinato appunto anche dall'inerzia dei meccanismi di controllo interno della politica, e dei partiti segnatamente, sulla "moralità" dei suoi protagonisti³⁴.

Piuttosto, se davvero fosse realmente sentita l'esigenza di tutela del prestigio dell'organo, messo a repentaglio dall'incriminazione di un suo membro, l'interesse dovrebbe andare nel senso di assicurare il più celere accertamento processuale³⁵, così da reintegrare realmente il prestigio o con l'affermazione dell'innocenza o coi provvedimenti di autotutela conseguenti all'accertamento del reato. Sempre che, come abbiamo premesso, ci si muova in una prospettiva sociale in cui la magistratura goda ancora di un certo credito.

Prospettiva totalmente opposta è quella invece in cui si accrediti socialmente l'ipotesi di una magistratura così politicizzata da essere capace di vere e proprie azioni *persecutorie* (fino ad arrivare addirittura alla tesi del c.d. "complotto"). È peraltro evidente che la convinzione di una così grave deformazione del volto costituzionale del nostro ordinamento democratico imporrebbe la ricerca di soluzioni anche sul piano ordinamentale, ma ancor prima un'analisi empirica a larghissimo raggio che, sostituendosi a proclamazioni e a campagne di stampa di vario segno, cercasse di verificare empiricamente nei fatti

³⁴ Soluzione di grande interesse, da questo punto di vista, è quella della Costituzione portoghese che, in un quadro di generale rigore per la responsabilità delle cariche politiche (fino all'affermazione della responsabilità funzionale del Presidente della Repubblica), giunge a stabilire la sospensione dalla carica del parlamentare sottoposto a procedimento penale per reati extrafunzionali, deliberata facoltativamente dall'Assemblea parlamentare, salvo che si tratti di reati di particolare gravità cui consegue invece obbligatoriamente (art. 157).

³⁵ V. la proposta di legge Levi e altri (Atto C/3136), presentata il 20 gennaio 2010, recante "Modifica all'art. 132-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di priorità dei processi a carico di membri del Parlamento nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi"

e coi fatti la fondatezza di quelle gravi ipotesi³⁶. Comunque sia, interessa in questa sede individuare le ricadute che quella inquietante – ma non aprioristicamente assurda – premessa può avere sul piano della disciplina delle prerogative extrafunzionali.

Innanzitutto, è evidente che, mentre nella prospettiva della tutela del prestigio dell'istituzione la prerogativa tenderà ad essere limitata a reati di una certa gravità e significato, nella attuale prospettiva tenderà invece ad avere una portata onnicomprensiva, poiché qualunque titolo criminoso può virtualmente celare l'intento persecutorio. In linea di principio, la prerogativa extrafunzionale in funzione antipersecutoria avrà poi uno spettro applicativo particolarmente ampio anche per quanto riguarda le fasi del processo "coperte" della garanzia: non solo il dibattimento, infatti, ma anche le indagini preliminari e l'udienza preliminare sono in grado di produrre l'effetto persecutorio sull'indagato³⁷. Ma soprattutto la disciplina, per realizzare un ragionevole bilanciamento, dovrebbe non avere applicazione automatica e presentare piuttosto un carattere in certo qual senso eccezionale³⁸. Sotto il primo profilo, è chiara infatti la necessità di un accertamento che volta per volta constati il *fumus persecutionis*; così come è chiaro che tale accertamento dovrebbe essere attribuito alla competenza di un organo diverso sia dall'autorità giudiziaria, anche giudicante, competente a procedere sia dall'organo politico cui appartiene il soggetto indagato o imputato. Data la delicatezza della questione, che evidenzia un potenziale contrasto tra organi costituzionali, l'accertamento del *fumus persecutionis* potrebbe essere attribuito ad un organo terzo, estraneo ad entrambi i poteri, e cioè ad esempio ad una sorta di sezione specializzata della Corte costituzionale se non alla Corte nella sua composizione plenaria³⁹.

³⁶ Ad es. mediante l'affidamento di compiti accertativi affidati a soggetti indipendenti, che per autorevolezza e competenza non dovrebbero suonare come istanze di revisione (o "normalizzazione") nei confronti dell'attività della magistratura.

³⁷ Il punto fu oggetto di discussione a proposito della l. 23 luglio 2008, n. 124, concludendosi correttamente che l'ambito d'applicazione della sospensione poteva concernere solo il "processo penale" in senso stretto: cfr. R. ORLANDI, *Questioni processuali nell'applicazione della legge 23 luglio 2008, n. 124*, in *Il lodo ritrovato*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2009, 33 s.

³⁸ Sembra essere questa la prospettiva dominante in Spagna, ove il Tribunale Costituzionale ha chiesto una intenzione politica "ostile" quale presupposto per rifiutare l'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari: v. F. MUÑOZ CONDE - M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, parte general, Valencia, 2002, 180.

³⁹ In questo senso, G. PISAPIA, in C. NORDIO - G. PISAPIA, *In attesa di giustizia. Dialogo sulle riforme possibili*, Milano, 2010, 159.

Sotto il secondo profilo, parrebbe logico subordinare l'operatività della prerogativa ad una specifica richiesta di sospensione del processo da parte dell'organo cui appartiene l'indagato (o nel caso di organo monocratico, di altro collegio che ne possa in qualche modo assumere costituzionalmente la tutela). In effetti, dovendosi difendere da un'ipotetica azione persecutoria della magistratura, non avrebbe senso una prerogativa generalizzata ma solo nel concreto caso in cui sia percepibile il *fumus persecutionis*. Altrimenti, la prerogativa trasmoderebbe in privilegio fondato su una tanto inaccettabile quanto eversiva *presumptio persecutionis* in qualunque atto di esercizio della giurisdizione a carico di soggetti politici.

8. Segue. *Il buon funzionamento degli organi costituzionali e le difficoltà del bilanciamento*

Terza ed ultima prospettiva in cui possono trovare collocazione gli istituti immunitari extrafunzionali è quella della tutela del corretto *funzionamento* degli organi di appartenenza degli accusati. Si tratta indubbiamente del fondamento meno implausibile, non solo perché lontano dalle ipotesi costituzionalmente inquietanti di azioni persecutorie da parte della magistratura, ma anche perché contrapponibile e bilanciabile all'esigenza costituzionalmente rilevante ed addirittura irrinunciabile, qual è quella della legalità ed eguaglianza della giurisdizione⁴⁰. D'altra parte, si tratta della logica che ha storicamente contrassegnato le prerogative extrafunzionali ed in particolare quelle autorizzazioni a procedere fin dall'origine previste dai nostri costituenti, seppure nel timore allora di una magistratura che, sostanzialmente rimasta la stessa di quella formata ed operante sotto il fascismo, avrebbe potuto essere poco favorevole al nuovo volto delle forze politiche e al nuovo assetto democratico. Comunque sia, l'autorizzazione a procedere visse quasi cinquant'anni di vita repubblicana, essendo stata decretata la sua scomparsa nel 1993 – com'è notissimo – forse non tanto per una crisi di principî quanto piuttosto per il contestuale sovrapporsi del declino politico prodotto da “tangentopoli” alla non sempre onorevole prassi seguita dal parlamento nella gestione dell'istituto.

⁴⁰ Cfr. sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24: «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni [che ineriscono a quelle cariche]» è «un interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto». Impostazione che diventerà centrale nella successiva sent. 19 ottobre 2009, n. 262 (sul “lodo Alfano”), come nota esattamente R. BIN, *I molteplici volti della “sentenza Alfano”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 45.

Alla prospettiva della tutela del funzionamento dell'organo pare poi essere in qualche modo complementare anche l'esigenza di assicurare l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'accusato, così che la sospensione del processo può in linea di principio derivare tanto quale conseguenza di un atteggiamento di autotutela della politica quanto quale conseguenza di un impedimento legittimo alla partecipazione al processo. In effetti, l'accusato che riveste alte cariche istituzionali è posto in un dilemma, essenziale al funzionamento dell'organo, per cui se decide di difendersi rischia di pregiudicare il funzionamento dell'organo, mentre se decide di continuare ad esercitare la funzione rischia di non potersi adeguatamente difendere⁴¹. Sotto questo profilo, si evidenzia un primo non agevole problema di bilanciamento: può la sospensione del processo essere irrinunciabile da parte dell'interessato? Può cioè l'interesse istituzionale al funzionamento dell'organo prevalere sull'interesse individuale alla difesa? La Corte costituzionale rispose negativamente⁴², ma data l'indubbia rilevanza costituzionale dei due interessi la scelta sembrerebbe implicitamente orientata più che altro da un generale atteggiamento di favore verso la giurisdizione quale connotato fondamentale della nostra democrazia, oppure da una considerazione del diritto di difesa quale diritto fondamentale dell'uomo appartenente al nucleo duro dei principi supremi dell'ordinamento.

Chiusa la parentesi, sembra insomma che le credenziali costituzionali delle prerogative processuali extrafunzionali, sempre che si possano fondatamente dire ispirate all'esigenza di funzionamento dell'organo⁴³, non sono del tutto impresentabili anche in un ordinamento a forte base legalitaria e ad alto riconoscimento dell'ordine giudiziario come il nostro⁴⁴.

⁴¹ L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica*, cit., 19, richiamandosi alla sentenza costituzionale 225/2001, conclude che il parlamentare non gode di particolari garanzie al riguardo.

⁴² Cfr. sent. Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, anche se poi la dichiarazione di incostituzionalità si basò su altri profili.

⁴³ Certo, non può sfuggire la diversa incidenza che – tramite la persona – esercitano sulle funzioni da un lato i singoli atti processuali, come gli arresti o le perquisizioni, e dall'altro il semplice svolgimento del processo. Così che si è anche giunti a mettere in forse l'intrinseca ragionevolezza della prerogativa consistente nella sospensione processuale (ma il discorso è in qualche misura estensibile anche alla autorizzazione a procedere), ipotizzando addirittura l'assenza di una reale esigenza di tutela: cfr. G. GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, in *Dir. e giust.*, 2004 (5), 28; S. RUGGERI, *Sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, tutela del sereno esercizio delle funzioni, legittimo impedimento a comparire al processo*, in *Cass. pen.*, 2009, 4525 s.

⁴⁴ Senza pretesa di esaurienti informazioni comparatistiche, si può sommariamente dire che l'immunità extrafunzionale, sotto forma di autorizzazione a procedere ovvero di sospensione automatica del procedimento, è presente: per i parlamentari in Spagna, Francia, Germania,

Il problema è semmai un altro, e fa riaffiorare quell'immagine della quadratura del cerchio di cui parlava Vittorio Emanuele Orlando a proposito della disciplina delle immunità politiche. Infatti, pur essendo i due valori in conflitto – funzionamento dell'organo e legalità della giurisdizione – senz'altro legittimamente bilanciabili in quanto dotati entrambi di dignità costituzionale sostanzialmente equivalente, il problema sta tutto nella difficoltà di tradurre quel bilanciamento in una disciplina normativa che sia davvero articolata in termini equilibrati e ragionevoli. E i problemi di ragionevolezza si pongono addirittura su due versanti: uno per così dire esterno alla disciplina di questa categoria di immunità, concernendo la ragionevolezza di una sottrazione – ancorché processuale – alla giurisdizione per reati extrafunzionali a fronte del principio generale della perseguibilità dei reati funzionali dei ministri, mentre semmai dovrebbero essere proprio questi ultimi a vantare, come s'è visto, le maggiori necessità immunitarie⁴⁵.

Sul versante interno, vengono in considerazione difficoltà di bilanciamento concernenti la disciplina in sé delle immunità extrafunzionali⁴⁶. Più precisamente, esse riguardano in primo luogo la valutazione dell'incidenza negativa del processo sull'esercizio funzionale e dunque sul funzionamento dell'organo (ovvero anche, nell'altra logica, sulla efficacia impeditiva dell'esercizio funzionale a partecipare al processo). Lasciamo da parte le ipotesi delle autorizzazioni *ad acta* (agli arresti, alle perquisizioni, ispezioni, intercettazioni e sequestro di corrispondenza), che rispondono a finalità in parte peculiari⁴⁷, e concentriamo l'attenzione sulla generica autorizzazione al processo oggi scomparsa. Impensabile essendo il recupero di criteri come quello antico della sospensione del processo per tutta ma solamente la durata delle varie sessioni di lavoro parlamentare, le attuali complesse modalità di svolgimento della funzione politica da

Polonia, Slovenia, Grecia; per il Presidente della Repubblica in Portogallo, Francia, Grecia.

⁴⁵ A. PACE, *La legge n. 140/2003*, cit., 24 s.

⁴⁶ Come esattamente nota E. GROSSO, *L'incostituzionalità del "Lodo Schifani" tra emergenza costituzionale e giudici a Berlino*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 969, la Corte (sent. 24/2004) rimproverò al legislatore del 2003 proprio un cattivo bilanciamento.

⁴⁷ L'inviolabilità della libertà personale, da un lato, assicura contro il pericolo di un radicale attentato all'esercizio della funzione mediante impedimento addirittura fisico, suscettibile di condizionare direttamente – con l'assenza del parlamentare – l'adozione di singoli atti. La riservatezza, dall'altro lato, sembra essere una pre-condizione necessaria all'esercizio di funzioni che, bensì esposte alla necessaria pubblicità delle loro manifestazioni finali, possono però risentirne negativamente dalla propalazione intempestiva di dati e notizie propedeutiche alla decisione. Diverso discorso va fatto invece a proposito della inutilizzabilità processuale delle intercettazioni c.d. indirette.

parte dei parlamentari ma soprattutto da parte di altre cariche istituzionali rendono problematica la praticabilità di una valutazione *in concreto* del possibile pregiudizio al funzionamento dell'organo. E l'esperienza della prassi parlamentare in tema di concessione dell'autorizzazione a procedere conferma l'impraticabilità di attribuire allo stesso organo di appartenenza l'accertamento in concreto⁴⁸: a parte l'inefficacia derivante dalla naturale tendenza a massimizzare l'autotutela, un sistema di accertamento in concreto devoluto allo stesso organo interessato ha la sicura conseguenza di accentuare la conflittualità insita nell'istituto trasferendola sul piano puramente politico.

Dunque, da questo punto di vista, l'idea di un automatismo della prerogativa – come era quello previsto dalla legge 20 giugno 2003, n. 140 e 23 luglio 2008, n. 124 (c.d. “lodi” Schifani e Alfano) non sembrerebbe del tutto priva di senso⁴⁹. Sennonché, e qui siamo alla quadratura del cerchio, una simile rigidità potrebbe squilibrare il bilanciamento, soprattutto se la portata applicativa “soggettiva” della prerogativa fosse quantitativamente molto estesa come sarebbe stata per la vecchia autorizzazione a procedere. Inoltre, la Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi a favore di un sistema di valutazione in concreto, seppure al diverso proposito del legittimo impedimento alla partecipazione al processo, suggerendo che il giudice debba programmare il calendario delle udienze conciliando le esigenze processuali con quelle dell'esercizio della funzione politica⁵⁰. Ma nella sostanza non ha potuto poi che fare appello al principio della leale collaborazione tra gli organi, il che pare obiettivamente un po' troppo utopistico per situazioni che sono comunque di potenziale conflittualità. Del tutto abnorme sarebbe infine attribuire all'organo di appartenenza la valutazione della “legittimità dell'impedimento” a partecipare al processo⁵¹. Così facendo, non solo si riprodurrebbe la situazione della

⁴⁸ Sul problema dei criteri di esercizio di questa discrezionalità, v. T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 322. Evidente il pericolo che la discrezionalità possa anche risolversi in abuso della maggioranza a danno della minoranza (come osservò G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, 53 ss.)

⁴⁹ In questo senso, seppure nella prospettiva del legittimo impedimento, C. NORDIO, in C. NORDIO - G. PISAPIA, *Op. cit.*, 175. In Francia, con la legge costituzionale del 23 febbraio 2007 è stata esplicitata la responsabilità penale del Presidente della Repubblica per i reati extrafunzionali, prevedendo nel contempo la sospensione automatica dell'azione penale per tutta la durata del mandato.

⁵⁰ V. sentenza Corte cost. 6 luglio 2001, n. 225, su cui cfr. AA.VV., *Il “caso Previti”. Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2000.

⁵¹ V. la legge sul legittimo impedimento approvata definitivamente dal Senato il 10 marzo

discrezionalità di cui fruiva il parlamento a proposito della vecchia autorizzazione a procedere, ma soprattutto sarebbe configurata una competenza costituzionalmente incongrua. Infatti, se là l'organo politico era chiamato – in teoria – a verificare le conseguenze del processo sul *suo* (dell'organo) *funzionamento*, qui il giudizio sarebbe invertito essendo chiamato a certificare l'incidenza dell'esercizio funzionale sull'adeguato svolgimento *del processo*, con un'evidente invasione nell'area della giurisdizione. Aggravata in più dall'avvenire caso per caso, con tutti i rischi di accentuazione della conflittualità.

Ancora una volta, pertanto, l'idea dell'automatismo della prerogativa sospensiva del processo non è peregrina, seppure ai limiti di un corretto bilanciamento.

C'è però un secondo punto su cui si addensano ulteriori difficoltà del bilanciamento. Quali possono essere le funzioni, le "cariche", che possono ragionevolmente beneficiare della sospensione processuale per reati extrafunzionali, soprattutto se dovesse essere automatica⁵²? Il nostro sistema era ispirato, fino alle recenti vicende legislative, al principio della generale perseguibilità di *tutti* i soggetti politici per i reati extrafunzionali: come noto, esiste una sorta di vuoto legislativo a proposito dei reati extrafunzionali del Presidente della Repubblica, dei ministri e del Presidente del Consiglio dei ministri⁵³. E l'abolizione nel 1993 dell'autorizzazione a procedere per i parlamentari, pur essendo – come s'è visto – il risultato storico di una contingenza che si aggiungeva ad una cattiva prassi, ebbe però anche un senso più profondo. Quello cioè che la legittimazione democratica di tipo elettorale-rappresentativo non poteva più costituire ragione giustificatrice sufficiente di una particolare dignità della funzione, in un ordinamento e in un clima in cui ormai la legittimazione democratica degli organi e delle funzioni si sviluppa in un orizzonte più vasto, in cui l'idea di democrazia non è più monodimensionale e altre legittimazioni altrettanto ma diversamente democratiche circolano in organi e funzioni molto diverse. Reimpostare oggi un discorso di prerogative immunitarie extrafunzionali basandolo esclusivamente sul "titolo" della legittimazione elettorale-rappresentativa rischierebbe di essere un discorso quasi antistorico. Sennonché, una volta scelto anche un criterio selettivo diverso

2010, che per un lato contiene una presunzione di impedimento e per l'altro abbrivisce alla Presidenza del Consiglio un potere di autocerificazione in merito.

⁵² Fu uno dei profili già evidenziati da Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, a proposito della l. 140/2003.

⁵³ T.F. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 362 ss. segnala la tendenza storica a lasciare fuori dall'immunità extrafunzionale il Presidente della Repubblica e soprattutto i ministri.

(quale?) delle funzioni da tutelare nel loro funzionamento contro l'azione giudiziaria nei confronti dei loro titolari, qualunque elenco correrebbe il rischio di peccare di irragionevolezza: perché questi dentro e questi fuori? Naturale allora la tendenza, sospinta anche da pressioni non sempre disinteressate, alla dilatazione massima dell'inclusione. E forse anche non del tutto priva di senso, se si considera l'importanza che di fatto certe funzioni o anche solo certe attività hanno nella complessità della vita politica moderna, fatta di mille competenze. Ma, dall'altra parte sta l'imperativo costituzionale e la necessità politica di non sbilanciare il difficile equilibrio di istituti che non possono perdere il loro carattere eccezionale senza alterare in profondità la fisionomia democratica dell'ordinamento.

Le alchimie dei bilanciamenti, necessarie alla vita del diritto e indispensabili a contenere le conflittualità potenziali, diventano particolarmente difficili quando sono in gioco valori o principî che hanno una vocazione (sempre storica, beninteso) ad una certa qual assolutezza. Questo è il caso del principio della obbligatorietà della giurisdizione penale a fronte della legittimazione democratica di tipo elettorale-rappresentativa.

9. Dalla riforma degli istituti immunitari alle "grandi riforme"

A questo punto può chiudersi il cerchio. Il tema della prerogative immunitarie è uno dei "luoghi" più significativi, almeno giuridicamente, del rapporto di tensione tra politica e giustizia penale. Ma la disciplina di questi istituti non è certo svincolata dalla realtà anche empirico-sociale in cui versano i rapporti ordinamentali tra magistratura e politica. In un duplice senso. In quello, già visto, che la fisionomia degli istituti immunitari risente del grado di credibilità che la magistratura può vantare nella politica e nella società, e viceversa. Ma anche nel senso che comunque, come attestano le vicende che stiamo vivendo in questi giorni, un'eventuale riforma della disciplina delle prerogative si lega politicamente con eventuali riforme di più ampio raggio, le famose "grandi riforme" istituzionali e/o costituzionali così tanto vagheggiate. Per un lato, le difficoltà – se si vuole in un certo senso tecniche – di trovare il "riequilibrio" tra politica e giustizia penale per mezzo degli istituti immunitari, con la quadratura del cerchio dei connessi bilanciamenti, con gli incidenti di percorso delle ben due pronunce di incostituzionalità, con i sospetti di confezionare leggi *ad personam*. Tutte queste difficoltà potrebbero spingere la politica a impegnarsi anche o piuttosto sul piano delle grandi riforme, indubbiamente ardue innanzitutto sotto il profilo puramente parlamentare, ma anche ormai accreditate come l'im-

procrastinabile svolta palingenetica per trarre il rapporto politica/giustizia da questa specie di melma in cui tutti si lamentano e sembrano annaspere. Per un altro verso, e ancor più tatticamente, riforme mirate, parziali o addirittura temporanee, degli istituti immunitari potrebbero costituire le prove d'orchestra per riavvicinare il confronto tra le forze politiche in vista della più impegnativa mèta della grandi riforme, da tutti auspicate come linfa rigeneratrice della propria ragion d'essere dopo la stagnazione risalente addirittura al fallimento della Commissione bicamerale. In ogni caso, comunque, non si possono chiudere queste note sul rapporto tra politica e giustizia penale senza qualche chiosa finale su quella che sembra essere oggi la tendenza riformatrice nel senso dell'esigenza, reale o presunta, di un *rilegittimazione* della magistratura.

Pertanto, non sembra del tutto estraneo a questo gioco delle parti un paradossale fenomeno per cui chi – la politica – più lamenta un deficit di legittimazione della magistratura, proponendo riforme rilegittimanti, ha in realtà contribuito non poco a produrre l'effetto di delegittimazione della stessa, quantomeno su un piano politico-sociale. Qui non si tratta di richiamarsi alle esternazioni di singoli uomini politici ai limiti della denigrazione; non si tratta di rammentare il fatto istituzionalmente gravissimo di documenti ufficiali con cui organi costituzionali hanno talvolta stigmatizzato il contenuto di specifici provvedimenti giudiziari⁵⁴. Dalle parole ai fatti, un elemento davvero forte di delegittimazione *per facta concludentia* è dato proprio dall'elevato numero di soggetti inquisiti presenti in parlamento.

Ma tornando alle riforme, a noi pare di poter dire molto rapidamente che la via della rilegittimazione della magistratura dovrebbe scansare l'idea di una sorta di rivitalizzazione e responsabilizzazione della giurisdizione mediante un più stretto contatto con le sfere della politica: in una situazione e tradizione culturale e politica come quella dell'Italia, un simile percorso sarebbe più temerario che avventuroso. Piuttosto, la strada da percorrere dovrebbe essere quella di agire sulla stessa giurisdizione, sulle condizioni interne del suo funzionamento ed organizzazione. Senza avere il modo di scendere in dettagli, vorremmo far rapidissimo cenno ai grandi temi della separazione delle carriere e della responsabilità del magistrato.

Quanto al primo, è un fatto che il tema della parità tra accusa e difesa è acuitizzato proprio in occasione dei processi che coinvolgono “la politica” e

⁵⁴ Ad es., il 5 dicembre 2001 il Senato approva a maggioranza una mozione programmatica sulla giustizia, nel cui preambolo si esprime una censura per l'attività svolta dal Tribunale e procura di Milano in taluni processi pendenti a carico del Presidente del Consiglio Berlusconi.

che il momento in cui quest'ultima si sente più esposta e vulnerabile è proprio quello in cui il pubblico ministero è protagonista, spesso giocandosi la partita politicamente più decisiva nelle indagini preliminari a causa della loro idoneità – per il carattere mediatico e i tempi concitati della attuale vita politica – a produrre gli effetti più dirimpenti⁵⁵. Del tutto logico, dunque, che la separazione delle carriere, in quanto strumento per rimediare al deficit di controllo giurisdizionale sull'accusa, sia virtualmente idoneo non solo a rafforzare la terzietà del giudice sul piano dei principî propri del processo accusatorio⁵⁶, ma anche a contenere almeno uno dei fattori più virulenti delle tensioni tra politica e magistratura sul piano della concreta realtà in cui esse si manifestano. Insomma, il risultato complessivo di rilegittimazione della giurisdizione che così si perseguirebbe contribuirebbe indirettamente a svenenire i rapporti tra politica e giustizia, attenuando la convinzione di un rischio di “parzialità” accusatoria nella giurisdizione. Le fortissime resistenze opposte però all'idea della separazione delle carriere si fondano, essenzialmente, su due ragioni di natura molto eterogenea. Da un lato, non senza fondamento, preliminarmente si vorrebbe che il mito dell'“appiattimento del giudice” sul pubblico ministero fosse verificato alla luce di analisi empirico-statistiche, che mettessero in luce quanto sia invece ampio nella realtà giudiziaria il margine di scostamento delle decisioni del giudice dalle richieste del pubblico ministero⁵⁷. Esigenza sacrosanta ma non risolutiva, essendo evidente che l'eventuale constatazione fattuale della generale autonomia valutativa del giudice non potrebbe costituire argomento contro l'affermazione anche ordinamentale della separazione, ma anzi ne consacrerrebbe normativamente l'empirica esistenza. Naturalmente, sempre a condizione che, invece, la separazione ordinamentale non rischiasse piuttosto di provocare altro genere di guasti, a fronte di una situazione fattuale tutto sommato accettabile. E qui si evoca il suggestivo argomento della “cultura della giurisdizione”, dalla quale il pubblico ministero sarebbe perniciosamente divelto una volta attuata la separazione delle carriere. Il rischio probabilmente è reale ma forse l'obiezione prova troppo. Semmai, si dovrebbe formulare un'ardua previsione in ordine al risultato che complessi-

⁵⁵ Cfr. L. PALAMARA, *La separazione delle carriere*, in questa *Rivista*, 2008, 231.

⁵⁶ Cfr. O. DOMINIONI, *La separazione delle carriere*, in questa *Rivista*, 2008, 219 ss.; C. NORDIO - G. PISAPIA, *Op. cit.*, 150 s., che si pronunciano entrambi a favore, sottolineando in particolare Pisapia come separazione non significhi necessariamente sottoposizione del P.M. all'esecutivo (p. 164).

⁵⁷ V. ancora L. PALAMARA, *Op. cit.*, 234.

vamente si produrrebbe sul sistema a seguito del bilanciamento/compensazione tra le conseguenze dell'incremento di terzietà del giudice derivante dalla separazione, da un lato, e dal decremento della cultura giurisdizionale del pubblico ministero, dall'altro. In ogni caso, ribadito che la separazione non potrebbe assolutamente prescindere dall'indipendenza del pubblico ministero, ci si potrebbe semmai chiedere per quale ragione la sua separazione dovrebbe indurre nel pubblico ministero, più di quanto possa accadere ora, un atteggiamento istituzionale o socio-culturale nel senso accusatorio "ad ogni costo", cioè di parte parziale anche sul piano delle sue determinazioni valutative oltre che dei reciproci rapporti con il giudice e la difesa. Quel che fa la differenza con la parte integralmente, irriducibilmente parziale della difesa è la diversità degli interessi sostanziali finali: perché, cioè, la separazione dovrebbe incrementare nel pubblico ministero un interesse sostanziale a sostenere l'accusa "ad ogni costo"?

Il vero grande problema della separazione delle carriere è una specie di *arrière-pensée* che incombe come un macigno, bloccando in partenza qualunque confronto costruttivo: il timore cioè che la separazione delle carriere preluda alla dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo. Su questo punto, occorre la massima fermezza. Non solo l'indipendenza del pubblico ministero è imposta dall'art. 104.1 Cost.; non solo essa costituisce l'irrinunciabile garanzia di una giustizia penale che non sia sostanzialmente asservita al potere politico, ma l'indipendenza andrebbe addirittura se possibile rafforzata nel momento in cui si addivenisse alla separazione delle carriere. Per esempio, la separazione senza garantire la piena e totale dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dal pubblico ministero costituirebbe una rivincita della politica sulla giustizia capace di sovvertire dalle fondamenta il principio della democrazia costituzionale.

Il secondo tema è ancor più vasto e complesso: esso rimanda all'idea di una possibile rilegittimazione della giurisdizione attraverso il potenziamento di processi e meccanismi per una sua migliore "responsabilizzazione" nel più generale quadro del principio democratico, per cui ogni potere deve rispondere alla fonte della sua legittimazione⁵⁸. La sfida culturale prima ancora che politica è quella di come sia possibile conciliare indipendenza e responsabilità della magistratura: come è stato detto al riguardo, «se, a livello di principi, è impossibile conciliare la necessità che chi risolve una disputa sia indipendente e imparziale con il principio che chi prende decisioni politiche debba essere demo-

⁵⁸ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 159 ss.

craticamente responsabile, nella realtà aggiustamenti a metà strada sono possibili e finanche legittimi, se ci si ricorda che i regimi democostituzionali sono caratterizzati proprio dal continuo tentativo di conciliare esigenze in astratto inconciliabili»⁵⁹. È noto poi che la sfida si è fatta ancor più drammatica via via che, per svariate ragioni macrosociali⁶⁰, l'incidenza della decisione giudiziaria nella direzione politica della società si è progressivamente allargata, entrando in concorrenza con la politica e con la sua diretta legittimazione democratica.

Ciò posto, ci limitiamo solo a fissare un punto fermo e a tracciare una (possibile) linea di tendenza. Il rafforzamento della legittimazione della magistratura non può passare attraverso la categoria del consenso popolare: diverse sono infatti le forme di legittimazione democratica delle istituzioni politiche e di quelle giudiziarie. Se le prime si fondano sul consenso, ancorché in esso non esauriscano la loro dimensione democratica, la giurisdizione trova altrove la fonte della sua legittimazione, in perfetta aderenza sia al carattere tendenzialmente cognitivo della sua azione sia al suo ruolo principale di garanzia dei diritti e dell'ordine costituzionale⁶¹. Qualunque prospettiva che azzardasse accostamenti tra istituzioni politiche e istituzioni giudiziarie nel nome della comune fonte "democratica" di legittimazione nel consenso maggioritario costituirebbe la premessa per un'alterazione del quadro di democrazia costituzionale.

Ma l'esigenza di una rilegittimazione della magistratura mediante una maggiore sua responsabilizzazione può essere reale. Particolarmente intensa è poi tale esigenza nei confronti proprio del pubblico ministero, la cui discrezionalità invero va oltre quella essenzialmente "interpretativa" del giudice per dilatarsi alle scelte concernenti la conduzione delle indagini e la valutazione del materiale raccolto⁶². È però auspicabile, a nostro avviso, che ciò avvenga per così dire all'interno stesso della giurisdizione, sfruttando in un certo senso il fatto che la dimensione giurisdizionale vede la necessaria partecipazione di molteplici soggetti espressione di realtà differenziate. La responsabilità può essere verso norme o verso soggetti. Nel primo caso, si tratta di assicurare il massimo controllo, trasparenza e partecipazione nella corretta individuazione della *regula iuris* conforme a legge. Il che presuppone, prima di tutto, un meccanismo processuale in cui sia reale ed effettivo il confronto tra accusa e difesa nella delicatissima operazione di concretizzazione delle valutazioni legislati-

⁵⁹ C. GUARNIERI, *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*, Bologna, 2003, 42.

⁶⁰ V. una penetrante analisi in L. VIOLANTE, *Op. cit.*, 39 ss.

⁶¹ Su tutto ciò, v. L. FARRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009/4, 9 ss.

⁶² O. DOMINIONI, *Op. cit.*, 224.

ve rispetto al caso *sub iudice*: sarà dunque meritorio ogni sforzo per svellere il giudice dalla sua posizione di solitudine o, peggio, di contiguità con l'accusa. Non sarebbe poi fuori luogo realizzare un circuito comunicativo nel momento in cui la giurisdizione dice l'ultima parola, con la sentenza: specie se della Cassazione e ancor più se addirittura a Sezioni unite⁶³. Già qualcosa si è mosso al riguardo, ma si potrebbe pensare a sedi istituzionali in cui tutte le componenti della giustizia penale, e segnatamente l'avvocatura, insieme alle istanze della politica, prendessero atto ed esprimessero valutazioni *ex post* sulla generale "politica giudiziaria" attuata dalla magistratura in un dato periodo di riferimento. Le cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario potrebbero essere la sede rinnovata per ciò, se perdessero ad un tempo l'asetticità delle statistiche e la conflittualità della contrapposizione frontale per entrare più nel merito delle scelte interpretative effettuate, del loro rapporto con la legislazione e delle loro ragioni profonde.

La responsabilità verso soggetti, infine, rimanda a meccanismi ancora più sfumati posta la necessità di assicurare la necessaria indipendenza del magistrato. Però potrebbe essere coltivata l'idea di aprire maggiormente alla valutazione del complessivo comportamento giurisdizionale da parte di soggetti esterni all'ordine giudiziario ma partecipi o "coinvolti" nell'esercizio giurisdizionale, quali nuovamente l'avvocatura ma anche altri soggetti istituzionali (Università, enti locali ed esponenziali). Senza arrivare necessariamente a riaccordare tali valutazioni col procedimento disciplinare, esse potrebbero tuttavia inserirsi nella delineaazione del profilo professionale del singolo magistrato ai fini della progressione nella carriera.

Piccole cose, si potrà dire. Ma ci pare salutare un'istintiva diffidenza verso le virtù palinogenetiche delle famose grandi riforme dagli effetti comunque imprevedibili se non preoccupanti, specie quando non assistite da una chiara visione di fondo⁶⁴ o peggio ispirate da una indistinta volontà eversiva dell'ordi-

⁶³ Si può pensare, al riguardo, anche ad introdurre strumenti per cercare di contenere l'incertezza giurisprudenziale: v. L. VIOLANTE, *Op. cit.*, 168.

⁶⁴ Cfr. sulle contraddizioni delle riforme costituzionali, G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale* (2006), ora in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 260 ss., che parla di «uso simbolico del tema della riforma come terreno costitutivo di sempre nuovi equilibri politici», per poi concludere con il saggio ammonimento di Montesquieu, adattabile anche al problema dei rapporti tra giustizia e politica: «lorsqu'on veut changer le mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois. Il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières. C'est une très mauvaise politique, de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières». Cfr. anche C. GALLI, *La schizofrenia della politica*, in *la Repubblica*, 16 gennaio 2010.

ne della democrazia costituzionale. Rimanere nella fisiologia della giurisdizione, migliorando gli equilibri interni tra i diversi soggetti che vi partecipano, può apparire poca cosa. Ma non facile né per nulla trascurabile. Non facile perché implica il passaggio obbligato della rifondazione di un nuovo clima nei rapporti tra magistratura e avvocatura, forse anch'esso bisognoso di non facili riforme (la professione forense, gli studi universitari giuridici, gli esami e concorsi professionali). Non trascurabile, perché la soluzione del problema tra politica e giustizia passa in gran parte per il previo superamento delle tensioni tra magistratura e avvocatura.

prof. GIOVANNI TARLI BARBIERI

Università di Firenze

LA PARTECIPAZIONE DEI MAGISTRATI ALL'ATTIVITÀ POLITICA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'evoluzione del quadro normativo. – 3. La problematica dell'iscrizione dei magistrati ai partiti politici. – 4. *Segue*: il divieto di iscrizione nell'attuale contesto di trasformazione dei partiti politici. – 5. Cosa significa «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici»? – 6. La problematica della candidatura dei magistrati alle consultazioni elettorali. – 7. Attività politica e libertà di espressione politica dei magistrati.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema della partecipazione dei magistrati all'attività politica appare uno dei più delicati e controversi nell'attuale momento storico nel nostro Paese nel quale, come è stato efficacemente affermato, «il rapporto fra il trono e i leoni, fra i politici e i magistrati, continua a essere uno dei maggiori rompicapo politici e costituzionali di uomini di governo, magistrati, studiosi dei sistemi politici e giudiziari. Il trono ambisce a schiacciare con il proprio peso i leoni; i leoni manifestano una certa propensione a sedersi sul trono»¹.

Sul punto, appare rilevante la recente sent. 224/2009 della Corte costituzionale, nella quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. 109/2006 (come sostituito dall'art. 1, comma 3, lett. *d*), n. 2, della l. 269/2006) che sanziona sul piano disciplinare, in particolare, l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa dei magistrati ai partiti politici².

Un primo elemento da sottolineare è dato dal fatto che il magistrato incolpato nel procedimento disciplinare che ha dato origine alla sentenza della Corte costituzionale (Luigi Bobbio) è stato, in quanto parlamentare nella XIV legislatura, il presentatore dell'emendamento che ha inserito nel disegno di

¹ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, p. 3.

² Su tale pronuncia, in particolare, S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *www.federalismi.it.*, n. 16/2009; S. BELTRANI, *Alla Corte era stata offerta l'occasione di accantonare un'evidente ipocrisia*, in *Guida al diritto*, 12 settembre 2009, n. 36, pp. 75 ss.

legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario la disposizione di delega al Governo in materia di codificazione degli illeciti disciplinari, tra i quali, appunto, quello oggetto dell'ordinanza di rimessione.

Nel merito, il percorso argomentativo della sentenza in esame è sintetizzabile come segue: *a)* i magistrati godono degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e quindi «possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo»; *b)* tuttavia, la Costituzione, in ragione delle funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati, riserva alla magistratura una posizione costituzionale ma anche speciali doveri: così, in particolare, i magistrati «debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati [...] anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento»; *c)* l'infondatezza della questione di costituzionalità è affermata nella misura in cui «nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica»; *d)* tale principio assume una valenza di carattere generale, riferendosi anche ai magistrati che non esercitino funzioni giudiziarie, poiché il dovere di imparzialità coinvolge «anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico».

La sentenza in questione si richiama nei suoi passaggi essenziali, talvolta espressamente, talvolta implicitamente, a precedenti pronunce, in particolare alla sent. 100/1981³, relativa ai limiti alla libertà di espressione dei magistrati⁴.

In quel caso, la Corte costituzionale ha operato un bilanciamento tra titola-

³ Su tale pronuncia, in particolare, S. CANTISANI, *Il «buon giudice» e i suoi censori*, in *Foro it.*, 1981, I, cc. 2362 ss.; G. CONSO, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981, pp. 600 ss.; G. FICI, *In tema di tipicizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 2171 ss.; P.G. GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. cost.*, 1981, I, pp. 845 ss.; M. RAMAT, «Per amor della toga». *Disciplina, costume e libertà del magistrato*, in *Dem. e dir.*, 1981, pp. 101 ss.; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 312 ss.; S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 47 ss.

⁴ Tale sentenza è stata ritenuta una «pietra miliare» in materia di libertà di espressione dei magistrati da S. De NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit., p. 47.

rità dei diritti di libertà e modalità di esercizio degli stessi in dipendenza delle «funzioni esercitate» e della «qualifica da essi rivestita»⁵; qualifica che quindi può comportare talune limitazioni specifiche⁶ ma che non può legittimare tesi più radicali che affermano, ad esempio, l'incompatibilità della libertà di manifestazione del pensiero con lo *status* di titolare di un pubblico ufficio⁷. Emblematico è, in questo senso, il passaggio della sent. 100/1981 nel quale la Corte afferma che «l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l'esercizio anomalo e cioè l'abuso».

In concreto, la Corte costituzionale, in linea con la dottrina maggioritaria sul punto, ammette la possibilità di limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero «purché questi siano posti dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta costituzionale»⁸ (sul punto si ritornerà nel par. 7, dati i non lievi problemi suscitati a questo proposito dall'entrata in vigore del d.lgs. 109/2006).

Tale bilanciamento non giunge però, come è stato giustamente osservato, a ricavare regole precise ma presuppone un ruolo fondamentale del legislatore e del giudice chiamati, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, a coordinare l'equilibrio degli interessi sottostanti⁹. Così, mentre nella sent. 100/1981 la Corte costituzionale, nella vigenza dell'art. 18 del r.d.l. 511/1946, sul presupposto dell'oggettiva difficoltà di una tipizzazione degli illeciti disciplinari, si richiama al ruolo fondamentale del giudice disciplinare e al controllo di legitti-

⁵ R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAITTA - G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 306 ss.; ID., *Le opinioni politiche dei magistrati*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004 - Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 445 ss.

⁶ In questo senso, anche l'art. 98, comma 3, Cost. è stato ritenuto un «indice rimarchevole» di come una fondamentale libertà individuale possa subire per il magistrato limitazioni a causa delle funzioni esercitate.

⁷ In questo senso, ad esempio, V. PIERGIGLI, *Potere di esternazione e pubbliche funzioni: una valutazione d'insieme*, in *Dir. e soc.*, 1993, pp. 429 ss.

⁸ Sul punto, per tutti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 41 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 305 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 100 ss.

⁹ R. PINARDI, *Le opinioni politiche dei magistrati*, cit., p. 445 e nt. 16, che si richiama a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 89 ss.

mità affidato alla Corte di Cassazione quale «garanzia ulteriore della esatta osservanza dei principi costituzionali applicabili», nella sent. 224/2009, l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. 109/2006 lascia al giudice disciplinare il compito di chiarire i non irrilevanti problemi derivanti da una formula oggettivamente ambigua quale quella della «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici».

Rimane comunque centrale l'affermazione, contenuta nella sent. 100/1981 e testualmente ripresa nella sent. 224/2009, secondo cui «le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale», in particolare alla luce degli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost.; questa disciplina costituzionale, da un lato, assicura una posizione peculiare ai magistrati ma, dall'altro, e correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri (Corte cost., sent. 172/1982). In definitiva, la stella polare intorno a cui ruota questa concezione è data dall'assunto secondo cui «i valori dell'autonomia, indipendenza e imparzialità del giudice sono previsti dalla Costituzione non certo a vantaggio dei magistrati, ma come necessario presupposto della migliore e più effettiva tutela dei diritti dei cittadini [...] la cui attuazione dovrebbe quindi richiedere un vasto consenso e suggerire una enorme cautela in quanti intendano in qualche modo incidere sulla loro concreta realizzazione»¹⁰.

Sul punto, appare di grande interesse anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come la giurisprudenza costituzionale italiana, anche la Corte europea riconosce che, in linea di principio, le libertà fondamentali, e tra queste la libertà di espressione, debbono essere riconosciute anche ai soggetti, quali i pubblici funzionari¹¹ ma proprio il necessario riserbo conseguente all'esercizio delle funzioni giurisdizionali giustifica limitazioni della libertà di espressione, anche per questioni che risultano non direttamente connesse all'esercizio delle funzioni, e ciò per non minare la fiducia

¹⁰ R. ROMBOLI, *La magistratura*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*. III. *Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 297. Sul punto è anche la giurisprudenza costituzionale (cfr., quale esempio, sent. 497/2000).

¹¹ Sul punto, in particolare, P. PALLARO, *La libertà di espressione dei pubblici funzionari nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, pp. 753 ss.; G.E. VIGEVANI, *Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 660-661; S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - A. RUGGERI - A. SAITTA, - G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 431 ss.

dei cittadini nella giustizia¹².

È costante nella giurisprudenza in questione il richiamo al principio di imparzialità quale connotato essenziale della giurisdizione, secondo quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, la giurisprudenza in questione distingue un profilo soggettivo e uno oggettivo di imparzialità: il primo attiene alle convinzioni personali del giudice ed in questo caso l'imparzialità deve essere presunta fino a prova contraria, mentre in base al secondo il giudice deve offrire garanzie tali da escludere qualsiasi dubbio, anche se l'ottica dell'accusato non assume un rilievo decisivo a tale proposito, dovendo quest'ultimo fornire riscontri oggettivi ai suoi dubbi¹³. Pertanto, in questa giurisprudenza¹⁴ assume uno specifico rilievo l'apparenza di imparzialità, intesa come «capacità del giudice-persona di comportarsi in modo da meritare la fiducia che la collettività gli conferisce»¹⁵. Proprio per questo, la Corte ritiene giustificabili critiche, e perfino attacchi di stampa nei confronti di giudici ritenuti (a torto o a ragione) politicamente militanti, ovvero organicamente schierati con una parte politica¹⁶.

A queste esigenze si richiama parte della dottrina che, nella vigenza dell'art. 18 del r.d.l. 511/1946, affermava una nozione sostanziale e non formale di “prestigio dell'ordine giudiziario”, volendo alludere alla «fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria» e quindi, in ultima analisi, alla «credibilità di essa»¹⁷.

¹² S. ALOISIO, *La libertà di espressione*, cit., pp. 441 ss. Sul punto, per tutte, Corte europea diritti dell'uomo, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*.

¹³ R. ROMBOLI, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza*, in S. PANIZZA - A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI (a cura di), *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Plus, 2002, p. 382.

¹⁴ Corte europea diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Megeere c. Belgio*; 1 ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*; 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*; 10 giugno 1996, *Pulsar c. Regno Unito*; 28 ottobre 1998, *Castello Algar c. Spagna*.

¹⁵ M. CHIAVARIO, *Art. 6 – Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 181.

¹⁶ Sul punto, per tutti, N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un “cavallo di Troia”*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 346-347.

¹⁷ Per tutti, G. CONSO, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981, p. 602; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 784 ss.; V. VIGORITI, *La responsabilità del giudice*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 71; R. PINARDI, *Su alcuni problemi di costituzionalità del procedimento davanti alla sezione disciplinare del C.S.M.: per una nozione sostanziale del concetto di 'prestigio' dell'ordine giudiziario*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 795.

La giurisprudenza costituzionale asseconda una tale nozione: oltre alla già ricordata sent. 100/1981, si deve ricordare la sent. 497/2000 nella quale si afferma che l'applicazione imparziale e indipendente della legge costituisce un principio che non riguarda soltanto l'ordine giudiziario, «riduttivamente inteso come corporazione professionale», ma appartiene «alla generalità dei soggetti» e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, è «presidio dei diritti dei cittadini», nell'ottica di una «stretta correlazione tra la nozione di prestigio dell'ordine giudiziario e la credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso la pubblica opinione, intesa ovviamente in senso pluralistico nel suo articolarsi in modi di vedere non necessariamente uniformi». Altrettanto chiaramente, nella già citata sent. 224/2009, come si è detto, la Corte giustifica il divieto di iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti «dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica».

Tali considerazioni inducono altresì a ritenere che, alla luce dei principi costituzionali, quella disciplinare non è una responsabilità verso la propria «corporazione» ma, come si desume dalla sent. 497/2000, verso l'ordinamento generale¹⁸. La disciplina della responsabilità disciplinare rappresenta infatti uno dei punti di confluenza tra il principio democratico e quello dell'indipendenza della magistratura. Non a caso, l'iniziativa dell'azione disciplinare è attribuita al Ministro della giustizia che diviene in tal modo un organo di raccordo non solo tra ordine giudiziario e Governo, ma, più in generale, tra potere giudiziario e rappresentanza politica¹⁹.

Tutto ciò non porta però a legittimare indiscriminatamente una sorta di generico «diritto disciplinare dell'apparenza», in cui «il modello di giudice cui la norma mira non è quello del giudice degno delle sue funzioni, ma il giudice che tale è ritenuto nell'ambiente sociale in cui opera»²⁰. Proprio a tale model-

¹⁸ Sul punto, S. BARTOLE, *Osservazioni sulla c.d. giurisdizione disciplinare giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1196; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 209; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004*, cit., pp. 236 ss.

¹⁹ G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, pp. 248-249. Anche per questo la fisionomia del procedimento disciplinare a carico dei magistrati è ontologicamente diversa da quella prevista per gli altri funzionari pubblici (Corte cost., sent. 289/1992).

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 425.

lo sembrano essere ispirate la l. 150/2005 ed il d.lgs. 109/2006, in parte anche dopo le correzioni apportate dalla l. 269/2006 (cfr. anche *infra*, parr. 5 ss.)²¹.

Sul punto, appare persuasivo il rilievo secondo cui la legge può (ed anzi deve) intervenire con previsioni puntuali dirette a sanzionare comportamenti ed attività che ledano l'immagine di imparzialità dei magistrati agli occhi della generalità dei cittadini, mentre la riforma del 2005-2006 sembra muoversi su un terreno pericolosamente confuso, come è reso evidente sia dal generico riferimento all'esigenza di non «appannare l'immagine del magistrato» quale criterio per la configurazione degli illeciti extrafunzionali collegati allo svolgimento di attività politiche (art. 2, comma 6, lett. *d*, n. 8, l. 150/2005) o dal divieto di coinvolgimento in non meglio precisati «centri politici», contenuto nel testo originario del d.lgs. 109/2006, che «avrebbe avuto l'effetto di recidere ogni forma di attiva partecipazione del magistrato alla vita della collettività in cui amministra giustizia e di emarginarlo progressivamente da ogni attività pubblica»²². Si tratta di previsioni, che, è inutile negarlo, tradiscono al fondo «una diffidenza nei confronti della capacità dell'ordine giudiziario di concorrere alla piena affermazione dei valori e degli interessi che definiscono lo statuto giuridico del magistrato e la funzione della giurisdizione»²³.

2. L'evoluzione del quadro normativo

Le considerazioni di carattere generale svolte nel paragrafo precedente abbisognano però di ulteriori specificazioni. In effetti, anche a costo di una drastica, e perciò discutibile, approssimazione, la tematica dello svolgimento di un'attività politica da parte dei magistrati deve essere articolata quantomeno in tre distinti ambiti: *a*) svolgimento di attività politica in un partito cui il magistrato sia iscritto; *b*) svolgimento di un'attività politica in favore di un parti-

²¹ N. ROSSI, *Realtà, leggende e prospettive del sistema disciplinare*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché?)*. Atti del Convegno di Studi – Lecce, febbraio 2008, Torino, Giappichelli, 2009, p. 147.

²² N. ROSSI, *Realtà, leggende e prospettive*, cit., p. 146; sul punto, per tutti, AA.VV., *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Firenze, Passigli, 2006, p. 201; S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 356 ss.; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²³ A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004*, cit., p. 333.

to cui il magistrato non sia iscritto; c) esternazioni pubbliche che manifestino convinzioni politiche personali.

È noto che fino al 2005 mancava una cornice normativa che disciplinasse tali fenomeni; cosicché i principali riferimenti al riguardo erano dati da una cospicua, ancorché oscillante giurisprudenza disciplinare formatasi nella vigenza dell'art. 18 del r.d.l. 511/1946 che, come è noto, sanzionava sul piano disciplinare «il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario».

Successivamente, l'art. 1, comma 1, lett. f), della l. 150/2005 ha demandato al Governo il compito di «individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio» e, tra i principi e criteri direttivi relativi agli illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni (comma 6), prevedeva espressamente «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato» (n. 8).

Tale previsione ricordava da vicino l'art. 8 del codice etico dei magistrati elaborato dall'A.n.m. con delibera del 12 luglio 1994, ai sensi dell'art. 58-*bis*, comma 4, del d.lgs. 29/1993²⁴, e per questo era apparsa criticabile, essendo ben diversa la funzione della responsabilità disciplinare rispetto alla sfera della normativa deontologica, ed essendo incerta la natura giuridica di detto codice (cfr. *infra*, par. 7).

Ciò detto, si trattava di una previsione insolitamente dettagliata e per questo fuori asse rispetto alla prassi delle deleghe legislative nel più recente periodo che invece si caratterizza per la carenza o l'estrema genericità dei principi e criteri direttivi (e altre parti della l. 150/2005 non si sottraggono a questa critica)²⁵.

Tuttavia, tale previsione non escludeva in radice, in sede di attuazione, la

²⁴ L'art. 8, comma 2, prevede infatti che il magistrato «evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine».

²⁵ Sul punto, sia consentito un rinvio, per tutti, a G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del Seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 93 ss.

discrezionalità del Governo che anzi avrebbe dovuto o potuto specificare e chiarire la latitudine dell'illecito disciplinare in questione. Viceversa, il d.lgs. 109/2006 (art. 3, comma 1, lett. *b*) si era limitato sostanzialmente a trasporre la disposizione contenuta nella legge di delega, qualificando come illecito disciplinare «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato».

Tale previsione, nella sua estrema vaghezza e genericità (cosa significa la mera "partecipazione a partiti politici"? Ovvero, ancora peggio, "il coinvolgimento nelle attività" di non meglio precisati "centri politici") è stata giustamente criticata, poiché, come si è detto, si prestava ad una applicazione tanto estensiva da compromettere l'esercizio di libertà fondamentali la cui titolarità, come si è detto, non può non spettare anche ai magistrati (Corte cost., sent. 100/1981; 224/2009).

Probabilmente alla base di tale discutibile disposizione probabilmente vi è stata anche la gran fretta nella quale è stato redatto il d.lgs. 109/2006, per l'imminente fine della legislatura e la prospettiva (poi concretamente realizzata) della vittoria del centro-sinistra nelle successive elezioni politiche.

In effetti, la disposizione in esame è stata modificata già all'inizio della XV legislatura ad opera della l. 269/2006 ma, come si dirà anche più oltre, i correttivi introdotti, pur avendo eliminato alcuni dei difetti più evidenti della formulazione originale, non sono riusciti a soddisfare quelle esigenze di certezza che costituiscono la *ratio* principale della tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati. Permangono infatti anche nel testo vigente non pochi elementi di genericità ed ambiguità che non chiariscono affatto i confini tra attività ammissibili e attività vietate.

A ciò si aggiunga che la disposizione in questione assimila, ai fini del divieto, attività o comportamenti assai diversi l'uno dall'altro: essa, infatti, qualifica come illecito disciplinare tanto l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti, tanto il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico e finanziario.

La Corte costituzionale, nella già ricordata sent. 224/2009, ha escluso che si tratti di una indebita assimilazione di ipotesi di diversa portata: «Il legislatore, piuttosto, è stato spinto dall'esigenza di porre una tutela rafforzata dell'immagine di indipendenza del magistrato, la quale può essere posta in pericolo tanto dall'essere il magistrato politicamente impegnato e vincolato ad una struttura partitica, quanto dai condizionamenti, anche sotto il profilo dell'im-

magine, derivanti dal coinvolgimento nella attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario».

Su questo punto, la sentenza della Corte non convince del tutto: se è vero, infatti, che entrambe le fattispecie minano l'immagine di indipendenza del magistrato, è altresì vero che non è possibile una assimilazione *tout court* tra le limitazioni derivanti dallo svolgimento di un'attività politica e quelle derivanti dall'esercizio di un'attività economica, essendo assai diversi i principi costituzionali sottesi ad esse²⁶.

3. La problematica dell'iscrizione dei magistrati ai partiti politici

L'art. 3, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. 109/2006, come si è detto, qualifica come illecito disciplinare innanzitutto l'iscrizione a partiti politici.

Sul punto, la relazione governativa al d.lgs. 109/2006 afferma, in modo invero piuttosto stringato, che la disposizione in questione inibisce «condotte che, seppur legittime qualora poste in essere dai cittadini, non possono essere consentite al magistrato in nome dei valori fondamentali che ispirano l'esercizio della funzione giudiziaria; dette previsioni si richiamano ad esigenze di ordine costituzionale, di cui costituisce chiara espressione il divieto di iscrizione a partiti politici»²⁷.

La disposizione costituisce quindi, nelle intenzioni del Governo, riguardo ai magistrati la prima attuazione dell'art. 98, comma 3, Cost. che, come è noto, abilita il legislatore ordinario a «stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero»²⁸.

²⁶ Sul punto, non appare implausibile quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, ovvero che «si deve ritenere esclusa nella volontà del Costituente ogni assimilazione tra i partiti politici in quanto tali ed i centri di affari o di potere affaristico, che la legge in esame tuttavia menziona, nella sua previsione punitiva, nel medesimo contesto e con particella alternativa, quasi che il giudizio di disvalore per tutte siffatte possibili appartenenze che al giudice si intendono vietare debba di necessità eguale». *Contra*, N. ZANON, *Azione disciplinare e modello di giudice*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici?*, cit., p. 135, secondo cui tutte le ipotesi in questione sono accomunate dall'esigenza di garantire l'apparenza di imparzialità del magistrato.

²⁷ Il testo della relazione è contenuto in *Guida al diritto*, 20 maggio 2006, n. 20 (la citazione è a p. 35).

²⁸ Su tale disposizione, per tutti, S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in *Quad. giust.*, 1986, n. 61, pp. 6 ss.; G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, in *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-II foro italiano, 1994, pp. 443 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 145 ss.; A. SAITTA, *Art. 98*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla*

Sul punto, è stato autorevolmente osservato che la *ratio* unificante del possibile divieto in capo alle diverse categorie di funzionari pubblici di cui all'art. 98, comma 3, Cost., al di là di specifiche peculiarità riguardanti ciascuna di esse²⁹ è quella di «non consentire l'uso di alcuni delicati poteri, attribuiti a certi soggetti per fini attinenti interessi generalissimi della società, per finalità di parte, quali presumibilmente potrebbero essere quelle di persone non soltanto politicamente impegnate, ma vincolate ad una struttura partitica, che implica una coerenza di indirizzo ed una disciplina interna più o meno rigida»³⁰.

Ciò detto, però, l'art. 98, comma 3, Cost. è stato oggetto di interpretazioni diverse in dottrina.

Un primo orientamento, maggioritario, sostiene che tale disposizione, in quanto fonte di possibili limitazioni al godimento di diritti fondamentali, potrebbe consentire limitazioni solo per le categorie espressamente indicate e nella sola misura necessaria a garantire «la sua completa – e unitaria – *politicizzazione*», sul presupposto che la Costituzione non imporrebbe affatto ma anzi escluderebbe «la sterilizzazione politica dei singoli funzionari»³¹. In tal modo, l'unica possibilità contemplata dalla disposizione sarebbe anche l'unica attuabile dal legislatore, ovvero la limitazione all'iscrizione ai partiti. Rimarrebbe fuori (e quindi dovrebbero essere consentite) la mera appartenenza agli stessi e «l'adesione ideologica anche apertamente manifestata», essendo garantito dalla Costituzione, quale principio ispiratore desumibile dall'art. 49 Cost., «il *pluralismo ideologico*, già di per sé garanzia di imparzialità e, insieme freno alla tendenza della burocrazia ad esprimersi come blocco unitario, a porsi come forza alternativa»³².

Se questa è la *ratio* dell'art. 98, comma 3, esso non potrebbe essere suscettibile né di un'interpretazione analogica né di un'interpretazione estensiva, trattandosi di una disposizione limitativa di un diritto fondamentale³³.

Così, da un lato, tale disposizione non potrebbe essere invocata per giustifi-

Costituzione, III, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 1909 ss.; N. PIGNATELLI, *Il divieto*, cit., pp. 342 ss.

²⁹ Sul punto, C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 223 ss. Critico sull'assimilazione nell'art. 98, comma 3, Cost. di categorie troppo eterogenee, S. SENESE, *Magistrati*, cit., p. 10.

³⁰ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 146-147.

³¹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, p. 107.

³² L. CARLASSARE, *Amministrazione*, cit., p. 108.

³³ Per tutti, G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., pp. 455 ss.; A. SAITTA, *Art. 98*, cit., ed i riferimenti bibliografici ivi riportati.

care limitazioni a libertà fondamentali diverse³⁴ né consentirebbe limitazioni all'iscrizione a soggettività diverse quali i sindacati³⁵.

Secondo un'altra parte della dottrina, invece, l'art. 98, comma 3, Cost., sarebbe suscettibile di un'interpretazione estensiva, a tutela dell'imparzialità dei magistrati anche sotto il profilo dell'apparenza³⁶. Ad esempio, esso consentirebbe di sanzionare le dichiarazioni pubbliche (e solo esse) che «diano comunque al cittadino la sensazione di trovarsi di fronte non già ad un magistrato bensì ad un esponente politico», ovvero «che diano anche soltanto l'impressione (o facciano comunque sorgere il sospetto) che il magistrato appartenga – di fatto – a questo o quel partito/movimento»³⁷.

Come si è detto, sia nella sent. 100/1981, sia anche nella sent. 224/2009 la Corte costituzionale ha affermato che lo *status* di magistrato, anche qualora si tratti di magistrati fuori ruolo, impone, in quanto tale, un bilanciamento tra l'esercizio di alcune libertà fondamentali ed i principi di imparzialità ed indipendenza. Come è stato esattamente osservato, però, «si tratta di vedere come il bilanciamento possa essere effettuato non solo in astratto, diremmo *in vitro*, ma nelle situazioni storico-politiche specifiche, nelle quali l'indipendenza e l'imparzialità devono acquistare una portata significativa per i cittadini costretti a cercare i punti di riferimento, necessari a dare un contenuto ai principi, nel contesto in cui vivono e da cui traggono gli strumenti culturali per l'esercizio del loro diritto di controllo e di critica»³⁸.

Proprio nella consapevolezza del mutato ruolo del giudice nelle società contemporanee, ormai irriducibile ad un soggetto espressivo di un "potere nullo"³⁹, ancora più forte è l'esigenza (si è parlato di "presunzione") che esso eserciti le proprie funzioni non guidato dal desiderio di favorire o assecondare

³⁴ E tra queste l'art. 21 Cost.: R. PINARDI, *La libertà*, cit., pp. 325 ss.

³⁵ A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1919.

³⁶ Per tutti, F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 39; S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit., pp. 63 ss.; N. ZANON, *Azione disciplinare*, cit., pp. 134-135.

³⁷ S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit., p. 65; nello stesso senso, S. BARTOLE, *Le possibili limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti: il caso della magistratura* (testo dattiloscritto); N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 49.

³⁸ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., p. 147.

³⁹ Per tutti, M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Treccani, 1997, pp. 51 ss.; R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 16- Seminario 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 63 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi riportati.

una parte politica⁴⁰.

In questo senso, la già ricordata sent. 224/2009 afferma che «nel bilanciamento tra la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall'art. 49 Cost., e l'esigenza di assicurare la terzietà dei magistrati ed anche l'immagine di estraneità agli interessi dei partiti che si contendono il campo, l'art. 98, terzo comma, Cost. ha demandato al legislatore ordinario la facoltà di stabilire "limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati"».

In linea di principio, quindi nel bilanciamento tra il diritto del magistrato a partecipare alla vita politica e il suo dovere di imparzialità deve prevalere, in linea di principio, quest'ultima, al fine di impedire che egli instauri rapporti o vincoli di natura stabile con una determinata parte politica⁴¹.

La sent. 224/2009 ritiene che il divieto di iscrizione ai partiti si fondi sull'esigenza di salvaguardare insieme l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni e di non compromettere l'immagine dei magistrati. Su questo punto, quindi, la Corte valorizza a questo proposito il collegamento tra la garanzia di indipendenza (esterna ed interna) e l'imparzialità, intesa anche come apparenza di imparzialità⁴².

Come si è accennato, l'art. 98, comma 3, Cost., per quanto riguarda i magistrati, non è stato attuato fino al 2006⁴³.

Pertanto, ciò non ha costituito una inattuazione costituzionale, nella misura in cui tale disposizione demanda al legislatore la mera facoltà di stabilire limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici. Pertanto, il silenzio del legislatore era da interpretare nel senso di non porre limitazione legislativa alcuna⁴⁴. Prima della riforma dell'ordinamento giudiziario di cui alla l. 150/2005, il d.l. 141/1991, peraltro non convertito in legge, riprendendo contenuti di alcune proposte di legge presentate a partire dalla V legislatura, aveva previsto il

⁴⁰ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., p. 147.

⁴¹ N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 51.

⁴² Viceversa, secondo F. BIONDI, *La responsabilità*, cit., pp. 310 ss. l'art. 98, comma 3, Cost. consentirebbe limitazioni anche ulteriori rispetto all'iscrizione ma solo a tutela dell'indipendenza, cosicché «dovrebbero essere costituzionalmente ammessi solo i divieti volti ad impedire che il magistrato si schieri organicamente con una parte politica, non anche quelli volti ad impedire che egli manifesti la propria opzione politica» (p. 311).

⁴³ Viceversa, limitazioni, più o meno intense, sono previste a carico di alcune delle categorie comprese in tale disposizione: art. 6, l. 382/1978, per quanto riguarda i militari; art. 114, l. 121/1981, con riferimento agli appartenenti alla Polizia di Stato; art. 19, l. 395/1990, con riguardo agli appartenenti alla polizia penitenziaria; art. 2, l. 276/1997, con riguardo ai giudici onorari aggregati.

⁴⁴ S. SENESE, *Magistrati*, cit., pp. 9 ss.; G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., pp. 446 ss.

divieto di iscrizione ai partiti per tutti gli appartenenti alle categorie indicate nell'art. 98, comma 3, Cost. (art. 1), al fine, come si legge nel preambolo, di garantirne l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni⁴⁵.

Successivamente, la problematica in questione è stata affrontata, in termini non dissimili, in alcuni disegni di legge che il Governo Prodi I presentò nella XIII legislatura nel quadro di un progetto di riforma della giustizia che non è riuscito a vedere la luce se non in parte⁴⁶.

4. Segue: *il divieto di iscrizione nell'attuale contesto di trasformazione dei partiti politici*

Ciò detto, però, la formulazione dell'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. 109/2006 si presta a rilievi critici di diverso segno.

In primo luogo, parte della dottrina, in sede di commento dell'art. 98, comma 3, Cost., aveva dubitato della legittimità costituzionale di eventuali previsioni legislative di "divieto", per così dire, senza eccezioni, di iscrizione ai partiti, dato che la disposizione costituzionale consentirebbe solo "limitazioni"⁴⁷, come si evince anche dall'ordinanza di rimessione che ha dato luogo alla sent. 224/2009⁴⁸ e che su questo punto appare non poco discutibile⁴⁹.

⁴⁵ Lo stesso decreto faceva obbligo a tali soggetti che facessero parte di associazioni o di organizzazioni con finalità politiche o che fossero iscritti a organizzazioni collaterali ai partiti di darne comunicazione al Ministero competente o ai rispettivi organi di autogoverno (art. 3): G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., p. 454, nt. 21. Sulla probabile incostituzionalità del decreto legge in esame per violazione dell'art. 77 Cost., data la carenza dei requisiti di necessità ed urgenza, cfr. V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, Firenze, Il Ponte, 2003, p. 70.

⁴⁶ Così, in particolare, l'art. 32 del disegno di legge A.S. n. 1247 (A.S.) faceva divieto ai magistrati di iscriversi ai partiti politici, anche se la sanzione in caso di trasgressione era piuttosto tenue (si prevedeva la sanzione non superiore alla censura). Più in generale, l'art. 2, lett. e), dello stesso disegno di legge qualificava come illecito disciplinare «la partecipazione ad associazioni i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie». Infine, era previsto un regime più rigoroso della candidabilità dei magistrati alle consultazioni elettorali (art. 27). Analoghe previsioni erano poi contenute anche nel disegno di legge n. 1345 (A.S.) quanto ai magistrati amministrativi e contabili.

⁴⁷ Per tutti, A. CERRI, *Sindacati*, cit., p. 1920; L. CARLASSARE, *Amministrazione*, cit., p. 108; G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., p. 460; R. PINARDI, *La libertà*, cit., pp. 325 ss.

⁴⁸ Nell'ordinanza di rimessione si legge, infatti, il d.lgs. 109/2006 «in realtà introduce un vero e proprio divieto formale e assoluto in quanto tale rafforzato da una sanzione per la sua violazione»; divieto assoluto che «appare andare oltre la nozione giuridica della mera limitazione, ovvero di una regolamentazione che contemperi il diritto politico del singolo con l'esigenza di imparzialità, anche percepita, del giudice».

⁴⁹ Si pensi, in particolare, al passaggio nel quale la sezione disciplinare del C.s.m. afferma

Questo rilievo, pure originato da esigenze garantistiche, non è infatti condizionale, nella misura in cui, di fronte ad un atto in linea di principio formale, quale quello dell'iscrizione, non sembrano possibili, in linea di principio, particolari graduazioni⁵⁰. Una possibile eccezione avrebbe potuto essere proprio il caso del magistrato in aspettativa (come nel caso del dott. Bobbio sottoposto al procedimento disciplinare che ha originato la sent. 224/2009); ma su questo punto la sent. 224/2009, in linea con una isolata pronuncia del giudice disciplinare⁵¹, ha assecondato un'interpretazione rigorosa dell'art. 3 del d.lgs. 109/2006 e, a monte, dell'art. 98, comma 3, Cost., laddove afferma che tale ultima disposizione consente anche un vero e proprio divieto di iscrizione riferibile anche ai magistrati che non esercitano, in un determinato periodo, funzioni giudiziarie. Secondo la pronuncia in questione, infatti, «l'introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico».

Un secondo rilievo, anch'esso disatteso dalla Corte nella sent. 224/2009, si fonda sul fatto che il divieto di iscrizione ai partiti sarebbe un falso problema o, addirittura, una scelta legislativa opinabile nella logica della trasparenza⁵², al fine di evitare condizionamenti occulti o di fatto che sarebbero, in quanto tali, meno verificabili⁵³. In tal modo, la Corte sembra accogliere quell'orienta-

che l'art. 98, comma 3, Cost. «prevede che la legge possa istituire limitazioni all'esercizio del diritto di elettorato passivo, tra l'altro, dei magistrati», quando invece la disposizione si riferisce solo a limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti, o, ancor più, alla tesi secondo cui il d.lgs. 109/2006 non discriminerebbe «a seconda che si tratti di partiti politici sicuramente legittimi e come tali anche rappresentati in Parlamento»: a questo proposito, è appena il caso di osservare che la *ratio* dell'art. 98, comma 3, non è certo quella di inibire la partecipazione a "partiti illegittimi" che invece si deduce, per tutti i cittadini, dal combinato disposto dell'art. 18 e della XII disp. finale, Cost.

⁵⁰ F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in www.associazionedeico-stituzionalisti.it.

⁵¹ C.s.m., sez. disc., 21 dicembre 2001-5 marzo 2002, proc. n. 166 del 2001, confermata da Cass., sez. un., 28 gennaio 2003, n. 1239.

⁵² In questo senso, per tutti, S. SENESE, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in F. DAL CANTO, R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 25 ss.; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit.

⁵³ Per tutti, S. SENESE, *Magistrati*, cit., pp. 7 ss.; G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., pp. 443 ss. che si richiamano ad una circolare adottata dal Ministro della giustizia Arangio Ruiz nel 1944 e quindi nel periodo costituzionale provvisorio.

mento dottrinale che, pur riconoscendo la pratica possibilità di tali condizionamenti, giustifica il divieto perché esso mirerebbe a dare «*paradigmatica evidenza* ad un dovere di imparzialità che grava naturalmente sul magistrato in ogni momento della sua vita professionale e coinvolge anche il suo operare da semplice cittadino»⁵⁴. Né particolare pregio ha sul piano giuridico-costituzionale il rilievo secondo cui in linea di fatto da sempre il numero dei magistrati iscritti a formazioni partitiche sarebbe assai esiguo⁵⁵.

Non a caso, già nel 1986 il C.s.m. aveva espresso un parere favorevole alla non iscrizione dei magistrati ai partiti politici⁵⁶; da parte sua, il vigente art. 6, comma 2, dello statuto dell'A.n.m. sancisce l'incompatibilità tra l'iscrizione all'associazione e «l'iscrizione a partiti politici» e «l'assunzione di incarichi o cariche in partiti o formazioni partitiche». Anche la comparazione dimostra come l'attività politica dei magistrati incontri limiti, più o meno rigorosi, e tra questi è ricorrente il divieto di iscrizione ai partiti o, più in generale, di partecipazione a manifestazioni di natura politica⁵⁷.

Non è quindi attraverso il coinvolgimento diretto nella vita di un partito che si può evitare la separatezza tra la magistratura e il Paese⁵⁸, e ciò tanto più alla luce dell'evoluzione bipolare del sistema politico che colloca il magistrato «troppo a ridosso del conflitto per il potere, perennemente in atto tra maggioranza e opposizione, tra il governo in carica e il governo ombra che è potenzialmente racchiuso nello schieramento d'opposizione»⁵⁹.

Peraltro, proprio tale evoluzione apre altri interrogativi che l'art. 3 del d.lgs. 109/2006 sembra sottovalutare o ignorare, risultando così insieme impreciso ed arretrato.

Si pensi, in primo luogo, alla crisi dei grandi partiti di massa successiva al 1992⁶⁰, con la conseguente contrazione degli apparati e con la crescente personalizzazione della politica⁶¹. Nel caso italiano questo processo si è accompa-

⁵⁴ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., p. 148.

⁵⁵ In questo senso, cfr., per tutti, S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari*, cit. pp. 316-317.

⁵⁶ G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., p. 452.

⁵⁷ Sul punto, si vedano i dati contenuti in Consiglio superiore della magistratura – Rete europea dei Consigli di giustizia, *Gruppo di lavoro – deontologia* (Wroclaw, 24/26 maggio 2006). Il documento è rinvenibile in www.csm.it.

⁵⁸ Come invece sembra ritenere V. ACCATTATIS, *Il giudice*, cit., p. 66.

⁵⁹ N. Rossi, *Lettera aperta ad impossibili avversari*, in *Quest. Giust.*, 2001, pp. 5 ss.

⁶⁰ Per tutti, P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008 – Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, in particolare, pp. 45 ss.

⁶¹ Per tutti, M. CALISE, *Dopo la partitocrazia*, Torino, Einaudi, 1994, pp. 73 ss.

gnato alla moltiplicazione dell'offerta politica ed alla crescente difficoltà di distinguere le soggettività partitiche da quelle più genericamente politiche, tanto più per la perdurante assenza di una legge attuativa dell'art. 49 Cost.⁶².

Questa trasformazione delle soggettività partitiche ha una serie di implicazioni significative anche per la tematica oggetto del presente lavoro: in primo luogo, essa ha determinato un forte ridimensionamento della rilevanza dell'iscrizione e con essa della partecipazione alla vita interna, con tutte le conseguenze anche sul piano della democrazia interna⁶³.

Il formarsi di partiti leggeri ("liquidi", come è stato teorizzato da un noto *leader* politico) spiega, ad esempio, come lo statuto nazionale del Pd riconosca numerose prerogative anche agli elettori, definiti come coloro che «dichiarino di riconoscersi nella proposta politica del Partito, di sostenerlo alle elezioni, e accettino di essere registrate nell'Albo pubblico delle elettrici e degli elettori» (art. 2, comma 3).

Di questa evoluzione vi è ormai traccia anche nella legislazione ordinaria: così, ad esempio, l'art. 4, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. 196/2003 qualifica come dati sensibili, tra gli altri, quelli relativi all'«adesione» a partiti; da parte sua, il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali 7 settembre 2005 («Misure in materia di propaganda elettorale») parifica la disciplina dei dati personali degli iscritti, degli aderenti e di altri soggetti con cui i partiti intrattengono regolari contatti ai fini della loro utilizzazione da parte dei partiti stessi senza apposito consenso (n. 2, lett. E). Peraltro, è noto che, anche per quanto riguarda i partiti nei quali il tesseramento mantiene ancora una sufficiente rilevanza, la censurabile opacità che spesso caratterizza lo stesso (si pensi alle ricorrenti polemiche sul "tesseramento gonfiato" che hanno riguardato più soggetti partitici)⁶⁴ sono fattori che rendono l'iscrizione-

⁶² Sul punto, per tutti, P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 66 ss.; C.E. TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale. Contributo alla determinazione della natura giuridica del partito politico*, Milano, Giuffrè, 1983; C. ROSSANO, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, Treccani, 1990; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1995, pp. 705 ss. Cfr., altresì, i vari contributi contenuti in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008*, cit., e in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli, 2009.

⁶³ E. ROSSI, *Partiti politici*, in *Trattato di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4155.

⁶⁴ Tale opacità era riscontrabile anche nei partiti venuti meno all'inizio degli anni novanta: è sufficiente ricordare la testimonianza di Massimo Caprara, stretto collaboratore di Palmiro Togliatti, il quale ha riferito che nel Pci sarebbero stati iscritti in modo riservato alcuni magistrati: S. ZURLO, *È nascosto a Mosca il registro segreto dei magistrati del Pci*, in *Il Giornale*, 6 giugno 2005.

ne non facilmente accertabile⁶⁵.

È evidente che questa trasformazione incide su uno degli argomenti tradizionalmente utilizzati, anche dalla Corte costituzionale nella sent. 224/2009, per sostenere la piena compatibilità con la Costituzione del divieto di iscrizione ai partiti da parte dei magistrati, ovvero il fatto che una struttura partitica presupporrebbe anche vincoli gerarchici interni. In realtà questo rilievo appare persuasivo in generale più se riferito agli ormai estinti partiti di massa che non a quelli attuali, anche se già con riferimento a questi ultimi si era notato che “vincoli di disciplina” variavano, e molto, da partito a partito e che pure nel Pci, caratterizzato dal centralismo democratico, almeno a partire dagli anni ottanta, vi erano spazi di dissenso ormai tollerati⁶⁶.

Ciò detto, vi sono altri fattori evolutivi nel sistema politico che debbono essere evidenziati, a cominciare dalla crescente rilevanza delle coalizioni. Ma su questo punto si rinvia al paragrafo seguente.

5. Cosa significa «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici»?

Assai più della previsione del divieto di iscrizione ai partiti, ha suscitato valutazioni critiche e preoccupate la seconda parte dell'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. 109/2006, nella parte in cui qualifica come illecito disciplinare anche la «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», pur nella consapevolezza che la formulazione di tale disposizione, inserita, come detto, dalla l. 269/2006, è comunque meno generica di quella, invero del tutto indeterminata⁶⁷, che era presente nel testo originale del d.lgs. 109/2006⁶⁸.

Nonostante i fondati dubbi della dottrina circa la latitudine di tale disposizione e la sua riconducibilità all'art. 98, comma 3, Cost., la sent. 224/2009 si limita a giustificare la stessa, in modo alquanto laconico, sulla base della consi-

⁶⁵ Come è noto, in altri ordinamenti questi fenomeni sono, almeno in parte, disciplinati in via legislativa.

⁶⁶ V. ACCATTATIS, *Il giudice*, cit., pp. 68-69. Peraltro, non appare infondato il rilievo di A. CERRI, *Sindacati*, cit., p. 1920, secondo il quale la capacità di pressione e di condizionamento dei partiti è assai maggiore nei confronti di coloro che intraprendono una carriera politica mentre è assai più scarsa nei confronti del semplice iscritto.

⁶⁷ Così, ad esempio, G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.*, 2008, n. 5, p. 100.

⁶⁸ Non si può non sottolineare come la formulazione della disposizione, anche dopo la correzione operata dalla l. 269/2006 appaia quantomeno sciatta, nella misura in cui la partecipazione non può essere “ad un partito” ma, semmai, “alle attività” di un partito.

derazione che, in forza di essa, «accanto al dato formale dell'iscrizione, pertanto, rileva, ed è parimenti precluso al magistrato, l'organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch'esso suscettibile, al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine». La Corte conclude sul punto che «nel disegno costituzionale l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie», affinché l'attività del magistrato «non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica».

Si tratta, come si è accennato, di un'interpretazione estensiva del limite di cui all'art. 98 Cost.⁶⁹, giustificata, come si è detto, nell'ottica del bilanciamento con i valori dell'indipendenza ed imparzialità che non consentono un "organico schieramento con una delle parti politiche in gioco".

È da segnalare che la Corte non menziona, a tale proposito, l'art. 54, comma 2, Cost., essendo quantomeno opinabile che da tale disposizione possano derivare limiti alle libertà fondamentali, in nome di una "fedeltà qualificata" (la cui configurabilità è oggetto di contestazione⁷⁰), diretta a garantire la neutralità politica dei titolari di pubblici uffici⁷¹.

Non a caso, anche nella sent. 100/1981, il richiamo all'art. 54, comma 2, Cost. è presente ma non assume alcun rilievo concreto, poiché la motivazione di tale pronuncia è tutta fondata sull'art. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost.⁷²; e ciò a dimostrazione che un eventuale richiamo all'art. 54, secondo comma, Cost. sarebbe stato superfluo e pericoloso, nella misura in cui avrebbe potuto essere invocato al fine di sanzionare anche la non espressa adesione a determinati principi ideologici⁷³.

Ciò detto, le affermazioni contenute nella sent. 224/2009 debbono essere inquadrare in un contesto nel quale, come è riconosciuto dalla stessa sentenza, i magistrati, in linea di principio, «possono, com'è ovvio, non solo condivide-

⁶⁹ La Corte osserva espressamente che «la norma impugnata ha dato attuazione alla previsione costituzionale stabilendo che costituisce illecito disciplinare non solo l'iscrizione, ma anche "la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici"».

⁷⁰ L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 125 ss. Viceversa, ritiene che tale disposizione consenta limitazioni alle libertà dei magistrati, M.A. FORTUNATO, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati tra Corte costituzionale e Consiglio superiore della magistratura*, in *Leg. e giust.*, 1985, pp. 1103 ss.

⁷¹ G. LOMBARDI, *Fedeltà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 175.

⁷² R. PINARDI, *La libertà*, cit., pp. 328-329.

⁷³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 426 ss.

re un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo».

Pertanto, sembra di dedurre dalla sentenza in esame e, a monte, dall'art. 3, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. 109/2006, che, in linea di principio è lecito per il magistrato non solo manifestare idee politiche ma anche schierarsi con una parte politica, purché non organicamente.

È evidente che il crinale tra la liceità e l'illiceità sul piano disciplinare è quanto mai sottile ed opinabile. Si può anzi affermare che la stessa tipizzazione dell'illecito disciplinare, alla luce della formulazione della disposizione in esame, appare scarsamente utile, dato il ruolo pressoché decisivo del giudice disciplinare nel discernere quali siano i comportamenti e le attività che ricadano nel concetto di "partecipazione sistematica e continuativa".

È la stessa giurisprudenza disciplinare precedente al 2006 a dimostrare la scarsa capacità prescrittiva della disposizione in esame⁷⁴. Sul punto è da ricordare che la sezione disciplinare del C.s.m. già qualificava, in linea di principio, come illecito disciplinare la partecipazione attiva alla lotta politica⁷⁵, non ritenendo però sanzionabile la pubblica manifestazione di simpatia per un partito nell'imminenza delle elezioni «quando non trasmodi e quando dimostri assoluta imparzialità nell'esercizio delle sue funzioni»⁷⁶, o l'adoperarsi per la diffusione e affermazione di una determinata ideologia, nel rispetto dei principi costituzionali, quale presidente di un circolo culturale⁷⁷ o la partecipazione ad un comizio prendendovi la parola⁷⁸ o, infine, anche «la pubblica adesione del magistrato a un documento di propaganda elettorale presentato da un partito politico in occasione di una campagna elettorale [...] qualora – tenuto conto del contesto temporale, nonché del contenuto e delle modalità espressive del documento stesso – non siano superati i limiti individuati, con riferimento ai magistrati, dalla giurisprudenza (costituzionale, disciplinare e di legittimità) a tutela della funzione giurisdizionale»⁷⁹.

Vi sono poi altri problemi interpretativi da evidenziare.

Si pensi, come si è accennato al par. 4, alla acquisita rilevanza delle coalizio-

⁷⁴ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 248 ss.

⁷⁵ Csm, sez. disc., sent. 6 febbraio 1965, proc. n. 43.

⁷⁶ Sent. 18 luglio 1964, proc. n. 83.

⁷⁷ Sent. 24 marzo 1972, proc. n. 165.

⁷⁸ Sent. 30 settembre 1977, proc. n. 214.

⁷⁹ Sent. 3 giugno 2004, proc. n. 16 sulla quale L. DI PAOLA, *I magistrati e l'attività politica: la questione resta ancora aperta*, in *D&G*, 2004, n. 40, pp. 8 ss.

ni pre-elettorali, esaltata congiuntamente dal meccanismo del premio di maggioranza e, per le elezioni regionali e locali, dall'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo⁸⁰.

Anche se una coalizione non può essere assimilata ad un partito, apparendo comunque come una sorta di aggregazione di partiti che nel caso italiano non sembrano essersi evolute al rango di "metapartiti" o di "ultrapartiti", si può sostenere, sia pure dubitativamente, l'estensione della previsione di cui all'art. 3, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. 109/2006 anche all'ipotesi di una partecipazione "sistematica e continuativa" alle attività di una coalizione.

Tuttavia, in tanto si può affermare l'eventualità in questione in quanto si ammetta che il carattere sistematico e continuativo della partecipazione possa essere "concentrato" in un determinato lasso di tempo (anche non breve), dato che l'attività di una coalizione è, almeno fino ad oggi, concentrata nel periodo precedente le consultazioni elettorali (periodo, per inciso, ormai più lungo di quello della campagna elettorale). Ma questa estensione concettuale del concetto di "partecipazione sistematica e continuativa" appare tutt'altro che certa.

Tuttavia, per quanto si possa dilatare questa nozione, sembra da escludere che in essa possa ricadere la partecipazione a consultazioni primarie, indette da un partito o da una coalizione⁸¹, così come è dubbio che possa rientrare la partecipazione a consultazioni, estese anche ai simpatizzanti, per la designazione di cariche di partito o di coalizione⁸², anche quando sia richiesta una dichiarazione di adesione alla proposta politica del partito (che è diversa dalla "partecipazione sistematica e continuativa" e forse anche da un organico schieramento)⁸³.

Conclusivamente, se è da condividere il rilievo secondo cui la riforma del

⁸⁰ In tal senso, anche dopo le elezioni del 2008 e il tentativo, riuscito solo in parte, di strutturare due partiti "a vocazione maggioritaria" le coalizioni non hanno perso la loro rilevanza sul piano istituzionale.

⁸¹ Ancora diverso è il caso di consultazioni primarie regolate dalla legge: è il caso della l. reg. Toscana 70/2004 (e successive modificazioni e integrazioni) in relazione alla selezione dei candidati alle elezioni per il Consiglio regionale ed il Presidente e della l. reg. Calabria 25/2009 in relazione alla selezione dei candidati all'elezione del Presidente della Giunta (tale legge troverà applicazione solo a partire dalla IX legislatura: l. reg. 57/2009).

⁸² In questo senso, si possono ricordare le consultazioni (impropriamente definite "primarie") con le quali nel 2008 e nel 2009 sono stati designati segretari del Pd, rispettivamente, Veltroni e Bersani.

⁸³ Così, art. 2, comma 3, statuto e art. 5, regolamento quadro per la selezione delle candidature alle cariche istituzionali del Pd.

2006, soprattutto a seguito della revisione operata dalla l. 269, è frutto di un compromesso finalizzato a superare un'interpretazione ritenuta letterale e formalistica dell'art. 98, comma 3, Cost. (il legislatore può ma non deve vietare l'iscrizione e la sola iscrizione ad un partito), superando però la genericità del testo originario del d.lgs. 109/2006⁸⁴, è altresì vero che questo compromesso non risolve il problema di fondo che ha determinato la codificazione di questo illecito disciplinare.

In definitiva, come è stato giustamente osservato, anche a proposito della disposizione in esame, appare quantomeno dubbio «che il rischio dell'arbitrio del giudice disciplinare sia stato evitato», cosicché, come nella vigenza dell'ormai abrogato art. 18 del r.d. 511/1946, ancora fondamentale è il rimedio, tutto processuale, delle impugnazioni giurisdizionali e, in particolare, la via del ricorso in cassazione⁸⁵.

In senso lato, si collega alla problematica in questione anche l'art. 8, comma 1, lett. c), della l. 374/1991, il quale prevede che non possano esercitare le funzioni di giudici di pace coloro che ricoprano o abbiano ricoperto nei tre anni precedenti alla nomina incarichi direttivi o esecutivi nei partiti politici.

Tuttavia, come è stato giustamente osservato, tale previsione appare costituzionalmente dubbia per contrasto con l'art. 51, comma 1, Cost., nella misura in cui non chiarisce univocamente la latitudine dell'incompatibilità⁸⁶: non solo, infatti, ritornano a questo proposito i dubbi circa l'identificazione dei partiti politici, ma l'estensione dell'incompatibilità anche a coloro che abbiano ricoperto non meglio precisati incarichi esecutivi pone ardui problemi, trattandosi di una formula «tendenzialmente ignota agli schemi di definizione degli organigrammi di partito e, più in generale, ai relativi modelli strutturali o di apparato»⁸⁷. Nonostante ciò, il legislatore ha esteso incautamente questa formula anche in riferimento ai g.o.t., ai viceprocuratori onorari (art. 42-quarter, comma 1, lett. c, r.d. 12/1941, inserito dall'art. 8 del d.lgs. 51/1998), ai giudici onorari aggregati (art. 2, comma 8, lett. d), nonché ai giudici tributari (art. 8, comma 1, lett. h, d.lgs. 545/1992).

⁸⁴ N. ZANON, *Azione disciplinare*, cit., pp. 134-135.

⁸⁵ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 69.

⁸⁶ D. CARCANO - L. SALVATO, *Il giudice di pace*, Milano, Giuffrè, pp. 220 ss.

⁸⁷ M. MONTANARI, *Commentario*, cit., p. 661.

6. *La problematica della candidatura dei magistrati alle consultazioni elettorali*

Un ultimo rilievo di costituzionalità dell'art. 3, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. 109/2006, contenuto nell'ordinanza di rimessione dalla quale è scaturita la sent. 224/2009, attiene alla potenziale contraddizione tra il divieto di iscrizione (o, come si dirà, di partecipazione sistematica e continuativa ad un partito) e la possibilità per il magistrato, ammessa sia pure con alcune limitazioni, di candidarsi alle elezioni⁸⁸.

La Corte costituzionale nella più volte ricordata sent. 224/2009 non rinviene tale contraddizione per l'asserita diversità delle situazioni poste a raffronto (un conto sarebbe l'iscrizione o comunque la partecipazione alla vita di un partito, un altro l'accesso alle cariche elettive) e sulla base del fatto che il diritto di elettorato passivo, *ex* art. 51, comma 1, «non è senza limitazioni». Proprio con riguardo all'elettorato passivo dei magistrati, la Corte ha precisato che «il comune dovere di imparzialità non permette, invero, di parificare i magistrati ai pubblici dipendenti, essendo dalla Costituzione riservata solo ai primi, per la natura della loro funzione, una disciplina del tutto particolare, contenuta nel Titolo IV (art. 101 e segg.); questa disciplina, da un lato, assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri» (sent. 172/1982)⁸⁹.

Questi ultimi, però, limitando un diritto politico fondamentale, riconosciuto e garantito a tutti i cittadini in condizioni di eguaglianza, soggiacciono ad un sindacato stretto di costituzionalità⁹⁰, secondo il principio, più volte ribadito dalla Corte costituzionale, per cui l'eleggibilità è la regola, l'ineleggibilità è l'eccezione.

Tuttavia, a parte questa considerazione, la tesi fatta propria nella sent. 224/2009, nella sua laconicità, finisce per giustificare una scissione, non facilmente sostenibile, tra esercizio dell'attività politica (vietata se sistematica e continuativa in un partito) e candidabilità (in linea di principio ammessa): in

⁸⁸ In particolare, l'ordinanza rileva che «la pacifica legittimità della candidatura elettorale di un magistrato fa ritenere che il legislatore non ignori la natura intrinsecamente politica ed inevitabilmente partitica della stessa, la quale dunque, se giustifica il limite della previsione della predetta cautela, non viene perciò stesso respinta».

⁸⁹ Su tale pronuncia, in particolare, F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati*, cit.

⁹⁰ Per tutti, G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001; L. IMARISIO, *Ineleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2008.

effetti, se le due fattispecie sono diverse, è indubbio che esse sono intimamente collegate, dato che, di regola le candidature dovrebbero scaturire da un pregresso impegno politico. Viceversa, alla luce dei divieti di iscrizione e di partecipazione continuativa e sistematica ad un partito, «quel rapporto di fatto precedente alla candidatura non potrà allora che atteggiarsi come “occulto” lasciando integra la sola *apparenza di imparzialità*»⁹¹.

Per non dare luogo ad una contraddizione insuperabile, non rimane quindi che agire su un'interpretazione restrittiva della nozione di “partecipazione sistematica e continuativa” all'attività dei partiti, tale da non precludere forme di “contatto” del magistrato con la sfera politica (cfr. *supra*).

Come si è detto, la legislazione elettorale prevede alcune limitazioni all'eleggibilità dei magistrati.

In concreto, l'art. 8 del D.p.r. 361/1957 prevede che i magistrati, esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori, anche in caso di scioglimento anticipato delle Camere (art. 1, l. 13/1997)⁹², non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Non sono in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa (comma 1). I magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni (comma 2)⁹³.

La *ratio* di tali previsioni è diversa: mentre l'obbligo di aspettativa garantisce che l'esercizio della funzione giurisdizionale non sia esercitata contemporaneamente ad un'attività di campagna elettorale o, successivamente, a quella parlamentare⁹⁴, il divieto di candidatura nella circoscrizione nella quale esercitano le loro funzioni risponde ad una duplice esigenza: da un lato, quella clas-

⁹¹ N. PIGNATELLI, *Il divieto*, cit., pp. 347-348; nello stesso senso, S. PRISCO, *Una nuova sentenza*, cit., p. 14.

⁹² Si è dubitato della legittimità costituzionale di questa previsione, trattandosi di una ineleggibilità assolutamente insanabile, non potendo l'interessato prevedere in alcun modo l'indizione dei comizi elettorali e, quindi, rimuovere in tempo la causa di ineleggibilità: G.E. VIGEVANI, *La legge 3 febbraio 1997, n. 13: si restringono gli spazi per i magistrati in politica*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 225 ss.; L. IMARISIO, *Ineleggibilità*, cit., pp. 168 ss.

⁹³ Le disposizioni in esame, contenute nella legge elettorale per la Camera si applicano anche al Senato in forza dell'art. 5 del d.lgs. 533/1993.

⁹⁴ Per tutti, P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura*, in *Rass. parl.*, 1998, p. 879.

sica di evitare fenomeni di *captatio benevolentiae* o il *metus publicae potestatis*, dall'altro, quella di garanzia anche della funzione pubblica considerata causa di impedimento al corretto esercizio della funzione rappresentativa⁹⁵. Tale duplice e distinta finalità di questa fattispecie, in contrasto con una consolidata "giurisprudenza" delle Giunte per le elezioni dei due rami del Parlamento⁹⁶, è stata invece chiaramente affermata dalla Corte costituzionale la quale ha affermato che il diritto dei magistrati di partecipare attivamente alla vita politica trova un limite nella tutela del buon andamento della giustizia e del prestigio dell'ordine giudiziario. In questo senso, l'art. 8, comma 2, del D.p.r. 361/1957 si giustifica nella misura in cui il magistrato, nel territorio in cui esercita le funzioni, avrebbe la possibilità di contrarre «rapporti della più diversa natura, che potrebbero far apparire dubbia la correttezza delle sue decisioni». In questo senso, il diritto politico del magistrato «non può non essere limitato dalla sussistenza di altri beni giuridici costituzionalmente protetti, quali il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario» (sent. 172/1982)⁹⁷.

Sull' idoneità di questa normativa a realizzare un equilibrato bilanciamento tra diritto all'elettorato passivo e valore dell'imparzialità, parte della dottrina giustamente dubita, ritenendo utile, *de iure condendo*, la previsione di un regime più rigoroso, quale il transito a funzioni non giudiziarie per un periodo congruo sia prima della candidatura, sia dopo la campagna elettorale ed anche successivamente alla fine del mandato parlamentare⁹⁸.

⁹⁵ N. LUPO, G. RIVOCCHI, *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁹⁶ Sul punto, V. DI CILOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976, I, pp. 333 ss.

⁹⁷ F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati*, cit., pp. 27 ss. Per quanto riguarda le elezioni regionali, la l. 165/2004, tra i principi fondamentali in materia, ai sensi dell'art. 122, comma 1, Cost., definisce le cause di ineleggibilità come quelle attività o funzioni svolte dal candidato, anche in relazione a peculiari situazioni delle regioni, che «possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati» (art. 2, comma 1, lett. a); fino all'entrata in vigore delle leggi regionali in materia, rimane in vigore, ai sensi dell'art. 5 della l. cost. 1/1999, la l. 154/1981 la quale sancisce l'ineleggibilità a consigliere regionale dei magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, ai tribunali amministrativi regionali nel territorio nel quale esercitano le loro funzioni (art. 2, comma 1, n. 6), salvo che l'interessato cessi dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature. La stessa disciplina è prevista in relazione alle cariche di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale (art. 60, d.lgs. 267/2000).

⁹⁸ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., pp. 149-150. Maggiori dubbi di costituzionalità

Sul primo punto, interventi correttivi appaiono auspicabili, anche alla luce della recente prassi che vede in non pochi casi candidature “annunciate” sui mezzi di comunicazione di massa ben prima della loro formalizzazione. A ciò si aggiungano i problemi ulteriori derivanti dalla crescente rilevanza, per il momento solo in alcuni partiti⁹⁹, di meccanismi elettorali per la selezione delle candidature, con l’eventuale ricorso anche a consultazioni primarie che anticipano di molto la formalizzazione delle candidature stesse.

Sul secondo punto, è da segnalare che l’art. 50 del d.lgs. 160/2006 prevede il ricollocamento in ruolo con disposizioni più restrittive rispetto a quelle precedenti¹⁰⁰, ma tali da non impedire l’immediata riassunzione delle funzioni¹⁰¹.

7. Attività politica e libertà di espressione politica dei magistrati

Occorre infine soffermarsi sulla *vexata quaestio* delle opinioni politiche dei magistrati¹⁰², intendendo in questa sede innanzitutto quelle non connesse con l’esercizio delle funzioni¹⁰³.

La sent. 100/1981, pur avendo richiamato, come si è visto, l’esigenza di un bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero, spettante al magistrato come a tutti i consociati, e le esigenze derivanti dai principi di indipendenza ed imparzialità, e pur avendo negato la necessità di una codificazione

suscita la proposta di destinazione del magistrato già candidato non eletto o dopo la scadenza del mandato a rientrare in un altro settore della pubblica amministrazione: F. BIONDI, *Considerazioni*, cit.

⁹⁹ Ma non solo: si pensi alle recenti leggi regionali che hanno disciplinato il fenomeno delle elezioni primarie (cfr. supra, nt. 80).

¹⁰⁰ In precedenza, la materia era disciplinata da atti paranormativi del C.s.m., in particolare dalla circolare 30 novembre 1993, n. 15098, e successive modificazioni e integrazioni.

¹⁰¹ Il comma 1 prevede che il ricollocamento in ruolo avvenga in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui è ubicato il distretto presso cui è posta la sede di provenienza nonché in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte, è ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato è eletto. La disposizione non si applica per i magistrati che svolgono le funzioni presso la Corte di cassazione o la Procura generale presso di essa o presso la Direzione nazionale antimafia.

¹⁰² Sul punto, per tutti, S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit.; R. PINARDI, *Le opinioni politiche dei magistrati*, cit.; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pp. 312 ss.

¹⁰³ Come è stato giustamente osservato, non è sempre distinguere il nesso con l’esercizio delle funzioni; rimane il fatto che, nel caso di esternazione di opinioni su questioni politiche generali, viene meno ogni collegamento tra il contenuto del pensiero ed il ruolo tecnico-professionale che invece è presente nel caso di opinioni su questioni di politica giudiziaria: R. PINARDI, *Le opinioni politiche dei magistrati*, cit., pp. 448 ss.

tassativa degli illeciti disciplinari per sanzionare «l'esercizio anomalo e cioè l'abuso» della libertà di manifestare le proprie opinioni, afferma che i limiti a quest'ultima debbono essere posti dalla legge e trovare fondamento in precetti e principi espressamente enunciati o desumibili dalla Costituzione.

Con riferimento alle opinioni politiche, il fondamento costituzionale delle loro possibili limitazioni non sembra rinvenibile nell'art. 98, comma 3, Cost., che pure è stato invocato «*solo ed esclusivamente*» a proposito di «quelle dichiarazioni pubbliche che – a prescindere dal dato formale della iscrizione ad un partito (o movimento) politico di chi le rende – diano comunque al cittadino la sensazione di trovarsi di fronte non già ad un magistrato bensì ad un esponente politico»¹⁰⁴.

In realtà, come è stato osservato, questa interpretazione finisce per dedurre limiti ad una libertà da quelli previsti per un'altra e diversa¹⁰⁵; cosicché, se può risultare non implausibile dedurre dall'art. 98, comma 3, il divieto di coinvolgimento “organico” del magistrato in un soggetto partitico, sembra arduo accogliere un'interpretazione analogica di tale disposizione, che invece si pone quale limitazione della libertà di associazione politica di cui all'art. 49 Cost.¹⁰⁶.

Come si è detto, la sent. 100/1981 allude, non senza ambiguità¹⁰⁷, alla necessità della predeterminazione legislativa dei limiti all'esercizio di un diritto costituzionale, sanzionabile in sede disciplinare¹⁰⁸.

Come è noto, però, fino al 2006 il legislatore non ha ritenuto di codificare gli illeciti disciplinari.

In assenza della legge, la giurisprudenza disciplinare anche in questo caso ha assecondato una interpretazione del bilanciamento assai “pendente” in direzione dell'affermazione della libertà di espressione dei magistrati¹⁰⁹, con il

¹⁰⁴ S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit., p. 65. Diversamente, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 311, ritiene costituzionalmente ammissibili solo i divieti volti ad impedire che il magistrato si schieri organicamente con una parte politica, ma non anche quelli volti ad impedire che egli manifesti la propria opzione politica.

¹⁰⁵ S. MANGIAMELI, *La «libertà di coscienza» di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 530.

¹⁰⁶ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 450; nello stesso senso, G. BORRÈ, *Art. 98, 3° comma*, cit., p. 469; R. PINARDI, *La libertà*, cit., pp. 326-327.

¹⁰⁷ In effetti, la sentenza in questione “salva” l'art. 18 del r.d.l. 511/1946, non ritenendo costituzionalmente imposta la tipizzazione legislativa degli illeciti disciplinari.

¹⁰⁸ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 313.

¹⁰⁹ Ad avviso di A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., p. 342,

solo limite dato dall'esternazione di opinioni denigratorie, diffamatorie o di disprezzo di valori di rilievo costituzionale¹¹⁰, così «avvalorando il connotato “estremo” delle ipotesi in cui l'esercizio di una libertà può rilevare in sede disciplinare»¹¹¹.

Infatti, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 109/2006, sul piano disciplinare erano ritenute punibili solo quelle manifestazioni del pensiero che evidenziassero una organica appartenenza di un magistrato ad una determinata parte politica, non ritenendo che tali fossero dichiarazioni aspramente critiche nei confronti della maggioranza e del Governo¹¹² o di partecipazione critica al dibattito intorno a vicende che avevano turbato l'opinione pubblica¹¹³.

In tal modo, rilevava la distinzione tra il piano disciplinare, nel quale non era possibile utilizzare un parametro estensivo nel valutare la punibilità delle opinioni politiche dei magistrati e un piano deontologico ispirato ai principi di riserbo e prudenza (come specificato dall'art. 6, comma 3, del codice etico dei magistrati, «Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali ed agli altri mezzi di comunicazione di massa»)¹¹⁴.

Tale distinzione richiamava il problema dell'applicabilità nel giudizio disciplinare delle disposizioni del codice etico; problema sul quale la giurisprudenza della Cassazione è apparsa oscillante, non mancando pronunce che ne disconoscevano la natura normativa¹¹⁵.

A maggior ragione, per quanto riguarda le esternazioni dei magistrati riguardanti questioni di politica giudiziaria, la giurisprudenza disciplinare era nel senso di preservare l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato¹¹⁶.

«sembra confermata l'impressione del carattere “ineguale” del bilanciamento proposto dalla Corte costituzionale» nella sent. 100/1981.

¹¹⁰ R. PINARDI, *Le opinioni politiche dei magistrati*, cit., p. 447.

¹¹¹ A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., p. 342.

¹¹² Cass., sez. un., 12 aprile 2005, n. 7443, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 2564 ss., a commento della quale S. BELTRANI, *Se la toga è in bilico fra critica e riserbo*, in *D&G*, 2005, n. 22, pp. 25 ss.

¹¹³ Cass., sez. un., 20 aprile 2004, n. 7505, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, pp. 4 ss.

¹¹⁴ Sulla necessità di distinguere rigorosamente il piano legislativo ed il piano disciplinare, in particolare, AA.VV., *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 191 ss.; D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina ed interpretazione della legge: territori (limitrofi?) da recintare con cura*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 617 ss.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 12 aprile 2005, n. 7443, cit.; *contra* però, Cass., sez. un., 17 novembre 2005, n. 23235, in *D&G*, 2005, n. 47, pp. 21 ss., con nota di L. DI PAOLA, *Il diritto del giudice alla critica politica – Chi salva la forma non commette abusi (ivi, pp. 18 ss.)*.

¹¹⁶ R. PINARDI, *La libertà*, cit., pp. 319 ss.

In conclusione, anche se è sostenibile che l'espressione di opinioni politiche da parte dei magistrati non incide immediatamente e automaticamente sull'imparzialità, dovendosi avere riguardo ad una pluralità di elementi¹¹⁷, tuttavia, è indubbio che anche questa giurisprudenza ha contribuito, forse anche al di là delle intenzioni, a rendere i magistrati stessi "politicamente responsabili" con danno enorme per la loro credibilità dei magistrati e quindi con «danno enorme per la giustizia»¹¹⁸.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 109/2006, la tipizzazione degli illeciti ha mutato nettamente il contesto normativo.

In effetti, la formulazione originale dell'art. 3, comma 1, lett. *b*), alludendo alla rilevanza sul piano disciplinare della partecipazione a «centri politici», consentiva (o avrebbe potuto consentire) la sanzionabilità sul piano disciplinare di condotte quali la partecipazione di magistrati ad incontri o dibattiti organizzati da associazioni qualificabili, anche in senso lato, come politiche, con tutte le conseguenze anche sul piano dei limiti alla manifestazione del pensiero¹¹⁹.

A ciò si aggiunga che la successiva lett. *l*), punendo «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza», completava un disegno normativo che, nella sua genericità, poneva non pochi dubbi di costituzionalità.

Putroppo, anziché perseguire una logica di riforma organica, la l. 269/2006 ha apportato, come detto, solo alcune, sia pure non irrilevanti, correzioni, ispirate ad una *ratio* opposta a quella emergente dal d.lgs. 109/2006 e, a monte, dalla l. 150/2005.

Il risultato finale è, da questo punto di vista, non privo di elementi anche gravi di contraddittorietà.

In effetti, la soppressione della lett. *l*), unita alla riscrittura della lett. *b*),

¹¹⁷ A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., pp. 342-343. Tra questi elementi da considerare vi sono le funzioni effettivamente esercitate, il raccordo tra oggetto del pensiero ed attività di ufficio, la diffusività del mezzo informativo adoperato, la presenza di un fine di conseguire risultati utili per la propria attività o di rafforzare la propria esternazione, anche condizionando il libero esercizio degli altri poteri.

¹¹⁸ G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004*, cit., p. 143.

¹¹⁹ L'art. 2, comma 1, lett. *bb*), anch'esso abrogato dalla l. 269/2006, sanzionava «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura», ma tale disposizione era da intendersi riferita ad esternazioni relative o connesse all'esercizio delle funzioni (l'art. 2 contiene infatti l'elenco degli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni).

rende enigmatica la rilevanza disciplinare di manifestazioni del pensiero che appaiano genericamente “partigiane”; la tassatività degli illeciti disciplinari, non più limitata da clausole di chiusura (o riassuntive)¹²⁰, rende problematica la riconduzione della problematica in questione al concetto di “partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici”¹²¹.

D'altra parte, appare quantomeno arduo ricondurre la disciplina in questione a quel dovere di riserbo cui allude l'art. 1, comma 1, dello stesso d.lgs. 109/2006. In primo luogo, infatti, l'art. 1 della l. 269/2006 ha provveduto ad abrogare il comma 3 dello stesso art. 1, il quale, significativamente, prevedeva che le violazioni dei doveri di cui al comma 1 (ed al comma 2) costituivano illeciti disciplinari perseguibili nelle ipotesi previste, tra l'altro, nell'art. 3. In secondo luogo, ammesso e non concesso, anche alla luce della giurisprudenza sopra citata e, in specie, della sent. 100/1981 della Corte costituzionale che sussista un generale dovere di riserbo¹²², esso è riferito dalla giurisprudenza disciplinare alla necessità di rispettare il segreto d'ufficio e di evitare pubblicità sulle notizie attinenti la propria o l'altrui attività (specialmente con riguardo ai procedimenti in corso), salvo che sia necessario fornire all'opinione pubblica una corretta informazione, anche per tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini¹²³.

In definitiva, quindi, il quadro normativo attuale sembra legittimare la giurisprudenza disciplinare formatasi prima del 2006 che ha finito per offuscare la tutela dei principi di indipendenza e imparzialità, cui ha riguardo, da ultimo, la più volte citata sent. 224/2009 della Corte costituzionale.

In ogni caso, il quadro normativo risultante dall'opera, da più parti auspi-

¹²⁰ Per tutti, G. FERRI, *La responsabilità disciplinare*, cit., p. 100; F. SORRENTINO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2007, n. 1, p. 55.

¹²¹ Similmente, non è affatto certo che questa nozione possa riferirsi ad un'attività di collaborazione con giornali di partito, e ciò sia anche in questo caso per la difficoltà di discernere una nozione di attività “sistematica e continuativa”, sia perché la frammentaria disciplina legislativa in materia di editoria consente di qualificare come organi o quotidiani di partito solo quelli che richiedano gli appositi contributi statali, avendone i requisiti (tra i quali è da ricordare l'autoqualificazione: art. 3, comma 10, l. 250/1990). D'altra parte, l'esperienza italiana dimostra agevolmente come quotidiani “indipendenti” in realtà esprimano una linea editoriale di totale appoggio ad una determinata formazione politica o comunque politicamente connotata in modo non equivoco.

¹²² Sul punto, dubita della sussistenza di un generale dovere in questione, G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 424.

¹²³ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali*, cit., pp. 236-237.

cata, di tipizzazione degli illeciti disciplinari¹²⁴, appare insieme impreciso e lacunoso, e quindi tale da non sollevare il C.s.m. dal ruolo di “legislatore del caso concreto”¹²⁵ e quindi da non limitare seriamente l’ampia discrezionalità di quest’ultimo¹²⁶.

Eppure, la mancata chiarezza su aspetti quali quello dell’attività politica dei magistrati rischia di favorire l’approvazione di discutibili proposte di legge che mirano a trasferire sul piano processuale questioni che chiamano in causa, almeno indirettamente, le opinioni politiche dei magistrati e la loro presunta “parzialità” nei confronti di imputati politicamente connotati: il pensiero corre, in particolare, al recente disegno di legge A.S. n. 1440 che mira ad inserire, tra le cause di astensione e di ricusazione, «giudizi espressi fuori dall’esercizio delle funzioni giudiziarie, nei confronti delle parti del procedimento e tali da provocare fondato motivo di pregiudizio all’imparzialità del giudice».

Si tratta di un tentativo improprio di “disattendere” quell’orientamento della Cassazione che esclude la rilevanza di una “inimicizia grave” nel caso in cui il magistrato pronunci «espressioni di dissenso, anche radicale, nei confronti di persone che rivestono un ruolo politico di spicco, collegate con lo svolgimento di tale ruolo»¹²⁷, sul presupposto che il motivo politico possa qualificarsi come un interesse della causa soltanto indiretto¹²⁸ (orientamento condiviso, per inciso, anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹²⁹).

¹²⁴ È il caso di ricordare che la sent. 100/1981, più volte ricordata, aveva ritenuto inapplicabile in materia disciplinare riferita ai magistrati la riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost., data l’impossibilità di una puntuale tipizzazione degli illeciti disciplinari: per tutti, S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., p. 69.

¹²⁵ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 440.

¹²⁶ È il caso di ricordare che l’esigenza di limitare la discrezionalità del decisore disciplinare è stata ricondotta alla tutela dell’indipendenza dei magistrati anche rispetto al loro “giudice”: per tutti, V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura*, cit., p. 134.

¹²⁷ Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 3499, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4336 ss.

¹²⁸ Sul punto, per tutti, R. ROMBOLI, *L’interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, pp. 476 ss.

¹²⁹ Corte europea diritti dell’uomo, 28 gennaio 2003, *Dell’Utri c. Italia*, nella quale si legge che «la circostanza che un giudice abbia convinzioni politiche differenti da quelle dell’accusato non può, di per sé, dar luogo ad un conflitto di interessi di natura tale da imporre l’astensione del giudice in questione».

prof. LUCIANO VIOLANTE

Università di Camerino

“LA PARTE GIUDIZIARIA DEL SISTEMA DI GOVERNO”*

1. Due interessanti casi di conflitto tra politica e giustizia costituzionale, hanno riaperto la polemica sul ruolo dei giudici nei sistemi politici democratici, fondati sulla separazione dei poteri e sulla giustiziabilità dei diritti. Una delle decisioni è stata pronunciata negli Stati Uniti e l'altra in Francia.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionali, con cinque voti contro quattro, le disposizioni della legge McCain-Feingold che stabiliva restrizioni ai finanziamenti in campagna elettorale. Erano vietate, in particolare, sessanta giorni prima delle elezioni politiche e trenta giorni prima delle elezioni presidenziali, trasmissioni propagandistiche pagate dalle imprese o dalle organizzazioni sindacali. Nel 2007 la Corte, in applicazione del principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, aveva già limitato l'applicabilità del divieto alle comunicazioni non argomentate, che si risolvessero in un appello non motivato pro o contro un candidato. Questa volta, in applicazione dello stesso principio, nella causa promossa dall'associazione conservatrice *Citizens United* nei confronti della *Federal Election Commission*, ha dichiarato incostituzionale l'intera legge. Con questa sentenza la Corte Suprema ha smentito una precedente giurisprudenza comprovata da due sentenze, del 1990 (*Austin v. Michigan Chamber of commerce*) e del 2002 (*McConnell v. Federal Election Commission*). I democratici hanno denunciato il cambio di giurisprudenza come lesivo dei principi fondamentali della democrazia. I repubblicani l'hanno salutata come una vittoria della libertà di parola. Il problema di fondo, tutt'altro che teorico, è il rapporto tra le spese elettorali e la corruzione del mondo politico. La Corte Suprema in altre occasioni ha sostenuto la tesi per la quale soltanto la lotta alla corruzione o al sospetto di corruzione può giustificare restrizioni alle spese elettorali delle corporations. Se fosse provato che l'aumento delle spese elettorali di per sé sia fonte di corruzione, la Corte avrebbe violato un altro principio da lei stessa fissato. Sul tema gli studiosi sono divisi. Kenneth Mayer, uno dei maggiori studiosi del finanziamento della politica, dell'Università del Wisconsin-Madison, senti-

* Questo articolo è destinato agli studi in memoria di Giuliano Marini.

to dal New York Times ha dichiarato: “Non c’è prova che restrizioni legislative al finanziamento della politica riducano la corruzione o migliorino le prestazioni dei governi. Sembra ovvio che ci sia un rapporto, ma è impossibile provarlo”¹. D’altra parte Jeff Milyo, economista dell’Università del Missouri ha escluso l’esistenza di prove attendibili sui rapporti tra finanziamenti delle campagne elettorali e crescita della corruzione².

Il presidente Obama ha comunque reagito duramente: “Questa sentenza colpisce la nostra stessa democrazia. Penso che non ci sia nulla di più devastante per l’interesse pubblico. L’ultima cosa di cui abbiamo bisogno è aumentare l’influenza dei lobbisti su Washington, e dare più potere agli interessi particolari per ribaltare il risultato delle elezioni”³, e ha garantito una “forceful response”. Il New York Times del 24 gennaio informava che uno dei più stretti collaboratori di Obama aveva già incontrato i leader democratici della Camera e del Senato per decidere come fronteggiare la sentenza. L’eliminazione delle restrizioni ai finanziamenti elettorali delle corporations avvantaggerà prevedibilmente i repubblicani nelle elezioni di *midterm* che si terranno nel 2010. Le posizioni del presidente contro i livelli eccessivi delle retribuzioni dei grandi managers, contro l’affarismo delle banche e contro le grandi compagnie di assicurazione che avversano la riforma sanitaria, porteranno prevedibilmente ingenti risorse finanziarie nelle casse dell’opposizione repubblicana.

2. Le feste di fine d’anno al presidente Sarkozy sono state rovinare dal Conseil Constitutionnel. Nell’autunno scorso Sarkozy aveva lanciato una sua personale proposta per tassare le emissioni nocive all’ambiente, la cosiddetta *carbone tax*. Ne aveva fatto oggetto di una specifica normativa approvata dal Parlamento e aveva indicato il suo modello come una via d’uscita per l’Europa contro l’inquinamento. Non solo. Nel vertice di Copenaghen sul clima, il presidente francese, anche per rispondere indirettamente agli attivisti di Greenpeace che avevano issato grandi cartelli con su scritto “I politici chiacchierano, i leaders agiscono”, aveva magnificato la legge francese indicandola come modello per tutta l’Europa. La legge prevedeva inizialmente una imposta per ogni

¹ NYT, 23 gennaio 2010, *Does corporate money lead to political Corruption?*, di David D. Kirkpatrick.

² Groseclose and Milyo. 2010. “*Sincere Versus Sophisticated Voting in Congress: Theory and Evidence*,” *Journal of Politics*, 72(1): 1-14.

³ NYT, 24 gennaio 2010, *Obama turns up heat over rulin on campaign spending*, di Sheryl Gay Stolberg.

tonnellata di CO₂; ma dall'imposta sarebbero state esentate sia le imprese raffinatrici sia altre grandi fabbriche con alti tassi di inquinamento. I socialisti erano ricorsi al Conseil Constitutionnel perché dichiarasse quelle disposizioni contrarie alla Costituzione. Con una sentenza assai dura la corte costituzionale francese, il 29 dicembre 2009, ha dichiarato la legge: "Ecologicamente inefficace e socialmente ingiusta", osservando inoltre che circa il 93% delle emissioni di CO₂ di origine industriale sarebbero state esenti dal prelievo. Il presidente Sarkozy ha commentato gelidamente che il Conseil aveva sottratto così alle casse dello Stato circa un miliardo di euro, che lui non era stato preavvertito della decisione e che comunque il 20 gennaio il Consiglio dei Ministri avrebbe adottato un altro testo per raggiungere le stesse finalità.

Più esplicito del presidente è stato il suo ministro per il rilancio economico, Patrick Devedjian in una intervista a *Le Monde*⁴ intitolata: "Spero che il Consiglio costituzionale sia al riparo dai sospetti". Devedjian ha denunciato una sentenza "politica" dettata dall'avversione dell'attuale presidente del Conseil, Jean-Louis Debré, nei confronti del presidente Sarkozy: "Se il presidente del Consiglio costituzionale è un uomo politico che si è fortemente opposto al presidente della Repubblica, questo nuoce all'autorità della decisione presa dall'istituzione". Poco dopo il Ministro ha mosso l'accusa abituale: "Il Consiglio costituzionale ha una tendenza crescente a fare le leggi al posto del Parlamento".

Ha risposto Dominique Rousseau, ordinario di diritto costituzionale a Montpellier, sottolineando che il rispetto della Costituzione per i governanti è un dovere, non un rischio. La Costituzione, ha aggiunto, non impedisce ai politici né di governare né di riformare la società, ma pone un limite all'arbitrio⁵.

Nonostante Sarkozy avesse annunciato la presentazione di un nuovo progetto di legge per il 20 gennaio, il comunicato del Consiglio dei ministri di quel giorno si è limitato a riportare una relazione del ministro per l'ecologia che annuncia un progetto di legge che dovrebbe entrare in vigore il 1 luglio 2010 per riprendere, sia pure con qualche correzione, le principali disposizioni della legge dichiarata incostituzionale.

3. Per un'astuzia della storia le vicende ricordate, pur essendo simili, hanno riguardato due paesi che possono essere considerati agli antipodi per il loro

⁴ *Le Monde*, 13 gennaio 2010, M. DEVEDJIAN, *Je souhaite que le Conseil constitutionnel soit à l'abri des soupçons*.

⁵ *Le Monde*, 16 gennaio 2010, D. ROUSSEAU, *Il est dangereux de réformer au mépris de la Constitution*.

rapporto con il principio della separazione dei poteri.

Gli Stati Uniti lo praticano da più di due secoli con rigorosa coerenza; tutto il loro sistema politico si fonda su quel principio. Non solo. Nati da una rivolta contro un sovrano, quello britannico, e il suo parlamento, vedono nel giudice e non nel Parlamento il garante dei diritti dei cittadini anche contro i possibili abusi della politica. Nella Dichiarazione di Indipendenza firmata a Filadelfia nel 1776 i diritti dei cittadini sono considerati «basi e fondamento del governo». La magistratura avrebbe avuto il compito specifico di impedire che la politica travalicasse i confini fissati nella Costituzione. Il Parlamento e il governo non avrebbero mai potuto impunemente conculcare i diritti dei cittadini perché traevano legittimazione dal loro consenso. Alexander Hamilton, ne *Il federalista*, spiegava che le corti sarebbero state istituite come organo intermedio tra il popolo e il Parlamento al fine, tra l'altro, di mantenere quest'ultimo "nei limiti imposti al suo potere [...] come i baluardi di una costituzione rigida contro i possibili soprusi legislativi"⁶. In attuazione di questi principi, nel 1803, la Corte suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Marbury versus Madison* si autoattribuì, con una clamorosa decisione, il potere di giudicare della costituzionalità delle leggi approvate dal Congresso. "I poteri del Legislativo – scrissero i giudici della Corte Suprema – sono definiti e limitati, e la Costituzione è stata scritta affinché quei limiti non possano essere confusi o dimenticati. A quale scopo limitare i poteri e formalizzare questi limiti per iscritto, se poi questi limiti possono essere superati in qualsiasi momento proprio da coloro che dovevano essere limitati?".

4. La vita politica americana è certamente caratterizzata dal rispetto per le istituzioni giudiziarie. Tuttavia proprio negli Stati Uniti esplose uno dei più gravi conflitti tra politica e giustizia costituzionale. Durante il New Deal, la Corte Suprema si era schierata decisamente contro le leggi sociali, giudicate contrarie alla libertà del mercato. La politica del presidente Roosevelt in favore delle classi sociali più colpite dalla crisi rischiava di fallire per l'opposizione della magistratura. Il conflitto giunse al culmine il 6 gennaio 1937, quando Roosevelt, eletto per la seconda volta con la maggioranza di circa il 61%, parlando al Congresso dopo una ennesima sentenza contraria, dichiarò: "Anche alla parte giudiziaria del sistema di governo il popolo chiede di fare la propria parte per far funzionare la democrazia". In coerenza con questo ammonimen-

⁶ A. HAMILTON - J. JAY - J. MADISON, *Il Federalista*, Il Mulino, 1997, p. 627.

to, qualche settimana dopo presentò al Congresso un piano di riforma delle corti federali e della Corte Suprema che prevedeva, con legge ordinaria, di "affiancare" un giudice più giovane a giudici che avessero esercitato le funzioni per almeno dieci anni e che, decorso il termine di sei mesi dal compimento del settantesimo anno di età, non avessero rassegnato le dimissioni (*The court-packing bill*). Roosevelt fu insultante; denunciò, nel motivare la sua proposta, il minore vigore fisico e intellettuale dei magistrati anziani che avrebbe impedito loro di comprendere il cambiamento nelle tradizionali politiche liberiste americane. La legge, d'altra parte, gli avrebbe consentito di nominare almeno 44 nuovi giudici federali e almeno sei giudici della Corte Suprema, di sua fiducia. Il piano sollevò fiere opposizioni anche all'interno dei democratici; il senatore Burton K. Wheeler dichiarò: "Tutti i despoti usurpano il potere legislativo e giudiziario in nome della necessità di assicurare rapidamente il benessere delle masse e quindi le riducono in servitù". Il Senato respinse il piano con 70 voti contro venti, ma la minaccia servì a rendere la Corte, allora dominata dai conservatori, meno ostile ai programmi sociali del presidente. La "resa" della Corte Suprema alle politiche del New Deal fu dovuta, secondo molti studiosi, all'improvviso e non previsto cambio di orientamento del presidente Roberts. Si disse a questo proposito: "The switch in time saved nine"; i giudici della Corte sono appunto nove.

5. La Francia ha una storia politica diversa da quella degli Stati Uniti e questa diversità si è riverberata sui rapporti tra politica e giustizia costituzionale. La Francia rivoluzionaria non si rivoltò contro un Parlamento; si rivoltò contro il re e i suoi giudici. Conseguentemente in Francia la rottura rispetto al passato fu caratterizzata da un Parlamento onnipotente e dal riconoscimento di una sorta di laica sacralità delle sue leggi. I diritti sarebbero stati tutelati dal Parlamento e non dalla magistratura. Le grandi leggi dell'epoca relative alla giurisdizione si limitavano ad impedire alla magistratura d'ingerirsi negli affari di competenza del Legislativo e dell'Esecutivo. L'articolo 7 di un decreto del 22 dicembre 1789 disponeva che le amministrazioni locali *ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire*. In coerenza con questo orientamento la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario dell'agosto 1790 disponeva: *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif ... (art. 10), les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine*

de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ... (art. 13).

In caso di abuso da parte del potere politico gli Americani prevedevano, realisticamente, l'intervento della magistratura. I Francesi, invece, invocavano l'insurrezione. Nella Dichiarazione dei diritti, che precede la Costituzione del 1793, è scritto: «Quando il governo viola i diritti del popolo, l'insurrezione è, per il popolo e per ciascuna parte del popolo, il più sacro dei diritti e il più indispensabile dei doveri». L'idea francese della subalternità dei giudici al Parlamento trovò la sua esemplare concretizzazione nel 1790, tredici anni prima della sentenza *Marbury versus Madison*, in un decreto che vietava ai giudici l'interpretazione della legge, imponendo loro di riferire al Parlamento quando le leggi non fossero apparse chiare.

Il Conseil Constitutionnel francese è figlio di questa storia. Venne istituito solo nel 1958, alla nascita della V Repubblica, e fu pensato non come garante dei diritti dei cittadini contro i possibili abusi del potere politico, ma, nella logica gaullista, come garante del governo rispetto agli eventuali abusi del parlamento. Dopo una importante riforma del 1974 il Conseil è diventato sempre più simile alle altre Corti costituzionali occidentali, assumendo il ruolo di garante della Costituzione contro gli abusi dei governi e delle maggioranze parlamentari⁷. Per queste ragioni è stato forse, tra tutte le Corti costituzionali, quella più esposta alle critiche perché in Francia, nell'opinione politica di chi governa, indipendentemente dal suo colore politico, continua ad essere vivo e sentito il primato della legge come frutto della volontà generale e della sovranità popolare che si esprimono attraverso l'elezione del Capo dell'Esecutivo e l'elezione dell'Assemblea nazionale. I conflitti infatti si sono manifestati, in caso di decisioni non gradite, sia da parte della sinistra politica che da parte della destra e sempre con gli stessi argomenti della faziosità e della invasione dei campi del Parlamento e del Governo.

6. Nel 1986, dopo alcune decisioni in materia elettorale, i giudici costituzionali francesi furono accusati di aver usurpato funzioni legislative e di aver trasformato l'istituzione in una sorta di "parlamento di giudici". Quelle critiche costrinsero il Conseil a uscire dal riserbo e a ricordare, il 12 agosto di quell'anno, che l'unica funzione dei giudici costituzionali era misurare la corrispondenza alla Costituzione delle leggi che sono denunciate e che pertanto era loro vietato di partecipare alla discussione in corso che si svolgeva all'in-

⁷ J. RIVERO, *Fin d'un absolutism, Pouvoirs*, n. 13, 1980, p. 5.

terno di un quadro puramente politico⁸. Nel 1993 il Conseil annullò una disposizione della legge Pasqua, dal nome del ministro dell'interno, che restringeva le possibilità d'ingresso per gli stranieri, ritenendo che un combattente per la libertà nel proprio Paese, perseguitato per questo, aveva il diritto di ottenere asilo politico in Francia, anche eludendo i vincoli del patto di Schengen. La decisione si fondava sul diritto di asilo riconosciuto nel Preambolo della Costituzione del 1946. Il ministro dell'Interno attaccò violentemente la decisione e il primo ministro Balladur propose una riforma costituzionale che avrebbe consentito la promulgazione della legge. Il Parlamento approvò la modifica. Molti videro in questa reazione il declino del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia. Ma il declino non c'è stato, anzi il ruolo del Conseil si è rafforzato ulteriormente.

7. Nel gennaio 1999 il Conseil, in una decisione che riguardava la possibilità che Jacques Chirac, presidente della Repubblica, fosse chiamato a testimoniare, sostenne, senza essere richiesto sulla materia, che il presidente della Repubblica, durante l'esercizio delle funzioni, può essere portato in giudizio solo davanti all'Alta Corte di Giustizia e solo per tradimento. Pertanto durante il mandato non sarebbe stato perseguibile per delitti comuni, anche se commessi prima dell'assunzione dell'incarico. Le critiche furono molteplici e non sempre infondate. Il Conseil si era pronunciato arbitrariamente perché non era stato chiamato in causa su quel tema e sembrava essere intervenuto all'unico scopo di proteggere Chirac, imputato in tre distinti processi penali per fatti di corruzione politica commessi quando non era ancora capo dello Stato. In precedenza Giscard d'Estaing, denunciato mentre era presidente della Repubblica per fatti attinenti alla propaganda elettorale e precedenti all'assunzione della carica, si era presentato davanti alla magistratura ordinaria senza eccepire alcunché. L'orientamento del Conseil constitutionnel rovesciava quindi immotivatamente la cosiddetta giurisprudence Giscard d'Estaing. I giudici costituzionali furono accusati di aver usurpato una funzione del Parlamento fissando un principio che non corrispondeva a nessuna legge e quindi di rendere servizi e non provvedimenti giudiziari. La maggioranza socialista (presidente del consiglio era Lionel Jospin) sospettò un accordo tra il presidente della Repubblica e il presidente del Conseil Constitutionnel, Roland Dumas, anch'egli investito da alcuni accertamenti giudiziari insieme a Chirac.

⁸ Y. MÉNY, Y. SUREL, *Politique comparée*, 2009, p. 420.

Il Conseil reagì duramente contro “le prese di posizione che mettono in discussione l'onorabilità dell'istituzione e di ciascuno dei suoi membri.” Tuttavia, in seguito all'intensificarsi delle critiche, il presidente Dumas fu costretto alle dimissioni.

8. Più recente è la polemica con il presidente Sarkozy a proposito della *rétenition de sureté* (detenzione di sicurezza). Il Parlamento aveva approvato questa misura, che consiste nella detenzione a tempo indeterminato per persone condannate per gravi delitti, con effetto retroattivo. Il Conseil nel febbraio 2008 (sent. 562/2008) decise che la misura poteva applicarsi solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge e aveva pertanto dichiarato incostituzionale la norma che ne prevedeva la retroattività. Sarkozy reagì con durezza e richiamò la necessità che la misura, a tutela delle vittime, potesse applicarsi anche nei confronti di coloro che fossero stati già condannati; chiese quindi al presidente della Corte di Cassazione Vincent Lamanda di esaminare la questione e di avanzare le proposte necessarie per risolverla. Il Presidente della Cassazione rispose che le decisioni del Conseil Constitutionnel sono vincolanti anche per la Corte di Cassazione.

9. Gli scontri tra la politica e la Corte Costituzionale italiana non sono iniziati nell'ultimo quindicennio. Nelle sue prime decisioni, la Corte Costituzionale italiana si autoattribuì, con una argomentazione in qualche modo analoga alla *Marbury versus Madison*, la competenza a giudicare la costituzionalità non solo delle leggi successive all'entrata in vigore della Costituzione, cosa pacifica, ma anche di quelle che l'avevano preceduta, figlie dello stato liberale e del regime fascista. Conseguentemente dichiarò l'incostituzionalità di numerose leggi di polizia diretta espressione dell'autoritarismo fascista. Furono cancellate, ad esempio, le disposizioni relative al confino e all'ammonizione di polizia, irrogate allora da una speciale commissione amministrativa e non da un'autorità giudiziaria. Il ministro degli Interni Tambroni, per sottolineare l'indifferenza del governo rispetto a quella decisione, continuò a convocare, nonostante la dichiarazione di incostituzionalità, come se niente fosse accaduto, le commissioni amministrative per le misure di polizia. Nella seduta della Camera del 21 luglio 1956 sostenne addirittura: “Oggi le forze di polizia sono in gran parte prive (per colpa della Corte, n.d.a.) di strumenti idonei alla lotta immediata e quindi ravvicinata con la delinquenza. Abolito il fermo di polizia, sospeso l'istituto dell'ammonizione, si è determinata nei tutori dell'ordine una crisi psicologica di allarmanti proporzioni”.

La reazione più preoccupata contro la Corte venne dal Vaticano. Con la sua prima sentenza la Corte aveva dichiarato incostituzionale l'art. 113 della legge di pubblica sicurezza, che imponeva la preventiva autorizzazione di polizia per "distribuire o mettere in circolazione in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni". L'Osservatore Romano del 5/6 marzo 1957 riportava il testo di un discorso di Pio XII ai quaresimalisti romani, nel quale il Pontefice criticava severamente questa e altre decisioni della Corte, prendendo lo spunto da alcuni manifesti, asseritamente pornografici, affissi sui muri di Roma: ... *nella scarsa aspettazione di avere altrove una difesa veramente efficace, massime dopo la pronunziata dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune precedenti norme, occorre che in tali casi i cattolici di Roma difendano da sé i diritti della religione del buon costume e, in unione con le altre oneste persone di ogni tendenza, ma preoccupate della immoralità del popolo, sollevino una energica protesta della pubblica opinione ...*

Per effetto di queste vicende si determinò una forte tensione tra il Governo e la Corte Costituzionale. L'effetto più grave furono le dimissioni del presidente della Corte Enrico Di Nicola (26 marzo 1957), che era stato il primo presidente della Repubblica.

Superata la fase di avvio, il conflitto è rimasto sotto la cenere sino a quando la Corte si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità di norme risalenti al regime fascista. È riesplso quando sotto la scure dei giudici costituzionali sono cadute leggi recenti approvate da una determinata maggioranza politica ancora tale al momento della declaratoria di incostituzionalità. È accaduto di recente, ad esempio, tanto con il cosiddetto lodo Schifani quanto con il cosiddetto lodo Alfano.

10. Quando esplodono queste tensioni, viene evocato con insistenza il tema del "governo dei giudici". L'espressione, che ha avuto notevole successo, risale a un libro del 1921 del comparatista francese Edouard Lambert⁹, che criticava le posizioni della Corte Suprema degli Stati Uniti nei confronti della legislazione sociale. Si intende denunciare l'usurpazione di un potere di governo, spettante solo a chi è investito della sovranità popolare, da parte di una istituzione giudiziaria che è priva di legittimazione democratica perché non è investita dal popolo e non risponde al popolo. A ben guardare, in realtà, la denun-

⁹ E. LAMBERT, *Le gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Units*, Marcel Giard, Parigi, 1921; pubblicato in Italia nel 1996 da Giuffrè con il titolo *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*.

cia di un governo dei giudici riguarda spesso attività ordinarie, connesse alla funzione stessa del giudicare, e quindi dell'interpretare e dell'applicare le leggi. Questa funzione, in quanto tale, anche se esercitata correttamente, senza sconfinamenti del Giudiziario nei campi della politica o dell'amministrazione, ha rilevanti effetti che si concretano nella partecipazione, in via di fatto, alla *governance* di un Paese. È celebre un'affermazione del vescovo Benjamin Hoadly (1676-1761), che qualcuno ricorderà ritratto in un fastoso dipinto di William Hogart, oggi alla Tate Gallery di Londra: "Sotto ogni riguardo il vero Legislatore è chiunque ha un'assoluta autorità di interpretare qualsiasi legge scritta od orale, e non già la persona che per prima la scrisse o la pronunciò; *a fortiori* il vero Legislatore è chiunque ha un'assoluta autorità non solo di interpretare il diritto, ma anche di dire cosa sia". Su una linea analoga si pose nel 1908 Charles Hughes (1862-1948), che nel 1916 si era dimesso dalla responsabilità di giudice della Corte Suprema per candidarsi alla presidenza degli Stati Uniti e poi sconfitto dal democratico Woodrow Wilson: "Noi siamo governati da una Costituzione, ma la Costituzione è ciò che i giudici decidono che essa è".

11. I conflitti con la politica possono riguardare anche la giustizia ordinaria, ma con effetti limitati. I conflitti con le corti costituzionali toccano infatti i nodi cruciali della sovranità, della legge e del controllo di costituzionalità come fondamentale garanzia democratica; investono quindi il nocciolo dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. I conflitti con la magistratura ordinaria, in genere, non mettono in discussione il sistema politico nel suo complesso perché riguardano singole vicende e non hanno effetti di carattere generale. L'Italia fa eccezione. Il conflitto con la giustizia penale, infatti, ha assunto un carattere politico generale, perché investe la legittimazione del sistema politico (si ricordi la polemica sul "parlamento degli inquisiti") e, allo stesso tempo, la funzione stessa del rendere questo tipo di giustizia.

Gli altri tipi di giustizia, amministrativa e contabile, spesso rivestono un ruolo più incisivo della giustizia penale nella conduzione degli affari di governo. È difficile che un appalto per una grande opera pubblica o un concorso importante o una nomina di prestigio, per effetto del ricorso dei controinteressati non vengano decisi, alla fine, da un TAR o da un Consiglio di Stato. L'eclissi dell'atto politico come atto non impugnabile perché frutto di una scelta risalente direttamente ed esclusivamente alla responsabilità politica del governo, e quindi non sindacabile in via giurisdizionale, ha aperto le porte ad un controllo espansivo dei TAR e del Consiglio di Stato su tutti gli atti ammi-

nistrativi, dalla nomina da parte del governo del comandante generale della guardia di finanza (caso Speciale) alla revoca delle deleghe di un assessore da parte di un sindaco (caso Sgarbi-Moratti)¹⁰.

Anche la Corte dei conti è stata investita di nuovi e rilevanti poteri di intervento nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Si tratta del cosiddetto controllo collaborativo, istituito dalle leggi finanziarie 2005 e 2006. Alla Corte dei conti è stato attribuito il compito di definire i criteri cui devono attenersi i revisori degli enti locali per la predisposizione della relazione sul bilancio di previsione e sul rendiconto. La relazione deve essere trasmessa alle sezioni regionali, che esercitano ulteriori penetranti poteri di controllo e di vigilanza sulla base di parametri decisamente incerti. La legge n. 15/2009 ha istituito il cosiddetto controllo «concomitante» su tutta l'attività gestoria di amministrazioni statali, regionali e locali, sempre su basi normative fluide e in pratica autoprodotte. L'elevato numero dei soggetti in astratto sottoponibili a controllo (solo i comuni sono più di 8.000) da parte di poco più di 500 magistrati contabili, accentua il carattere casuale di queste attività di controllo e la funzione di indiretto governo delle amministrazioni centrali, regionali e locali, a volte a discapito di istituzioni legittimate dal voto popolare.

Questi fenomeni, pur potendo essere molto condizionanti nei confronti dell'azione di governo, non hanno tuttavia sollevato espliciti conflitti con la politica, né hanno fatto parlare di "governo dei giudici". Anzi, sono stati accompagnati da espliciti riconoscimenti ed espansione dei poteri di intervento. Aggressivo e delegittimante, invece, è stato l'atteggiamento di gran parte del mondo politico nei confronti della giustizia penale, che è in grado di incidere sul rapporto di fiducia che deve intercorrere tra cittadini e persone che rivestono funzioni politiche. Le questioni giudiziarie che riguardano l'attuale presidente del Consiglio sono state certamente determinanti per questo clima; ma le cause risalgono al passato e hanno carattere strutturale. Uno degli errori più gravi sarebbe confondere le questioni contingenti con quelle strutturali e ritenere che una volta "risolte" le vicende giudiziarie dell'on. Berlusconi, i problemi del rapporto tra giustizia penale e sistema politico avrebbero fine. Non

¹⁰ Di diverso avviso è stata l'ord. n. 3992/2008 del Consiglio di Stato che ha annullato la precedente ordinanza del Tar Veneto che sospendeva i lavori di allargamento della base militare Dal Molin. Il consenso del governo italiano al governo USA per l'effettuazione dei lavori costituiva: "atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico ... (riconducibile) alle attività di carattere internazionale tra Stati" e quindi sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità.

è così; sarebbe forse meno complicato risolverli, ma non cesserebbero di esistere perché la giustizia penale ha avuto e ha tutt'ora un peso del tutto peculiare nelle vicende politiche italiane¹¹.

12. La culla del sistema che dette vita alla Costituzione fu la vittoria sul fascismo e sul nazismo. Il principali partiti politici erano stati insieme, dalla stessa parte, in un tragico momento per la storia d'Italia, per di più vincendo una guerra di libertà. Questa storia comune ha costituito per circa 45 anni un cemento più forte di ogni possibile divisione politica e ha attutito i conflitti tra politica e magistratura penale, che pure ci sono stati e di rilievo tutt'altro che secondario. Si pensi all'arresto del capo dei servizi di sicurezza generale Miceli (1974), allo scandalo dei fondi neri dell'Italcasse (1977), al cosiddetto processo dei petroli (1980), ai processi per le stragi di piazza Fontana, di Brescia, di Bologna. Ma mai quei conflitti hanno messo in discussione l'amministrazione della giustizia penale e l'ordinamento dei poteri dello Stato.

Il sistema politico nel quale viviamo oggi, invece, è nato da due sconfitte. La sconfitta del comunismo ad opera della storia. La sconfitta delle tradizionali classi dirigenti per effetto della corruzione politica e amministrativa. Gli eredi del comunismo italiano non hanno ancora elaborato le ragioni di quella sconfitta e forse non se ne sono del tutto liberati. Molti degli eredi delle vecchie classe politiche dirigenti, che oggi fanno parte del partito di maggioranza relativa, o ad esso si richiamano, continuano ad addebitare la fine della Prima Repubblica non alla corruzione politica e amministrativa ma agli abusi della magistratura sostenuta da strani complotti tra servizi segreti americani, comunisti italiani e grande finanza internazionale. Conseguentemente sembrano cercare nella riforma della giustizia una sorta di vendetta postuma. È mancata una riflessione approfondita, e non ispirata da spirito di parte, sulle cause politiche della corruzione, sulla sua estensione e sul ruolo rivestito dalla giustizia penale nella fine della cosiddetta Prima Repubblica. La politica non ha voluto cercare una verità che la riguardasse e che avrebbe potuto duramente ferirla. Le diverse proposte di commissioni di inchiesta che si sono succedute miravano prevalentemente a portare argomenti a posizioni già costituite¹². La mancanza di uno sforzo di verità ha comportato l'incancrenirsi dei risentimenti e ha allontanato la riflessione.

¹¹ Su questi aspetti, L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, 2009.

¹² Sono indicate in L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 109 ss.

13. Si sono aggiunti altri fattori che hanno peggiorato la situazione.

Secondo una interessante e condivisibile ricostruzione¹³, mentre l'Ottocento è stato il secolo dei Parlamenti e il Novecento il secolo dei partiti, il Duemila si avvia ad essere il secolo dell'opinione pubblica. Quando prevale la democrazia dell'opinione pubblica, nella politica diventano decisivi i mezzi di comunicazione, la lotta per controllarli, la lotta per cosa comunicare, la lotta per come apparire. Diventa altresì decisivo il ruolo di coloro che possono accrescere o ridurre la credibilità delle personalità politiche dinanzi all'opinione pubblica. La magistratura penale è, tra i diversi soggetti istituzionali, quello che può incidere in modo più rilevante sulla credibilità di un uomo o di una donna impegnati in politica. Attraverso l'avvio di un'inchiesta, la pubblicizzazione, anche lecita, di un verbale di interrogatorio o del resoconto di una intercettazione, la pronuncia di una condanna o di un proscioglimento, la magistratura penale gioca, pur restando perfettamente entro le proprie funzioni costituzionali, un ruolo che può essere determinante nella competizione politica.

Sono stati tanti e di diversa natura i fattori che hanno favorito l'ingresso della magistratura penale nel sistema di governo del nostro Paese.

I magistrati del p.m. e i giudici, in fasi diverse della storia della Repubblica, sono stati incaricati da parlamenti e governi, o troppo deboli o troppo furbi, di svolgere ruoli di portata politica generale, per contrastare non comportamenti individuali, come è compito proprio della magistratura, ma fenomeni generali che dovevano invece essere contrastati dalla politica. Lotta contro il terrorismo, invece che processi ai responsabili di atti di terrorismo; lotta contro la mafia invece che processi ai responsabili di delitti mafiosi; lotta contro la corruzione, invece che processi contro corrotti e corruttori. Più recentemente la norma che penalizza gli immigrati privi di permesso di soggiorno, potrebbe costituire l'ennesima attribuzione alla magistratura penale di una responsabilità politica, la "lotta" alla immigrazione clandestina.

La conquista della più assoluta indipendenza della magistratura da centri di potere esterno, la cancellazione dei diversi tipi di segreto gestiti dalle autorità amministrative o politiche, l'abrogazione delle autorizzazioni a procedere hanno spezzato tutti i vincoli politici che nel passato condizionavano l'operatività delle procure della Repubblica.

Il Parlamento ha perso l'immunità, abrogata nel 1993, ma ha rinunciato progressivamente anche all'esercizio della responsabilità politica. Pertanto l'u-

¹³ B. MANIN, *La democrazia dei moderni*, Anabasi, Milano, 1992.

nico metro per valutare la responsabilità di un politico è diventata la responsabilità penale. Questo scivolamento ha conferito alla magistratura, non per sua colpa, un potere assai incisivo nella gestione delle vicende politiche. Nella cosiddetta Prima Repubblica, ad un ricorso intensivo e scorretto del rifiuto dell'autorizzazione a procedere corrispondeva però l'applicazione dei principi della responsabilità politica. Spesso, non sempre, ma spesso, al rifiuto dell'autorizzazione a procedere seguiva, dopo un lasso di tempo ragionevole, l'allontanamento del politico beneficiato da funzioni di governo o parlamentari di una qualche rilevanza. Oggi la responsabilità politica è quasi del tutto scomparsa; l'unica responsabilità rimasta sul campo è quella penale ed è quindi inevitabile che il giudice penale entri, e non per sua scelta, nella determinazione di questioni politiche e quindi nella *governance* del Paese.

In vasti settori della magistratura penale ha preso piede la dottrina del "controllo di legalità". È frequente sentirne parlare in convegni, tavole rotonde o sulle riviste specializzate. Il magistrato penale, soprattutto il p.m., avrebbe non solo la funzione di individuare e punire i responsabili dei reati, ma anche il compito di controllare che la legalità non venga violata. In sostanza la giustizia penale avrebbe anche una funzione preventiva, non solo repressiva. Si tratta di una invasione nelle competenze amministrative e di un evidente stravolgimento dei principi della divisione dei poteri. Alla luce di questa dottrina acquistano una notevole capacità espansiva della giustizia penale tanto le norme processuali, in verità equivoche, sulla notizia di reato, quanto quelle sostanziali relative ai reati di pericolo, al tentativo e al concorso di persone nel reato. L'art. 330 c.p.p. dispone che "Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa ...". La formula significa che deve essere acquisita notizia che un reato sarebbe stato commesso. P.m. e p.g. devono prendere una notizia che c'è, non possono cercare la notizia; devono prima accertare se il reato di cui parla la notizia sia stato commesso e poi devono individuare i responsabili. Non di rado, invece, e spesso in buona fede, i p.m. esercitano al fine di accettare *se per caso un reato sia stato commesso*, i poteri che la legge a loro attribuisce al fine di individuare i responsabili di un reato *che è stato commesso*.

Sulla materia il governo Berlusconi ha presentato al Senato un disegno di legge (S. 1440) assai criticabile che in buona sostanza riconduce nelle mani dell'Esecutivo il potere di controllo delle iniziative delle procure della Repubblica. In primo luogo, si propone che il pm non prenda più notizie di reato «di propria iniziativa» e che possa procedere nelle indagini solo dopo «aver ricevuto» la notizia di reato. L'iniziativa di prendere notizie di reato spettereb-

be solo alla polizia giudiziaria. La polizia giudiziaria, inoltre, conquisterebbe larghe possibilità di investigare autonomamente sui singoli reati (cosa positiva), ma tornerebbe a dipendere direttamente dal ministero dell'Interno, come avveniva prima del codice del 1989. Gli effetti di questo ritorno al passato possono diventare gravi: se le notizie di reato possono essere «prese» direttamente solo dalla polizia giudiziaria e non anche dal pubblico ministero, e se la polizia giudiziaria torna a dipendere dal governo, nei casi delicati sarà il governo, indipendentemente dal suo colore, a pilotare l'impostazione dei processi penali. Il pm per muoversi dovrà infatti attendere che la polizia giudiziaria gli mandi un rapporto, o che sul suo tavolo giunga una formale denuncia. Se alcuni settori della magistratura non avessero ceduto alla tentazione di trasformarsi in una sorta di protettorato della Repubblica, non saremmo giunti a queste proposte. Il dibattito parlamentare deciderà la soluzione definitiva, anche ricordando gli abusi e le omissioni compiute quando la polizia giudiziaria dipendeva direttamente dal ministero dell'Interno: le deviazioni delle indagini per la strage di piazza Fontana, ad esempio, sono un documento grave di quello che può accadere quando la giustizia si scontra con una occulta ragion di Stato. Per evitare gli abusi, sarebbe sufficiente chiarire con maggiore precisione che cosa si intende per notizia di reato: non un generico e fumoso sospetto, ma la notizia, non manifestamente inattendibile, che un fatto espressamente previsto dalla legge come reato sia stato commesso. Un secondo intervento riformatore dovrebbe chiarire che il pm non può «cercare» la notizia di reato, ma deve «prenderla» dove c'è, quindi anche in un documentato servizio giornalistico, iniziativa che con la riforma proposta non dovrebbe più essere possibile perché non si tratterebbe di una denuncia in senso tecnico. Se invece l'intento è quello di tornare alla discrezionalità dell'azione penale, occorrerebbe opporsi perché si tratterebbe di una soluzione che presenta i difetti di parzialità propri dei sistemi ad azione penale discrezionale, senza le virtù di quei sistemi che comportano la responsabilità del Governo davanti al Parlamento e all'opinione pubblica.

14. Una espansione anomala dell'intervento della giustizia penale è determinata anche dalla incertezza dei confini di alcune figure di reato e di alcuni istituti, come il concorso di persone nel reato e il tentativo. In un sistema fondato sulla indipendenza del pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale, norme particolarmente elastiche possono costituire il presupposto per "invasioni" della giurisdizione nelle sfere dell'amministrazione e della politica, del tutto lecite ma altrettanto lesive del principio della certezza del diritto e

della separazione dei poteri. Quando quelle norme entrarono in vigore, nel 1931, il p.m. era sottoposto all'Esecutivo e c'era una rigida disciplina gerarchica delle procure del Re. In quel contesto le norme elastiche servivano per conseguire gli obbiettivi politici fissati dal regime, mentre il controllo politico del p.m. riusciva ad evitare effetti indesiderati e a rendere più facilmente conseguibili quelli auspicati.

Il nuovo assetto della magistratura nel regime costituzionale repubblicano avrebbe dovuto comportare da tempo una riscrittura dell'intero codice penale non solo per la diversità delle tavole dei valori di oggi rispetto al 1931, ma anche per prevenire sconfinamenti della giurisdizione in terreni che non le competono. Non a caso il denominatore comune delle diverse commissioni di riforma del codice penale, costituite da governi diversi, ha riguardato la migliore tipizzazione di tutte le figure di reato, del concorso di persone nel reato e del tentativo.

La Commissione Pagliaro, nell'indicare i criteri seguiti per la definizione delle norme incriminatrici, spiegava che le ipotesi sarebbero state "descritte in modo da richiedere l'accertamento della concreta lesività o pericolosità del fatto" (art. 54).

La Commissione Grosso così criticava nella Relazione al progetto di riforma le disposizioni vigenti in materia di tentativo: "Poiché il requisito della idoneità non è in grado di contribuire in modo decisivo alla tipizzazione della condotta di tentativo, poiché il requisito della direzione non equivoca degli atti non aggiunge a sua volta profili sufficienti di tipicità, il giudice rimane sostanzialmente libero di determinare contenuti e limiti dell'istituto." La stessa commissione così tipizzava il concorso di persone nel reato: "Concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza causalmente rilevanti per la sua realizzazione" (art. 43).

La Commissione presieduta dal dr. Nordio propose di delimitare la punibilità del concorso di persone agli atti di promozione, organizzazione, direzione, agevolazione e esecuzione, tutti descritti con una certa accuratezza (artt. 43 e 44).

Il principio di offensività era specificamente indicato anche nel progetto di legge delega redatto dalla Commissione Pisapia (art. 2); lo stesso progetto dettagliatamente precisava nell'articolo 21 che "concorre nel reato chi partecipando alla sua deliberazione, preparazione o esecuzione ovvero determinando o istigando altro concorrente, o prestando un aiuto obbiettivamente diretto alla realizzazione medesima, apporta un contributo causale alla realizzazione del fatto".

Poco conta che nel nuovo processo le indagini del p.m. abbiano di per sé una ridotta attitudine probatoria. Nella democrazia dell'opinione pubblica, queste sono questioni per addetti ai lavori. Conta solo che un p.m. si sia mosso e che l'opinione pubblica ne sia stata informata perché si inneschi il circuito delle rivelazioni, delle delegittimazioni, delle esecrazioni. Spesso le invasioni di campo sono mosse dalle migliori intenzioni, per conseguire finalità in sé degne di tutela e per supplire alle inadempienze della pubblica amministrazione. Ma questo non le giustifica; anzi rischia di creare i presupposti per una politica regolatrice che coglie il destro per colpire proprio l'indipendenza della magistratura nel suo aspetto fondamentale: il non condizionamento politico delle indagini.

15. La giustizia penale diventerà prevedibilmente nel prossimo futuro il campo di scontro più significativo tra politica e giustizia. Ma per ragioni diverse da quelle abituali. Gli attentati terroristici compiuti o minacciati in molti paesi occidentali hanno fatto arretrare le frontiere dei diritti individuali di fronte alla potestà punitiva dello Stato. In quasi tutti i paesi occidentali, culla storica dei diritti dell'uomo, sono presenti leggi che, per fronteggiare rischi gravi, veri o presunti, usano la sanzione penale per limitare diritti fondamentali o per ridurre altrettanto fondamentali garanzie processuali al fine di condurre non la "lotta", ma la "guerra" contro il terrorismo¹⁴. Le Corti costituzionali dei paesi che si sentono più minacciati sono chiamate in causa per rendere effettivo il rispetto dei diritti garantiti dalle costituzioni e devono destreggiarsi tra il diritto di tutti i cittadini alla sicurezza e i diritti altrettanto fondamentali delle persone sospettate; detto in altri termini, tra le scelte della politica e gli obblighi che derivano, anche alla politica, dalla Costituzione.

Il Tribunale costituzionale tedesco, con una sentenza del 15 febbraio 2006, ha dichiarato incostituzionale il paragrafo 14 della *Luftsicherheitsgesetz* del 2004, che autorizzava l'aviazione militare ad abbattere gli aerei civili sequestrati dai terroristi, quando si configurasse il pericolo che potessero essere usati come arma contro obiettivi civili o militari, senza l'obbligo di valutare la praticabilità di altre misure per evitare il disastro. La decisione è stata presa considerando che gli occupanti dell'aereo dirottato erano considerati dalla legge co-

¹⁴ Sulla trasformazione della lotta al terrorismo in guerra al terrorismo e sulle conseguenze nel diritto e nel processo penale v. F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, *Quaderni Fioentini*, 2009, p. 1761 ss.

me meri oggetti, privi di dignità, quasi fossero parti integranti dell'aereo.

La House of Lords, nel dicembre 2005, (*A. and others vs. Secretary of State for the Home department*) ha dichiarato inutilizzabili le prove ottenute per effetto delle torture. Ma il fatto stesso che le torture siano tornate all'onore delle cronache è il segno della forte tendenza a far prevalere le esigenze di sicurezza sulla tutela dei diritti fondamentali.

Sono ancora una volta gli Stati Uniti che devono misurarsi nel modo più drammatico sul *conflict of laws*, tra l'interesse alla sicurezza e i diritti inviolabili delle persone. Dopo l'11 settembre il Congresso aveva attribuito al presidente Bush il potere *to use all necessary and appropriate force against those...he determines, planned, authorized, committes or aided the terrorist attack...on September 11, 2001*. Nel giugno 2004 nella causa *Rasul vs Bush*, la Corte Suprema rovesciò la decisione di una corte distrettuale per la quale il potere giudiziario non avrebbe potuto ingerirsi nelle vicende dei cittadini non americani detenuti a Guantanamo. La Corte Suprema decise che anche i detenuti di Guantamo avevano diritto ad un processo. Il Congresso rispose con due leggi: Detainee Treatment Act nel 2005 e Military Commission Act nel 2006 che cancellavano il diritto al processo per gli "enemy combatants", prigionieri degli Stati Uniti. Nel giugno 2008 la Corte Suprema (*Boumediene vs. Bush* e *Al Odah vs. United States*) tornava sul tema e confermava la precedente giurisprudenza dichiarando l'incostituzionalità delle norme del Military Commission Act che impedivano ai detenuti di Guantanamo di ricorrere ai giudici federali. Le motivazioni furono redatte, per la maggioranza, dal giudice Kennedy che sottolineò come la *Suspension Clause*¹⁵ era stata prevista dai Padri Fondatori *against the cyclical abuses of the writ by the Executive and Legislative branches*. Il giudice Scalia nella sua opinione dissenziente ribadì che a suo avviso la *Suspension Clause* non era applicabile ai prigionieri di Guantanamo, stranieri detenuti all'estero, che intravedeva *disastrous consequences* e che la sentenza *will almost certainly cause more American to be killed*¹⁶.

A tutti andrebbe ricordato quello che ha scritto la Corte Suprema israeliana: "Costoro (*i nemici combatteti*, n.d.a.) non sono al di là della legge, né fuori

¹⁵ La *Suspension Clause* prevede che l'*habes corpus* possa essere sospeso solo in caso di rivolta o di invasione.

¹⁶ PATRICK J. BORCHERS, *The conflict of laws and Boumediene v. Bush*, *Creighton Law Review*, 2008, n. 1; P. HALLIDAY - G. EDWARD WHITE, *The Suspension Clause: English text, Imperial context and American implications*, *Virginia Law Review*, 2008, 575, p. 94 ss.; M.A. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, *Cardozo Law Review*, 2006, 27, p. 2.

legge: Dio ha creato anch'essi a sua immagine e somiglianza, la loro dignità va onorata ed pertanto ad essi devono essere riconosciute le garanzie previste dal diritto internazionale»¹⁷.

16. Le democrazie occidentali stanno vivendo un paradosso. Producono leggi al fine di governare il Paese o almeno di fissare i principali indirizzi della vita delle comunità nazionali. Ma, al momento stesso in cui approvano una legge, governi e parlamenti si avviano a condividere con la magistratura, ordinaria, amministrativa, contabile, la gestione della legge stessa e quindi la determinazione delle regole concrete per la vita della comunità nazionale, che agli occhi dei cittadini sono più incisive delle leggi generali e astratte. Nei sistemi dominati dalla legge come principale strumento di governo del Paese e dalla giustiziabilità di tutti i diritti, le tensioni tra giustizia e politica appartengono alla vita stessa di una democrazia fondata sul principio della separazione dei poteri. La reciproca indipendenza tra Giudiziario e poteri politici (Legislativo ed Esecutivo) e le logiche diverse che ispirano l'azione di questi poteri fa sì che le divergenze siano inevitabili perché fisiologiche. Ma le divergenze, quando degenerano in conflitti, possono mettere in moto potenti spinte distruttive del sistema politico perché ciascuno dei due poteri possiede, sulla carta, i mezzi per distruggere l'altro. I magistrati possono attivare inchieste nei confronti delle autorità politiche colpendole, direttamente o indirettamente, nella loro credibilità. La politica può denigrare i magistrati facendoli apparire come non degni di fiducia perché mossi da spirito di fazione e può approvare leggi che ne mortificano la funzione. Né è configurabile, in un sistema fondato sulla separazione dei poteri, la presenza di una sede terza, legittimata a dire l'ultima parola tra potere giudiziario e potere politico. Il principio della separazione dei poteri comporta infatti l'esistenza di contrappesi per ciascun potere e quindi l'inaccettabilità di un soggetto dotato di poteri assoluti come sarebbe appunto l'istituzione cui fosse attribuito il potere di decidere i conflitti tra la giurisdizione e la politica. Proprio in omaggio al principio della non assolutezza di qualsiasi potere nello Stato democratico, l'articolo 1 della nostra Costituzione, dopo aver prescritto che la sovranità appartiene al popolo, stabilisce che anche quella sovranità va esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione".

¹⁷ Corte Suprema di Israele, 13 dicembre 2006, citata in F. RESTA, *Nemici o criminali?*, cit., p. 1786 n. Il testo di F. Resta indica anche tutte le disposizioni approvate in Italia che si ispirano al principio di emergenza, p. 1801 ss.

Il possesso di mezzi reciprocamente distruttivi per ciascuno dei poteri nei confronti dell'altro e l'assenza di un risolutore istituzionale demanda, alla fine, la risoluzione dei conflitti alla responsabilità istituzionale dei contendenti, alla comune consapevolezza cioè dei rischi distruttivi connessi al protrarsi del conflitto.

17. Perché questa consapevolezza si faccia strada è necessario che tanto la politica quanto le diverse magistrature prendano atto del fatto che la giustizia, costituzionale, ordinaria, amministrativa, contabile, fa ormai parte integrante della *governance* delle democrazie che riconoscono la separazione dei poteri e la giustiziabilità dei diritti e degli interessi legittimi. In assenza di questa consapevolezza c'è il rischio di una *pax siriana* tra i poteri politici e le diverse magistrature, come quella che la Siria mantiene in Libano. Si tratterebbe di una pace non auspicabile perché presupporrebbe la sterilizzazione di uno dei poteri da parte dell'altro. In realtà la separazione dei poteri comporta la condivisione del potere perché esclude che un soggetto possa primeggiare sugli altri.

Certamente i tre poteri non sono sullo stesso piano. I poteri politici, Parlamento e Governo, sono investiti direttamente o indirettamente, dalla sovranità popolare. La magistratura pronuncia le sentenze in nome del popolo italiano, ma, secondo una impostazione propria dell'Europa continentale, con il popolo non ha alcun rapporto. Ciò che rende la magistratura, *rectius* le magistrature, parte del sistema di governo è innanzitutto la funzione, richiamata anche dalle citate decisioni della Corte Suprema americana, di difesa della Costituzione degli abusi del Legislativo e dell'Esecutivo. Questa è la *ratio* dei poteri della Corte Suprema degli Stati Uniti. Il modello americano fu importato, dopo la Seconda Guerra Mondiale, in Germania e Italia, che avevano conosciuto tragici esempi di prevaricazione della politica sui diritti umani fondamentali. Proprio per evitare ai due paesi la ricaduta in sistemi politici totalitari, indifferenti alla tutela dei diritti e dei valori fondamentali, furono istituite le Corti Costituzionali, con il compito di prevenire la ricaduta nel totalitarismo. Successivamente l'istituto venne introdotto in tutti i Paesi occidentali. Nel sistema italiano la Corte Costituzionale può intervenire soltanto se la magistratura ordinaria, amministrativa o contabile, solleva eccezione di incostituzionalità. Esiste quindi un circuito tra la Corte Costituzionale e le altre magistrature che conferisce al sistema giudiziario nel suo complesso un ruolo rilevante ed esclusivo nel sistema di governo del Paese.

Una seconda ragione del "ruolo di governo" della magistratura sta nella sua assoluta indipendenza dal potere politico e da altri poteri. Si può dire,

dopo l'abolizione dell'immunità parlamentare, che la magistratura è più indipendente dal potere politico di quanto il potere politico non lo sia dalla magistratura.

Una terza ragione sta nella incertezza delle leggi, fenomeno oggi comune a tutte le democrazie, ma particolarmente rilevante nella nostra, che consegna alla magistratura il potere di fissare, con un certo margine di imprevedibilità, la regola del caso concreto.

Questi fattori dovrebbero convincere magistratura e politica ad un esercizio responsabile e reciprocamente rispettoso delle proprie prerogative. La magistratura non può costituirsi come aprioristica controparte del potere politico e la politica deve smettere di pensare ad un ruolo ancillare della magistratura. Far parte della *governance* e sapere di doverla condividere con altri dovrebbe aumentare il senso di responsabilità istituzionale da parte di tutti gli attori.

Anche il mondo dei giuristi dovrebbe scoprire una propria nuova dimensione cooperando alla determinazione dell'*actio finium regundorum* tra diritto e politica. Indico qui, solo per formulare qualche esempio, i campi nei quali occorrerebbe quell'approfondimento che è proprio del pensiero e del dibattito della scienza del diritto.

Non sarebbe il caso di studiare l'importazione di quelle clausole elaborate dalla Corte costituzionale tedesca, poi consolidate dalle leggi e dalla dottrina costituzionale di quel Paese, che valgono ad impedire un impatto troppo violento delle sentenze costituzionali sull'ordinamento giuridico?¹⁸

I processual-penalisti non dovrebbero mettere a punto una nozione di notizia di reato meno vaga di quella attuale e che salvaguardi il carattere necessariamente "successivo" dell'intervento del p.m. rispetto alla commissione del reato?

I penalisti dovrebbero affinare le norme sul tentativo, le norme sul concorso di persone nel reato, le norme che disegnano fattispecie di puro pericolo per poter meglio tipicizzare ipotesi che si prestano quasi necessariamente a sconfinamenti giudiziari in campi estranei alla giurisdizione.

I processualisti dovrebbero studiare ipotesi che senza schiacciare la libertà di interpretazione riducano la imprevedibilità delle decisioni e diano un qualche valore allo *stare decisis*.

¹⁸ G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002.

Gli studiosi del diritto amministrativo potrebbero riprendere la riflessione sui contenuti e i confini dell'atto politico al fine di determinare a loro volta i confini del potere politico rispetto alla giustizia amministrativa.

Le condizioni spirituali (nel senso di *geistige*) della scienza giuridica italiana, anche per la crisi dell'università e delle professioni che ruotano attorno all'applicazione e alla interpretazione del diritto, non attraversano una fase di splendore. Tuttavia è in quelle conoscenze che sta la radice del superamento dell'attuale rapporto patologico tra giustizia e politica. Il conflitto può trovare una soluzione nel senso di responsabilità dei protagonisti; ma questo senso di responsabilità può non esser sufficiente se mancano le soluzioni che innestino nell'ordinamento giuridico le misure preventive del conflitto.

Quelli indicati sono solo alcuni dei temi che la consapevolezza di una *governance* articolata su più poteri potrebbe individuare, tenuto conto delle condizioni attuali del sistema politico e della scienza giuridica. La consapevolezza della drammaticità del momento presente dovrebbe spingere i diversi attori, ciascuno nel suo campo, a risolvere i problemi posti dalla presenza, ormai ineludibile, di una componente giudiziaria nel sistema di governo.

Il punto su...
L'illegittimità del c.d. Lodo Alfano
(Corte cost. n. 262/2009)

prof. GLAUCO GIOSTRA
Università di Roma - "La Sapienza"

IL CREPUSCOLO DELLO STATO DI DIRITTO

1. Chiamato a commentare la sent. n. 262 del 2009, che ha dichiarato l'incostituzionalità della l. 124/2008 (c.d. "lodo Alfano") dovrei forse attenermi ad una valutazione tecnica di quel pronunciamento, ripercorrendo criticamente gli argomenti che vi sono svolti e, al più, cercando di trarne indicazioni *de iure condendo*, come peraltro mi riservo di fare. Ma l'idea che il giurista – al pari di un anatomopatologo delle norme e delle sentenze – debba lavorare chino sull'oggetto esaminato, senza alzare lo sguardo a quanto accade intorno ed a causa di esso, non mi appartiene. Le disdicevoli pressioni politiche sulla Corte costituzionale in vista della pronuncia in esame e soprattutto le inquietanti convulsioni istituzionali che ne sono seguite rivestono un'importanza maggiore della pronuncia stessa: il *vulnus* recato alla costituzione vivente dalle improprie e scomposte reazioni che questa ha provocato è incomparabilmente superiore al *vulnus* recato alla Costituzione dalla l. 124/2008.

Quando un Presidente del Consiglio si spinge a dire che l'attuale Corte costituzionale non è un organo di garanzia, bensì un organo politico, in quanto molti dei suoi componenti sono stati votati da maggioranze di sinistra o nominati da Presidenti della Repubblica di sinistra, assesta colpi d'ascia inesorabili alla pianta dello Stato di diritto, su un ramo della quale egli stesso è seduto; senza dire della inquietante luce che getta sui giudici della Consulta eletti dalla propria maggioranza. Quando un Presidente del Consiglio lamenta che il Capo dello Stato non sia intervenuto sui componenti della Consulta per far mutare loro avviso, gli rimprovera, in fondo, di non aver abusato del ruolo che la Costituzione gli assegna; senza dire della inquietante luce che getta sulla propria ordinaria condotta istituzionale.

Beninteso, è fuori discussione il diritto di criticare le decisioni della Corte costituzionale come quelle di ogni altro organo, anche apicale, dello Stato, sebbene nel farlo si dovrebbe avere tanta maggiore misura, quanto più alta è la carica rivestita. Ciò che in uno Stato di diritto nessuno dovrebbe consentirsi – e meno che mai chi ha responsabilità istituzionali – è di delegittimare la funzione e il ruolo di un organo costituzionale. Molti esponenti politici mostrano di non cogliere la differenza, eppure non dovrebbe essere difficile

intendere, ad esempio, che un conto è giudicare la politica economica del Governo gravemente inadeguata, un conto è negare a quel Governo legittimazione asserendo che il consenso elettorale da cui è sorretto è frutto di brogli o dei voti assicurati dalla criminalità organizzata. Nel primo caso si rientra, a pieno titolo, nel diritto di critica politica, non solo consentito, ma anche democraticamente fecondo. Nel secondo, contestando non già il modo, ma il diritto di governare, si corre il rischio – tanto più alto, quanto più autorevole è la fonte della contestazione – di smagliare il tessuto istituzionale della convivenza civile.

So bene che considerazioni simili suscitano ormai la degnata attenzione che si riserva alle verità ormai sopravvissute a se stesse: quasi fossero un'ingombrante eredità tardo-settecentesca, non più al passo dei tempi, di cui bisognerebbe avere il "coraggio" politico di disfarsi. Ma è proprio questa idea diffusa, ancorché non sempre esplicitata, a misurare il degrado culturale che stiamo vivendo: abbiamo smarrito la nostra "etica costituzionale". Mantenere la capacità di scandalizzarcene è un modo per sperare ancora.

2. Prima di passare all'esame della sentenza, una breve premessa di metodo. Poiché l'obbiettivo politico alla base della legge censurata dalla Consulta – evitare che il Presidente del Consiglio debba subire processi durante il suo mandato – non ha certo perso di attualità, si sta ancora alacramente lavorando intorno a diverse ipotesi di riforma (v. *postea* parr. 5 e 6), alcune delle quali non poco preoccupanti (riproposizione per via costituzionale delle stesse norme censurate; presunzione di permanente legittimo impedimento per l'imputato che ricopre una delle quattro cariche apicali dello Stato; riesumazione dell'autorizzazione a procedere; termini iugulatori di prescrizione per ogni fase del processo).

Viene quindi spontaneo guardare ai principi fissati dalla pronuncia della Corte, con la stessa apprensiva cura con cui, rientrata l'esondazione a monte, si procede ad una ricognizione degli argini più a valle, in attesa della tumultuosa piena, che trasporta con sé materiale molto contundente.

È con questa strabica attenzione – alla decisione della Corte e all'orizzonte legislativo, già gravido di inquietanti procellarie – che ci accingiamo a svolgere qualche considerazione a prima lettura della sentenza, privilegiandone i profili che hanno una maggiore proiezione verso il futuro.

3. La sentenza individua un primo profilo di illegittimità nella natura ordinaria della legge sottoposta al suo scrutinio. L'omologa pronuncia della Corte (sent. n. 24 del 2004) sull'omologo "lodo Schifani" (l. 140/2003), avendone dichiarato l'incostituzionalità per alcuni specifici profili, senza prioritariamente bollarne l'inadeguatezza formale, aveva invero inopportunamente lasciato più di un margine di ambiguità al riguardo. Se dal punto di vista strettamente giuridico non si può certo sostenere che la precedente sentenza esercitasse una forza di giudicato implicito in ordine alla praticabilità della via ordinaria, si può tuttavia "psicologicamente" comprendere il forte disappunto di quanti avevano ravvisato, in quella pronuncia e nel "lasciapassare" che il Capo dello Stato aveva concesso alla l. 124/2008, motivi di ragionevole aspettativa che questa potesse superare indenne il sindacato di costituzionalità, almeno sotto il profilo dell'adeguatezza formale.

Nel merito, tuttavia, il recente pronunciamento della Corte costituzionale, articolato in una stringente sequenza sillogistica, appare assai difficilmente controvertibile. Premesso il concetto di prerogative costituzionali (si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti «a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse», sottraendoli «all'applicazione delle regole ordinarie»); chiarito che al legislatore ordinario è precluso di intervenire in questa materia che trova organica disciplina nella Carta fondamentale («uno specifico sistema normativo», frutto di «un delicato ed essenziale equilibrio tra i diversi poteri dello Stato, potendo incidere sulla funzione politica propria dei diversi organi», «che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius*, né *in melius*»); constatato che il legislatore ordinario ha inteso introdurre nel caso di specie una prerogativa costituzionale a favore delle quattro più alte cariche dello Stato (dato che «la *ratio* della norma denunciata» deve essere «individuata nella protezione delle funzioni di alcuni organi costituzionali», mediante «un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione»); l'incostituzionalità della legge "torna" come il risultato di un conto.

3.1. Per scongiurare tale risultato, sarebbe stato necessario modificare una delle "voci". Ciò aveva ben intuito la difesa dell'imputato, che ha tentato di sottrarre la testa della norma alla ghigliottina della Consulta, sostenendo che si era praticamente in presenza di un "errore di persona": non si trattava di una prerogativa costituzionale, ma di una provvidenza a tutela del diritto di difesa. La sospensione dei processi, in questa chiave, non servirebbe ad evitare che l'esercizio del diritto di difesa comprometta l'assolvimento del *munus*

publicum, quanto piuttosto che questo assolvimento finisca per compromettere quell'esercizio. Tesi spericolata, per corroborare la quale la parte privata ha sostenuto che la garanzia introdotta intendeva assicurare «lo svolgimento del giusto processo attraverso la protezione del diritto di difesa, che del giusto processo è condizione ineliminabile, il quale subisce un arresto temporaneo sino al momento in cui cessa la carica esercitata, ossia la causa di legittimo impedimento a comparire». Giungendo persino a giustificare la non reiterabilità della sospensione con questo singolare argomento: la durata di un mandato sarebbe stata considerata dal legislatore periodo di tempo sufficiente per prepararsi ad «affrontare contemporaneamente gli impegni istituzionali di un eventuale nuovo incarico e il processo penale». Se la difesa della parte privata ha ritenuto di dar fondo ad ogni risorsa argomentativa spingendosi anche a queste imprese di *free climbing* esegetico, è perché evidentemente aveva ben intuito che – ove non fosse riuscita a scardinare la tesi della prerogativa costituzionale – la partita sarebbe stata persa. Come poi in effetti è stato, poiché la Corte ha avuto gioco facile a rispondere a tali preventive obiezioni, strategicamente lungimiranti, ma argomentativamente debolissime. Tra l'altro, alla Corte è bastato osservare come questa sorta di «presunzione legale assoluta di legittimo impedimento derivante dal solo fatto della titolarità della carica», risulterebbe «intrinsecamente irragionevole e sproporzionata» rispetto alla finalità di tutela del diritto di difesa. Essa opererebbe, infatti, ingiustificatamente nei casi in cui l'impedimento non sussista e inutilmente ove sussista, dal momento che l'imputato potrebbe, già in base alla normativa codicistica, addurre l'impedimento a comparire, avendo diritto al riconoscimento delle peculiarità e della rilevanza delle funzioni svolte (cfr. già in tal senso, Corte cost. sent. n. 225 del 2001; n. 39 e 391 del 2004; n. 263 del 2003; n. 451 del 2005). Quanto alla non reiterabilità del beneficio sospensivo, i giudici della Consulta hanno tagliato corto: la disposizione censurata intende soltanto fissarne un limite massimo di durata, «e non garantisce affatto (...) un periodo minimo per approntare la difesa»; meno che mai un periodo pari alla durata di un mandato. Basti pensare, esemplifica la Corte, al caso in cui il processo venga instaurato nei confronti del titolare della carica poco prima della sua cessazione, qualora il medesimo soggetto ne assuma subito dopo una nuova.

3.2. Che la normativa censurata, del resto, non si limitasse a stabilire una impossibilità dell'imputato di comparire nel processo e di difendersi adeguatamente a causa delle alte responsabilità di cui è gravato, è agevolmente dimostrabile con argomenti ulteriori rispetto a quelli usati dalla Corte, sui quali,

peraltro, non conviene attardarsi. Vi è, infatti, un argomento inespugnabile offerto dalla stessa Costituzione: il postulato difensivo – alla cui stregua il processo penale richiederebbe un dispendio di tempo ed energie non compatibile con le responsabilità istituzionali – è seccamente smentito dagli artt. 68, 90 e 96 Cost., là dove implicitamente prevedono processi penali per le stesse alte cariche dello Stato, sull'evidente presupposto della piena compatibilità del *munus publicum* con lo *status* di imputato. Certo, si può sempre sostenere che ad essere sbagliata sia la scelta costituzionale, ma si dovrebbe almeno riconoscere che non possano ragionevolmente convivere nello stesso ordinamento due opzioni basate su presupposti contraddittori e che a cedere il passo debba essere quella veicolata dalla norma ordinaria. Dunque, anche la strada percorsa dalla difesa per evitare l'incostituzionalità portava in definitiva allo stesso capolinea cui è giunta la Corte.

3.3. Semmai va aggiunto che la linea della parte privata, fragilissima quando cerca di configurare l'automatica sospensione dei processi penali come espressione di tutela del diritto di difesa, è invero piuttosto efficace quando porta il suo affondo critico all'impostazione fatta propria dalla Corte: se la sospensione processuale prevista dalla norma censurata costituiva una prerogativa indissolubilmente legata alla carica o alla funzione ricoperta dall'imputato, come mai era previsto che, in caso di nuovo incarico, la sospensione non potesse essere reiterata? In effetti, è difficile negare che non presenti qualche incongruenza "fisiognomica" una prerogativa costituzionale che non si accompagni sempre al titolare della carica alla quale è correlata. Se di ciò, come si è visto, la difesa privata dà una spiegazione improbabile e la Corte nessuna, limitandosi ad ammettere l'incongruenza («incoerente con entrambe le *rationes* ipotizzate»), è perché la vera ragione risiedeva in un dato di realtà, ammettere il quale sarebbe stato per la prima impossibile, per la seconda altamente inopportuno. Sotto la maschera della prerogativa costituzionale si celava, infatti, l'inequivocabile volto del privilegio: volendosi assicurare un "salvacondotto" processuale al Presidente del Consiglio lo si è camuffato da guarentigia costituzionale; poi, considerato politicamente incauto abusare dell'abuso, se ne è esclusa la reiterabilità in caso di assunzione di nuova carica. In definitiva, si può convenire con i giudici della Consulta sul fatto che, formalmente, la normativa censurata configurava una prerogativa costituzionale. Se poi non corrispondeva pienamente al modello tipico di un tale istituto è perché non era la sospensione dei processi penali che "serviva" alla carica ricoperta dall'imputato, bensì questa alla immediata sospensione

dei processi in corso. La temporanea sottrazione alla giurisdizione penale, cioè, rappresentava un fine e non un mezzo: era fatale che in più punti il travestimento scoprisse le reali sembianze dell'operazione politica. Ciò non può bastare, tuttavia, a far vacillare il principio enunciato dalla Corte: quando si introducono trattamenti differenziati rispetto alla giurisdizione in ragione dell'alta carica istituzionale ricoperta dall'imputato, si interviene sul delicato rapporto tra gli organi dello Stato e sull'assetto delle prerogative costituzionali previsto dalla nostra Carta fondamentale; tale assetto non deve considerarsi immodificabile, ma può essere cambiato soltanto con le forme della revisione costituzionale.

3.4. Tale principio fa giustizia *ante litteram* dei tentativi in atto (v. *postea* par. 6.) di evocare la tutela del diritto di difesa nel processo penale – introducendo, ad esempio, il legittimo impedimento a comparire stabilito per legge – con l'intento di far rientrare da una porta secondaria ciò che è appena stato estromesso da quella principale.

Difficile dire se l'idea di eludere questo principio ricorrendo ad *escamotages* che ripropongano, *mutato nomine*, il medesimo meccanismo censurato dalla Corte intrattenga più stretti rapporti con la sfrontatezza o con la callidità. Di certo, non può essere frutto di inconsapevolezza, poiché sarebbe oltremodo offensivo pensare che a qualcuno possa sfuggire l'imbarazzante somiglianza tra il riconoscimento di un legittimo impedimento a comparire per l'intero mandato e la sospensione del processo per la medesima durata: sono gemelli eterozigoti partoriti dal medesimo utero politico. Va da sé che anche nel caso di legittimo impedimento presunto *iuris et de iure*, cioè collegato in modo generale ed automatico alla circostanza che l'imputato ricopre una carica apicale dello Stato, siamo in presenza di una prerogativa costituzionale che non può mai essere veicolata dalla legge ordinaria. Lo stesso discorso vale per ogni altro meccanismo che, sotto le mentite spoglie dell'istituto di carattere processuale, tenda ad assicurare un esonero, sia pure temporaneo, dalla giurisdizione. Puntualizzazione probabilmente inutile; ma poiché in certe materie tutto fa difetto al nostro legislatore tranne che la fantasia, non si può escludere che si decida ad introdurre, ad esempio, un termine a comparire per l'imputato lungo quanto il suo mandato istituzionale oppure il diritto dell'imputato titolare di alte funzioni di chiedere un termine a difesa della stessa durata. In questi ed in altri casi simili avremmo a che fare con "immunità taroccate".

4. Una volta stabilito che per introdurre una forma di temporanea immunità processuale sarebbe stato necessario seguire l'*iter* della revisione costituzionale, la Corte avrebbe potuto pronunciare l'illegittimità *ex art.* 138 Cost. della normativa sottoposta al suo vaglio, dichiarando assorbita ogni ulteriore questione. Ha opportunamente ritenuto, invece, di esplorare anche il rapporto della disciplina scrutinata con l'art. 3 Cost., ravvisando più di un profilo di illegittimità. Qui non interessano tanto le conclusioni, quanto l'approccio, perché sconfessa di per sé la fallace convinzione che il mezzo di trasporto (legge costituzionale) possa "sdoganare" qualsiasi materiale trasportato. Ammonisce implicitamente la Corte che, se la disciplina di una nuova immunità dovesse porsi in rotta di collisione con i supremi valori costituzionali, in particolare con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza presidiati dall'art. 3 Cost., introdurla con il procedimento stabilito dall'art. 138 Cost. non basterebbe a sottrarla ad una declaratoria di incostituzionalità. *De futuro*, non ci si potrà, quindi, limitare ad issare la previsione dichiarata illegittima sulle spalle di questa più alta fonte di normazione per superare l'asticella del costituzionalmente necessario. Bisognerà evitare che il contenuto precettivo delle disposizioni che si intendono introdurre sia lesivo dei « principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali », in quanto appartengono « all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana » (Corte cost., sent. n. 1146 del 1988). In particolare, per le peculiarità della materia *de qua*, è necessario che non vi sia una relazione antinomica tra tali norme e i principi di uguaglianza e di ragionevolezza espressi dall'art. 3 Cost. Da questo punto di vista, dunque, l'alternativa è segnata. Ove il differente statuto processuale consista in una doverosa diversità di disciplina di situazioni diverse, intesa ad apprestare necessaria e proporzionata protezione all'organo costituzionale cui si riferisce, in coerenza con il sistema delle prerogative previsto dalla Costituzione, introdurla con le forme di cui all'art. 138 Cost. è condizione necessaria e sufficiente. Ove, invece, la differenza di trattamento di fronte alla giustizia sia irragionevolmente eccentrica in riferimento a quel sistema ovvero esorbitante rispetto alle effettive esigenze di protezione degli organi costituzionali, non basterebbe una procedura di revisione costituzionale a renderla legittima.

4.1. Sotto il primo profilo dell'"irragionevolezza sistematica", l'insegnamento della Corte appare inequivocabile. Dopo aver ravvisato un *deficit* formale nella natura ordinaria della l. 124/2008, ha significativamente posto in

evidenza come il meccanismo “immunitario” da questa introdotto presentasse aspetti censurabili ai sensi dell’art. 3 Cost., sia «sotto il profilo della disparità di trattamento fra i Presidenti e i componenti degli organi costituzionali», sia «sotto quello della parità di trattamento di cariche tra loro disomogenee». Ma quand’anche si ponesse rimedio a questi aspetti, resterebbe sempre, sino a quando si procederà “per addizione” rispetto all’attuale disciplina delle prerogative costituzionali, «l’ulteriore *vulnus* all’art. 3 Cost. derivante dal fatto [di] prevedere, per tutti i reati extrafunzionali, un meccanismo generale e automatico di sospensione del processo, che non può trovare ragionevole giustificazione in un supposto maggior disvalore dei reati funzionali rispetto a tutti, indistintamente, gli altri reati». Permanendo queste ingiustificate disparità di trattamento, la mera riproposizione, pur nelle più impegnative forme dell’art. 138 Cost., della normativa appena “bocciata” dalla Corte non la sottrarrebbe, dunque, alle censure di incostituzionalità.

4.2. Là dove il faro di questa sentenza non arriva a proiettare luce a sufficienza è, invece, sul terreno di quali debbano essere i requisiti di idoneità intrinseca dello strumento protettivo apprestato (“ragionevolezza funzionale”), affinché si possa parlare di fisiologica diversità e non di patologica disparità di trattamento di fronte alla giurisdizione. Se, ad esempio, si introducesse con legge costituzionale un “lodo Alfano” *bis*, accuratamente purgato delle mende riscontrate dalla sentenza in commento, la sospensione dei processi penali potrebbe avere le carte in regola? Tale profilo problematico rimanda al delicato e complesso problema – che chiaramente esorbita dall’economia di questo breve commento – dell’individuazione di *cosa* possa giustificare un trattamento differenziato di fronte alla giurisdizione e di *come*, cioè con quale strumento, questo si possa realizzare. In prima approssimazione, si potrebbe dire che ci si può discostare dalle regole ordinarie della giurisdizione a tutela di talune cariche di vertice dello Stato, quando l’applicazione di quelle potrebbe pregiudicare l’assolvimento di queste. Non certo, dunque, quando tale applicazione potrebbe turbare «il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche» – come infelicemente si esprimeva la sent. n. 24 del 2004 in un passaggio, poi opportunamente sottoposto a “rilettura” dalla sentenza *de qua* (punto 7.3.2.1. del *considerato in diritto*) – ma solo quando potrebbe compromettere il funzionamento dell’organo costituzionale, consentendo la legittima persecuzione di comportamenti che a questo sono essenziali o non contrastando a sufficienza il rischio di indebite interferenze giudiziarie. In presenza di simili evenienze si possono introdurre deroghe alla giurisdizio-

ne ordinaria, purché siano strettamente necessarie e proporzionate al conseguimento dell'obbiettivo che le legittima. Ed è questo il profilo che più interessa il processualpenalista in una prospettiva *de iure condendo*.

5. Ebbene, nell'armamentario dei diversi strumenti a disposizione del legislatore per proteggere il funzionamento degli organi pubblici dai possibili *vulnera* "da giurisdizione" conserva, ancor oggi, immeritato credito e pervicace attualità proprio quello della sospensione *ope legis* dei procedimenti penali riguardanti i componenti o i titolari di quegli organi (naturalmente ci si riferisce alla interruzione automatica del processo per tutta la durata della carica, a prescindere dal *nomen iuris* che si vuol dare all'istituto che la determina: assoluto impedimento previsto per legge, termini a difesa della durata del mandato, difetto di condizione di procedibilità contro i titolari di alcune organi o quanti altri la fantasia legislativa saprà escogitarne).

Ad avviso di chi scrive, la sospensione dei processi penali nei confronti di quanti ricoprono cariche apicali dell'ordinamento, almeno nella forma generale e automatica in cui è stata e viene tuttora prospettata, deve considerarsi costituzionalmente e tecnicamente improponibile.

5.1. Dal punto di vista costituzionale, una simile tutela della funzione svolta risulterebbe sempre sproporzionata per eccesso, in quanto non potrebbe mai dirsi necessaria, per mettere al riparo da indebite interferenze del giudiziario l'espletamento della funzione costituzionalmente rilevante. Per soddisfare una tale esigenza, bisognerebbe semmai introdurre filtri idonei ad evitare azioni penali azzardate o persecutorie (tra l'istituto dell'autorizzazione a procedere da esercitare secondo insindacabile arbitrio "domestico" – che, avendo dato invereconda prova di sé, sembra difficilmente riproponibile – e la ordinaria perseguibilità giudiziaria del rappresentante politico, anche investito di responsabilità apicali, vi è una serie di soluzioni intermedie che andrebbero attentamente e serenamente vagliate). Quanto alle maggiori difficoltà che comprensibilmente può incontrare il titolare o il componente di un organo costituzionale nel partecipare alle attività giurisdizionali, basterebbe, per farsene adeguatamente carico, semplicemente modulare l'applicazione degli ordinari istituti processuali (come condivisibilmente suggeriva, ad esempio, Corte cost., sent. n. 225 del 2001).

5.2. Dal punto di vista tecnico, lo strumento dell'automatica sospensione

dei processi presenta insormontabili controindicazioni, che dovrebbero consigliare il definitivo abbandono dell'idea di farvi ricorso.

Innanzitutto, non ci potrà mai essere una sospensione in termini assoluti: il *black out* processuale, infatti, non potrà riguardare in nessun caso anche le indagini. Ove venissero anch'esse bloccate, non di sospensione si tratterebbe, ma di impunità: sostenere che l'inquirente possa plausibilmente mettersi in cerca delle prove a distanza di cinque o sette anni dal fatto significherebbe davvero, ancora una volta, proporre una soluzione farisaica. Consentire lo svolgimento delle indagini, d'altra parte, pregiudicherebbe il più delle volte quegli stessi interessi, a tutela dei quali è prevista la sospensione del processo: basti pensare alla possibilità che siano disposte, in questa fase, misure limitative della libertà personale.

Si aggiunga poi che, ad intervenuta sospensione del processo, sarebbe comunque necessario introdurre meccanismi di assicurazione della prova deperibile. Gli atti urgenti e non rinviabili debbono sempre poter essere compiuti (cfr. Corte cost., sent. n. 77 del 1994). E gli atti non rinviabili saranno tanto più numerosi, quanto più lungo ed incerto si prospetterà il periodo della sospensione. È facile prevedere che il "letargo processuale" verrà frequentemente interrotto da uno stillicidio di episodici "risvegli" giurisdizionali. Di conseguenza, il bene a tutela del quale è intervenuta la sospensione – e che dobbiamo presumere vulnerato dallo svolgimento di attività processuale – sarà leso dai tanti interventi occasionali, ma di crescente frequenza, dettati dal *periculum in mora*: un pregiudizio "a rate", certo, ma non per questo, data la sua imprevedibilità e la sua accentuata ricorrenza, meno lesivo.

Va inoltre considerato che, pur a voler prescindere dalle necessità di assunzione urgente della prova, solo apparentemente il procedimento resterà fermo al "fotogramma" del momento della sospensione. Non si potrà certo impedire alla difesa di svolgere un'attività investigativa dopo la sospensione del processo. Impensabile interdire al difensore, che può addirittura espletare indagini *in vista* di un processo penale non ancora attuale (art. 391-*nonies* c.p.p.), di svolgerne nelle more della sospensione: sarebbe incostituzionale proibirgli di cercare prove a scarico, che, alla ripresa del processo, potrebbero essere andate irrimediabilmente disperse. Ma se concediamo alla difesa la facoltà di continuare *medio tempore* le investigazioni, non si può non riconoscere anche al pubblico ministero, in base al principio di parità delle parti sul piano probatorio, sancito dall'art. 111 Cost., la possibilità di svolgere indagini pur a processo sospeso. Ne consegue che questo deve ammettere, da un lato, l'assunzione di prove non rinviabili e, dall'altro, la prosecuzione, sia pure carsica-

mente realizzata, dell'azione investigativa delle parti.

Incapace di garantire l'effettivo arresto di ogni attività giudiziaria, lo strumento della sospensione presenta un ulteriore connotato di inadeguatezza funzionale: colpisce, per dir così, alla cieca, a seconda dell'accidentale momento in cui l'imputato assume una carica "protetta". Il processo, ad esempio, potrebbe essere "ibernato" al momento della richiesta di rinvio a giudizio, o all'inizio dell'istruzione dibattimentale, o alla vigilia della deliberazione della sentenza di primo grado, o nelle more del ricorso per cassazione, con criterio del tutto casuale. Nell'ultimo caso, non si comprende come possa giustificarsi l'interruzione del giudizio, dato che si tratta di un segmento processuale, che certo non distoglie l'imputato dal suo *munus publicum*, non essendo appunto prevista una sua partecipazione; negli altri, non si vede come possa sostenersi che la sospensione sia soltanto una innocua soluzione di continuità nell'amministrazione della giustizia.

Qualora lo stop intervenga con l'esercizio dell'azione penale si rischia di dover far trascorrere cinque o sette anni, prima di tenere un'udienza preliminare in cui verrà dichiarato il non luogo a procedere o, evenienza non meno imbarazzante, in cui verrà chiesto il giudizio abbreviato. Se la sospensione interviene all'inizio dell'istruzione dibattimentale, si cagiona un irreparabile nocumento al valore dell'assunzione orale della prova: è pensabile assumerla dopo sette-dieci anni dal fatto (tale sarebbe, infatti, il lasso temporale se ai tempi lunghi per arrivare all'istruttoria dibattimentale si sommano i cinque o sette anni di sospensione)? Quale credibilità, quale affidabilità, che tipo di verità potrà garantire un accertamento di questo tipo? Se il fattore sospensivo interviene, invece, dopo l'istruttoria dibattimentale, alla ripresa, dopo cinque o sette anni, il giudice dovrà pronunciare sentenza sulla base dei verbali e di qualche sbiaditissimo ricordo, non propriamente all'insegna dei fondanti principi dell'oralità e della concentrazione dibattimentale (già, per la verità, sin troppo usurati nell'ordinario quotidiano giudiziario). Si aggiunga che, probabilmente, alla ripresa del processo sarà estremamente difficile o addirittura precluso (nei non infrequenti casi di procedimenti con una pluralità di imputati, uno soltanto dei quali protetto dall'immunità processuale) comporre il medesimo collegio che aveva istruito il dibattimento. Allora si ha un bel dire che la decorrenza dei termini di prescrizione è sospesa. In realtà il giudizio, che ha subito una lunga interruzione, va spesso rifatto da capo: con la fatua ripetizione dell'assunzione delle medesime prove a distanza di anni e il rischio incombente della prescrizione.

Dietro l'angolo di un processo sospeso ci sarebbe comunque, se non la pre-

scrizione, la sua irragionevole durata. Proprio nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 l. 140/2003, la Corte costituzionale ha puntualizzato – disattendendo recisamente la considerazione avanzata dalla difesa secondo cui, in definitiva, con la sospensione del processo tutti i diritti rimanevano impregiudicati – che «all'effettività dell'esercizio della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo» (sent. n. 24 del 2003, con interessanti richiami alle sentenze n. 353 e n. 354 del 1996). Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, del resto, ha più volte precisato che una maggiore lunghezza del processo può essere tollerata solo quando serve a meglio espletare i diritti di difesa oppure a meglio approfondire l'accertamento del fatto (si vedano, con diversa angolazione, Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, Kolchinayev c. Russia e Corte eur. dir. uomo, 12 agosto 1999, Ledonne c. Italia, nonché la giurisprudenza ivi richiamata).

Risulta, inoltre, fatalmente pretermesso da soluzioni di questo tipo, il diritto della persona offesa ad avere una sentenza in un tempo ragionevole. Al riguardo, varrebbe la pena di andarsi a rileggere le pronunce della Corte di Strasburgo (cfr., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 3 aprile 2003, Anagnostopoulos c. Grecia), che hanno ravvisato una violazione del diritto al giudice e al processo, là dove il danneggiato dal reato, dopo essersi rivolto al giudice penale, possa essere costretto, a distanza di molti anni, a “trasferire” le sue pretese in sede civile. Si potrebbe obiettare che, almeno nei casi in cui il processo penale “impatta” sin dall'inizio con la sospensione, basterebbe prevedere – come faceva la legge censurata – la possibilità per la parte civile di andare dinanzi al giudice civile. Ma anche ad ammettere che ciò possa essere sufficiente dal punto di vista da ultimo evidenziato, ci si troverebbe sempre – in questo caso, come negli altri di trasferimento dell'azione civile nella sede propria – dinanzi alla stranezza di un ordinamento che, da un lato, sospende l'accertamento penale del reato a tutela della carica ricoperta dall'imputato, dall'altro, consente che in sede civile – per liquidare l'eventuale danno – il giudice si pronunci sulla sussistenza di quel medesimo reato.

Un ultimo rilievo. Dopo la scadenza del mandato “giurisdizionalmente immune”, ove l'interessato venga confermato nella carica o ne assuma un'altra coperta da tutela, gli si dovrebbe riconoscere la possibilità, come sarebbe coerente con la natura del beneficio, di continuare a godere della stessa prerogativa. Ma si determinerebbe una indifendibile situazione di giustizia sospesa *sine die*, che con l'andare del tempo assomiglierebbe sempre di più ad una impunità travestita. D'altra parte, l'unico modo per evitare questa inaccettabile protrazione della guarentigia, sarebbe quello di prevedere la non rielegibilità – almeno si-

no alla definizione del processo – di chi ha goduto della sospensione, incidendo intollerabilmente, però, su un suo diritto costituzionale (art. 51 Cost.).

5.3. Spostandoci dalle implicazioni tecnico-giuridiche a quelle *lato sensu* politiche, si deve notare come nel caso, frequentissimo, di concorso di persone nel reato, il processo può essere sospeso a carico dell'alto funzionario, ma non nei confronti dei coimputati. Questi potrebbero, in costanza di sospensione del processo per la parte riguardante il concorrente che ricopre un'alta magistratura, essere giudicati e condannati, come la realtà si è incaricata di esemplificare. Quali ombre si allungerebbero, in simili evenienze, sull'immagine personale e sul prestigio istituzionale dell'"immune"? Che idea potrebbe farsi la collettività di una simile situazione? Fatalmente penserebbe dell'alto funzionario, magari innocente, che è semplicemente un colpevole privilegiato: i suoi correi sono stati condannati, mentre lui vive in questa sorta di intangibile limbo processuale, grazie alla carica ricoperta, che lo rende più uguale degli altri dinanzi alla legge. E questa sensazione, democraticamente rovinosa, sarebbe destinata a rafforzarsi, qualora l'imputato "privilegiato", alla ripresa del suo processo dopo la pluriennale sospensione, venisse prosciolto per l'impossibilità di formare la prova o per intervenuta prescrizione.

6. Come si diceva, anche in questi ultimi giorni ci si sta febbrilmente affaccendando per aprire al Presidente del Consiglio, dichiaratamente ormai, una via di fuga dalla giurisdizione penale. Viene ancora una volta rappresentata nel teatro politico nazionale la deprimente *pièce*, fischiata ed applaudita dalle opposte tifoserie, imperniata, con minime varianti, intorno ad una scena ormai consueta: un panzer cieco che prova a sfondare il muro di cinta della legalità, lesionandolo in diversi punti. Più in auge delle altre, questa volta, sembra la soluzione, politicamente contrabbandata come frutto di rassegnato realismo, che si ispira alla filosofia della riduzione del danno. Una soluzione "ponte" per sottrarre alla giurisdizione il Presidente del Consiglio riconoscendogli per legge un assoluto legittimo impedimento "a tempo", il tempo necessario per apprestare un altro rimedio meno precario, attraverso una «legge costituzionale recante la disciplina organica delle sue prerogative» (come se il legittimo impedimento per legge non fosse esso stesso una prerogativa, trattandosi – come abbiamo detto – di una sospensione processuale sotto mentite spoglie). Una pezza a colore che servirebbe per fare uscire il Paese da una penosa *impasse*, evitando laceranti scompaginamenti del sistema normativo. Che

l'obbiettivo sia apprezzabile e forse per tal via anche conseguibile, si può al limite concedere. Purché si abbia l'onestà intellettuale di indicarne la contropartita. Ci si comporta un po' come in economia si è fatto con il debito pubblico: i problemi contingenti si affrontano con soluzioni il cui costo dovrà essere pagato dalle generazioni future. Espedienti come questo, dai quali la Costituzione esce umiliata, lasceranno macerie culturali che impediranno per molti anni di riedificare quel senso di condivisione di regole e di istituzioni comuni che rende i coabitanti di un dato territorio cittadini di uno Stato di diritto.

prof. GIORGIO SPANGHER
Università di Roma - "La Sapienza"

DISSENTING OPINIONS

1. Com'è noto, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 124 del 2008 per violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 138 Cost., in relazione alla disciplina delle prerogative di cui agli artt. 68, 90 e 96 Cost.

I giudici della Corte costituzionale hanno ritenuto che la normativa censurata attribuisce ai titolari di quattro alte cariche istituzionali un eccezionale ed innovativo *status* protettivo che non è desumibile dalle norme costituzionali sulle prerogative e che, pertanto, è privo di copertura costituzionale, sicché, la legge citata non costituisce fonte di rango idoneo a disporre in materia.

La conclusione, perseguita attraverso la ritenuta funzione della norma ed il conseguente contesto costituzionale nel quale si inserirebbe, va indubbiamente rispettata.

Tuttavia, mai come nel caso di specie, se le notizie filtrate dal Palazzo della Consulta sono rispondenti al vero, la prospettazione formale delle *dissenting opinions* sarebbe risultata utile, opportuna, necessaria.

Si ripropone – non da oggi, peraltro – il tema delle articolate e diversificate opinioni – e solo di queste – che sulle questioni di legittimità costituzionale si prospettano tra i giudici delle leggi.

Non appare, tuttavia, arbitrario e difficoltoso individuare quelli che possono essere stati i motivi le ragioni del contrasto di opinioni in materia.

2. Il primo profilo suscettibile di sollevare una significativa differenza di opinioni è sicuramente riconducibile al concetto di "assorbimento".

Se appare di certo concettualmente corretto quanto sostenuto nella decisione qui considerata, il discorso solleva qualche riserva in relazione a quanto prospettato in relazione al *decisum* di C. Cost. n. 24 del 2004. Se, invero, può essere riprospettata, sotto altri profili, una questione di legittimità costituzionale già rigettata, il concetto di assorbimento pare prospettare il superamento di una questione di incostituzionalità per il prevalere – nell'ordine logico – di un profilo di rilevanza maggiore. È indubitabile che la questione del rango della legge nella materia qui considerata finisce per assumere un ruolo decisivo

rispetto a profili di segno diverso, ancorché, essi pure, viziati di illegittimità.

Il dato assume forte rilevanza proprio nei rapporti istituzionali – quelli tra Corte costituzionale e Parlamento – che si sarebbero avvantaggiati da una maggiore chiarezza e precisione argomentativa. Esistono nozioni diverse, come quello della “preclusione”, del “superamento”, del “venir meno del rilievo” che meglio si sarebbero attagliate alla delineata situazione. In ogni caso, resta il problema dell’ordine logico nel quale affrontare – da parte della Corte – le questioni sollevate ed appare difficile negare che questo esame debba partire dalla questione che per l’ordine giuridico e logico assume il significato dalla “premessa maggiore”.

Un secondo aspetto controverso e controvertibile ha sicuramente riguardato la natura e la finalità della l. n. 124 del 2008.

Secondo i giudici della Corte costituzionale, la norma tenderebbe ad assicurare una sorta di immunità alle Alte cariche dello Stato indicate nella citata legge. Invero, una attenta lettura della previsione sembrerebbe escludere che si tratti di situazioni riconducibili al novero dell’”insindacabilità (delle) scriminanti in genere o (delle) immunità sostanziali; (dell’) inviolabilità; (dell’) immunità meramente processuale; quali fori speciali (delle) condizioni di procedibilità o (di) altro meccanismo di favore; (di) deroghe alle formalità ordinarie”.

Che la previsione si collochi al di fuori del raggio di operatività di queste ultime situazioni è confermato dalle disposizioni che regolano l’operatività per la sola fase processuale, con conseguente esclusione di rilievo per il principio di obbligatorietà dell’azione penale; che limitano la sospensione del corso della prescrizione; che consentono l’acquisizione degli atti urgenti *ex* artt. 392 e 467 c.p.p.; che fissano la disciplina dell’azione civile, con regola di favore a tutela del danneggiato dal reato.

La norma, in altri termini, appare molto lontana sia dalle previsioni di cui agli artt. 68 comma 1, 90 e 96 Cost. ove si fa, invece, esplicito riferimento tanto a situazioni di esclusione di responsabilità, quanto a percorsi processuali speciali, sia dall’art. 68 comma 2 Cost., nella formulazione antecedente alla riforma di cui all’art. 1 alla l. cost. n. 3 del 29 ottobre 1993 ove si prevedeva espressamente che “senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene nessun membro può essere sottoposto a procedimento penale”

Ancorché la motivazione della decisione abbia ritenuto di superare la questione richiamandosi a C. cost. n. 148 del 1983, è facile ipotizzare che oggetto di una diversa considerazione all’interno del collegio sia stata la speciale disciplina – regolata con legge ordinaria – riguardante i componenti del Consiglio

Superiore della Magistratura in relazione alla insindacabilità della manifestazione delle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione.

Invero, ritenere che la legge ordinaria sia fonte idonea nella riferita situazione in quanto "rigorosamente circoscritta" alle "sole manifestazioni del pensiero funzionale all'esercizio dei poteri-doveri spettanti ai componenti del Consiglio Superiore" della Magistratura, trattandosi di un "ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco", non può non costituire a fronte dell'art. 68, primo comma, Cost. – ancorché di dimensioni più late, in relazione, tuttavia, al più ampio spettro delle funzioni – un'argomentazione debole. Comunque, non preclusiva di qualche mirata estensione.

3. In aderenza con quanto espressamente e formalmente previsto dalla legge, deve ritenersi che la previsione contenuta nell'art. 1 della l. n. 124 del 2008 configuri un'ipotesi specifica di sospensione obbligatoria del processo, ancorché rinunciabile da parte dei soggetti per i quali la tutela è stata predisposta.

Quest'ultimo elemento si ricollega alla funzione della previsione. Se per i giudici della Consulta si tratta di norma tesa a tutelare la continuità nello svolgimento delle funzioni connesse alle cariche occupate dai soggetti ai quali la disposizione si riferisce, è verosimile che un'opinione dissenziente vi abbia ricondotto una finalità connessa alle condizioni ed al tempo per un efficiente e efficace espletamento della funzione difensiva. Proprio a questo dato sarebbe riconducibile la riferita rinunciabilità della sospensione, da ritenersi più difficilmente giustificabile in presenza dell'altra finalità della norma.

Tuttavia, corre l'obbligo di sottolineare, avendo presente quanto disposto dall'art. 205 c.p.p., in relazione alle modalità d'assunzione della testimonianza del Presidente della Repubblica e di grandi ufficiali dello Stato, che anche la finalità di garantire la continuità e la regolarità della funzione cui sono preposti appare essere in qualche modo ("possono chiedere") disponibile da parte dei soggetti ai quali la previsione si riferisce.

Il riferimento all'art. 205 c.p.p., invero, consente di affermare come non possa escludersi che la finalità della previsione sia duplice: da un lato, la tutela della continuità della funzione che prevede – senza interruzioni, semplici modalità differenziate di espletamento dell'atto, necessario per lo sviluppo del procedimento la continuità del processo nel quale le Alte Cariche sono semplici testimoni; dall'altro, la sospensione del processo in relazione all'espletamento di un diritto istituzionale e sovranazionale come quello del diritto di

difesa che più significativamente – se del caso, pertanto, disponibile – può incidere sullo svolgimento delle Altre funzioni cui più volte si è fatto cenno.

Sotto quest'ultimo profilo, deve essere stata ritenuta non pienamente condivisibile la considerazione per la quale la tutela difensiva sarebbe assicurata dalla disciplina sul legittimo impedimento.

Al riguardo, non è difficile affermare che, come emerge da precedenti specifici e dalla giurisprudenza in materia, la nozione *de qua*, l'ambito interpretativo, le ricadute processuali e le implicazioni sanzionatorie sono suscettibili di notevole varietà interpretative in ordine alle quali può essere inopportuno innescare conflitti istituzionali, superabili – in mancanza di una disciplina dettagliata, anche se non esaustiva – con la previsione della sospensione del processo e con le riferite previsioni a tutela dello svolgimento – differito, ma certo – della funzione giurisdizionale.

Il richiamo alla disciplina processuale della testimonianza, consente di evidenziare anche un altro possibile motivo di dissenso rispetto all'impostazione fatta propria dalla Corte Costituzionale nella declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1 l. n. 124 del 2008.

Secondo i giudici della Consulta, infatti, l'individuazione delle posizioni soggettive oggetto di tutela non apparirebbe giustificabile, operando una arbitraria ed irragionevole differenziazione di trattamento sia tra Presidenti delle Assemblee parlamentari e componenti delle Aule, sia tra Presidente del Consiglio e ministri.

La citata previsione, cioè, l'art. 205 c.p.p. opera, invero, proprio questa differenziazione che deve pur aver avuto una qualche giustificazione se il legislatore del 1988 ha ritenuto di inserirla nel nuovo codice, adeguando al nuovo impianto costituzionale quanto previsto dal codice del 1930.

L'eliminazione del Presidente della Corte costituzionale appare giustificata dal fatto che si è voluto limitare la tutela alle sole cariche oggetto di elezione da parte del Parlamento, cioè, alle cariche legate da un rapporto fiduciario con un ramo del Parlamento, se non addirittura con i due rami dello stesso, se non anche da parte di un corpo elettorale più ampio (come nel caso del Presidente della Repubblica). Si tratta, comunque, di posizioni soggettive che anche nella struttura costituzionale sono chiamate all'espletamento di funzioni differenziate rispetto alle altre oggetto della riferita comparazione ed esclusione.

Il mancato inserimento del Presidente della Corte costituzionale, del resto, andrebbe affrontato con una specifica questione di legittimità costituzionale nell'eventualità in cui una vicenda processuale lo dovesse riguardare e non

con la caducazione delle altre posizioni soggettive.

4. Le possibili prospettazioni di alcune *dissenting opinions* consentono di chiarire come le questioni affrontate dalla Corte costituzionale presentino profili di problematicità di rilevante spessore, il cui rilievo – anche per il contesto storico nel quale si inseriscono – è destinato ad incidere profondamente nella vita istituzionale del nostro Paese. La radicale alternatività delle posizioni prospettate non impedisce, tuttavia, di ritenere che – forse – una decisione capace di superare l'elemento “assorbente” per circoscrivere alcuni profili problematici della disciplina (ad es., seppur sotto profili diversi tra norme di favore e di sfavore: l'indiscriminato catalogo dei reati suscettibili di determinare l'interruzione del processo; l'irrilevanza del tempo del commesso reato; il diritto alla sospensione per l'intera legislatura ovvero per la sola legislatura, ovvero anche in caso di nuova nomina; l'inoperatività dell'inattività processuale in caso di nomina in un'altra carica o funzione) sarebbe stata una scelta più rispondente alla molteplicità dei profili che la l. n. 124 del 2008 intendeva assicurare.

Primo piano

prof. Dr. LUIS E. CHIESA

Associate Professor of Law - Pace Law School - Pace University New York

GIUSTIZIA E FAIRNESS NEL PROCESSO PENALE*

SOMMARIO: 1. Giustizia e *Fairness*. - 1.1. Giustizia e *Fairness* nella Columbia University. - 1.2. Il vincolo fra Uguaglianza e *Fairness*. - 1.3. La natura processuale del concetto di *Fairness*. - 1.4. La *Fairness* in italiano. - 2. I conflitti fra Giustizia e *Fairness* nel processo penale. - 2.1. Esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento. - 2.2. Ammissibilità della confessione. - 3. Soluzioni per dirimere il conflitto fra Giustizia e *Fairness*. - 3.1. Regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso. - 3.2. Giustizia e *Fairness* e tipo di regola utilizzata per l'esame di un problema. - 4. Conclusioni.

In un mondo ideale, il processo penale dovrebbe conseguire il duplice obiettivo di garantire che si faccia giustizia in relazione a tutti i casi giudiziari affrontati, trattando, al contempo, in modo *fair*¹ la generalità dei consociati e i soggetti imputati dei singoli delitti.

Sfortunatamente, come ben sappiamo, non viviamo in un mondo ideale.

In realtà, in molte occasioni, si può perseguire l'obiettivo di *far giustizia* in un determinato caso concreto, soltanto se accettiamo l'eventualità di porre in essere pratiche giudiziarie che possono definirsi *unfair*. Specularmente, assicurare un trattamento *fair* a coloro che entrano in contatto con il sistema della giustizia criminale può condurre, in taluni casi, ad una *giustizia* denegata.

Si tratta di un problema particolarmente stringente nei sistemi dove la giustizia penale è improntata ad un sistema *adversary*. Tale sistema nasce, infatti, come modello volto ad assicurare un livello minimo di *fairness* nel processo penale, garanzia che, tuttavia, può implicare il parziale sacrificio del perseguimento di un obiettivo di *giustizia*.

L'intento di questo articolo è dunque duplice. Da un lato si cercherà di dimostrare, traendo spunto da esempi concreti, il conflitto che sorge ogni qual volta si abbia di mira la ricerca della *giustizia* e, contemporaneamente, l'adozione di un modello *fair*.

* Traduzione italiana a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

¹ Per i motivi illustrati nella parte I di questo articolo, ho deciso di non tradurre il termine *fair*.

Dall'altro, si esaminerà la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti per mettere in luce le tensioni che il conflitto fra *giustizia* e *fairness* genera all'interno del procedimento giudiziario.

All'esito dell'esame di tali decisioni, concluderò sostenendo che, se si vogliono ottenere i migliori risultati nell'affermare la *giustizia* "sostanziale", è generalmente consigliabile formulare principi flessibili, atti ad accrescere il grado di discrezionalità dell'organo giudicante e degli altri attori del processo penale.

Per contro, se si desidera aumentare il grado di *fairness* nel processo penale, è decisamente raccomandabile formulare regole rigide capaci di ridurre al minimo la discrezionalità di coloro che operano nel sistema penale.

Prima di difendere questa tesi, senza dubbio, risulta necessario dedicare qualche riga a spiegare la differenza fra *giustizia* e *fairness* e ad illustrare il motivo per il quale quest'ultimo termine risulta così difficile da tradurre in italiano, senza alterarne il significato.

1. *Giustizia vs. Fairness*

1.1. *Giustizia e Fairness nella Columbia University*

Il modo migliore per spiegare la differenza fra *giustizia* e *fairness*² è servirsi di un esempio.

Negli anni Sessanta, durante le proteste degli studenti alla Columbia University di New York, un famoso professore di filosofia, Sidney Morgenbesser, fu colpito alla testa da una manganellata della polizia. Dopo l'accaduto, fu chiesto al prof. Morgenbesser se lui si considerasse colpito "ingiustamente" o in modo *unfair*. Egli prontamente rispose di essere stato picchiato "ingiustamente", ma non in modo *unfair*.

Secondo Morgenbesser il colpo fu ingiusto, perché non aveva fatto nulla per meritare un simile trattamento. Ma il professore tenne a sottolineare che non si trattò di un atto *unfair*, dal momento che la polizia aveva colpito in modo uguale tutti coloro che, presenti alla manifestazione, capitavano a tiro.

Questo esempio illustra le due dimensioni, nelle quali, a mio giudizio, si radica la differenza fra *giustizia* e *fairness*: a) lo stretto vincolo che lega l'ugua-

² La distinzione fra *giustizia* e *fairness* è argomentata con grande lucidità in GEORGE P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press 2007, 136 ss.

glianza al concetto di *fairness*; b) la natura squisitamente processuale della nozione di *fairness*.

Queste caratteristiche, a loro volta, dimostrano il motivo per cui, quello di *fairness*, è un concetto legato alla tradizione giuridica anglosassone di *common law*.

1.2. Il vincolo fra Uguaglianza e Fairness

L'aneddoto della protesta alla *Columbia* illustra il nesso che lega il concetto di uguaglianza con quello di *fairness*.

A giustificazione della sua affermazione, secondo la quale il colpo ricevuto dalla polizia non fu *unfair*, il prof. Morgenbesser adduce il rilievo che anche altri partecipanti alla manifestazione furono trattati in ugual modo.

Risulta importante sottolineare come, comunque, la circostanza che gli altri manifestanti abbiano ricevuto lo stesso trattamento non giustifica di per sé il comportamento della polizia. Al contrario, infatti, Morgenbesser sostiene di essere stato colpito ingiustamente. Il carattere ingiusto della condotta della polizia non deriva dalla presunta uniformità di trattamento riservata ai manifestanti, ma dalla circostanza che lui nulla di illecito aveva fatto per meritare quel trattamento.

La *fairness* non può coesistere con un trattamento ineguale o parziale.

Da ciò discende che, parte della dottrina, opta per tradurre la celebre tesi di John Rawls "Justice as Fairness" in "Giustizia come imparzialità".

Al contrario, si ritiene invece possibile sostenere che la *giustizia* coesista con trattamenti diseguali o di parte. Si pensi, per esempio, al caso in cui il giudice, che si trovi a valutare la responsabilità di un individuo accusato di omicidio, sia amico intimo della vittima e che la difesa, al pari di chiunque altro, non sia a conoscenza di questa circostanza.

Si supponga che il nostro giudice emetta sentenza di condanna nei confronti dell'imputato. Infine, si immagini che la prova presentata in giudizio dimostri, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il colpevole ha ucciso la vittima in assenza di alcuna "giustificazione" o "scusa"³.

Alla luce di tali fatti appare perfettamente sensato concludere che il risultato del processo (la condanna dell'imputato) fu giusto e che questi meritava di essere condannato.

³ Mi riferisco, è chiaro, a "giustificazione" e "scusa" nel senso di causa di giustificazione e di scusante che operano come esimenti della responsabilità penale.

Senza dubbio, può però concludersi che l'imputato fu trattato in modo *unfair* perché il giudice ha assunto un atteggiamento parziale a favore della vittima.

C'è qualcosa di sospetto in una decisione che appare sin dall'inizio oggetto di pregiudizio, anche quando questa decisione ci sembra corretta. Non si può avere *fairness* quando vi sia uno squilibrio a favore di uno dei partecipanti al processo.

Per converso, è possibile configurare il caso in cui un imputato sia trattato in modo *fair*, ma sia, al contempo, vittima di una decisione ingiusta. Si supponga, per esempio, che una persona innocente sia accusata di un delitto e che abbia numerose possibilità di provare la propria innocenza nel corso di un giudizio imparziale. Si supponga poi che, nonostante ciò, l'imputato soccomba all'iniziativa dell'accusa e venga condannato. Nel caso di specie, l'imputato non è stato oggetto di un trattamento *unfair*, essendo stato giudicato imparzialmente ed essendogli state offerte diverse opportunità di provare la propria innocenza.

Difficile trattare meglio un imputato. Ma la condanna sarebbe ingiusta, perché l'imputato non meritava di subirla per un delitto di cui non è responsabile.

Numerose fra le più importanti regole che presiedono al processo penale nei sistemi di giustizia *adversary* sono volte a far sì che l'imputato sia trattato in modo *fair* nel senso sin qui illustrato. L'esempio più evidente è quello di certe norme relative all'individuazione della prova.

In conformità con il giusto processo garantito agli imputati in virtù del Quinto e del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana, l'accusatore deve comunicare alla difesa le prove a potenziale discolta dell'imputato⁴.

In un sistema *adversary* sarebbe *unfair* che l'accusatore avesse accesso a prove d'innocenza che la difesa non ha potuto esaminare. Allo stesso modo, conformemente con le regole del procedimento penale che presiedono alla scoperta della prova nell'ambito della giurisdizione federale, l'imputato ha diritto di chiedere allo Stato l'opportunità di visionare fotografie, documenti e altri oggetti che saranno utilizzati dall'accusa durante il giudizio e che possano essere importanti per la costruzione di una efficace difesa⁵.

L'accusatore deve, pertanto, mostrare alla difesa gran parte delle sue prove

⁴ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

⁵ Norme Federali sul Procedimento Penale § 16 (a) (1) (E).

in modo da massimizzare la possibilità che i due avversari (accusa e difesa) stiano sul terreno di gioco (il giudizio) ad armi pari (l'accesso allo stesso materiale probatorio).

Anche le regole che presidiano il diritto dell'accusato di confrontarsi con i testimoni a carico illustrano il legame fra uguaglianza e *fairness*. Concorde-mente con certa recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'accusatore non può presentare come prova, nel corso del giudizio, dichiarazioni rilasciate dai testimoni durante le indagini, a meno che l'imputato abbia avuto l'opportunità di controinterrogare il testimone nel momento in cui questi rilasciava la propria dichiarazione, oppure gli sia permesso di farlo nel corso del giudizio stesso⁶.

Sarebbe *unfair* concedere allo Stato l'opportunità di interrogare un testimone e negare questa opportunità all'imputato.

Di conseguenza, è compito dell'accusa dimostrare che l'imputato ha avuto le stesse opportunità, rispetto a quelle riservate allo Stato, di confrontarsi con il teste.

Se ciò non accade la testimonianza è inammissibile.

Siamo ancora una volta dinnanzi ad una regola che estende al massimo la possibilità per gli avversari nella contesa processuale di confrontarsi sul campo di battaglia ad armi pari.

Infine, anche le regole sui limiti di ammissibilità delle prove concernenti l'indole caratteriale dell'imputato (*character evidence*) evidenziano la connessione fra *fairness* ed uguaglianza.

Secondo tali regole, l'accusatore non può presentare prove riguardanti la reputazione dell'imputato per dimostrare che questi si è comportato conformemente alle sue inclinazioni caratteriali anche il giorno in cui furono commessi i fatti a lui imputati⁷.

Per esempio, è vietato presentare prova del carattere litigioso di un imputato accusato della commissione di un delitto che implica l'uso della violenza fisica⁸.

⁶ Il caso è *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

⁷ Si vedano, per esempio, le norme federali sulla Prova 404 (a) (1).

⁸ Si noti come la prova riguardante il carattere dell'imputato viene esclusa nonostante il suo elevato valore probatorio. È plausibile ipotizzare che il soggetto che possiede un carattere violento si sia comportato conformemente anche il giorno in cui hanno avuto luogo i fatti a lui imputati. Di conseguenza, l'inammissibilità di questo tipo di prova trova il proprio fondamento in ragioni che vanno ben al di là della ricerca della verità. A mio giudizio, si tratta di una regola di esclusione volta ad assicurare che gli operatori del sistema giudiziario penale rimangano

Senza dubbio, tuttavia, all'imputato è consentito presentare le prove concernenti la sua attitudine caratteriale, per dimostrare che la sua personalità è incompatibile con gli atti dei quali viene accusato.

Ma una simile scelta ha un prezzo per l'imputato. Se egli la fa, per ciò stesso attribuisce all'accusatore la facoltà di fare ciò che altrimenti gli sarebbe precluso: vale a dire, presentare a sua volta controprova circa elementi concernenti il carattere dell'imputato.

Vale la pena illustrare ciò che sin'ora è stato detto, con un esempio:

Maria era stata accusata di una aggressione fisica ai danni di Roberto. L'accusatore può provare che Maria è persona dal carattere violento. Secondo le regole sulla prova vigenti nei tribunali federali, egli non può avvalersene per dimostrare che Maria si è comportata conformemente alle sue attitudini il giorno in cui le si imputa di aver aggredito Roberto.

Ma, se Maria presentasse in giudizio la prova del suo carattere pacifico, per trarne la conclusione che non può aver commesso il fatto addebitato, l'accusatore potrebbe contraddirla, allegando le prove in suo possesso.

Come si può notare, le regole che presiedono alla presentazione della prova circa l'inclinazione caratteriale dell'imputato, mirano ad assicurare la natura *fair* del processo. Se è vero che l'imputato conserva un potere di controllo sulla circostanza che lo Stato presenti una prova riguardante il di lui carattere, una volta tuttavia che questi abbia presentato una prova di tale natura, sarebbe parimenti *unfair* non ammettere l'accusatore a controprova.

Siamo dinnanzi ad una regola che mira ad assicurare l'uguaglianza fra le parti nell'ambito della presentazione della prova in giudizio.

1.3. *La natura processuale del concetto di Fairness*

Gli esempi discussi nel paragrafo precedente evidenziano il vincolo che lega la *fairness* all'uguaglianza. Trattare una persona in modo *fair* solitamente significa trattarla allo stesso modo delle altre.

Come abbiamo visto, se una parte ha l'accesso a certe prove pertinenti al giudizio, è *fair* permettere alla controparte di esaminare la stessa prova. Se una parte ha avuto la possibilità di interrogare un determinato teste, è *fair*

all'interno di un campo concettuale attinente esclusivamente al *diritto penale del fatto*. In altre parole, attraverso la regola generale dell'esclusione della prova concernente il carattere dell'imputato si mira ad evitare, lo scivolamento verso il *diritto penale dell'autore*, nel quale un soggetto viene condannato per il suo modo di essere e non per ciò che ha commesso.

concedere alla controparte di godere della stessa possibilità.

Parimenti, se l'imputato presenta la prova del suo carattere al fine di dimostrare la propria innocenza, è *fair* permettere all'accusatore di presentare una controprova riguardante il carattere dell'accusato.

Oltre alla stretta relazione che lega *fairness* ed uguaglianza, questi tre casi illustrano inoltre la natura esclusivamente processuale della *fairness*.

In altre parole, questi casi mettono in luce che le regole tendenti a massimizzare il grado di *fairness* sono normalmente di natura processuale.

Malgrado la distinzione fra la dimensione sostanziale e processuale del diritto sia notoriamente labile, particolarmente nei casi limite, ciò che a noi interessa in questa sede può sintetizzarsi in questo. In ambito penalistico, le norme processuali sono quelle che governano le modalità con le quali si deve perseguire un delitto dal momento delle indagini effettuate dalla polizia, fino al giudizio sul fatto delittuoso espresso dal tribunale. Le norme sostanziali, invece, sono quelle che delimitano il novero dei comportamenti antigiuridici e permettono di attribuire il fatto antigiuridico all'imputato⁹.

Una volta tracciata la distinzione fra profilo sostanziale e profilo processuale, è facile concludere che le regole che favoriscono la *fairness* nei casi menzionati nel paragrafo anteriore sono di natura processuale, già che le norme che regolano la scoperta della prova, il controinterrogatorio dei testi e la presentazione delle prove riguardanti il carattere, condizionano il modo con cui si può perseguire un delitto, ma non incidono in modo alcuno sulle regole che delimitano gli ambiti dei comportamenti penalmente disapprovati.

Il grado di uguaglianza che contiene in sé il concetto di *fairness* si raggiunge così attraverso norme processuali, anziché sostanziali.

In ultima istanza, la *fairness* pretende di stabilire le regole del gioco, in modo che coloro che vi partecipano godano di pari condizioni, indipendentemente dalla circostanza che il risultato del giuoco sia (sostanzialmente) ingiusto.

Di conseguenza, il concetto di *fairness* è riconducibile a quello di giustizia processuale. Così, la giustizia processuale legata al concetto di *fairness* può, ma non necessariamente deve, coincidere con la giustizia sostanziale. Un processo può essere *fair* anche quando produce un risultato ingiusto. Si pensi ad esempio al caso di O.J. Simpson che fu accusato e processato per la morte di Nicole Brown Simpson e di Ronald Goldman. Il processo contro O.J. fu inequivocabilmente giusto (*fair*). Entrambe le parti ebbero accesso alla prova,

⁹ Ha commesso un fatto meritevole di pena colui il quale ha posto in essere un comportamento umano che sia tipico, antigiuridico e colpevole.

furono in grado di controinterrogare i testimoni, il giudice fu imparziale.

Nonostante ciò, sono in molti a pensare che il risultato del caso (assoluzione) fu ingiusto dal punto di vista sostanziale, dal momento che le prove sembravano mostrare la colpevolezza di O.J.

Al contrario, un risultato giusto, può essere il prodotto di un processo *un-fair*. Così per esempio, alcuni come Hannah Arendt, mettono in discussione la circostanza se sia stato *fair* il giudizio a carico di Adolf Eichmann.

Senza dubbio, molti pensano che il risultato del processo (responsabilità di Eichmann per complicità in genocidio) sia stato giusto¹⁰. Il caso Eichmann pone in rilievo la natura processuale della nozione di *fairness*. Ingiusto, in questo caso, non fu il risultato, dal momento che costituisce opinione condivisa la circostanza che a Eichmann sia stata attribuita la responsabilità che meritava. La *unfairness* è radicata nel processo in sé, perché all'imputato non fu possibile esaminare le prove a carico e tutti sapevano che il risultato del giudizio era stato influenzato dall'opinione pubblica israeliana.

1.4. La Fairness in italiano

Prima di passare al prossimo capitolo, vale la pena dedicare qualche riga a chiarire il problema della traduzione in italiano del termine *fairness*. Questa circostanza non costituisce un mero passatempo teorico. Permette anzi di meglio comprendere certe modalità del sistema giuridico penale anglosassone, difficili da capire in altro modo. Solo avendo contezza di queste sottigliezze terminologiche si può cogliere adeguatamente il significato e la portata di uno dei concetti più importanti del diritto processuale anglosassone.

La difficoltà di catturare l'essenza della *fairness* può illustrarsi nei molti modi con i quali si è tradotto in italiano la celebre opera di John Rawls. Taluni hanno proposto di tradurre l'opera "Justice as Fairness" in "Giustizia come equità"¹¹.

In castigliano, al posto del termine "equità" si è suggerito il termine "imparcialidad"¹². La prima traduzione è senza dubbio da escludere. Il termine equità ha infatti significati diversi: si tratta qualcuno in modo equo quando gli

¹⁰ HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963), trad. it. *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 1964.

¹¹ Si veda per esempio, la traduzione italiana di *Justice as fairness*, curata da S. VECA, col titolo *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano 2002.

¹² Si veda J. RICARDO VUDOYRA NEITO, *John Rawls, Una teoria de la Justicia*, disponibile on line all'indirizzo http://ghrendhel.tripod.com/textos/rawls.htm#_ftnref4.

si da ciò che merita¹³. Non sempre trattare una persona in modo *fair* presuppone darle ciò che merita. Come illustra l'aneddoto del prof. Morgenbesser, è concepibile trattare una persona in modo *fair* nonostante non gli si dia ciò che merita. Così, il termine equità è prossimo alla nozione di *justice* più che a quella di *fairness*. Si identifica con la giustizia sostanziale, non con quella processuale.

D'altro lato si ritiene che trattare taluno con equità possa identificarsi con la propensione a decidere in modo conforme ai dettami della propria coscienza, piuttosto che secondo la "lettera categorica della legge"¹⁴. Ciò a sua volta implica che chiunque giudica secondo parametri di equità, lo fa "in conformità a parametri di giustizia naturale in opposizione a quelli della giustizia positiva".

Come si vede, queste diverse accezioni del termine equità sono vincolate ad una idea di *justice* intesa in senso di giustizia sostanziale. Non si deve così identificare l'equità con la nozione di *fairness*, vincolata, come si è cercato di dimostrare, a parametri di giustizia processuale.

Sebbene meno problematica della prima, va scartata anche la traduzione di *fairness* (contenuta nell'opera di Rawls) come imparzialità.

Se è ben certo che una delle idee associate alla *fairness* è l'imparzialità, non è meno certo che il significato di *fairness* non si esaurisce nella concezione di un trattamento imparziale. Oltre all'imparzialità, la *fairness* è legata a tutta una gamma di diritti processuali che non possono ricondursi all'idea fondamentale di fornire un trattamento imparziale.

Così, per esempio, il più fondamentale dei diritti associati all'idea di *fairness* – il diritto dell'accusato di essere reso edotto delle accuse mosse e di essere presente durante la fase del giudizio – non può essere dedotto dalla idea di imparzialità.

È possibile che un soggetto sia giudicato in modo imparziale nonostante non gli si permetta di essere presente durante lo svolgimento del giudizio. Questo però, chiaramente, non rende il processo del quale è oggetto, un processo *fair*.

Al di là della dimostrazione di come la frase "giustizia come *fairness*" "non sia facilmente traducibile", vorrei che queste brevi considerazioni mettessero

¹³ Dizionario De La Real Academia Española disponibile *on line* all'indirizzo http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=equidad (definendo equità come la disposizione d'animo di dar a ciascuno ciò che merita).

¹⁴ *Ibidem*.

in luce che il termine *fairness* e conseguentemente il titolo dell'opera di Rawls, sono pressoché intraducibili in italiano utilizzando un solo vocabolo. Sfortunatamente, in ragione della caratteristica dell'idioma inglese, chi legga il titolo della opera di Rawls in italiano, non può comprendere con precisione il reale significato e la portata dell'idea che l'autore vuole comunicare. La *fairness* della quale parla Rawls esprime un concetto di giustizia di natura processuale che è – almeno per principio – indipendente dalla giustizia sostanziale.

Come già abbiamo detto, un processo *fair* può produrre un risultato ingiusto. Allo stesso tempo, un processo *unfair* può concludersi a sua volta con un risultato ingiusto. Il valore più importante dell'opera di Rawls sta nell'aver suggerito che il miglior modo di perseguire una giustizia sostanziale è di assicurare un processo giusto nel quale vi sia una equilibrata distribuzione fra le parti di beni e diritti.

Il famoso “velo d'ignoranza” altro non è che un meccanismo processuale, attraverso il quale si cerca di conseguire una giustizia sostanziale.

Il pregio peculiare della teoria di Rawls risiede, inoltre, nell'affermazione per cui la modalità *fair* rappresenta il miglior veicolo per giungere ad un vero concetto di *justice*.

In altre parole, la giustizia sostanziale può conseguirsi attraverso la giustizia processuale. Così, il modo migliore per tradurre il titolo dell'opera di Rawls sarebbe “Una teoria della giustizia: la giustizia sostanziale come giustizia processuale”.

2. Conflitti fra Giustizia e Fairness nel processo penale

Sebbene Rawls suggerisca che, nel contesto della filosofia politica, il concetto di *fairness* non è necessariamente incompatibile con quello di *giustizia*, certo è che nel campo del diritto penale la tensione fra *fairness* e *giustizia* non potrebbe essere più evidente.

Molte delle norme che vorrebbero assicurare la *fairness* del processo penale conducono alla produzione di un risultato ingiusto. Similmente, molte delle norme che vorrebbero assicurare un risultato giusto comportano che si trattino taluni imputati o sospettati in modo *unfair*. In questa sezione esaminerò due di queste norme: le regole relative all'esclusione della prova ottenuta in violazione del principio costituzionale di difesa contro perquisizioni, sequestri e detenzioni illegittime e le norme che condizionano l'ammissibilità della confessione.

2.1. Esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento

Secondo il Quarto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, risulta evidente come lo Stato non possa portare a termine perquisizioni, sequestri e atti privativi della libertà personale di carattere illegittimo.

Non è chiaro, tuttavia, quale sia il rimedio a fronte della violazione di questa clausola.

La Costituzione tace su questo problema. Nonostante tale lacuna, la Corte Suprema ha statuito, nella sentenza *Weeks contro Stati Uniti* che, in caso di violazione del Quarto Emendamento, è possibile distruggere la prova ottenuta illegalmente¹⁵.

Un'esclusione probatoria di creazione giurisprudenziale. Inizialmente, la Corte Suprema suggerì che tutte le prove ottenute contravvenendo al divieto di effettuare perquisizioni illegittime, dovessero essere escluse dal processo. Consentire il contrario, sottolineò il giudice supremo nella sentenza *Weeks*, equivarrebbe ad approvare, mediante una decisione giudiziale, un atto che ignora o addirittura sfida le proibizioni della Costituzione¹⁶.

Alla luce di questa interpretazione del Quarto Emendamento, l'ammissione di una prova ottenuta illegalmente da parte dello Stato, renderebbe i giudici complici della violazione di quella Costituzione che giurarono di rispettare¹⁷. Così concepita, la regola dell'esclusione probatoria promuove la *fairness* all'interno del sistema di giustizia penale e "riconde le parti che partecipano al processo penale alla posizione che avrebbero avuto, se la costituzione fosse stata rispettata"¹⁸. Cioè, l'esclusione delle prove ottenute illegalmente fa sì che lo Stato non ottenga un ingiusto vantaggio durante la fase delle indagini.

Inoltre, si è segnalato come la soppressione di qualsivoglia prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento costituisca il massimo grado di espressione della natura *fair* del procedimento d'indagine, poiché assicura che tutti i soggetti, i quali subiscono una violazione del loro diritto a non essere perquisito o detenuto illegalmente, avranno accesso alla stessa tutela indipendentemente dalle circostanze che hanno originato la violazione costituzionale.

Questa accezione del divieto probatorio fu duramente criticata, proprio per i risultati "ingiusti" che potrebbe produrre. Oltre tutto, come ebbe a dire

¹⁵ *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Elkins v. United States* 364 U.S. 206, alla pagina 223.

¹⁸ JERRY E. NORTON, *The Exclusionary Rule Reconsidered: Restoring The Status Quo Ante*, 33 Wake Forest L. Rev. 261, 284 (1998).

il giudice Benjamin Cardozo in una sua famosa frase, l'esclusione di prove che si sarebbe potuto ottenere legalmente, moltiplica le possibilità che il "criminale ne venga fuori libero in ragione del fatto che la polizia ci ha messo lo zampino"¹⁹.

Si argomenta che l'esclusione, in questo caso, comporta una burla alla giustizia sotto vari aspetti, perché si finirebbe col non dare a nessuno degli attori coinvolti nel processo quello che essi realmente meritano. Il criminale torna libero nonostante la commissione del delitto.

La polizia non viene direttamente "castigata", giacché la sanzione è costituita dalla mera esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento. Infine, la società ritorna alla mercè di un individuo pericoloso che è stato sottratto all'irrogazione della pena per ragioni estranee alla sua colpevolezza.

Alla luce di queste ed altre critiche la Corte Suprema decise, nella causa *Unites States contro Calandra*, di abbandonare la rigida concezione della regola di esclusione probatoria che sembrava essere stata utilizzata in decisioni quale quella di *Weeks*²⁰. Si è così statuito che l'ammissibilità di prove illecite va esclusa solo quando i benefici dell'esclusione siano maggiori dei costi che tale scelta comporta²¹.

Come abbiamo sottolineato nel paragrafo precedente, il costo dell'esclusione di una prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento consiste nel fatto che molte volte questo comporta la messa in libertà di una persona che ha commesso un delitto²².

Un simile risultato appare ingiusto, dal momento che non si infligge all'accusato la pena che merita, per ragioni indipendenti dalla sua colpevolezza. D'altro canto, la Corte Suprema ha segnalato che il criterio da utilizzare per misurare i benefici dell'esclusione, risiede nella circostanza della dissuasione degli organi di polizia rispetto alla futura adozione di condotte improprie²³.

Quanto più potere dissuasivo ha l'esclusione delle prove in certi casi, tanto più forte è l'argomentazione a favore di tale rimedio. Al contrario, tanto meno

¹⁹ *People v. Defoe*, 150 N. E. 585 (1926).

²⁰ 414 U.S. 338 (1973).

²¹ *Ibidem*.

²² *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 490 (1976) (dove la Corte Suprema segnala che l'esclusione della prova "svia la ricerca della verità e in molte occasioni permette al colpevole di tornare in libertà").

²³ *Ibidem*.

potere dissuasivo ha l'esclusione della prova, tanto più forte è l'argomentazione a favore della non esclusione della stessa. L'esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento dipende inoltre da un bilanciamento di interessi.

A sfavore dell'esclusione gioca l'evidente ingiustizia che, a volte, genera la sottrazione della prova pertinente dal novero degli atti utilizzabili per il giudizio. Gioca, invece, a favore di una tale soluzione il possibile effetto dissuasivo che ha, sulla polizia, la minacciata esclusione della prova ottenuta illegalmente. Questo è lo schema concettuale che la Corte invoca oggi per determinare ove si debba – e se si debba – escludere la prova ottenuta contravvenendo al Quarto Emendamento²⁴.

In confronto ai caratteri di approssimazione che connotavano la regola di esclusione stabilita nella sentenza *Weeks*, la concezione della regola di esclusione adottata dalla Corte Suprema nel caso *Calandra*, porterà a risultati più giusti proprio in ragione del fatto che, in certi casi, non condurrà all'esclusione della prova.

Senza dubbio, però, questa accezione della regola genera *unfairness* almeno per due ragioni.

Primo, non fa tornare le parti nella posizione processuale nella quale si sarebbero trovate, se non fosse stata commessa una violazione delle garanzie costituzionali. Questa circostanza permette allo Stato di sfruttare i comportamenti illegali tenuti da soggetti ad esso legati.

In secondo luogo, la flessibile regola di esclusione stabilita nella sentenza *Calandra* porta al curioso risultato che i beneficiari dell'esclusione saranno quelli che hanno avuto la fortuna di imbattersi in una condotta governativa, la cui reiterazione viene scoraggiata attraverso la minaccia dell'esclusione della prova ottenuta illegalmente.

Tale circostanza appare *unfair* perché non saranno oggetto di uguale trattamento tutti i sospettati i cui diritti costituzionali sono stati infranti. Si escluderà la prova in alcuni casi e non in altri, in ragione di fattori totalmente indipendenti dalla condotta del sospettato.

Come può vedersi, la tensione fra *fairness* e *giustizia*, in questi casi, è evidente. Se si vuole assicurare al massimo livello un trattamento *fair* di tutti gli individui, in questi casi deve sempre escludersi la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento.

²⁴ Si veda, per esempio, *Hudson v. Michigan* 547 u.s. 586 (2006).

Permettere l'esclusione in certi casi e non in altri conduce inevitabilmente al trattamento difforme di imputati che versino nelle stesse condizioni processuali.

Ampliare al massimo le circostanze di esclusione della prova pertinente conduce, senza dubbio, ad aumentare i casi nei quali si lascia libero un soggetto colpevole e questo appare francamente ingiusto.

Al contrario, se si vuole potenziare al massimo la possibilità che il processo penale conduca ad un risultato "giusto" in senso sostanziale, vale a dire, nel senso di dare all'accusato quello che merita, debbono ridursi il più possibile le circostanze nelle quali si esclude la prova illegalmente ottenuta. Ciò comporta un aumento dei casi nei quali si tratterà in modo *unfair* il soggetto sospettato del reato, dal momento che si permetterà allo Stato di utilizzare i frutti della propria condotta illegale e si ammetterà una prova illegalmente ottenuta contro certi sospettati e contro altri no, per ragioni estranee al comportamento degli stessi.

2.2. Ammissibilità della confessione

Nel noto caso *Miranda contro Arizona*, la Corte Suprema degli Stati Uniti statui che viola il diritto costituzionale a non autoincriminarsi, la circostanza di ottenere la confessione di un soggetto sospettato di reato, che sia interrogato mentre si trova in stato di custodia da parte della polizia, senza prima avvertirlo che ha diritto a rimanere in silenzio e ad essere assistito da un avvocato durante l'interrogatorio²⁵.

Una delle principali considerazioni che indusse la Corte Suprema ad adottare la decisione *Miranda* fu la preoccupazione che avrebbero in realtà beneficiato del diritto costituzionale alla non autoincriminazione solo coloro i quali, in ragione della loro educazione più elevata, conoscono la circostanza di possedere tale diritto e coloro i quali, per la loro condizione economica, hanno i mezzi per essere assistiti da un avvocato. Sembra *unfair* che si giovi del diritto alla non autoincriminazione chi, per la sua migliore educazione, sappia che ha diritto a rimanere in silenzio durante l'interrogatorio di polizia, mentre chi, per la sua educazione carente, non conosce questo suo diritto sia per ciò solo pregiudicato.

²⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Secondo quanto stabilito dalla sentenza *Miranda* anche il sospettato deve essere avvertito della circostanza che qualunque dichiarazione egli rilasci possa essere usata contro di lui e che lo Stato deve fornirgli un avvocato senza che questi debba pagarla, ove si trovi in condizioni di indigenza.

Il caso Miranda illustra bene questa circostanza. L'accusato, Ernesto Miranda, era un immigrato messicano, con scarsa conoscenza del sistema giudiziario statunitense.

Perciò non aveva idea che la Costituzione federale gli garantisse il diritto a mantenere il silenzio durante l'interrogatorio di polizia a cui fu sottoposto. In questo caso, far presente al soggetto che può rimanere in silenzio è un modo per metterlo nelle stesse condizioni di colui che conosce le regole che presiedono al sistema giuridico penale del Paese nel quale si svolge il giudizio.

Gli avvertimenti previsti nella sentenza Miranda costituiscono dunque un meccanismo per ottenere che tutti gli individui che entrano in contatto con il sistema di giustizia criminale, abbiano lo stesso accesso ai diritti garantiti dalla Costituzione.

Si tratta, come suggerisce Liz Sonnenborn nel suo rapporto sulla vicenda di *Miranda contro Arizona*, di una "questione fondamentale di *fairness*", dal momento che sembra *unfair* che persone come Ernesto Miranda non beneficino del diritto costituzionale a rimanere in silenzio come gli altri sospettati "soltanto perché Miranda aveva meno soldi ed aveva minore conoscenza del sistema giudiziario"²⁶.

Dal momento che la decisione Miranda chiaramente promuove il carattere *fair* del processo penale nel senso prima indicato, molti hanno criticato la decisione perché le rigide regole poste nel caso Miranda conducono in molti casi a risultati ingiusti. Come ha segnalato il giudice Harlan, manifestando il proprio dissenso, la norma stabilita nel caso Miranda avrà l'effetto di ridurre marcatamente il numero delle confessioni" dei soggetti sospettati²⁷.

Questo, a sua volta, ridurrà il numero di accertamenti in ordine alle persone colpevoli che otterrà lo Stato e – come conseguenza di ciò – la giustizia sarà presa in giro e verrà minacciato il benessere della società²⁸.

Il problema dei principi enunciati nella sentenza Miranda risiede nella circostanza che questi porteranno, in molti casi, all'esclusione di una prova ottenuta senza l'impiego di coazione psicologica o fisica che si incentra evidentemente sulla colpevolezza dell'imputato, con il risultato che il soggetto sospettato non riceve il castigo che merita. In sintesi, la decisione Miranda ha l'effetto di aumentare il numero di casi nei quali non si fa giustizia.

Le regole del caso Miranda costituiscono un esempio paradigmatico di

²⁶ Liz Sonnenborn, *Miranda v. Arizona* 26 (2004).

²⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 u.s. 436 (1966) (opera dissenziente del Giudice Harlan).

²⁸ *Ibidem*.

come l'obiettivo di perseguire un grado massimo di *fairness* sia raggiungibile, in certi casi, solo attraverso il sacrificio della ricerca della giustizia.

Se vogliamo aumentare il numero dei casi nei quali il processo mira a far giustizia, potremmo tornare alla vecchia regola della "volontarietà", nel vigore della quale una confessione è ammissibile anche senza l'avvertimento al sospettato che può rimanere in silenzio, qualora il giudice concluda che la confessione fu comunque volontaria, alla luce della totalità delle circostanze che presiedono alla dichiarazione.

Questa discrezionalità in capo all'organo giudiziario porterebbe ad escludere un numero minore di confessioni rispetto a quanto si fa oggi e dunque condurrebbe ad un numero maggiore di condanne di persone colpevoli ottenute come conseguenza della presentazione, fra le prove, di confessioni rese in tal modo.

Tuttavia, questo incremento di un obiettivo di giustizia si può ottenere solamente sacrificando il livello di *fairness*, promosso mediante l'adozione di regole come quella enunciata nel caso Miranda. Infatti, la mancata subordinazione dell'ammissibilità della confessione all'esigenza che si avverta il sospettato del suo diritto a rimanere in silenzio, apre la porta a quelle disuguaglianze che i principi contenuti nella sentenza Miranda miravano ad evitare.

3. Soluzioni per dirimere il conflitto fra Giustizia e Fairness

Individuare il giusto equilibrio fra *giustizia* e *fairness* è qualcosa che va ben al di là di quanto possiamo fare in questa sede.

In definitiva, questa sembra essere una decisione che compete a ciascun organo giurisdizionale nella misura in cui questo ricerchi la giustizia, il conseguimento di un certo grado di *fairness* e miri poi alla interrelazione di entrambi gli aspetti.

Indipendentemente dal modo in cui ciascun organo giurisdizionale decida di dirimere il conflitto fra *giustizia* e *fairness*, credo che una volta che tale conflitto sia risolto, coloro che si trovano ad operare all'interno del sistema giuridico penale potranno giungere a decisioni veramente efficienti, se comprendono il significato, la portata e l'importanza della distinzione fra due distinte norme quali: regole uniformemente applicabili e regole che debbono applicarsi caso per caso.

Più precisamente, ritengo che, una volta stabilito all'interno di un determinato sistema giurisdizionale che si preferisce sacrificare la giustizia in cambio del conseguimento di un maggior livello di *fairness*, tale scelta deve tradursi

nella creazione di regole caratterizzate da una loro applicazione uniforme, volte a limitare l'ambito di discrezionalità delle decisioni di coloro che operano nell'ambito della giustizia penale.

Al contrario, se si desidera ricercare il massimo livello di giustizia (sostanziale), sebbene ciò implichi il sacrificio di un certo grado di *fairness*, tale decisione deve tradursi nella creazione di regole applicabili caso per caso, con la conseguenza dell'aumento della flessibilità nell'applicazione della legge e il grado di discrezionalità di cui si servono coloro che operano nel processo penale.

3.1. Regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso

Le regole che si connotano per una loro applicazione generale²⁹, hanno due caratteristiche peculiari. In primo luogo, l'applicazione di questo tipo di regole non varia a seconda dei casi specifici. In secondo luogo, questo tipo di regole non necessita della valutazione di una serie di fattori che entrino in gioco al fine di determinarne l'applicabilità.

Al contrario, le norme suscettibili di una applicazione caso per caso variano, comprensibilmente, a seconda delle circostanze peculiari che caratterizzano ciascuna vicenda concreta. D'altro lato, questa tipologia di regole comporta la ponderazione di numerosi fattori ai fini della sua applicazione. La maggior parte degli orientamenti dottrinali che caratterizzano il diritto processuale penale trovano il loro fondamento nella dicotomia sussistente fra regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso.

Ne sono esempio le norme che determinano l'esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento, di cui s'è detto in precedenza, nella parte II (A). La regola suggerita dalla Corte Suprema nel caso *Weeks* – la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento sarà sempre inammissibile nei tribunali – è stata formulata quale norma generale. Si tratta, come sempre accade con questo tipo di regole, di una norma insuscettibile di diversa applicazione a seconda dei casi in cui viene applicata. In altri termini, una volta riscontrata una violazione del Quarto Emendamento, la regola è quella dell'esclusione dal processo della prova illegalmente ottenuta indipendentemente dalle circostanze peculiari che rilevano nel caso di specie. Altresì, l'interpretazione normativa relativa al caso *Weeks* non comporta che siano soppesati una serie di fattori per determinare quali siano gli esiti della sua

²⁹ Nella lingua inglese tale regola è indicata come *bright line rules*. La frase non è di facile traduzione.

applicazione. Si ritiene, infatti, che non possa essere invocato, né rilevare, alcun interesse contrario all'esclusione di tale regola per determinare una attenuazione o una neutralizzazione della stessa.

Per contro, la regola stabilita dalla Corte suprema nel caso *Calandra* – la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento sarà inammissibile se i benefici dalla sua esclusione saranno maggiori dei costi – è flessibile e, dunque, suscettibile di essere adattata ai diversi casi della vita. Al pari di tutte le regole che seguono un tale regime di applicabilità, la loro operatività dipenderà dalle peculiari circostanze del caso affrontato.

Per l'applicazione di una simile regola è necessario prendere in considerazione, per esempio, se l'autorità pubblica che ha violato il Quarto Emendamento abbia agito in buona fede³⁰, se si sia contravvenuti ad un livello di protezione affidato a norme costituzionali o secondarie³¹ e se la violazione della Costituzione si sarebbe potuta evitare osservando la diligenza richiesta³². Così, il principio normativo fatto proprio dalla Corte nella sentenza *Calandra* comporta la valutazione di diversi fattori (potere dissuasivo della esclusione contro il costo sociale che comporta l'esclusione di una prova pertinente) per determinare se effettuare o meno l'esclusione.

Diversamente, la norma adottata dalla Corte Suprema nel caso *Miranda* per disciplinare il regime di ammissibilità delle confessioni, rappresenta una regola di applicazione uniforme, dal momento che la sua applicazione non dipende da circostanze particolari che emergono nel caso specifico nel quale si vuole applicarla, né è necessario valutare una serie di parametri per stabilire se sia il caso di renderla operativa.

Quanto al primo aspetto, la Corte Suprema ha statuito che in presenza del principio del diritto dell'indagato a non rendere dichiarazioni autoincriminanti, secondo quanto delineato nel caso *Miranda*, qualunque confessione resa da un indagato che si trovi in custodia è inammissibile, a meno che, prima di rendere dichiarazioni confessorie, questi non sia stato informato del suo diritto a conservare il silenzio e ad essere assistito da un avvocato durante l'interrogatorio.

Si tratta di una regola rigida che si applica in modo uniforme indipendentemente dalle circostanze peculiari del caso concreto, le caratteristiche personali dell'indagato e la condotta tenuta dagli organi di polizia.

³⁰ 468 U.S. 897 (1984).

³¹ *Hudson v. Michigan* 547 U.S. 586 (2006).

³² *Herring v. U.S.* 555 U.S. (2009).

Quanto al secondo aspetto, la Corte Suprema ha segnalato nel caso *Dikerson contro Stati Uniti* che l'esclusione di una confessione ottenuta contravvenendo alla regola espressa nel caso *Miranda* ha luogo automaticamente, senza bisogno di bilanciare gli interessi in conflitto per verificare se tale esclusione sia la scelta più giusta nel caso concreto³³.

3.2. Giustizia e Fairness e il tipo di regola utilizzata per l'esame di un problema

Alla luce delle precedenti considerazioni, se ciò che si desidera è raggiungere un grado massimo di *fairness*, debbono utilizzarsi il più possibile regole di applicazione uniforme per costruire quelle regole che, in tal senso, presidiano il processo penale. Come abbiamo sottolineato nella prima parte di questo articolo, il concetto di *fairness* è strettamente legato a quello di uguaglianza.

Così, le regole che si caratterizzano per una loro applicazione uniforme costituiscono un meccanismo adeguato per promuovere un certo grado di *fairness*, dal momento che questo tipo di regola si applica allo stesso modo, indipendentemente dalle circostanze particolari del caso.

La regola formulata nel caso *Miranda* costituisce un buon esempio.

In ragione della natura di tale regola, tutti i sospettati, interrogati mentre sono in regime di fermo di polizia, debbono essere avvertiti del loro diritto a non auto incriminarsi ed alla presenza di un avvocato durante l'interrogatorio.

Ciò fa sì che si tratti in ugual modo il sospettato povero ed il ricco, il colto e l'inclita, l'immigrante ed il cittadino. Così, la regola suggerita dalla Corte Suprema nel caso *Weeks* promuove tale idea di *fairness* nel processo penale.

In conformità con questa regola, qualunque persona vittima di una perquisizione o di un sequestro illegittimi, ha diritto di ottenere l'esclusione della prova così acquisita.

Questo rende massimo il grado di uniformità nell'applicazione della regola di esclusione, dal momento che tutti i sospettati avranno diritto a che si escluda la prova ottenuta illegalmente, indipendentemente dalle circostanze poste a fondamento della violazione della regola costituzionale e della valutazione costi e benefici che possa comportare l'esclusione della prova nel caso particolare.

D'altra parte, ove si desideri portare ai massimi livelli il grado di giustizia, debbono utilizzarsi il più spesso possibile regole la cui applicazione avvenga caso per caso, secondo quei principi che regolano in tal senso il processo penale.

³³ 530 U.S. 428 (2000).

Il senso di giustizia è intimamente legato all'idea di dare a ciascuno ciò che merita.

Senza dubbio, per determinare ciò che una persona merita, risulta prodromico determinare il fatto da questa commesso, perché solo così possiamo decidere se merita di essere elogiata o sanzionata per le sue azioni.

Molte delle norme che governano il processo penale facilitano il meccanismo di ricerca della verità, avendo di mira l'obiettivo di ottenere giustizia nel maggior numero dei casi concreti.

Normalmente, le regole applicabili caso per caso permettono il raggiungimento di un simile obiettivo più di quelle che si applicano uniformemente.

Dal momento che le regole applicabili caso per caso comportano la valutazione di vari fattori che costituiscono il prodromo delle decisioni che debbono essere prese, in alcune occasioni l'interesse prevalente sarà quello di non escludere alcune prove pertinenti o quello di compiere azioni che facilitino la ricerca della verità e pertanto il conseguimento della giustizia.

Per contro, le regole uniformemente applicabili non aiutano a conseguire l'idea di giustizia, ma conducono in numerosi casi all'esclusione della prova pertinente o a qualunque altro processo decisionale che rende difficile la ricerca della verità.

La regola stabilita nel caso Calandra permette di illustrare questo aspetto. Mediante l'adozione di una regola applicabile caso per caso si evita di dover escludere una prova pertinente ogni volta che si ottiene una prova come conseguenza di una perquisizione, della detenzione o del sequestro effettuati illegalmente. Tale circostanza facilita la ricerca della verità e della giustizia, dal momento che permette a colui che giudica di tenere in considerazione prove chiaramente rilevanti per determinare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato.

Diversamente, l'adozione di una regola come quella suggerita nel caso Week porterebbe, in tutti i casi di violazione del Quarto Emendamento, alla conclusione che si sia dinnanzi ad una prova pertinente, frustrando al contempo la ricerca sia della verità sia della giustizia.

4. *Conclusioni*

Si suole affermare che il principale intento del processo penale sia quello di facilitare la ricerca della verità, ricerca strumentale alla realizzazione di un obiettivo di giustizia nei singoli casi oggetto di un procedimento penale.

Fare giustizia significa dare a ciascuno quello che merita.

Senza dubbio, non si può dare a ciascuno ciò che merita senza sapere ciò che ha fatto.

Così, il processo penale offre regole per stabilire nel modo più certo le responsabilità dell'imputato, per poterne poi decidere le conseguenze.

Ciò nonostante, la ricerca della giustizia non è l'unico obiettivo perseguito dalle regole che presiedono al processo penale. Molte delle norme fondamentali che informano il nostro sistema di giustizia penale mirano a conseguire il risultato di un trattamento *fair* per l'imputato. Essere trattato in modo *fair*, come abbiamo detto nella prima parte di questo articolo, non necessariamente significa essere trattato in modo giusto.

L'adozione, all'interno del processo, di una modalità *fair* implica la circostanza di riservare all'accusato lo stesso trattamento rispetto a coloro che si trovino nella medesima situazione.

Diversamente, la nozione di giustizia implica che si dia all'accusato proprio ciò che merita.

La *fairness* è vincolata all'accettabilità del processo penale in sé, mentre la giustizia penale è legata all'accettabilità del risultato del processo penale.

Sfortunatamente, la ricerca della giustizia si scontra, sotto numerosi profili, con l'obiettivo del conseguimento della *fairness*.

Le regole che agevolano la ricerca della verità e la giustizia, frequentemente comportano che si riservi all'imputato un trattamento *unfair*. Al contrario, le regole che facilitano un trattamento *fair* dell'accusato, in numerose occasioni, frustrano la ricerca della verità e della giustizia.

Si tratta di un problema inerente alla struttura del sistema di giustizia penale che non sembra avere soluzione.

In conclusione, ogni sistema giurisdizionale deve risolvere il conflitto fra *fairness* e giustizia nel modo che ritenga maggiormente opportuno.

Alcuni sistemi propenderanno per facilitare il più possibile la ricerca della giustizia anche a costo del sacrificio di un certo grado di *fairness*. Altri, opteranno per esaltare l'aspetto di *fairness* del processo, sebbene ciò comporti il parziale sacrificio della ricerca della giustizia.

Risolto tale conflitto, sarà necessario creare le regole più adeguate per raggiungere l'equilibrio desiderato fra giustizia e *fairness*.

Il miglior modo per conseguire un tale risultato è quello di servirsi di regole caratterizzate da applicazione uniforme o regole applicabili caso per caso.

Se si mira a privilegiare il conseguimento di un processo *fair*, si devono utilizzare il maggior numero possibile di regole suscettibili di una applicazione uniforme. Per contro, se ciò a cui si mira è la ricerca della verità portata al

massimo grado, si deve ricorrere il più frequentemente possibile a regole di applicazione caso per caso, per creare un sistema dottrinale improntato a tali principi.

prof. ETTORE DEZZA

Università di Pavia

MULTA RENASCENTUR QUAE IAM CECIDERE

La plurisecolare vicenda del *Progetto sostituito*
di Giandomenico Romagnosi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La redazione del testo. – 3. I caratteri generali del *Progetto sostituito*. – 4. Il mancato seguito del *Progetto*: ottant'anni di oblio. – 5. La riemersione del *Progetto sostituito*. – 6. Gli anni Trenta del Novecento: Romagnosi 'positivista'. – 7. Un'occasione mancata. – 8. Dopo due secoli.

1. *Premessa*

Sono passati oltre settant'anni da quando Fabio Luzzatto, «avvocato in Milano», chiudeva con una suggestiva citazione oraziana – *multa renascentur quae iam cecidere*¹ – un suo articolo dedicato a Giandomenico Romagnosi progettatore di codici penali². Il contributo era apparso ne «La Scuola Positiva» del 1935, unitamente a scritti dello stesso Luzzatto e di altri autori che erano stati raccolti e pubblicati con un duplice intento: il primo, dichiarato, di commemorare il primo centenario della scomparsa dell'insigne filosofo e giurista emiliano; il secondo, forse meno esplicito ma – come vedremo meglio in seguito – non meno evidente, di arruolarlo, nelle vesti di 'padre nobile', tra le file, invero sempre più esigue, dei sostenitori dell'ormai declinante indirizzo dottrinale da cui la rivista testé citata ripeteva la propria intitolazione.

Nell'esordio delle presenti note – intese a delineare in estrema sintesi le vicende ormai plurisecolari del *Progetto sostituito* di Giandomenico Romagnosi –

¹ *Ars Poetica*, 70-74: «*Multa renascentur quae iam cecidere, cadentque / quae nunc sunt in honore vocabula, si volet usus, / quem penes arbitrium est et ius et norma loquendi*».

² FABIO LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale del Regno Italico (1806-1814)*, in «*La Scuola Positiva*», N. S., XV (1935), I, pp. 393-412, in particolare p. 412, ove l'autore, con riferimento al progetto di Codice Penale per il Regno d'Italia del 1808-1809, scrive: «Il progetto al quale ebbe parte il Romagnosi poi ed i suoi contributi, in quanto poterono essere raccolti e tramandati, costituirono in ogni caso non piccolo apporto allo svolgimento scientifico e dottrinale della materia: vi attinsero indubbiamente i legislatori, e se ne trova traccia ad esempio ancora, per molti rispetti, nello stesso Codice Zanardelli e forse anche nel Codice Rocco; mentre gli altri suoi apporti si può forse dire (concesso quel che si deve concedere al mutar dei tempi) che *multa renascentur quae iam cecidere*».

non ci sembra del tutto fuori luogo ripartire proprio dalla medesima citazione oraziana. E non solamente perché essa rappresenta un sintomo e insieme un simbolo dell'antica familiarità, oggi forse un po' appannata, esistente tra i cultori di quello che un tempo si amava definire il *giure penale* e la tradizione classica, inesauribile miniera di spunti e citazioni per chi guardava alle arti retoriche e oratorie come a un elemento se non essenziale certo non secondario del proprio bagaglio professionale.

In effetti, il passo oraziano ben si presta tanto ad alludere con elegante sintesi alle sorti talora oscure che non raramente attendono le elaborazioni progettuali affidate a giuristi noti e meno noti, quanto a evocare i canali sotterranei e gli itinerari cromosomici (per riprendere ancora una volta un'espressione cara ad Adriano Cavanna) attraverso i quali spesso si trasmette il pensiero giuridico. E i sottintesi del passo oraziano si dimostrano particolarmente calzanti proprio in ordine alle vicende della codificazione penale del Regno Italiano e, elemento ancor più rilevante, al ruolo giocato da tali vicende nel quadro più generale della codificazione penale in Italia. Grazie a numerosi contributi apparsi negli ultimi anni, oggi le conoscenze in materia sono assai più approfondite rispetto a non molti decenni or sono, e consistenti appaiono i dati definitivamente acquisiti. Rimangono alcuni angoli se non bui certo un po' in penombra. E nella penombra è rimasto confinato – almeno fino a questo momento – proprio l'episodio relativo al romagnosiano *Progetto sostituito*, segnatamente per quanto concerne i contenuti di tale testo e il ruolo giocato dallo stesso sia in età napoleonica che nelle epoche successive³.

2. La redazione del testo

Il contesto e le linee generali dell'episodio sono abbastanza noti, e sul punto ci limiteremo dunque, in questa occasione, a una breve sintesi, corredata dalla segnalazione di taluni aspetti meno noti della vicenda e dallo svolgimento di alcune generiche riflessioni sui contenuti e sulle scelte legislative presenti nel testo in oggetto, riflessioni che in buona sostanza si risolveranno in un breve appunto circa le radici culturali del *Progetto sostituito*.

³ Il testo del *Progetto* è oggi disponibile grazie a ROBERTO ISOTTON, *Il Progetto sostituito di codice penale per il Regno d'Italia di G. D. Romagnosi. Prima trascrizione*, in «Diritto penale XXI secolo», V (2006), 1, pp. 119-177. La trascrizione – basata sul manoscritto conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze, *Fondo Nazionale*, II, IV, 189 – è alle pp. 131-177: a essa faremo di regola riferimento nel corso del presente contributo.

Nei primi giorni di giugno del 1806 giunge sul tavolo di Giuseppe Luosi, ministro della giustizia del Regno d'Italia, il progetto di codice penale elaborato dalla commissione che era stata nominata dallo stesso Luosi il 21 giugno dell'anno precedente⁴, nel fervore di opere e di iniziative innescato dal lungo soggiorno milanese di Napoleone⁵. Il progetto viene subito trasmesso alle corti del Regno e ai regi procuratori per averne un giudizio. Contemporaneamente, e con lo stesso scopo, il testo viene inviato a giuristi di chiara fama, italiani e francesi⁶. Tra questi ultimi, accanto a quello, ovvio, del «*missus dominicus*» André-Joseph Abrial⁷, si segnalano i nomi del consigliere della Cassazione d'oltralpe Jobert⁸ e, specialmente, di Scipion-Jérôme Bexon, il penalista più *à la page* nella Francia dei primi anni dell'Impero⁹. Tra gli italiani, spiccano i nomi di Filippo Maria Renazzi¹⁰ e Luigi Cremani¹¹, veri e propri numi tutelari

⁴ In argomento, ci sia consentito di rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e archivistiche, a ETTORE DEZZA, *Appunti sulla codificazione penale nel primo Regno d'Italia: il progetto del 1809*, ora in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, LED, 1992, pp. 199-280, in particolare pp. 225-234.

⁵ Sulle vicende legate al soggiorno milanese di Napoleone tra il maggio e il giugno del 1805 si veda, anche per le opportune indicazioni bibliografiche, ADRIANO CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, ora in ID., *Scritti (1968-2002)*, 2 voll., Napoli, Jovene, 2007, II, pp. 833-927, in particolare pp. 863-867.

⁶ DEZZA, *Appunti*, cit., pp. 234-236.

⁷ Su André-Joseph Abrial e sulla sua missione milanese, cfr. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese*, cit., pp. 873-877.

⁸ DEZZA, *Appunti*, cit., p. 235.

⁹ *Ibidem*. Sulla figura e sull'opera di Bexon si veda, da ultimo, MARIO DA PASSANO, *Una fonte d'ispirazione per il codice penale piombinese: il progetto di Bexon per il Re di Baviera, in Codice Penale per il Principato di Piombino (1808)*, Ristampa anastatica, con scritti di A. Cadoppi, F. Callaioli, C. Carcereri de Prati, M. A. Cattaneo, F. Colao, M. Da Passano, R. F. Ellero, R. Ferrante, T. Padovani, P. Pittaro, P. Rondini, S. Vinciguerra, raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova, CEDAM, 2000, pp. LXIX-CXIV, in particolare LXIX-LXXX.

¹⁰ Tra i più recenti contributi su Renazzi, cfr. BEATRICE MASCHIETTO, *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1999.

¹¹ Su Cremani cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, MARIO MONTORZI, *Luigi Cremani: il problema dell'imputabilitas nella crisi del Diritto Comune pre-codificatorio*, in MARIO MONTORZI, *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, ETS, 2006, pp. 113-146, contributo già pubblicato, con il titolo *Giurisdizione criminale e funzione censoria dei magistrati (Cremani, Filangieri e Carmignani, ed il problema dell'imputabilitas) nella crisi del Diritto Comune pre-codificatorio*, in "Panta rei". *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di Orazio Condorelli, Roma, Il Cigno, 2004, IV, pp. 89-126. Cfr., inoltre, ETTORE DEZZA, *Il magistero di Luigi Cremani e la formazione del giurista a Pavia nell'età delle riforme*, in *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e*

della cultura penalistica accademica del tardo Settecento, e dei più giovani Aldobrando Paolini¹² e Giandomenico Romagnosi, che al momento, dopo una contrastata carriera professionale, è titolare della cattedra di Diritto Pubblico presso l'Università di Parma.

I motivi che inducono il ministro Luosi a consultare il filosofo di Salsomaggiore sono genericamente individuati dallo stesso Romagnosi¹³ e dai suoi pri-

Ottocento, a cura e con un saggio introduttivo di Maria Gigliola di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 107-172.

¹² Su Aldobrando Paolini si vedano ora FLORIANA COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, il Mulino, 2006, *ad indicem*, in particolare pp. 153-160, e MARIO MONTORZI, *Una polemica costituzionale al suo inizio: due opuscoli «giacobini» del Contado pisano (note bibliografiche, biografiche e politiche)*, in ID., *Crepuscoli granducali*, cit., pp. 65-111, in particolare p. 69, n. 12, contributo già pubblicato, con il titolo *Due opuscoli «giacobini» del Contado pisano. Note bibliografiche e politiche, osservazioni e documenti biografici*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal Medio Evo all'Età contemporanea. Studi offerti a Domenico Maffei per il suo ottantesimo compleanno*, a cura di Mario Ascheri e Gaetano Colli, Roma, Roma nel Rinascimento, 2006, III, pp. 829-880. Cfr. inoltre: MARIO DA PASSANO, *Note su Carmignani e Carrara*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, a cura di Mario Montorzi, redazione di Chiara Galligani e Marco Paolo Geri, Pisa, Edizioni ETS, 2003, pp. 81-92, in particolare pp. 84 n. 23, 86-87 e n. 35, 90; MARCO PAOLO GERI, *L'epistolario di Giovanni Carmignani tra letture e incontri professionali e culturali*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 273-301, in particolare pp. 281-282 e n. 38; PAOLO RONDINI, *La scienza criminale nel Regno Lombardo-Veneto e nel Granducato di Toscana (1815-1848): tra cultura giuridica e pratica legale*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 405-438, in particolare pp. 405 e 428 n. 92. Le osservazioni di Renazzi, Cremani e Paolini, unitamente a quelle pervenute dalla magistratura, vengono date alle stampe da Luosi nella *Collezione dei Travagli sul Codice Penale del Regno d'Italia*, 6 voll., Brescia, Bettoni, 1807. In particolare: il vol. I dei *Travagli* contiene il progetto presentato dalla commissione ministeriale il 6 giugno 1806; i voll. II e III raccolgono le osservazioni dei tribunali e le relazioni di Renazzi (Roma, 20 settembre 1806), Paolini (Pistoia, 12 ottobre, con un confronto con la *Leopoldina*) e Cremani (30 ottobre); i voll. IV e V riportano le risposte della commissione ministeriale agli appunti della magistratura; il vol. VI accoglie il testo definitivo del Codice di Procedura Penale.

¹³ *Informazione sulla persona del Consultore e Professore Romagnosi*, s.n.t. [Milano 1814], cc. 4 n. n., in particolare c. [1r]: «[Romagnosi] disimpegnò fino all'anno 1806 le sue funzioni di Professore, e pubblicò l'opera intitolata *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, la quale al pari della prima sul *Diritto penale* fu riguardata come originale, e capace a rettificare ed accrescere le idee sui principj della scienza, e vieppiù accrebbe la celebrità dell'Autore. Ciò fece, che sotto il 28 giugno 1806 fosse consultato dal Governo d'Italia sopra il Progetto del Codice Penale per Regno d'Italia». L'*Informazione*, anonima, costituisce una sorta di *curriculum vitae* e venne redatta nel 1814 in terza persona dallo stesso Romagnosi per essere allegata a una istanza nella quale il filosofo sosteneva non essere applicabile alla propria persona il provvedimento di esclusione dai pubblici uffici decretato per tutti gli stranieri nel 1814 dalla Reggenza provvisoria milanese. Per ulteriori indicazioni bibliografiche su questo scritto, cfr. ETTORE

mi biografi¹⁴ nella notorietà progressivamente acquisita in campo scientifico, segnatamente come autore di due innovativi trattati che, come si suol dire, avevano lasciato il segno: la *Genesi del diritto penale*, pubblicata a Pavia nel 1791 (con dedica a Luigi Cremani)¹⁵, e la più recente *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, data alle stampe a Parma nel 1805¹⁶.

Il nome di Romagnosi circolava peraltro negli ambienti del governo milanese da più di un anno. Una vera e propria raccomandazione, volta a far ottenere al filosofo una cattedra presso l'Università di Pavia, era infatti giunta al ministro degli interni Felici già il 25 marzo 1805. Autore della segnalazione era stato Tommaso Nani¹⁷, che all'epoca era titolare delle materie penalistiche

DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, CEDAM, 1983, pp. 247-248 e n. 1.

¹⁴ Ci riferiamo agli scritti pubblicati in varie sedi da allievi e seguaci nel 1835, in occasione della morte di Romagnosi, e ripubblicati cinque anni più tardi in CESARE CANTÙ, *Notizia di G. D. Romagnosi*, Seconda edizione con l'aggiunta di alcuni opuscoli intorno alla vita ed alle opere del medesimo, Prato, Guasti, 1840. In questo volume segnaliamo le testimonianze, conformi ma prive di approfondimenti, dello stesso Cantù (pp. 46 e 59-60), di Giuseppe Sacchi (p. 145), di Defendente Sacchi (pp. 182-183) e dell'anonimo estensore di *Alcune notizie intorno alla vita e alle opere di G. D. Romagnosi piacentino* (p. 200).

¹⁵ GIAN DOMENICO ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Pavia, Stamperia del R. I. Monastero di San Salvatore, 1791. L'opera è stata riedita di recente: GIAN DOMENICO ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, a cura e con saggio introduttivo di Robertino Ghiringhelli, Milano, Giuffrè, 1996.

¹⁶ GIAN DOMENICO ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, 2 voll., Parma, Stamperia Imperiale, 1805.

¹⁷ La lettera di Nani, conservata presso l'Archivio di Stato di Milano (d'ora in avanti: ASMi), *Autografi Uomini Celebri*, cart. 181, *Giandomenico Romagnosi*, è datata «Pavia, 25 marzo 1805, ann. IV» ed è indirizzata «All'illustre cittadino Felici Consigliere Legislativo e Ministro degli Affari Interni, Il professore Tommaso Nani». Il testo recita: «Avendo il Sig.r Avv.to Gian Domenico Romagnosi piacentino, professore del diritto pubblico nell'Università di Parma, pubblicato il p.o volume della sua *Introduzione al Diritto Pubblico*, ha voluto manifestarmi la sua premura di presentarne qualche copia ai principali ministri del Governo italiano, e si compiacque di dare a me l'onore della presentazione. Riceverete adunque, Cittadino Consigliere e Ministro, da mano sicura un esemplare dell'indicata opera, e lo riceverete, com'io mi lusingo, per un certissimo attestato di quella stima e venerazione che meco l'autore vi professa. / Era già quest'esimio scrittore conosciuto presso li più accreditati filosofi e politici de' nostri giorni per altra eccellente sua opera, *Genesi del Diritto Penale*, ed io stesso voleva proporlo al vostro Ministero a professore, in quest'Università, del diritto pubblico e delle genti, quando intesi che il Governo aveva già questa cattedra provvisoriamente affidata al d.re Prina. / L'opera, che ho l'onore di farvi presentare, parmi lavorata con un giudizio assai fino e con la più rigorosa esattezza dell'analisi. Il sistema dell'autore di subordinare la politica ai sacri ed invariabili principii del diritto naturale non può non piacere ne' Governi moderati, che hanno il più possibile riguardo ai diritti dell'uomo e del cittadino. / Accogliete per tanto con la solita vostra bontà il

presso la Facoltà Legale pavese¹⁸, e che sarebbe stato, tra il 1805 e il 1806, il membro forse più influente, quantomeno dal punto di vista scientifico, proprio della commissione ministeriale incaricata di redigere il progetto di codice penale per il Regno Italoico¹⁹. La raccomandazione era stata reiterata il successivo 17 luglio, e questa volta era accompagnata da una lettera che lo stesso Romagnosi aveva inviato a Felici da Parma il 1° luglio. In questa seconda occasione Nani si era rivolto al ministro, a proposito di Romagnosi, in questi termini: *non manco di raccomandarle questo degno soggetto, che riguardo alle scienze politiche meriterebbe certamente la superiore considerazione con una cattedra analoga in una delle nostre università*²⁰.

Nel giugno del 1806 l'occasione auspicata da Nani (e probabilmente dallo stesso Romagnosi) si presenta infine, come abbiamo visto, non nell'ambito accademico ma in quello legislativo, in seguito alla decisione di Luosi di consultare sul progetto ministeriale testé ricordato, oltre a Renazzi, Cremani e Paolini, anche il giurista di Salsomaggiore. Quanto accade in seguito è noto, quantomeno negli aspetti essenziali. Ricevuto il progetto, trasmessogli con dispaccio del ministro in data 28 giugno 1806²¹, Romagnosi non si limita a stilare un

dono che per mano mia vi fa il Sig.r Romagnosi, e degnatelo della vostra compiacenza. / Vi rafferma la mia più distinta considerazione. / Nani».

¹⁸ Ci permettiamo di rinviare, sulla vita e l'opera di Nani, a: ETTORE DEZZA, *La scuola penalistica pavese tra Sette e Ottocento*, in «Annali di Storia Pavese», 20 (1991), *Pavia e i suoi territori storici in età francese*, Atti del Convegno di Studi (Pavia, 12-14 ottobre 1989), Parte I, pp. 103-121; ID., *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'Età dei Lumi*, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁹ DEZZA, *Appunti*, cit., pp. 226-231.

²⁰ ASMi, *Autografi Uomini Celebri*, cart. 181, *Giandomenico Romagnosi*. La lettera è datata «Pavia, 17 luglio 1805, ann. IV» e recita: «Eccellenza, / Rimetto a V. E. il secondo volume dell'egregio lavoro sul diritto pubblico del Sig.r Prof.e Romagnosi, e non manco di raccomandarle questo degno soggetto, che riguardo alle scienze politiche meriterebbe certamente la superiore considerazione con una cattedra analoga in una delle nostre università. Unisco alla presente una sua lettera per V. E., e colgo quest'opportuna occasione per dichiararle la mia più distinta stima. / Di V. E. / Dev.mo Obblig.mo Serv.e / Tommaso Nani». La lettera è accompagnata da quella di Romagnosi, che recita: «Eccellenza, / L'aggradimento dell'E. V. dimostrato al professor Nani nell'atto di ricevere il primo tomo della mia Introduzione allo Studio del Diritto Pubblico mi rende coraggioso ad unire ora al secondo tomo questo mio foglio affine di rendere all'E. V. le più vive grazie per i sentimenti di bontà palesati in mio favore. Possa il mio lavoro meritare la sua attenzione ed approvazione, e farmi vivere nella memoria sua non senza una piccolissima parte di quella grandissima stima che Ella si è meritata da tutto il pubblico per i suoi talenti e le sue virtù, che le conciliano tanti sinceri ammiratori, fra i quali mi pregio di essere anch'io, oltre di dichiararmi / dell'E. V. / Parma, 1 luglio 1805 / Dev.mo ed Obbl.mo Servitore / Giandomenico Romagnosi».

²¹ Il dispaccio – cui fa riferimento anche la lettera di Romagnosi a Luosi del 26 agosto

elenco più o meno rilevante di osservazioni ma, in disaccordo quasi totale con il testo ministeriale che – con un giudizio indubbiamente troppo severo²² e oggi (ovviamente col senno di poi) non condivisibile – considera appiattito sul modello francese, decide di intraprendere la stesura di un vero e proprio progetto alternativo, corredato da *Note marginali* e da una corposa serie di *Motivi*, destinati, in prospettiva, a risultare forse ancora più interessanti del progetto stesso, in quanto ne spiegano criteri, caratteri e scelte²³.

Nasce così, tra il luglio e l'agosto del 1806, il *Progetto sostituito* (la definizione è dello stesso Romagnosi), nel quale il giurista emiliano rielabora e ricostruisce, fondandola su diversi presupposti, la sola disciplina di parte generale. Soddisfatto del lavoro svolto, Romagnosi decide di inviarlo a Luosi e prepara a tale scopo una lunga lettera di accompagnamento (datata Parma, 26 agosto 1806) nella quale sottolinea la necessità di «*produrre un codice penale segnalato*» che sia «*opera nazionale*» e non di «*pura imitazione*», e, dopo aver sintetizzato le linee generali del lavoro svolto, si dichiara altresì disponibile, sulla base di una «*breve istruzione*» ministeriale, a portare a termine il lavoro anche per quanto riguarda la parte speciale²⁴.

3. I caratteri generali del Progetto sostituito

Il *Progetto sostituito* si fonda, oltre che su un invidiabile bagaglio dottrinale, su un ancor più rilevante retroterra filosofico e ideologico cui accenneremo tra poco, e su un'ottima conoscenza delle vigenti legislazioni europee. In particolare, ben noti sono a Romagnosi il codice francese del 1791, il codice austriaco del 1803 e la legge penale della Repubblica Italiana del 25 febbraio 1804, le cui scelte normative vengono in talune occasioni esplicitamene

seguito (*infra*, nota 24 e testo corrispondente) – è parzialmente trascritto in CANTÙ, *Notizia di G. D. Romagnosi*, ed. cit., p. 46, n. 33: «Vi trasmetto un progetto di codice penale del Regno d'Italia, che una commissione di giureconsulti, da me a questo fine istituita, mi ha presentato. La fama de' vostri talenti analitici in questa materia mi ha determinato di consultarli in questo importante travaglio. Esaminatelo il più presto che potete. Vi sarò grato, e amerò riconoscere in voi un aumento di quei diritti che vi siete già acquisiti alla pubblica considerazione».

²² Cfr. ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., p. 122.

²³ Nella presente occasione abbiamo consultato i *Motivi delle Note Marginali e del Progetto Sostituito* nella trascrizione dattiloscritta che ci è stata cortesemente fornita da Alberto Cadoppi. Tale trascrizione è basata sulla copia dei *Motivi* che accompagna il manoscritto del *Progetto* conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze (*supra*, nota 3).

²⁴ La lettera è anteposta al ms. del *Progetto sostituito* conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze (*supra*, nota 3). Cfr. ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., p. 121, n. 10.

discusse nei *Motivi* che accompagnano *Progetto*.

Dal punto di vista strutturale, il *Progetto* annovera 240 articoli distribuiti nei XII titoli che costituiscono la Parte Prima dell'ipotetico codice, intitolata alle *Disposizioni Generali*. Il testo è redatto secondo uno stile legislativo piuttosto involuto che se non sempre ripropone la «defatigante prolissità di quasi tutte le opere» del filosofo emiliano²⁵ – del resto ben nota ai cultori del pensiero romagnosiano²⁶ – rimane comunque molto lontano dalla secchezza pre-cettiva di stampo francese ereditata oltralpe dalle esperienze di *style spartiate* di età rivoluzionaria. Il dettato normativo di Romagnosi appare semmai più aderente all'andamento dottrinale tipico del modello austriaco, ma con un *surplus* di accademica pedanteria²⁷ che fortunatamente andrà perduto con il progredire delle sue esperienze in campo legislativo, dando luogo al linguaggio ancora piuttosto elaborato, ma certamente assai più lineare e moderno che caratterizza il Codice di Procedura Penale italico del 1807, il ben noto codice Romagnosi.

In ordine agli aspetti sostanziali del *Progetto*, ci limitiamo a sottolineare, senza approfondire alcun punto specifico, come questo testo romagnosiano contenga indubbiamente una serie di soluzioni tecniche di grande raffinatezza (ad esempio in tema di imputabilità) e avanzi proposte sotto taluni aspetti anticipatrici di successivi sviluppi dottrinali e normativi²⁸, ma presenti nondimeno, come carattere essenziale, il fatto di essere fondato su concezioni profondamente pessimistiche della natura umana. Tali concezioni si manifestano in scelte legislative di singolare rigore e di ricercata esemplarità, nella elaborazione di istituti la cui durezza intimidatoria non può non colpire, e nella restituita centralità di pene corporali talora escogitate con meticolosa fantasia. A tale proposito, e in via di mero esempio, si possono citare la ruvida franchezza del

²⁵ ALESSANDRO LEVI, *Il centenario della morte di G. D. Romagnosi (Bilancio bibliografico)*, in «Archivio Storico Italiano», XCIV (1936), I, pp. 67-98, in particolare p. 87. Più avanti (p. 93) lo stesso autore accenna ai «numerossimi, e quasi tutti faticosissimi, scritti del Piacentino».

²⁶ Di stile «farraginoso» parla ROBERTINO GHIRINGHELLI, *Introduzione a ROMAGNOSI, Genesi del diritto penale*, ed. Milano 1996, cit., p. 49.

²⁷ Cfr. ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., p. 123, che appunto definisce «non di rado pedantemente accademico» lo stile espositivo utilizzato anche in questa occasione da Romagnosi.

²⁸ Una sintetica esposizione dei contenuti del *Progetto*, corredata da una serie di opportune riflessioni totalmente condivisibili, è offerta da ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., pp. 123-130. Il medesimo autore ha già affrontato, in altra sede, la complessa disciplina elaborata da Romagnosi in tema di tentativo (cfr. ROBERTO ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 379-381).

passo dedicato, nei *Motivi* che accompagnano il *Progetto sostituito*, alle forme qualificate di pena capitale²⁹, e l'«iraconda compiacenza» – per dirla con Beccaria³⁰ – con cui viene elaborata l'accuratissima disciplina della esacerbazione delle sanzioni³¹, da realizzarsi – con scientifica graduazione, intesa a punire anche i decimali di reità – ricorrendo alla pena del flagello³² e alla relativa

²⁹ Trascriviamo una parte di tale passo (*Motivi*, ms. cit., pp. 17-18): «Ma per que' delitti che meritano bensì la morte, ma che per la loro atrocità movono più l'orrore e l'indignazion pubblica; per que' delitti, per commettere i quali fu d'uopo superare i più gagliardi sentimenti della natura e delle buone abitudini sociali, e che perciò suppongono un eccesso di passion malefica, dovrà forse il legislatore contentarsi di una forma ordinaria di morte? Essa agli occhi della moltitudine offrendo uno *spettacolo uguale* a quello delle ordinarie esecuzioni potrebbe indurre l'opinione essere uguale delitto l'uccidere un mariuolo di piazza che l'uccidere il Principe; ed uguale reità ammazzare un estraneo poco conosciuto, e scannare quella madre che ci concepì, quel padre che ci generò, e ci educò. Essa ad un malfattore ardito non facendo vedere che un istante solo di dolore, non percuote con abbastanza di terrore l'anima di lui determinata al delitto, come farebbe un altro genere di morte in cui la sofferenza o reale o apparente comparisse più viva, prolungata, spettacolosa. Ma se il titolo e la natura del fine della punizione è quello d'*incutere un terrore* proporzionato all'atrocità del misfatto, nel quale la passione malefica procede nella proporzione stessa con cui procede l'enormità sua, egli è manifesto che il legislatore non deve mostrar solamente l'orrore che *ispira il misfatto*; ma colla grandezza particolare del supplicio ch'egli minaccia ispirare uno spavento proporzionato; Amendue questi fini si ottengono collo stesso unico mezzo. La via la più naturale colla quale gli uomini manifestarono sempre la loro detestazione e il loro orrore per qualsiasi o reale o supposto misfatto si fu quella della grandezza e dello spavento dei supplizi. Non istà in mano del legislatore il modellare i sentimenti naturali come a lui piace. Bisogna guardarsi che una malintesa dolcezza non li seduca suo mal grado, e non renda le sue leggi ludibrio del robusto e intraprendente malfattore. Bisogna anche guardarsi da una certa zerbineria legislativa che con un'aria plausibile ci trascina a far l'apoteosi d'una femminile ritrosia nell'irrogare i supplizi. La salute pubblica, la necessità di contrapporre maggiore spavento dove più forte è la resistenza e perversa l'energia della nequizia; ecco le massime che inflessibilmente la Politica e il Diritto dettano al legislatore. Ci vuole della violenza, è vero, a dettar certe pene a sangue freddo, ma bisogna vincersi; bisogna anche affrontare la pretesa umanità del secolo, e pronunciare che per i delitti specialmente di uccisione del Principe, dei genitori, di tradimento dello Stato, è necessario rimettere in uso diverse maniere di morte. La natura ne dettò ai nostri maggiori talune, le quali niuna ragion convincente di prudenza criminale potrebbe far rigettare».

³⁰ Ci riferiamo, ovviamente, al «tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio» accennato nelle prime righe del *Dei delitti e delle pene*. Cfr., tra le tante edizioni disponibili: CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento, A cura di Franco Venturi, Nuova edizione, Torino, Einaudi, 1994, p. 3.

³¹ *Progetto sostituito*, Titolo VIII, *Della esacerbazione delle pene*, artt. 150-159.

³² Secondo l'art. 151, «L'esacerbazione delle pene si fa a colpi di verghe sul dorso denudato da infliggersi con una data macchina decretata dalla legge». La non marginalità, nel quadro delle concezioni repressive romagnosiane, della pena del flagello è sottolineata dal larghissimo spa-

macchina³³. L'una e l'altra particolarmente adatte a evocare quello «splendore dei supplizi» celebrato, se il verbo è lecito, dalle ben note pagine di Michel Foucault³⁴.

In effetti, vi è nelle concezioni romagnosiane, e segnatamente nell'applicazione che ne viene fatta in ambito penale³⁵, una radice filosofica sensista e meccanicista³⁶, originariamente ricollegabile – e del resto la cosa è ben nota – al pensiero di Condillac (il cui magistero – giova rilevarlo – aveva lasciato tracce profonde nel *milieu* culturale parmense e piacentino)³⁷. Ora, questi

zio dedicato all'argomento nei *Motivi* (ms. cit., pp. 30-38). In tale sede Romagnosi – causando nel moderno osservatore perplessità ancora maggiori di quelle derivanti dalla lettura dei passi sulla esacerbazione della pena capitale – si impegna a dimostrare la logicità, la convenienza, l'opportunità, la duttilità di questa forma sanzionatoria, fornendo altresì un compiuto progetto della relativa macchina (in ordine alla quale è stato scritto con sottile ironia che, in questo caso, l'ingegneria penale romagnosiana lascia spazio all'ingegneria *tout court*: ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., p. 129).

³³ Il tema del ricorso a strumenti meccanici per infliggere pene corporali (e innanzitutto la pena capitale) attira di frequente, tra Sette e Ottocento, gli esponenti delle dottrine penalistiche. Senza ritornare al classico esempio della ghigliottina, può essere di un qualche interesse fare riferimento a quella sorta di *garrota* meccanica proposta da Carmignani per le esecuzioni capitali nel suo progetto di codice penale per il Regno del Portogallo. Personalmente contrario, pur con qualche tentennamento, alla pena di morte, Carmignani aveva dovuto prevederla in quel progetto, dichiarando peraltro che l'idea della *garrota* meccanica gli era venuta da Cabanis e da Bentham. Riflettendo sul fatto che le posizioni e le opinioni espresse da questi due autori non sono probabilmente del tutto estranee, come vedremo tra poco, alla genesi delle concezioni penalistiche romagnosiane, possiamo allora concludere che, come si suol dire, i conti tornano. Cfr., in argomento, le considerazioni e le indicazioni fornite da DA PASSANO, *Note su Carmignani*, cit., in particolare pp. 89-90 e nn. 50-51. Più in generale, sul progetto 'portoghese' di Carmignani, cfr: ALBERTO CADOPPI, *Il progetto di codice penale per il Portogallo di Giovanni Carmignani (1836)*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 33-37, e SILVIA LARIZZA, *Il progetto di codice penale per il Regno del Portogallo: il predominio della «ragione pratica» sulla «ragione teorica»*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 341-360.

³⁴ Cfr. MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, ed. Torino, Einaudi, 1993, in particolare pp. 35-75.

³⁵ Su altri istituti di carattere spiccatamente intimidatorio presenti nel *Progetto sostituito*, quali la commutazione aumentante delle pene, la previsione della pena di morte per i minori, il frequente ricorso a figure di presunzione *contra reum*, cfr. ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., pp. 124-125 e 128-130.

³⁶ Sulle radici comunque complesse del pensiero romagnosiano si veda LUCA MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi, I, Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, in particolare pp. 104-165.

³⁷ È appena il caso di rammentare, al proposito, il lungo soggiorno parmense – protrattosi per quasi due lustri intorno agli anni Sessanta del Settecento – del filosofo transalpino che, nelle vesti di precettore di Ferdinando di Borbone, trova a Parma un clima meno ostile di quello parigino. Sul contesto culturale del Ducato nella seconda metà del Settecento, con particolare

aspetti sensisti e meccanicisti sembrano saldarsi, nel *Progetto sostituito*, al *disincanto post-termidoriano*³⁸ seguito alla fase più tragica e oscura degli eventi rivoluzionari d'oltralpe. Tale atteggiamento di lucido pessimismo – in anni recenti puntualmente illustrato, nei suoi effetti sul mondo della cultura giuridica e nei suoi risvolti normativi, da Adriano Cavanna³⁹ e da Stefano Solimano⁴⁰ – viene elaborato a livello filosofico da Cabanis, da Destutt de Tracy e dalla corrente degli *Idéologues*, che nei loro scritti si fanno interpreti di quell'onda di riflusso che, anche in ambito legislativo, sembra spazzare via molte delle certezze, delle speranze (e delle illusioni) che si erano venute delineando nel primo periodo della Rivoluzione.

In Romagnosi, e singolarmente nel *Progetto sostituito*, il sovrapporsi alla più risalente visione sensista delle nuove sensibilità post-termidoriane dà quindi luogo a una serie di scelte che probabilmente suscitano qualche perplessità in coloro che tuttora confidano nella possibilità di realizzare una giustizia penale ispirata a criteri di garanzia e di umanità. Nondimeno, tali scelte trovano una loro precisa spiegazione nel fatto di essere basate da un lato su una prospettiva utilitaristica giocata – al contrario di quanto accade in Beccaria – in chiave esclusivamente statualista (e sul cui sfondo si scorge quindi il Bentham del *Panopticon*), e dall'altro sull'idea, propria delle correnti filosofico-giuridiche postilluministe, che la tecnica legislativa sia innanzitutto strumento di governo e di educazione (e dunque di prevenzione) in grado di condizionare le abitudini del singolo, e che il legislatore debba in definitiva avere il ruolo, come è stato scritto, di «Grande Burattinaio»⁴¹.

Dal confluire degli elementi testé segnalati discendono – nel *Progetto sostituito* in modo ancora più esplicito di quanto non accada nella *Genesi del diritto penale* – due decise tendenze, sulle quali a loro volta si appoggiano le

riguardo per il ruolo del Collegio Alberoni e per la formazione e le prime prove del giovane Romagnosi, cfr. ROBERTINO GHIRINGHELLI, *Idee, società ed istituzioni nel Ducato di Parma e Piacenza durante l'età illuministica*, Milano, Giuffrè, 1988.

³⁸ L'efficace espressione è ripresa da STEFANO SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 221.

³⁹ ADRIANO CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)*, in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 771-832, in particolare pp. 816-826, e *Mito e destini del Code Napoléon in Italia (Riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone legislatore di Pietro Giordani)*, in ID., *Scritti*, cit., II, pp. 1079-1129, in particolare pp. 1099-1122.

⁴⁰ SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., in particolare pp. 58-87 e 123-157 (con ulteriori indicazioni bibliografiche, in ordine alle quali si possono consultare anche i contributi citati alla nota precedente).

⁴¹ *Ivi*, p. 66.

numerose scelte *ad litteram* terroristiche operate in materia di qualità e quantità delle pene e gli istituti – primo fra tutti il flagello meccanico – che a prima vista parrebbero essere stati elaborati per scopi gratuitamente repressivi (e che per tale motivo sono stati a suo tempo liquidati, forse superficialmente, come semplici «stramberie»⁴² o curiose «bizzarrie»⁴³). La prima tendenza privilegia, a tutto danno delle garanzie individuali, una decisa azione di difesa sociale, freddamente e lucidamente programmata. La seconda intende attribuire alla pena una funzione squisitamente preventiva, fondata sulla nota teoria della contropinta criminosa che viene da più parti tradizionalmente considerata come il più originale contributo romagnosiano allo sviluppo del moderno pensiero giuridico-penale⁴⁴.

Del resto – giova sottolinearlo – siffatte opzioni non sono proprie, nell'Italia postrivoluzionaria e napoleonica, del solo Romagnosi. Anche su questo punto ci limitiamo a un solo ma evidente esempio, rappresentato dall'accentuato parallelismo di posizioni tra Romagnosi e un suo grande conterraneo, Melchiorre Gioia, la cui esperienza umana e il cui itinerario culturale non a caso risultano per molti versi sovrapponibili a quelli del filosofo di Salsomaggiore. In effetti, le concezioni dei due insigni autori sul ruolo, sui caratteri e sugli scopi che dovrebbero contraddistinguere la legislazione penale sono largamente coincidenti (non per nulla Gioia, al pari di Romagnosi, sarà ascritto *ex post* al credo positivista⁴⁵). Esse si scostano in molti punti dalla tradizione dell'illuminismo liberal-garantista (basti pensare alla fondamentale questione della pena di morte), e sono determinate da basi ideologiche e filosofiche che

⁴² LEVI, *Il centenario*, cit., p. 78: «Poiché gli studiosi seri non possono farsi apologisti per partito preso, ma devono prestare ossequio anzitutto ai fatti sicuramente stabiliti, sono certo che il severo cultore di storia e di diritto ch'è Fabio Luzzatto, oltre gli innegabili pregi di cote-sto "progetto sostituito", rileverà anche certe stramberie sulla flagellazione, con relativo disegno dello strumento *ad hoc*, che, con una logica eccessivamente consequenzialista, il Nostro ivi dedusse dal suo concetto d'una "moneta afflittiva che tutti possa rappresentare i valori penali"».

⁴³ LEVI, *Il centenario*, cit., p. 87: «Si possono combattere molte delle sue [di Romagnosi] teorie anche giuridiche e sociologiche, come ad esempio quella di certa economia penale, di cui già ho ricordato [cfr. la nota precedente] un corollario bizzarro».

⁴⁴ Rinviamo, in ordine a quest'ultima affermazione, alla letteratura segnalata in ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., p. 127, n. 31.

⁴⁵ Anche in questo caso protagonista dell'operazione è Fabio Luzzatto, che fra il 1933 e il 1934, prima di dedicarsi agli studi romagnosiani, consacra al Gioia 'precursore' due contributi: FABIO LUZZATTO, *Melchiorre Gioia e la scienza del diritto penale*, in «La Scuola Positiva», XLI (1933), I, pp. 36-42, e XLII (1934), I, pp. 498-504; ID., *La "Giurisprudenza Criminale" di Melchiorre Gioia e le sue fonti*, in «Bollettino Storico Piacentino», XXVIII (1933), pp. 164-171.

a loro volta appaiono del tutto analoghe (come noto, anche Gioia come Romagnosi fu allievo del Collegio Alberoni)⁴⁶.

Un passo della *Discussione economica* dedicata da Gioia al Dipartimento del Lario nel 1804⁴⁷ risulta al proposito illuminante. In esso l'autore non esita, con la consueta attitudine da polemista, a stigmatizzare «l'imbecille e femminil compassione» – condivisa dai «filosofi moderni» e dai «gazzettisti» – «a favore de' rei», e auspica severità nelle pene, «prove più spedite» (cioè, in buona sostanza, processi sommari) e, in particolare, massimo rigore «ne' casi di prova difficile»⁴⁸. In altri precedenti scritti Gioia era giunto ad affermare di considerare «canone di giustizia, che ogni soccorso prestato all'accusato ed inutile all'innocente, favorendo l'impunità de' rei, debb'essere ricusato», e si era fatto altresì paladino della presunzione di colpevolezza, sostenendo che, ove sussista il dubbio circa l'innocenza o la reità dell'imputato, sia miglior partito trattenere quest'ultimo in stato di detenzione⁴⁹.

4. *Il mancato seguito del Progetto: ottant'anni di oblio*

Riprendiamo ora il filo principale del nostro discorso, e riassumiamo brevemente quanto accade nel periodo immediatamente successivo alla redazione del *Progetto sostituito*.

A Milano, nell'estate del 1806, gli avvenimenti incalzano. Luosi ha già incontrato le prime grosse difficoltà sul cammino dell'impresa codicistica avviata tra gli entusiasmi della prima ora un anno avanti. Probabilmente non si è

⁴⁶ Sugli esiti che il magistero romagnosiano avrà in ordine alle concezioni penalistiche di uno sei suoi più noti allievi, Carlo Cattaneo, cfr. GIAN PAOLO MASSETTO, *Carlo Cattaneo e il diritto penale*, in *Cattaneo, Milano e la Lombardia*, Milano, Istituto Lombardo di Lettere e Scienze, 2005, pp. 25-92.

⁴⁷ MELCHIORRE GIOIA, *Sul Dipartimento del Lario. Discussione economica*, Milano, Pirotta e Maspero, 1804. I passi presi in considerazione in questa occasione ci sono stati cortesemente segnalati da Gian Paolo Massetto.

⁴⁸ *Ivi*, p. 180, nota 1. Notiamo come «l'imbecille e femminil compassione» mostrata dai «filosofi moderni» e dai «gazzettisti» nei confronti dei «rei» corrisponda alla lettera alla «femminile ritrosia nell'irrogare i supplizzi» propria, secondo il Romagnosi dei *Motivi al Progetto sostituito* (cfr. *supra*, nota 29), di «una certa zerbineria legislativa». Siamo evidentemente di fronte a un caso, per usare un termine alla moda che il cortese lettore ci vorrà consentire, di *machismo* giuridico-penale.

⁴⁹ MELCHIORRE GIOIA, *Teoria civile e penale del divorzio ossia necessità, cause, nuova maniera d'organizzarlo seguita dall'analisi della legge francese 30 ventoso anno IX relativa allo stesso argomento*, Milano, Pirotta e Maspero, 1803, pp. 242-245, nota 1.

ancora reso conto (se mai lo farà⁵⁰) che i germi del futuro fallimento sono proprio nella convinzione (fatta propria ed esaltata dallo stesso Romagnosi nella citata lettera del 26 agosto 1806⁵¹) che sia possibile realizzare un'opera legislativa «nazionale». Si trattava di un'illusione nella quale Bonaparte ben volentieri aveva lasciato crogiolare l'entusiasta ministro, e che rispondeva pienamente alla sua «strategia di seduzione dei giuristi»⁵². In realtà, ben diversi erano gli intenti dell'imperatore: coinvolgente e pienamente convincente appare la ricostruzione operata da Adriano Cavanna in ordine ai motivi che portarono al fallimento della codificazione italiana (con la ben nota e non casuale eccezione costituita proprio dal codice Romagnosi): si trattò di un fallimento annunciato e, si potrebbe dire, programmato. Programmato ovviamente da Napoleone, e da lui pilotato con mano sapiente e con la piena e si direbbe consapevole collaborazione del Segretario di Stato Aldini⁵³.

A Milano dunque, dove le cose cominciano a non andare bene sul versante dell'opera di codificazione (e dove, comunque, quella della codificazione del diritto non è l'unica urgente impresa messa in cantiere), c'è bisogno di gente che sappia il fatto suo. E la chiamata di Romagnosi risponde pienamente a tale esigenza. Il 26 agosto parte verso Parma un nuovo dispaccio, che invita il giurista a trasferirsi a Milano al fine di prestare un'opera consultiva genericamente intesa alla «nuova sistemazione del Governo»⁵⁴. La convocazione arriva quando Romagnosi, come abbiamo visto, è intento a dare gli ultimi colpi di lima al *Progetto sostituito* (la cui lettera d'accompagnamento, tra l'altro, è già pronta). La decisione è subito presa: il tempo di farsi prestare dal banchiere Andrea Serventi 400 lire (che saranno saldate agli eredi solo nel 1823⁵⁵), e Romagnosi parte alla volta della capitale lombarda ove, in buona sostanza,

⁵⁰ Cfr. *infra*, note 59-62 e testo corrispondente.

⁵¹ Cfr. *supra*, nota 24 e testo corrispondente.

⁵² CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese*, cit., p. 860, con riferimento a JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 267 («entreprise de séduction des juristes»).

⁵³ CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese*, cit., pp. 847-893.

⁵⁴ *Informazione sulla persona del Consultore e Professore Romagnosi*, cit., c. [1r]: «[Romagnosi] fu invitato sotto li 26 agosto dallo stesso Governo a recarsi in Milano all'entrare di Settembre ad oggetto di prestare (come dice il Dispaccio) i suoi lumi per la nuova sistemazione del Governo. Così venne fatto». La data del 26 agosto è confermata dalle già citate *Notizie del Cantù* (ed. 1840, p. 46) e da tutte le successive biografie.

⁵⁵ Sul curioso episodio, cfr., anche per le opportune indicazioni bibliografiche, DEZZA, *Il Codice di Procedura Penale del Regno Italico (1807)*, cit., p. 250, n. 10.

rimarrà fino alla fine dei suoi giorni.

A Milano, e per più di sette anni, il giurista di Salsomaggiore svolge un numero impressionante di incarichi in ambito legislativo, consultivo e organizzativo. Ciò nonostante questi impegni, trova il tempo di elaborare una cospicua serie di importanti contributi dottrinali, figura per un certo periodo – prima di passare alla cattedra milanese di Alta Legislazione – tra i professori della Facoltà Legale pavese, e dà altresì vita a quell'interessantissimo esperimento rappresentato dal «Giornale di Giurisprudenza Universale»⁵⁶. Tra questi molteplici e multiformi impegni spicca, nel primo anno del suo soggiorno lombardo, la realizzazione del codice di procedura penale oggi conosciuto sotto il suo nome. Ciò che peraltro maggiormente rileva ai fini del presente contributo è osservare come, nel periodo successivo all'arrivo a Milano di Romagnosi, il *Progetto sostituito* sembri gradualmente uscire di scena. E tale uscita di scena sembra essere a un certo punto definitiva, nonostante il fatto che i lavori per la redazione di un codice penale siano proseguiti a Milano fino al 1810, e nonostante l'assidua partecipazione del giurista emiliano a tali lavori.

In effetti, Romagnosi è membro autorevole – forse il più autorevole – sia di una seconda commissione formata in ambito ministeriale il 4 ottobre 1806⁵⁷, sia della terza e ultima commissione, nominata da Luosi il 30 agosto 1808 allo scopo di completare i lavori per il codice penale del Regno⁵⁸. Ma ben poco rimane nei lavori di queste commissioni – e segnatamente dell'ultima commissione, attiva fino al 1810 – che possa collegare in modo robusto e inequivocabile gli ultimi progetti penalistici del Regno Italico al *Progetto sostituito*. Il fatto è che tali lavori vennero incanalati dallo stesso Luosi, con l'accordo della grande maggioranza dei commissari nominati nel 1808, lungo un itinerario divergente da quello segnato dal filosofo e giurista emiliano nel suo personalissimo *Progetto*⁵⁹. Allo scopo di ottenere il beneplacito imperiale, si tentò, fissan-

⁵⁶ *Ivi*, pp. 252-254, n. 16.

⁵⁷ Su questa seconda commissione, apparentemente inattiva, cfr. DEZZA, *Appunti*, cit., pp. 236-238. Cfr. inoltre i rilievi e le ipotesi formulate in ISOTTON, *Crimen in itinere*, cit., pp. 363-364, n. 10, e pp. 391-392, n. 82.

⁵⁸ Cfr. DEZZA, *Appunti*, cit., pp. 238-280, e l'aggiornata sintesi offerta in ISOTTON, *Crimen in itinere*, cit., pp. 362-367.

⁵⁹ Particolarmente significativi, a tale proposito, appaiono i pur incompleti verbali dei lavori della commissione formata il 30 agosto 1808, desunti dalle carte conservate presso l'archivio privato di Romagnosi e pubblicati in *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi*, riordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi, IV, 2, *Scritti sul diritto penale*, Milano, Perelli e Mariani,

do come punto di partenza il progetto ministeriale del 1806 (che probabilmente rimane il vero *chef-d'oeuvre* della prima fase della codificazione penale in Italia) di accogliere per quanto possibile l'impostazione e le soluzioni che nel frattempo venivano elaborate oltralpe, e di conciliare tale accoglimento con la conservazione di un'impronta «nazionale»⁶⁰. Si tentò, in altre parole, di porre in essere un'operazione di equilibrismo legislativo, preservando un nucleo essenziale di regole e principi ritenuti rispondenti ai caratteri propri del Regno e delle sue popolazioni, e lasciando per il resto via libera a una progressiva *francisation* del progettato codice, senza peraltro rendersi conto che

1842 (sulla copertina cartacea: 1843), pp. 1201-1280 (*Processi verbali delle sedute che tenne la commissione istituita per l'ultima riforma del Progetto di Codice Penale ed altri scritti relativi*). In talune occasioni tali verbali contengono sintetici cenni che potrebbero essere interpretati – il condizionale è d'obbligo – come riferimenti al *Progetto sostituito*. Dal verbale della quarta seduta della commissione, svoltasi il 10 dicembre 1808 (ivi, p. 1256), veniamo informati che il ministro Luosi «ha fatto distribuire un *Titolo* di riforma che il sig. Romagnosi aveva preparato sul primo Titolo progettato *dei delitti in generale*. L'analisi paragonata di questi due Titoli è stata scelta per argomento della seduta di martedì 13 dicembre». Il medesimo verbale soggiunge peraltro che «La Commissione d'unanime consenso ha fissato la massima, che essendo scopo di lei non la creazione, ma la revisione di un Codice, si debba avere il dovuto riguardo a quello progettato, che generalmente è stato bene accolto, così nell'aggiungere, come nel detrarre a qualunque parte di esso; tenendo sempre conto delle osservazioni dei giureconsulti e dei tribunali, e dei rilievi appositi». Dal verbale della successiva quinta seduta, svoltasi come programmato il 13 dicembre 1808 (ivi, p. 1266), apprendiamo che il ministro Luosi «ha aperto la discussione, domandando se era pensiero della Commissione di sostituire direttamente il Titolo preliminare presentato dal signor Romagnosi, oppure se credeva conveniente una semplice analisi critica del Titolo del Progetto». Al riguardo, la presa di posizione della commissione è recisa: «La Commissione ha fissato d'occuparsi di questa seconda operazione, massime in forza del principio, ch'essa aveva precedentemente adottato di non togliere il lavoro già fatto, ove non vi sia un'assoluta necessità». Ammesso e non concesso, come si suol dire, che ci si trovi di fronte a due riferimenti al *Progetto sostituito*, dobbiamo prendere atto che la chiusura nei suoi confronti, da parte dei commissari, è netta, come appare netta è la decisione di prendere come punto di partenza il progetto ministeriale del 1806 (la cui scansione sarà altresì seguita dalla commissione come punto di riferimento per l'organizzazione dei propri lavori). Aggiungiamo che lo stesso Luosi nel corso della prima seduta della commissione, il 30 novembre 1808, aveva pronunciato un discorso introduttivo «sulla revisione e perfezionamento del Progetto di Codice penale» (ivi, pp. 1206-1210) nel quale aveva sottolineato con forza come il compito della commissione fosse di sottoporre a «nuovo esame» il progetto del 1806, e di dare ad esso «la definitiva forma» (ivi, p. 1206). Conviene rilevare, al proposito, come tale discorso sintetizzi un testo molto più ampio (e, se ci si consente il gioco di parole, 'romagnosiano') preparato per il ministro proprio dal giurista di Salsomaggiore (ivi, pp. 1211-1224), nel quale non si rinviene invece alcun particolare riferimento al progetto del 1806.

⁶⁰ Esplicito al proposito appare il rapporto presentato da Luosi al viceré Eugenio Beauharnais il 23 novembre 1808. Cfr. DEZZA, *Appunti*, cit., pp. 240-242.

proprio tale scelta, volta a «mantenere la massima possibile conformità»⁶¹ con il parallelo progetto penalistico d'oltralpe, avrebbe finito per rendere sostanzialmente inutile l'autonoma e «nazionale» opera di codificazione vagheggiata nel 1805⁶².

Come siano dunque andate le cose, è ben noto⁶³. Del resto, il *Progetto sostituito* ben difficilmente avrebbe potuto emergere in un siffatto contesto, e se talora è dato di rilevare qualche assonanza o qualche traccia di collegamenti tra taluni suoi contenuti e gli ultimi progetti affannosamente compilati tra il 1808 e il 1810, si tratta di assonanze e di tracce che sembrano imputabili più alla presenza tra i commissari di un impegnatissimo Romagnosi piuttosto che all'influsso diretto del suo *Progetto*⁶⁴.

Il precoce accantonamento del *Progetto sostituito* è confermata da un ulteriore dato, in ordine al quale è forse possibile svolgere qualche ulteriore riflessione. Il dato è rappresentato dal fatto che il *Progetto* non viene mai ricordato né da Romagnosi né tantomeno dai suoi primi biografi (che erano anche i suoi discepoli più affezionati e dunque – si presume – ne conoscevano opere ed esperienze). Questa assenza non può non colpire. E se nel caso di Romagnosi la mancata memoria può essere forse spiegata con quella sorta di iperattivismo che portava il filosofo a disinteressarsi del passato e a progettare e intra-

⁶¹ L'espressione è desunta da un rapporto presentato da Luosi al viceré Eugenio Beauharnais il 5 ottobre 1808. Cfr. DEZZA, *Appunti*, cit., p. 240.

⁶² Cfr. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese*, cit., pp. 883-893.

⁶³ La traduzione del codice penale imperiale entra in vigore nel Regno d'Italia il 1° gennaio 1811 con l'intitolazione di Codice dei Delitti e delle Pene pel Regno d'Italia. Cfr., in argomento, *Codice dei Delitti e delle Pene pel Regno d'Italia (1811)*, Ristampa anastatica, con scritti di A. Cadoppi, F. Callaioli, C. Carcereri de Prati, M.A. Cattaneo, A. Cavanna, F. Colao, M. Da Passano, E. Dezza, M.-S. Dupont-Bouchat, R.F. Ellero, J.-L. Halpérin, R. Isotton, P. Rondini, S. Solimano, S. Vinciguerra, raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova, CEDAM, 2002.

⁶⁴ Un possibile riferimento al *Progetto sostituito* potrebbe essere rinvenuto – anche in questo caso il condizionale è assolutamente d'obbligo – nei verbali della quinta seduta della commissione, svoltasi il 13 dicembre 1808 (*supra*, nota 59): durante tale seduta, dedicata alla revisione del primo titolo del progetto del 1806, si accenna infatti alla decisione di chiudere il titolo nella sua nuova conformazione «cogli ultimi due articoli del sig. Romagnosi». Un ulteriore possibile riferimento potrebbe essere rinvenuto nella discussione, sviluppatasi nel corso della medesima seduta, relativa all'opportunità di utilizzare, nella definizione generale del reato, l'espressione «dolosa o colposa violazione» ovvero l'espressione «violazione volontaria». A tale proposito, «Il sig. Romagnosi nota che appunto per questo egli nel suo primo articolo del Titolo preliminare si era guardato al definire scolasticamente il delitto». Cfr. *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi*, ed. De Giorgi, cit., IV, 2, pp. 1267-1269.

prendere sempre nuove iniziative e sempre nuovi studi, sembra più difficile comprendere il silenzio degli allievi che pure, dopo la morte del maestro, ebbero in mano le sue carte⁶⁵ e furono in grado non solo di conoscerle bene e di studiarle, ma anche di dare alle stampe molto del materiale – spesso totalmente inedito – che da esse come da una vera e propria miniera erano in grado di ricavare⁶⁶.

L'ipotesi che a monte di tale assenza vi sia una sorta di preoccupato disappunto o di velato sconcerto legato alla consapevolezza degli aspetti di singolare durezza che segnano una parte consistente del *Progetto sostituito* è solo una delle tante che si possono formulare per spiegare un silenzio che sembra confliggere – lo diciamo ancora una volta con il senno di poi – con la consistente presenza nell'archivio privato romagnosiano delle testimonianze, che oggi sappiamo evidenti e numerose, del lavoro svolto nell'estate del 1806. Impegnati dopo il 1835 nell'edificazione del mito romagnosiano⁶⁷, amici e allievi – ma l'ipotesi, lo ripetiamo, è tutta da verificare – hanno forse preferito lasciare sotto traccia il *Progetto sostituito*, confinandolo in un prudente limbo archivistico⁶⁸.

Resta il fatto che per un lunghissimo intervallo temporale, protrattosi per parecchi decenni, nessuno sembra rammentarsi del *Progetto sostituito*, e cioè del fatto, in fin dei conti tutt'altro che trascurabile, che un giurista e filosofo del calibro di Giandomenico Romagnosi abbia redatto, nel 1806, un pur parziale progetto di codice penale. Ma poiché tutte le testimonianze storiche di cui si perde la memoria senza però che siano fisicamente eliminate sono destinate, prima o poi, a ricomparire (basta cercarle o semplicemente, con un po' di fortuna, trovarle), anche il *Progetto sostituito*, dopo quasi ottant'anni di oblio, torna alla luce.

⁶⁵ Per un accenno a tale circostanza, cfr. GIUSEPPE SACCHI, *Biografia di G. D. Romagnosi*, in CANTÙ, *Notizia di G. D. Romagnosi*, ed. cit., pp. 127-167, in particolare pp. 166-167, n. 4.

⁶⁶ Si consideri, in via d'esempio, la ricchissima messe di testi inediti consultabili nella citata silloge delle *Opere edite ed inedite di G. D. Romagnosi* curata da Alessandro De Giorgi.

⁶⁷ Si pensi, al riguardo, a scritti come quello di GIUSEPPE FERRARI, *La mente di Giandomenico Romagnosi*, Milano, Imperiale Regia Stamperia, 1835.

⁶⁸ Defendente Sacchi ricorda che Romagnosi nel testamento del 6 giugno 1835 destinò i propri manoscritti «al miglior uso per la propria reputazione», nominandone depositario l'amico Luigi Azimonti. Cfr. DEFENDENTE SACCHI, *Gli ultimi giorni di Romagnosi*, in CANTÙ, *Notizia di G. D. Romagnosi*, ed. cit., pp. 167-175, in particolare p. 168.

5. *La riemersione del Progetto sostituito*

Il *Progetto sostituito* riemerge nel 1882, tra le collezioni di manoscritti della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze⁶⁹. Autore della ‘scoperta’ è Giovanni Stefano Tempia, un giovane giurista destinato a una vita assai breve, contrassegnata da complessi e multiformi interessi culturali⁷⁰. Tempia dà pubblica informazione del rinvenimento del cimelio romagnosiano due anni più tardi, nel 1884, dando alle stampe un agile contributo in una rivista invero non specializzata, il quindicinale fiorentino «Rassegna Nazionale»⁷¹.

Nelle prime pagine di questo contributo l’autore descrive la casualità della ‘scoperta’ e, in particolare, lo stupore nei confronti di un testo autografo certamente romagnosiano⁷² e, con altrettanta certezza, di notevole rilevanza, che proprio per questi motivi non poteva non aver lasciato memoria di sé. Tempia deve però concludere – dopo avere esaminato le biografie e le collezioni a stampa delle opere romagnosiane – di trovarsi effettivamente di fronte a un testo non noto, e dunque di avere realmente fatto una «scoperta»⁷³. Passa allora a fornirne una sommaria descrizione, esclusivamente formale⁷⁴, cui aggiunge la trascrizione, a dire il vero non ineccepibile, della lettera del 26 agosto 1806 con la quale Romagnosi, come abbiamo visto, intendeva presentare a Luosi il lavoro svolto⁷⁵. Nel contempo, Tempia si sforza di ricostruire la

⁶⁹ Si tratta del manoscritto del *Progetto sostituito* (accompagnato dai *Motivi* e preceduto dalla lettera a Luosi del 26 agosto 1806) citato *supra*, note 3, 23 e 24.

⁷⁰ Giovanni Stefano Tempia (1855-1889) si laurea in giurisprudenza a Torino il 9 agosto 1879. Allievo di Matteo Pescatore, prima della precoce scomparsa pubblica una nutrita serie di studi dai quali traspare una spiccata predilezione per l’indagine giuridica di carattere sociologico, filosofico e storico. Una silloge dei suoi scritti, accompagnata dall’autorevole presentazione di Carlo Francesco Gabba, viene pubblicata postuma nel 1891 (GIOVANNI STEFANO TEMPIA, *Scritti varii giuridici e sociologici*, con prefazione di Carlo Francesco Gabba, Torino, Bocca, 1891).

⁷¹ GIOVANNI STEFANO TEMPIA, *Il progetto di codice penale di G. D. Romagnosi*, in «Rassegna Nazionale», VI, XX, 4 (1884), pp. 611-620.

⁷² *Ivi*, p. 611: «Lo scritto pareva di mano dell’autore, e, riscontrandolo più tardi con certe lettere di lui, potei acquistare la certezza, salvo il caso di una perfetta imitazione, che sia autografo; tale è del resto la credenza tradizionale nella Biblioteca».

⁷³ TEMPIA, *Il progetto di codice penale*, cit., p. 614: «io non potevo riposare nell’opinione di aver fatto, fosse pure a caso, questa scoperta, e mi andavo dicendo: la mia dev’essere una illusione e per poche ricerche ch’io faccia sarà dissipata. Ora le ricerche ch’io potei fare con la miglior volontà di togliermi il piacere che sospettavo illusorio, me lo lasciarono finora intiero e anzi reso un po’ meno sospetto».

⁷⁴ *Ivi*, p. 617: il lavoro risulta «copiato in pulito», e le due parti che lo compongono (il *Progetto* e i *Motivi*) «sono rilegate insieme in un volume con dorso di pelle».

⁷⁵ *Ivi*, pp. 617-619. Più accurata si presenta una successiva trascrizione, pubblicata in *Lette-*

vicenda del *Progetto sostituito* e di inserirla nel quadro più generale della codificazione penale italiana, esprimendo tra l'altro il dubbio, tutto sommato non privo di qualche fondamento, che il *Progetto* non sia mai stato effettivamente spedito a Luosi a Milano⁷⁶. Infine, dopo aver accennato al fatto che non era noto come il manoscritto fosse entrato a far parte dei fondi della Biblioteca Nazionale⁷⁷, preannuncia l'intenzione di tornare in un successivo scritto sugli aspetti sostanziali del *Progetto sostituito*, poiché esso «contiene molti punti abbastanza interessanti»⁷⁸.

Tale proposito non viene mai tradotto in pratica, forse per la precoce scomparsa dell'autore. E la riemersione del *Progetto sostituito*, concretatasi attraverso la pubblicazione di uno scritto di taglio prevalentemente divulgativo in una rivista di buon livello ma certo non specializzata, non sembra in realtà avere, al momento, alcun seguito concreto in ambito scientifico e storiografico né presso gli esponenti del pensiero giuridico-penale, ormai impegnati nella prima fase dell'acre contrapposizione tra classici e positivi, né tra gli storici del diritto, all'epoca animati da tutt'altri interessi. Si trattò dunque di una riemersione, almeno per il momento, virtuale, favorita dal fatto che del testo romagnosiano veniva data, nel contributo del Tempia, solo una breve informazione esterna di gusto più che altro antiquario, che non consentiva di percepire anche solo in modo superficiale l'assoluta rilevanza di contenuti.

Perché giuristi e storici inizino ad appassionarsi a tali contenuti sarà necessario attendere ancora mezzo secolo, quando gli archivi avranno ormai restituito agli studiosi un altro fondamentale strumento di conoscenza della vicenda e del tenore del *Progetto sostituito*.

Ci riferiamo all'emersione di una seconda serie documentaria, ricomparsa in seguito all'acquisizione, corredata da complesse vicende anche giudiziarie,

re edite ed inedite di Gian Domenico Romagnosi, a cura di Stefano Fermi, Milano, Vallardi, 1935, lettera n. 63, pp. 96-99.

⁷⁶ *Ivi*, p. 620: «forse avendo il Romagnosi un po' indugiato quell'invio, ricevette intanto la lettera che lo chiamava a Milano, e non mandò più nulla, pensando forse di portar seco il "progetto sostituito"».

⁷⁷ *Ibidem*: «E come sarà accaduto che questo lavoro fatto dal Romagnosi a Parma e mandato o voluto mandare a Milano sia venuto a Firenze? Su questi punti non è possibile che fare altro che congetture, ma ciò non è di grande momento». In realtà, il manoscritto era stato acquistato dalla Biblioteca Nazionale pochi anni prima, nel 1877. Cfr., su quest'ultimo punto, *infra*, note 84 e 113.

⁷⁸ *Ivi*, p. 620: «Intanto, siccome questa [fatica] del Romagnosi contiene molti punti abbastanza interessanti, se, dopo questa pubblicazione, niuno verrà a provare che sia già abbastanza conosciuta, intratterremo un'altra volta su di essa i lettori della *Rassegna Nazionale*».

di una parte dell'archivio privato di Francesco Crispi ad opera dell'Archivio di Stato di Palermo, nel 1910⁷⁹. Di tale archivio crispino era (e tuttora è) parte integrante un consistente gruppo di carte acquisite in epoca imprecisata dallo statista siciliano, carte a loro volta provenienti dall'archivio privato del più illustre tra i discepoli di Romagnosi, Carlo Cattaneo⁸⁰. Ora, proprio le *Carte Cattaneo* del *Fondo Crispi* dell'Archivio di Stato di Palermo erano in grado di offrire una consistente serie di carte romagnosiane⁸¹, tra le quali – ed è ciò che conta ai fini del presente contributo – figuravano (e figurano) altri esemplari del *Progetto sostituito* e dei *Motivi*, presenti in redazioni di lavoro antecedenti a quella, apparentemente definitiva, conservata a Firenze⁸².

Gli archivi stavano svelando i loro segreti. Essi potevano ormai consegnare agli studiosi un quadro di fonti sufficientemente completo non solo per ricostruire con esattezza quanto accaduto nell'estate del 1806, ma anche – ed è forse ciò che più conta – per indagare sui contenuti del progetto penalistico romagnosiano. Sarà peraltro necessario attendere, come accennato in precedenza, gli anni Trenta del Novecento per constatare qualche significativa manifestazione di interesse, da parte dei cultori del pensiero giuridico-penale, nei confronti del *Progetto sostituito*.

⁷⁹ Cfr. *Guida Generale degli Archivi di Stato Italiani*, 4 voll., Roma, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali, 1981-1994, III, 1986, p. 348. L'amministrazione archivistica acquista l'Archivio Crispi dalla principessa di Linguaglossa, figlia dello statista. Cfr. GAETANO INGRAITI, *La vicenda giudiziaria per l'archivio di Francesco Crispi, in La presenza della Sicilia nella cultura degli ultimi cento anni*, Palermo, Palumbo, 1977, pp. 1051-1066. Più in generale, sulle attuali collocazioni archivistiche del vasto complesso delle carte Crispi, conservate in gran parte a Roma presso l'Archivio Centrale dello Stato, cfr., anche per le opportune indicazioni bibliografiche, *Guida Generale*, cit., I, 1981, pp. 247-248.

⁸⁰ Si tratta per lo più dei materiali (comprendente molti opuscoli e ritagli di giornale) che Cattaneo aveva raccolto per pubblicarli nell'*Archivio Triennale*, del quale vennero dati alle stampe solo i tre primi volumi (CARLO CATTANEO, *Archivio Triennale delle cose d'Italia dall'avvenimento di Pio 9. all'abbandono di Venezia*, I-II, Capolago, Tipografia Elvetica, 1850-1851, III, Chieri, Tipografia Sociale, 1855). Cfr., in argomento, ARMANDO LODOLINI, *L'Archivio Triennale di Carlo Cattaneo*, in «Notizie degli Archivi di Stato», VIII (1948), pp. 79-91.

⁸¹ Tali carte ricomprendono, accanto a manoscritti di opere filosofiche e civilistiche (queste ultime attribuite erroneamente a Romagnosi), una importante documentazione relativa alla redazione del Codice di Procedura Penale italico del 1807, e una ricca messe di materiali relativi ai lavori di codificazione penale svoltisi a Milano tra il 1806 e il 1810. Sul punto, rinviamo agli esiti delle ricerche svolte da Giovanni Chiodi.

⁸² Ed accompagnati dalla minuta della lettera a Luosi del 26 agosto 1806 e da un fascicolo, incompleto, di *Considerazioni generali sul Progetto del Codice Penale pel Regno d'Italia*. Anche su questo testo rimandiamo allo studio condotto da Giovanni Chiodi.

6. *Gli anni Trenta del Novecento: Romagnosi 'positivista'*

Due sono, per la precisione, i momenti nel corso del Novecento durante i quali, nel quadro di una più generale attenzione nei confronti del Romagnosi penalista, i riflettori sembrano accendersi sul *Progetto sostituito*. E non a caso tali momenti coincidono con due importanti anniversari romagnosiani: il centenario della morte, caduto nel 1935, e il bicentenario della nascita, nel 1961.

Il primo anniversario è caratterizzato da un fiorire di studi consacrati ai più diversi aspetti della vita e dell'opera del filosofo emiliano. La bibliografia romagnosiana si arricchisce in quel torno di tempo di numerosissimi titoli, forse non tutti del medesimo valore⁸³. Alcuni di questi contributi si occupano, con intenti prevalentemente filologici, dei manoscritti romagnosiani (e talora anche dei manoscritti del *Progetto sostituito*⁸⁴). Altri intendono tracciare un profilo complessivo di Romagnosi penalista⁸⁵. Peraltro, l'aspetto forse più inte-

⁸³ Ne dà conto LEVI, *Il centenario della morte di G.D. Romagnosi*, cit., *passim*, con un accenno, a p. 78, al *Progetto sostituito* e alle relative «stramberie sulla flagellazione» (*supra*, nota 42).

⁸⁴ L'esemplare rilegato conservato presso la Biblioteca Nazionale di Firenze viene descritto da GIULIO ANDREA BELLONI, *Manoscritti romagnosiani nei pubblici archivi di Firenze e di Livorno*, in «Bollettino Storico Piacentino», XXIX (1934), pp. 179-182, in particolare pp. 179-180: «*Progetto sostituito di Codice penale* redatto dal R. nel 1806. Quando gli fu sottoposto per parere il Progetto ufficiale di quel Codice, egli, si sa, lo giudicò così severamente, da ritenerlo piuttosto da sostituirsi con altro – più italiano – Progetto, che emendabile. Donde il “Progetto sostituito”, da lui velocissimamente composto. Ne scrisse già Giov. Stef. Tempia ... Il ms. – che risulta pervenuto alla Biblioteca per acquisto, nel 1877, ed è segnato: II, IV, 189 – forma un bel volume legato in mezza pelle; consta di due parti, una di 117, l'altra di 85 pagine: Testo di legge proposto e “Motivi”; precede una lettera del R. al Ministro di Giustizia Luosi, datata da Parma il 26 ag. 1806». La lettera del 26 agosto a Luosi viene ripubblicata nel 1935 nella silloge di lettere romagnosiane curata da Stefano Fermi (*supra*, nota 75).

⁸⁵ Ci riferiamo in particolare a un testo pubblicato poco prima della scadenza dell'anniversario romagnosiano: GIUSEPPINO FERRUCCIO FALCHI, *Il pensiero penalistico di G. D. Romagnosi*, Padova, Zannoni, 1933. Se, come ora vedremo, a Romagnosi viene attribuito il ruolo di precursore del pensiero positivista, Falchi rivendica per il giurista di Salsomaggiore il ruolo di precursore anche di un'altra scuola penalistica, che si autodefinisce «umanista» (vi accenna LEVI, *Il centenario della morte di G. D. Romagnosi*, cit., p. 88). Di questa scuola «umanista» – non priva di punti di contatto con la «terza scuola» teorizzata da Emanuele Carnevale – si era autoproclamato fondatore il penalista siciliano Vincenzo Lanza, che all'inizio del secolo aveva pubblicato al riguardo un volume dal titolo *L'umanesimo nel diritto penale. Analisi psicologica della reazione penale*, Palermo, Reber, 1906. Falchi, autore fecondissimo, aveva da parte sua dato alle stampe un corposo lavoro intitolato *Sistema generale umanista del diritto penale*, Catania, Zuccarello e Izzi, 1928. Lo stesso Falchi ritorna sul ruolo di Romagnosi come precursore dell'indirizzo «umanista» in un contributo pubblicato nell'annata 1935 de «La Scuola Positiva» (annata sulla quale ci soffermeremo tra poco): GIUSEPPINO FERRUCCIO FALCHI, *Giandomenico Romagnosi*.

ressante di questo risveglio romagnosiano consiste – come abbiamo accennato nell'esordio del presente contributo – nell'operazione di appropriazione, se così si può dire, del pensiero penalistico romagnosiano da parte degli epigoni della Scuola Positiva. In questa operazione un ruolo centrale assume la pubblicazione, seguita appunto nell'annata 1935 de «La Scuola Positiva», di una raffica di scritti su Romagnosi⁸⁶, alcuni dei quali esplicitamente finalizzati a tale scopo⁸⁷.

Dottrine romagnosiane e Scuola Penale Umanista, in «La Scuola Positiva», N. S., XV (1935), I, pp. 193-200. Sull'avvicinarsi e sul mutare degli indirizzi del pensiero penalistico in Italia in età postunitaria (e sulla fondatezza delle tradizionali impostazioni storiografiche in materia) rinviamo ai numerosi contributi di MARIO SBRICCOLI e in particolare ai seguenti: *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II (1973), pp. 607-702; *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», III-IV (1974-75), 1, pp. 557-642; *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVI (1987), pp. 105-183; *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232; *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551; *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVIII (1999), pp. 817-850. Cfr., inoltre: FLORIANA COLAO, *Le ideologie penalistiche tra Otto e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di Aldo Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 107-122; EAD., *Il delitto politico tra Otto e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano, Giuffrè, 1986, in particolare pp. 73-164 e 330-361 (a p. 355 indicazioni sulla «scuola umanista»); GUIDO NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di Emilio R. Papa, Milano, Franco Angeli, 1985, pp. 47-61.

⁸⁶ ALESSANDRO LEVI, *Giandomenico Romagnosi. Il primo processo (Una pagina poco conosciuta della sua vita)*, in «La Scuola Positiva», N. S., XV (1935), I, pp. 108-121; GIUSEPPE GUARNERI, *Giandomenico Romagnosi. Uno straordinario seguace: Rosmini*, ivi, pp. 289-295; FABIO LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Il processo del 1821*, ivi, pp. 296-313; GIULIO ANDREA BELLONI, *Giandomenico Romagnosi. Le inquisizioni poliziesche del 1814 e 1817*, ivi, pp. 413-424; FABIO LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. La sua collaborazione al codice di procedura penale del Regno Italico (1806-1814)*, ivi, pp. 459-476. La medesima annata de «La Scuola Positiva» è ricca anche di spigolature romagnosiane (ad esempio alle pp. 92, 94, 288).

⁸⁷ Oltre al citato contributo di Luzzatto sulla partecipazione di Romagnosi ai lavori di progettazione penalistica degli anni 1806-1810 (*supra*, nota 2), si veda in particolare CARLO UMBERTO DEL POZZO, *Giandomenico Romagnosi. Il concetto di «difesa sociale» in Romagnosi e nella scuola criminale positiva*, in «La Scuola Positiva», N. S., XV (1935), I, pp. 385-392 (lavoro, quest'ultimo, dedicato quasi esclusivamente a talune posizioni assunte da Romagnosi nella *Genesi del diritto penale*).

Tra questi scritti, il più rilevante – in particolare ai fini del presente discorso – resta proprio quello di Fabio Luzzatto segnalato in precedenza. In esso si mettono a frutto le nuove acquisizioni d'archivio provenienti dalle *Carte Cattaneo* del *Fondo Crispi* non solamente per tracciare la vicenda del *Progetto sostituito*, ma finalmente per delinearne – sebbene in modo frammentario e per segmenti – taluni contenuti, segnatamente attraverso la trascrizione di ampi stralci tratti appunto dai manoscritti palermitani dello stesso *Progetto* e, specialmente, dei *Motivi*⁸⁸. Dalla lettura del *Progetto* – dotato di «mirabile ... ordine logico»⁸⁹ – e dei *Motivi* l'autore ritiene infatti di poter «ricavar[e] l'espressione del pensiero genuino del Romagnosi» in materia penale, in considerazione del fatto che in questa occasione il filosofo ha avuto l'«occasione di applicare alla legislazione i principi della *Genesi*», raffinati da una ulteriore maturazione intellettuale⁹⁰. E – *ça va sans dire* – si tratta di un pensiero e di principi del tutto consoni a quelli sviluppati e sostenuti dai rappresentanti della Scuola Positiva.

Anche su questo punto ci sembra il caso di svolgere qualche breve riflessione.

Innanzitutto, è opportuno notare in via preliminare che ci troviamo di fronte a un autore – Romagnosi – dai molteplici interessi, la cui ricchissima produzione da un lato offre il destro ai più diversi giudizi, e dall'altro è stata indicata come precorritrice di teorie e posizioni non sempre coincidenti e a volte opposte⁹¹. Da tale punto di vista, risulta dunque indispensabile distinguere l'opera dello studioso dalle sue successive utilizzazioni, e cioè da quella

⁸⁸ Il secondo paragrafo dell'articolo in parola è interamente dedicato al *Progetto sostituito* e ai *Motivi*: LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., II, *Il progetto sostituito*, pp. 395-405 (alle pp. 396-398 vi è anche una trascrizione della lettera di Romagnosi a Luosi del 26 agosto 1806). Le carte romagnosiane dell'archivio palermitano vengono messe a frutto dal medesimo autore anche per i suoi studi sulla redazione del codice Romagnosi: LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. La sua collaborazione al codice di procedura penale del Regno Italico*, cit., in particolare pp. 459, n. 1, 461 e nn. 2 e 3, 465 e n. 3, 466 e nn. 1 e 4, 467 e nn. 3 e 4.

⁸⁹ LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., p. 398.

⁹⁰ *Ivi*, p. 399.

⁹¹ Cfr., in via d'esempio, *supra*, nota 85. Aggiungiamo che nella letteratura romagnosiana sono reperibili le più disparate definizioni applicate al filosofo salsese, che di volta in volta è stato indicato come illuminista, sensista, positivista, liberale, aristocratico, radicale, precursore dell'idea di socialità, e così via. Cfr., al riguardo, ETTORE A. ALBERTONI, *La vita degli Stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 3-19.

che potrebbe essere definita come una posteriore 'vulgata romagnosiana'.

Detto questo, osserviamo come negli anni Trenta, in un momento ormai di crisi dell'indirizzo dottrinale cui appartengono (sono passati ormai molti anni sia dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco⁹² che da quella torinese di Vincenzo Manzini⁹³, e la fine della ricreazione è dunque suonata da un bel pezzo⁹⁴), gli epigoni della Scuola Positiva sembrano volgersi indietro e ricercare nel passato padri nobili e conferme, quasi a voler ritrovare nella storia ragioni e motivi ulteriori per rivendicare un primato o quantomeno una *auctoritas* ormai declinanti. Ed è quasi ovvio che, in tale contesto, venga sondato in profondità proprio il pensiero penalistico di Romagnosi, che partendo dall'affermazione dell'esistenza del diritto di difesa nello stato di natura e del diritto di punire nella società civile, si era sviluppato e precisato attorno al noto concetto della prevenzione generale legata alla funzione della pena. Aggiungiamo, *incidenter tantum*, come non sia certo privo di significato, al proposito, il quasi contemporaneo 'ripescaggio' che viene operato, negli anni Trenta, del pensiero e della figura non solo di Romagnosi, ma anche di Melchiorre Gioia. In effetti Gioia, come accennato in precedenza⁹⁵, è assai vicino alle rigide posizioni romagnosiane (e alle scelte normative talora inquietanti che ne conseguono), e ne condivide appieno la teoria della spinta e controspinta criminosa (che sarà fatta propria, tra gli altri, da Carlo Cattaneo)⁹⁶.

Fatte queste doverose osservazioni preliminari, ci possiamo ora domandare quali siano gli aspetti del pensiero penalistico romagnosiano che vengono maggiormente esaltati nel *milieu* tardo-positivista (e nel caso di specie nell'articolo di Fabio Luzzatto che, come abbiamo visto, si fonda su ampi riferimenti alla documentazione relativa al *Progetto sostituito*). In estrema sintesi, tali

⁹² ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (Sassari, 15 gennaio 1910), in «Rivista di diritto e procedura penale», I (1910), I, pp. 497-521 e 560-582.

⁹³ VINCENZO MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita* (Torino, 22 novembre 1910), in «Rivista Penale», XXXVII (1911), 73, pp. 5-14. Sul ruolo prodromico svolto prima del 1910 da Manzini, cfr. GIORGIO ZORDAN, *Vincenzo Manzini: l'esperienza storiografica di un penalista*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanina*, a cura di Antonio Padoa Schioppa, Gigliola di Renzo Villata, Gian Paolo Massetto, 3 voll., Milano, Giuffrè, 2003, vol. I, pp. 2367-2404, in particolare pp. 2373-2375.

⁹⁴ Cfr. SBIRICOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217-225, e *Caratteri originari*, cit., pp. 522-528.

⁹⁵ Cfr. *supra*, note 45-49 e testo corrispondente.

⁹⁶ Sul pensiero penalistico di Carlo Cattaneo si veda il contributo di Gian Paolo Massetto citato *supra*, nota 46.

aspetti possono essere ridotti ai seguenti quattro punti:

1) La presa di posizione che sostiene la netta *separazione tra diritto e morale* o, per usare le parole di Luzzatto, la «separazione della ragione giuridica dalla ragione morale»⁹⁷. Si tratta del presupposto necessario per guardare al diritto penale innanzitutto come a una «tecnica sociale» e per affievolire, di conseguenza, il principio di responsabilità su cui si fondano le opposte posizioni dottrinali.

2) Lo sviluppo del tema della *difesa sociale* come «ragione prima» della pena in particolare e, più in generale, di tutto il diritto penale. Osserviamo al proposito – e Luzzatto puntualmente segnala la cosa – come Romagnosi scriva, nei *Motivi al Progetto sostituito*, che «niuna potestà in terra può aver diritto a recare un male al suo simile che per motivo di necessaria difesa; dunque ogni pena è essenzialmente difensiva o esemplare»⁹⁸.

3) Lo sviluppo della *concezione general-preventiva della pena (ne peccetur)*, ovviamente collegata all'idea della spinta e della proporzionata contropinta criminosa⁹⁹.

4) Infine – e probabilmente si tratta del punto di maggiore rilevanza – l'elaborazione del concetto di *misura di sicurezza*. Sembra entusiasmare il positivista degli Anni Trenta il fatto che Romagnosi utilizzi esattamente questa espressione («misura di sicurezza»), e che per di più affermi l'insussistenza, a ben guardare, di una separazione concettuale tra pena e misura di sicurezza¹⁰⁰. Luzzatto sottolinea con forza, al proposito, come Romagnosi

⁹⁷ LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., p. 398: «Grande valore ha il progetto sostituito (e anche più i motivi) per il richiamo frequente dei principii e la dimostrata necessità della loro applicazione. Vi si dimostra più volte nei vari casi, e non con le solite generiche affermazioni (ed è di grandissima importanza), la separazione della ragione giuridica dalla ragione morale. Ciò accade ad esempio, in primo luogo, a proposito della imputabilità e imputazione, e della punibilità delle azioni; ma ritorna anche per quanto riguarda i delitti in genere e in specie, e le pene».

⁹⁸ *Ivi*, p. 406. Luzzatto trae il passo dal manoscritto palermitano. Le stesse parole sono presenti anche nell'esemplare fiorentino dei *Motivi* (p. 14).

⁹⁹ *Ibidem*: «Il Romagnosi credeva all'efficacia della pena: alla pena proponeva lo scopo “ne peccetur”; e la riteneva necessaria anche per evitare la vendetta privata; riteneva che la misura dovesse essere quella necessaria e nulla più: la voleva afflittiva, della stessa natura del delitto (per ea quae peccant, per ea et puniuntur); la proporzionava alla spinta criminosa. La voleva piuttosto certa che troppo grave; la riteneva necessariamente più severa per i delitti contro la persona che per quelli contro la proprietà».

¹⁰⁰ *Ibidem*: «Ma un punto in cui al Romagnosi può assegnarsi con giusto giudizio il vanto di precursore è la materia delle *misure di sicurezza*. Veramente il Romagnosi non fa distinzione fra pene e misure di sicurezza».

scriva, nei *Motivi al Progetto Sostituito*, che «ogni pena è una misura di sicurezza per il futuro»¹⁰¹, e giunge alle seguenti conclusioni: «Anche dalla dottrina del Romagnosi, dunque, si darebbe ragione a quei seguaci della Scuola criminale Positiva, i quali, non solo vorrebbero un maggiore sviluppo delle così dette *misure di sicurezza*, ma le vorrebbero in sostituzione e non in aggiunta alle pene propriamente dette»¹⁰².

La complessiva considerazione dei punti testé elencati consente a Luzzatto di ritenere compiuta la missione: a Romagnosi – che, «antevedendo più moderne vedute», si è creato «nuovo titolo all'ammirazione e alla riconoscenza della posterità»¹⁰³ – vengono consegnati sul campo il titolo di «precursore»¹⁰⁴ e il diploma di positivista *ad honorem*. Sulle ali dell'entusiasmo, l'avvocato milanese non esita a celebrare anche l'«umanità» delle concezioni penalistiche romagnosiane¹⁰⁵, naturalmente guardandosi bene dall'accennare anche solo indirettamente alla pena (e alla relativa macchina) del flagello¹⁰⁶, alla commutazione aumentante delle pene, alla pena di morte per i minori, all'esacerbazione delle esecuzioni capitali, alle presunzioni *contra reum* e ad altri trascurabili particolari di analoga natura¹⁰⁷.

Il passo seguente avrebbe dovuto essere quello di dare finalmente alle

¹⁰¹ *Ibidem*. Anche in questo caso Luzzatto desume le parola dal manoscritto palermitano. Conforme è il testimone fiorentino dei *Motivi* (p. 14).

¹⁰² LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., pp. 406-407. Luzzatto non manca di segnalare, in via d'esempio, talune tra le forme di misura di sicurezza delineate da Romagnosi, citando in particolare l'assoggettamento alla sorveglianza della Polizia, il precetto di presentarsi e, più in generale, le misure per contrastare la pericolosità sociale degli «oziosi», dei vagabondi, dei membri di «associazioni malefiche», di coloro che sono dediti alla mendicizia. Si tratta peraltro di misure ben presenti già ai legislatori ottocenteschi, che sul punto da Romagnosi e dai positivisti non avevano nulla da imparare, come ci ha ben insegnato Mario Da Passano. Cfr., sul punto, MARIO DA PASSANO, *Il vagabondaggio nell'Italia dell'Ottocento*, in «Acta Histriae», 12 (2004), 1, Contributi dal Convegno Internazionale *Crimini senza vittime. La vittima nello scenario del processo penale* (Capodistria, 23-25 ottobre 2003), pp. 51-92.

¹⁰³ LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., p. 412.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, nota 100.

¹⁰⁵ LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., p. 409: «La umanità del Romagnosi ci sembra rivelarsi in quella sua considerazione ben diversa per i delitti contro le persone e per quelli contro la proprietà, nel senso della maggiore gravità di quelli».

¹⁰⁶ La cosa, come abbiamo visto, gli è bonariamente rimproverata da LEVI, *Il centenario*, cit., p. 78 (cfr. *supra*, nota 42).

¹⁰⁷ In ordine ai quali cfr. ISOTTON, *Il Progetto sostituito*, cit., pp. 124-125 e 128-130.

stampe – e dunque di rendere più facilmente fruibile – se non tutta la documentazione connessa, almeno il testo del *Progetto sostituito*. Luzzatto, come del resto aveva fatto a suo tempo Giovanni Stefano Tempia¹⁰⁸, ne aveva forse l'intenzione¹⁰⁹, ma anche in questo caso gli eventuali buoni propositi non hanno alcun seguito, e il *Progetto* rimane confinato negli scaffali dei due archivi fiorentino e palermitano, conservandosi testo di lontana, difficile e faticosa consultazione. Come dunque suole accadere, dopo la fiammata d'interesse degli anni Trenta il *Progetto sostituito* torna a dormire sonni tranquilli per un'altra consistente porzione del Novecento.

7. Un'occasione mancata

Il sonno dura un quarto di secolo¹¹⁰ e, come accennato, viene brevemente interrotto nel 1961 grazie al bicentenario della nascita di Romagnosi. In quell'anno una nuova fiammata d'interesse per il filosofo emiliano porta alla pubblicazione di un certo numero di saggi e, in particolare, alla realizzazione di un impegnativo convegno di studi (che si svolge a Salsomaggiore dal 30 settembre al 3 ottobre)¹¹¹, accompagnato (nel mese di ottobre) da una mostra di manoscritti romagnosiani organizzata presso la Biblioteca Palatina di Parma¹¹².

Grazie ai curatori di questa mostra, per la prima volta il *Progetto sostituito* esce dagli archivi nei quali era stato confinato. Il manoscritto elegantemente rilegato conservato presso la Biblioteca Nazionale di Firenze costituisce infatti

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, nota 78 e testo corrispondente.

¹⁰⁹ Come par di capire dalla testimonianza offerta da LEVI, *Il centenario*, cit., p. 78. Lo stesso Luzzatto accenna all'opportunità che il *Progetto sostituito* sia «oggetto di più profondo studio»; basterebbe tra l'altro, osserva l'autore, «estrarre dal manoscritto, per ogni capo, lo svolgimento dottrinale, per ricavarne l'espressione del pensiero genuino del Romagnosi»: LUZZATTO, *Giandomenico Romagnosi. Suo soggiorno a Milano e sua collaborazione al Progetto di codice penale*, cit., p. 399.

¹¹⁰ In questo periodo un breve cenno alla vicenda del *Progetto sostituito* è offerto solo da MELCHIORRE ROBERTI, *Milano capitale napoleonica. La formazione di uno Stato moderno 1796-1814*, 3 voll., Milano, Fondazione Treccani degli Alfieri per la storia di Milano, 1946-1947, II, p. 81.

¹¹¹ Cfr. «Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno di Studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita (Salsomaggiore 1761 – Milano 1835)*, Salsomaggiore, 30 settembre – 3 ottobre 1961.

¹¹² Cfr. E[MILIO] N[ASALLI] R[OCCA], *Catalogo dei manoscritti esposta alla Mostra romagnosiana di Parma*, in «Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno in onore di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 531-535.

– o avrebbe dovuto costituire – uno dei pezzi forti dell'evento¹¹³. In realtà, la presenza del prezioso cimelio sembra passare quasi inosservata e non arriva comunque a suscitare, a quanto è dato di sapere, un concreto interesse, tale da indurre qualche studioso a cimentarsi di nuovo nell'argomento¹¹⁴.

L'anno del bicentenario romagnosiano si risolve dunque, almeno per quanto riguarda il *Progetto sostituito*, in un'occasione mancata. Del resto, anche gli esiti del contemporaneo appuntamento congressuale salsese non sembrano corrispondere alle ambizioni degli organizzatori. Salvo alcune rilevanti eccezioni, non poche tra le relazioni, spesso prive di apparato critico, hanno contenuti scarsamente originali e appaiono per lo più di taglio agiografico e celebrativo, finendo per perpetuare un po' stancamente gli stilemi dell'ormai consolidato mito di un Romagnosi che viene santificato come «benefattore dell'umanità» *tout court*¹¹⁵.

Una Sezione del Convegno e dei relativi Atti, la Seconda, è invero dedicata a *G. D. Romagnosi e il diritto penale*, ma nessuno dei contributi ivi presenti accenna al *Progetto sostituito*. In questi studi si guarda a Romagnosi quasi esclusivamente come all'autore della *Genesi* e all'anticipatore di (quasi tutte le) moderne dottrine penali¹¹⁶. In particolare, Giuseppe Guarneri ritorna sul dibattito, ormai un po' datato, relativo al Romagnosi – torna la magica parola – «precursore»¹¹⁷. L'autore sottolinea che il giurista salsese «vanta particolari

¹¹³ Nel *Catalogo* citato alla nota precedente l'esemplare fiorentino del *Progetto sostituito* reca il numero 2 e viene descritto (a p. 531) nei termini seguenti: «G. D. ROMAGNOSI, *Progetto sostituito di Codice Penale redatto da G. D. R. il 1806*. [Precede una dedica (*sic*) o presentazione del R. forse (*sic*) al Luosi, datata da Parma il 26 agosto 1806]. Ms. autografo acquistato nel 1877. Cart. In 4°, legatura in mezza pelle, 2 cc. Bianche all'inizio + 4 cc. nn. Comprendenti la Dedica (*sic*) e l'Indice del Progetto sostituito + pp. n. 177, [Parte I: Progetto sostituito ... disposizioni generali] + 4 cc. nn. + pp. nn. 85 + 3 cc. Bianche, [Parte II: Motivi delle note marginali e del Progetto sostituito. Indice dei Motivi e delle note]. Biblioteca Naz.le Centrale – Firenze. Segn. II, IV, 189».

¹¹⁴ Significativo appare il fatto che il contributo ufficialmente deputato a descrivere e commentare tale mostra (ANGELO CIAVARELLA, *Le tappe della vita di G. D. Romagnosi in una mostra di manoscritti e di edizioni*, in «Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno in onore di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 523-531) non accenni neppure di sfuggita alla presenza in essa del manoscritto del *Progetto sostituito*.

¹¹⁵ SILVIO RANIERI, *G. D. Romagnosi criminologo*, in «Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno in onore di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 165-172, in particolare p. 172.

¹¹⁶ Lo scritto di maggior rilievo è quello di PIETRO NUVOLONE, *Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in «Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno in onore di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 173-183. Si tratta di un contributo attento e puntuale, ma pur sempre circoscritto all'esame di alcuni punti nodali della *Genesi*.

¹¹⁷ GIUSEPPE GUARNERI, *Attualità e fecondità del pensiero penalistico di G. D. Romagnosi*, in

titoli per essere considerato precursore» delle teorie positivistiche¹¹⁸, nota peraltro come Romagnosi «sia lontano dall'ammettere la negazione del libero arbitrio e una eliminazione della responsabilità morale», e approda dunque a una equanime e salomonica conclusione: «tutte le scuole di diritto penale riconoscono nel Romagnosi un loro precursore essendo la sua filosofia conciliativa e di giusto mezzo»¹¹⁹.

8. Dopo due secoli

Dal convegno e dalla mostra dell'ottobre 1961 sono passati cinquanta anni. In questo lungo periodo l'attenzione degli studiosi nei confronti di Romagnosi non è affatto scemata, e nuovi importanti studi sono intervenuti ad approfondire il suo pensiero e innanzitutto la sua decisiva dimensione di eclettico giurista, non solo interessato al diritto penale e processuale penale ma destinato a svolgere un ruolo centrale nello sviluppo e nella definizione di altre fondamentali articolazioni della scienza giuridica, dal diritto costituzionale al diritto amministrativo e al diritto delle acque. Si possono citare al riguardo, e senza alcuna pretesa di completezza, i lavori di Luca Mannori, di Ettore A. Albertoni, di Robertino Ghiringhelli, di Francesco Gentile e di molti altri studiosi. Anche al codice Romagnosi è stato infine riconosciuto il ruolo che gli spetta, e cioè quello di «codice capostipite» – come scrive Franco Cordero – nella vicenda della codificazione processuale penale della penisola¹²⁰.

Ciò nonostante, a causa in primo luogo della scarsa conoscenza dei contenuti – dovuta anche alla mancanza di un'edizione che ne consentisse una più larga e condivisa fruibilità – il *Progetto sostituito* e i testi (altrettanto importanti, a cominciare dai *Motivi*) che lo corredano non hanno avuto modo fino ad oggi di trovare una chiara e definitiva collocazione né nel contesto storico della codificazione penale¹²¹ né all'interno di una compiuta ricostruzione del-

«Studi Parmensi», X (1961), *Atti del Convegno in onore di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 143-163.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 155.

¹¹⁹ *Ivi*, p. 160.

¹²⁰ FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1995³, p. 69.

¹²¹ Talora, e per lo più incidentalmente, l'episodio relativo alla elaborazione del *Progetto sostituito* è stato richiamato nel corso di studi pubblicati in questi ultimi anni da autori (tra i quali figura l'estensore delle presenti note) che hanno inteso inserirlo nella più ampia vicenda della codificazione penale e processuale penale del primo Ottocento, appoggiandosi peraltro sulle fonti storiografiche disponibili, e in particolare sui testi di Tempia e di Luzzatto.

la trama dottrinale che si colloca alle spalle di tale esperienza. Ora fortunatamente le cose sembrano cambiare. Finalmente il testo è agevolmente disponibile¹²², mentre studi e ricerche già realizzati o in fase di elaborazione da parte sia di storici del diritto che di penalisti positivi consentono e consentiranno una migliore comprensione e una compiuta valutazione di questa *entité* tutt'altro che *négligeable* nella storia del pensiero penalistico moderno.

Multa reascentur quae iam cecidere, scriveva ottant'anni or sono Fabio Luzzatto, con sottinteso richiamo al *Progetto sostituito*¹²³. *Multa reascentur quae iam cecidere*, ci permettiamo allora di ripetere oggi, nel chiudere il presente contributo e nel prendere atto con soddisfazione che, dopo due secoli, per il *Progetto sostituito* sembra venuto il momento di una sua definitiva e meditata collocazione nel quadro della moderna vicenda penalistica. Certo, la scoperta di taluni peculiari caratteri del *Progetto sostituito*, ai quali abbiamo più volte accennato, forse non ha particolarmente giovato al mito romagnosiano. Ma poiché il rammarico, come l'indignazione, non deve probabilmente costituire l'abito dello storico, il benevolo lettore vorrà forse perdonare l'autore di queste note, che non sa dissimulare di non essere particolarmente rammaricato del fatto che questo testo, che – comunque lo si voglia giudicare – rimane relevantissima testimonianza di un tentativo di pratica applicazione di idee e concetti indubbiamente centrali nell'evoluzione del pensiero giuridico-penale, si sia però conservato allo stato di personalissimo progetto, e non sia entrato a far parte delle concrete realizzazioni normative che hanno segnato la storia della codificazione penale in Italia.

¹²² Ci riferiamo ancora una volta alla trascrizione curata da Roberto Isotton e alle attente pagine che la precedono. Cfr. *supra*, nota 3.

¹²³ *Supra*, nota 2.

Dr. h.c. BURKHARD HIRSCH

Avvocato - Düsseldorf

DIRITTO ALL'UCCISIONE DI INNOCENTI? LA LOTTA SULLA SICUREZZA AEREA*

SOMMARIO: 1. L'antefatto. – 2. L'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. – 3. Osservazioni sulla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006 sull'incostituzionalità dell'abbattimento di aerei civili sulla base del § 14, comma 3, del *Luftsicherheitsgesetz* (LuftSiG) ha lasciato dietro di sé delle discussioni che durano fino a oggi. In particolare il Ministro federale degli interni e il Ministro federale della difesa** dichiararono ripetutamente che la sentenza renderebbe la Repubblica federale incapace di reagire nei confronti di attacchi terroristici. Le forze armate federali dovrebbero poter utilizzare mezzi militari anche all'interno del paese. Il Ministro della difesa sottolineò che in futuro avrebbe ordinato l'abbattimento di aerei passeggeri, qualora l'avesse dovuto ritenere obbligatorio¹. Il presidente del *Bundesverfassungsgericht*, prof. Heinz-Jürgen Papier, in seguito a ciò si sentì in dovere di ricordare pubblicamente al Governo federale l'effetto vincolante delle sentenze del Tribunale costituzionale, e che il primo Collegio del *Bundesverfassungsgericht* aveva adottato la

* Traduzione a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano dell'articolo *Recht zur vorsätzlichen Tötung Unschuldiger? Der Streit über die Luftsicherheit*, pubblicato in: A. VON ARNAULD/M. STAACK, *Sicherheit versus Freiheit*, Berlin, 2009, p. 57 ss. Si ringraziano la casa editrice BWV – Berliner Wissenschaftsverlag e gli editori per aver acconsentito alla pubblicazione.

** L'autore si riferisce qui e in seguito, quando non dà ulteriori indicazioni, al Ministro federale degli interni e della difesa del Governo federale guidato dal 2005 al 2009 dalla Cancelliera Angela Merkel (CDU) con la cd. "Grosse Koalition" tra CDU/CSU e SPD, cioè rispettivamente a Wolfgang Schäuble (CDU) e a Franz Josef Jung (SPD). A tale governo è succeduto a seguito delle elezioni del settembre 2009 un governo guidato sempre da Merkel con una coalizione tra CDU/CSU e FDP, governo tuttora in carica. Il *Luftsicherheitsgesetz* è stato elaborato e proposto dal governo ancora precedente, il governo guidato dal 2002 al 2005 dal Cancelliere Gerhard Schroeder (SPD) con una coalizione tra SPD e *Grünen* [N. d. T.].

¹ Egli è rimasto di questa opinione anche in un procedimento di diritto amministrativo che è pendente presso il tribunale amministrativo di Köln e la Corte d'appello amministrativa di Münster.

sua sentenza all'unanimità e l'aveva fondata sull'art. 1 GG, che non può essere modificato nemmeno con una riforma costituzionale.

Questa controversia va ampiamente oltre la sua causa, il *Luftsicherheitsgesetz*. In gioco è la questione se lo stato di diritto sia limitato dalla Costituzione nel suo agire anche quando si tratta della protezione proprio di questo ordinamento giuridico e dei cittadini, o se invece si dovrebbe supporre con Josef Isensee che la violazione della Costituzione sia legale come diritto della necessità (*Notrecht*), quando tale violazione sia compiuta con l'intenzione di ritornare il più presto possibile allo stato di normalità². Anche Helmut Schmidt, quando era Ministro degli interni in occasione dell'inondazione di Hamburg e più tardi come Cancelliere federale, si sarebbe posto al di sopra del diritto vigente, scrive Isensee. Queste sono sciocchezze. Finora nessun governo federale ha ancora voluto ordinare l'uccisione di innocenti. Se si diffama lo stato di diritto come incapace di agire, allora è il caso di ricordarsi della tesi di Carl Schmitt, secondo cui il detentore del potere nel caos produrrebbe diritto tramite le sue decisioni, una tesi che Schmitt ha esposto in un articolo vergognoso dopo il *Röhm-Putsch* nella *Deutsche Juristen-Zeitung*. Di recente è apparsa un'analisi della sentenza del giurista di Hamburg Reinhard Merkel³, acuta dal punto di vista dogmatico e in parte critica. Merkel concorda quanto al risultato con la sentenza, ma ritiene irrisolti i problemi da essa trattati. Egli lamenta giustamente «la formulazione [della legge] ai limiti della sciatteria» e cerca la soluzione del problema nella figura di diritto penale dello «stato di necessità difensivo» (*verteidigender Notstand*) senza però occuparsi del fatto che il pensiero del conflitto di coscienza individuale, fondamentale per le regole del diritto penale dello stato di necessità, qui sparisce in un coacervo di misure giuridiche e tecniche, e viene anonimizzato amministrativamente. Alcuni piloti dello squadrone di caccia *Richthofen* avrebbero inoltre detto in un'intervista che «al sistema si deve obbedire»⁴; un'opinione che anche il capo di stato maggiore dell'aeronautica militare tedesca Klaus-Peter Stieglitz ha sostenuto nell'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*⁵.

² J. ISENSEE, *Not kennt Gebot*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 21 gennaio 2008: «Se si verifica il caso di emergenza, un diritto di necessità non scritto e il fatto salvifico forniscono la legittimazione giuridica».

³ R. MERKEL, § 14 *Abs. 3 LuftSiG. Wann und warum darf der Staat töten?* in K. GRAULICH/D. SIMON, *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin, 2007, p. 173 ss.

⁴ *Hamburger Abendblatt* del 25 novembre 2004.

⁵ Cfr. *infra* sub 2.

La storia del diritto è piena di esempi di decisioni su situazioni estreme che sembrano far saltare le norme del diritto, dalla famosa tavola di Carneade fino alle sentenze dei tribunali del mare inglesi sul cannibalismo di naufraghi. Nel nostro tempo le dimensioni sembrano cambiare anche perché l'uccisione di esseri umani può avvenire per così dire "asetticamente", come in una macchina, in modo del tutto impersonale. Il pilota dell'aereo da caccia uccide centinaia di esseri umani nell'aereo passeggeri premendo solo una volta un bottone. Il suo bilanciamento su ciò che è diritto avrebbe risultati diversi se dovesse fucilare uno per uno gli esseri umani in questione, uomini, donne e bambini?

Settori dell'attuale Governo federale continuano a coltivare l'intenzione di costruire nel diritto nazionale o europeo un nuovo fondamento giuridico per l'utilizzo delle forze armate all'interno dietro impiego di mezzi militari, così per esempio nella cosiddetta clausola di solidarietà del progetto di Carta costituzionale europea e nel Trattato di Lisbona⁶. Il tema cioè non è in alcun caso risolto.

1. *L'antefatto*

Punto di partenza della valutazione di diritto internazionale dei dirottamenti di aerei è il Trattato di Tokio del 14 settembre 1963⁷. Gli stati contraenti avevano allora pattuito che anche i dirottamenti aerei terroristici non dovessero essere trattati come azioni militari o di guerra, ma che dovessero essere considerati nel diritto nazionale come delitti. La Repubblica federale ratificò il trattato e adempì a questo obbligo con l'introduzione del § 316 c StGB. Dirottatori di aerei che agiscono in modo terroristico non sono soggetti di diritto internazionale, non sono soldati, combattenti per la libertà o combattenti, ma criminali. I loro fatti non fanno scoppiare nessuna guerra, ma sono soggetti al diritto penale.

Un notevole significato politico ricevette il presunto volo fuori rotta su di una zona militare russa proibita di un Boeing 747 coreano (volo KAL 007 del 1° settembre 1983). Questo apparecchio fu abbattuto da aerei da combattimento russi. Così morirono duecentosessantanove persone, tra passeggeri e membri dell'equipaggio.

Questo fatto condusse a una riunione straordinaria del Consiglio di sicu-

⁶ Il Trattato di Lisbona è stato ratificato nell'aprile 2008 dal *Bundestag* e nel maggio 2008 dal *Bundesrat*. Cfr. *Bundestag-Drucksache* 16/8300.

⁷ Cfr. *Bundesgesetzblatt* (BGBl.), 1969, II, p. 121.

rezza delle Nazioni unite e alla decisione ICAO [*International Civil Aviation Organisation*] dell'art. 3 *bis* del Trattato di Chicago. Gli stati contraenti si obbligarono nuovamente, fatti salvi i loro diritti all'autodifesa derivanti dalla Carta delle Nazioni unite⁸, a non usare mai le armi contro un aereo civile che si trovasse in volo e a non mettere in pericolo la sicurezza dell'apparecchio e dei passeggeri⁹. La disciplina permette infatti di costringere ad atterrare un aeroplano in presenza di motivi ragionevoli, tuttavia vieta definitivamente l'impiego immediato di armi. La disciplina è entrata in vigore il 1° ottobre 1998, dopo che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite nella sua Risoluzione 1067 del 26 luglio 1996 aveva stabilito espressamente che l'impiego di armi contro aerei civili viola fondamentali regole elementari di umanità.

Anche dopo l'11 settembre 2001 l'assemblea generale dell'ICAO del 5 ottobre 2001 si è attenuta a questa decisione fondamentale. Essa ha esortato veementemente gli stati contraenti con la risoluzione A 33-1 a evitare l'abuso di aerei di linea e a punire con durezza i rei. Ma né in tale risoluzione né in un Parlamento nazionale degli stati contraenti è stato richiesto di revocare la regolamentazione vincolante dell'art. 3 *bis* del Trattato, che è divenuta parte integrante del diritto tedesco¹⁰.

Una modificazione di questa situazione di diritto internazionale nel senso di un'opinione o prassi statale conforme che contraddica i patti ora ricordati, non è in vista.

Dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 al *World Trade Center* a New York e al Pentagono a Washington nell'ufficiale cd. «9-11 Commission Final Report» della *US National Commission on Terrorist Attacks* fu ricostruito nei dettagli come le forze aeree statunitensi erano state messe in allarme e perché non trovarono gli aerei passeggeri che dovevano abbattere. Vengono riportati i commoventi colloqui telefonici dei passeggeri e i coraggiosi tentativi di sopraffare i dirottatori. Si pensa ai passeggeri con grande rispetto. Ma non viene

⁸ A questo riguardo MARTIN KUTSCHA ha giustamente ricordato che il diritto all'autodifesa ex art. 51 della Carta ONU e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che sono state prese con riferimento a esso, in nessun caso legittimano a condurre una guerra contro il terrorismo accantonando le regole della propria Costituzione. Cfr. M. KUTSCHA, *Terrorbekämpfung jenseits der Grundrechte?* in *Recht und Politik (RuP)*, 2006, p. 202 ss. Anche in caso di difesa (*Verteidigungsfall*) ex art. 115a ss. GG, non vengono certo sospesi i diritti fondamentali. Cfr. *Bundesverwaltungsgericht*, 21 giugno 2005 (2 WD 12.04), e K. IPSEN, *Völkerrecht*, 5 Aufl., München, 2004, p. 1213 ss. e 1250 ss.

⁹ Cfr. *Bundesgesetzblatt (BGBl.)*, 1996, II, p. 210.

¹⁰ Cfr. sul punto in dettaglio K. IPSEN, *Völkerrecht*, cit., p. 920 ss., 922, 924.

né ricordato né valutato il fatto che i piloti degli aerei da combattimento avevano l'ordine di ucciderli assieme ai rapitori¹¹.

Gli stati industriali europei e la Repubblica federale imitarono ampiamente la legislazione americana prevalentemente in un "volo alla cieca parlamentare". Il 5 gennaio 2003, il Ministro degli interni dell'Assia si sentì in dovere di richiedere l'intervento di aerei Tornado delle forze armate senza avere una base giuridica per difendersi da un folle alla guida di un aliante a motore sul centro della città di Francoforte sul Meno. Il caso fu risolto perché la torre di controllo dell'aeroporto di Francoforte sul Meno poté convincere ad atterrare il pilota evidentemente malato di mente.

Questo caso fu l'ultima occasione per la novella del LuftSiG. Questo – oltre a introdurre numerose nuove disposizioni sulla sicurezza dell'aria – doveva legittimare l'abbattimento di un aereo passeggeri tramite «l'azione immediata di armi contro l'aereo» a discrezione del Ministro della Difesa «se secondo le circostanze si deve ritenere (...) che l'apparecchio verrà impiegato contro la vita di esseri umani»: una riformulazione del fatto enormemente raffinata. Qui restò aperta la questione circa il criterio secondo il quale il Ministro della difesa – e i soldati e gli uffici che lo consigliano – dovrebbero decidere della vita e della morte. Dovrebbe essere decisivo il numero delle possibili vittime, la loro rilevanza politica, sociale o di altro tipo oppure il valore simbolico dell'obiettivo in cui esse si trovano? Come deve essere bilanciata la supposta messa in pericolo degli uni contro la morte certa degli altri? Chi ha la responsabilità per gli ulteriori "danni collaterali" a terra, cioè per quanti altri esseri umani perdono la vita sul luogo dell'impatto dell'aeroplano abbattuto?

Già prima dell'entrata in vigore della nuova legge il *Bund* e i *Länder* organizzarono un sistema di allarme, tramite il quale per il caso di voli, che apparivano irregolari – c.d. *Renegade flights* – venivano allertate le squadre di allarme di aerei da combattimento a reazione e avvicinate all'aereo civile.

Non è necessario elencare in questo contesto i dettagli tecnici e organizzativi, così come la delimitazione della competenza tra il Comandante NATO da una parte e la centrale di comando tedesca a Kalkar dall'altra.

La Sicurezza del volo comunica a titolo precauzionale ogni deviazione di

¹¹ Il rapporto non spreca una parola – e naturalmente non lo fa nemmeno l'opinione pubblica tedesca – su quanti esseri umani avrebbero perso la loro vita se gli apparecchi carichi di passeggeri fossero stati abbattuti e fossero precipitati sulle aree cittadine di New York o Washington, senza che si fosse potuto fondare l'uccisione degli esseri umani morti in tale occasione con un qualsiasi numero di persone salvate in tal modo.

un aereo dalla rotta di navigazione comunicata o l'interruzione del contatto radio a un posto di controllo, al cd. «NLFZSiLuRa», cioè al «Nationales Lage- und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum» («Centro di comando nazionale sicurezza nello spazio aereo») a Kalkar.

Il c.d. *NLFZSiLuRa* è un'organizzazione del Governo federale, e cioè insieme del Ministro federale per gli interni, del Ministro della difesa e di quello per le comunicazioni. Esso ottiene le sue informazioni sulle tracce di volo da postazioni per la sicurezza dell'aria della NATO così come da sedi della *Deutsche Flugsicherung DFS* (=sicurezza tedesca del volo) a Brema, Berlino, Karlsruhe, Maastricht, Monaco e Langen. Esso ha a disposizione di volta in volta quattro aerei intercettori pronti in 15 minuti appartenenti agli stormi di caccia a Wittmund e Neuburg.

La NATO ha predisposto per la classificazione di un aeroplano come «Renegade» quattro criteri, dei quali almeno due debbono essere adempiuti:

- a. perdita del contatto radio;
- b. deviazione dal piano di volo autorizzato;
- c. inosservanza delle indicazioni della Sicurezza del volo;
- d. mancata attivazione della segnalazione secondaria.

Si ha un caso *Renegade* se due di questi criteri sono adempiuti. A quanto pare, sono relativamente frequenti disturbi nel traffico radio, quando un apparecchio lascia il settore seguito da un controllore di volo e deve contattare il prossimo settore. Capita che allora si cerchi addirittura di stabilire un contatto con l'aeroplano tramite la frequenza di emergenza internazionale. Ma anche se in un reale caso di sequestro l'equipaggio riuscisse ancora a mettere il transponder sul codice internazionale 7.500 predisposto per tale eventualità, ciò non permette assolutamente di sapere quali intenzioni e scopi abbiano il sequestratore o i sequestratori, o se essi abbiano addirittura intenzione di usare l'aereo come arma.

Qualora siano adempiuti i criteri *Renegade*, parte l'allarme «alpha scramble» dal comando NATO, a cui in primo luogo sono sottoposte le forze armate dell'aria. Nella misura in cui si tratta di atti di guerra da parte di aerei militari, i componenti della NATO – come ha spiegato nell'udienza davanti al *Bundesverfassungsgericht* il Governo federale – hanno conferito collettivamente i loro diritti di sovranità a uffici della NATO in base all'art. 5 del Trattato¹². Le truppe

¹² Laddove è pacifico secondo il diritto internazionale che anche il semplice volo anti-giuri-

dell'alleanza sono soggette al Comando NATO fino a che si può escludere un dovere di attivazione del dispositivo di mutua difesa collettiva (*Bündnisfall*). Corrispondentemente si trova a Kalkar oltre che il *NLFZSiLuRa* anche il *Combined Air Operation Center 2* (*CAOAC 2*), un ufficio NATO per la sorveglianza dello spazio aereo della *Air Policing Area 2* (*APA 2*). Quando si verifica un contrattempo aereo, per esempio la perdita del contatto radio con l'aeroplano, si accerta in primo luogo se si tratta di un aereo militare o civile. Se si tratta di un aereo civile, il *NLFZ* deve inoltrare alla NATO un *Request of Authority*, che viene confermato tramite un *Transfer of Authority*. Da questo momento la responsabilità esclusiva e il comando sulle squadre di allarme è presso le autorità tedesche.

È degno di nota che il Ministro della difesa negli attuali dibattiti nonostante questa situazione giuridica si vuole sempre di nuovo riferire al fatto che i casi del § 14, comma 3, *LuftSiG* rappresentano una specie di «quasi-guerra» (*Quasi-Kriegsfall*), poiché la NATO avrebbe attivato dopo l'11 settembre 2001 il dispositivo di mutua difesa collettiva. Indipendentemente dal fatto che questo argomento sia insostenibile anche secondo il diritto costituzionale tedesco, ciò condurrebbe semmai a un generale difetto di competenza delle autorità tedesche e quindi dello stesso Ministro della difesa.

Non appena viene segnalata un'irregolarità nel traffico aereo, la centrale cerca di raggiungere la cabina di pilotaggio tramite le frequenze della radio di volo o della linea aerea. Contemporaneamente viene avvertito il centro apposito del Ministero federale degli interni, che deve a sua volta informare i centri dei *Länder*. La *NLFZ* informa il Capo di stato maggiore dell'aeronautica militare tedesca, il c.d. «German Air Defence Commander» (*GE ADCOM*), che a sua volta informa il Ministro federale della difesa. Essi non possono aprire proprie inchieste. Piuttosto il Capo di stato maggiore dell'Aeronautica militare e il Ministro della difesa debbono avere fiducia nelle dichiarazioni al telefono dell'ufficiale di impiego nel c.d. «comando tattico» della *NLFZ*, che propone una decisione. Una reale informazione adeguata temporalmente o addirittura una consultazione non è più possibile, quando la temuta sciagura è prevista nello spazio di tempo di meno di 10 minuti.

La messa in stato di allarme e l'impiego delle forze armate federali avvengono dunque in un momento in cui la questione se sussista un rilevante contrattempo aereo ai sensi del § 13, comma 1, *LuftSiG* e incomba una sciagura

dico di un aereo militare nello spazio aereo di un altro stato non dà luogo ad alcun caso di difesa. Cfr. K. IPSEN, *Völkerrecht*, cit., p. 804 ss.

particolarmente grave non può essere nemmeno valutata in modo rudimentale. Negli ultimi cinquant'anni prima dell'11 settembre 2001 sono stati dirottati per i motivi più disparati più di cinquecento aerei. In circa trecento casi il tentativo di sequestro poté essere sventato. Il caso dell'11 settembre 2001 è l'unico conosciuto di una catastrofe di massa causata consapevolmente con un aereo dirottato¹³. Dunque dall'adempimento di due criteri della NATO non può essere dedotto che siano adempiuti i presupposti che il LuftSiG richiedeva per l'impiego delle forze armate.

Il numero dei casi di decolli d'allarme delle forze armate indicati come «*alpha-scramble*» è sorprendentemente alto. Il Ministero federale della difesa, su richiesta, ha confermato che i caccia intercettori già prima dell'entrata in vigore della legge furono guidati fino a tre volte in un mese verso un aereo civile «per proteggere lo spazio aereo»¹⁴. Nell'anno 2004 si sono verificati nell'insieme 444 semplici casi di contrattempi aerei, laddove in 31 casi le squadre d'allarme delle forze armate furono messe in uno stato di allerta intensificato per il pronto impiego e in ulteriori 39 casi si ebbe un decollo d'allarme con il compito di verificare ed eventualmente di intervenire. Nell'anno 2005 vi furono fino al 1 settembre 2005 nel complesso 254 casi di semplici contrattempi aerei. Non dispongo di nuovi dati. Tuttavia, alla luce delle informazioni finora assicurate, si deve però sostenere che nella Repubblica federale vi sono da due a tre decolli d'allarme al mese, in tutti i casi verificatisi finora senza motivo criminale.

Su alcuni di questi fatti è stato riferito nei media, perché gli aerei da combattimento delle forze armate furono osservati e fotografati dai passeggeri stupiti, così come nel caso del volo Charter LTU 139 per Düsseldorf della compagnia aerea spagnola Futura del 19 ottobre 2004. In questo caso si trattò probabilmente di un errore del pilota che non doveva aver comunicato in tempo il volo¹⁵.

In un altro caso il 1° luglio 2004 fu posto fine al sequestro di un apparecchio dirottato dal reo verso Monaco in altro modo e spettacolarmente, senza l'impiego degli aerei da combattimento che già incrociavano nella zona. Atterrati a Monaco, con una pedata un passeggero turco aveva buttato fuori dallo sportello dell'aereo aperto sulla pista sottostante il sequestratore, che era

¹³ Cfr. P. WILKESMANN, *Terroristische Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2002, p. 1316.

¹⁴ Cfr. *Financial Times Deutschland* del 14 gennaio 2005.

¹⁵ Cfr. *Bild-Zeitung* del 20 ottobre 2004, p. 6.

armato con una finta pistola e aveva spacciato il suo telefono cellulare per una bomba¹⁶.

L'ultimo caso diventato pubblico si verificò il 5 gennaio 2005 con un Boeing 737, volo nr. 330 X della società danese Maersk sul volo Lisbona-Copenaghen. Questo apparecchio fu intercettato da due caccia Phantom delle forze armate tedesche e accompagnato a lungo, perché il contatto radio era interrotto. I piloti militari dovettero essere stati molto in agitazione, perché non erano potuti entrare né in contatto radio né, a causa delle cattive condizioni di visibilità, in contatto visivo con i piloti dell'aereo civile¹⁷. Solo più tardi si accertò che l'interruzione del contatto radio per oltre quarantacinque minuti aveva avuto motivi tecnici. I piloti civili si erano comportati in modo assolutamente irreprensibile. Nel caso di interruzione del contatto radio, secondo le disposizioni internazionali essi debbono continuare il volo verso l'aeroporto di destinazione, corrispondentemente all'autorizzazione ottenuta precedentemente.

Il caso più conosciuto proviene dai primi tempi dell'esperienza di terrorismo della Repubblica federale. Durante la cerimonia di chiusura dei giochi olimpici del 1972 a Monaco il Ministro della difesa di allora Julius Leber ricevette l'informazione errata secondo cui un aeroplano sequestrato stava volando verso lo stadio con una bomba a bordo. Egli avrebbe dovuto ordinare l'abbattimento. All'ultimo istante, l'assolutamente innocuo aereo passeggeri finlandese con centosettanta persone a bordo si mise in contatto e atterrò all'aeroporto di Monaco. I suoi apparecchi radio si erano temporaneamente guastati. È incomprendibile come questo caso venga sempre di nuovo addotto nei dibattiti politici come giustificazione delle opinioni dell'attuale Ministro della difesa, mentre esso mostra in realtà come una catastrofica decisione errata possa essere presa facilmente a causa di circostanze esterne.

La disciplina legislativa ricordata e la sua applicazione fino a ora nello spazio aereo della Repubblica federale hanno creato inquietudine anche tra i piloti delle forze armate federali. Questo risulta non solo dal timore di ricevere un giorno l'ordine di dover abbattere un aereo di linea pieno di passeggeri. Anche per i piloti delle forze armate si pongono questioni esistenziali di carattere etico e giuridico, tanto più che il richiamo allo «stato di necessità sovrallegislativo» anche secondo l'opinione dell'associazione di rappresentanza degli interessi delle forze armate tedesche (*Bundeswehrverband*) non cambierebbe

¹⁶ Cfr. *Süddeutsche Zeitung* del 1° luglio 2004, p. 36.

¹⁷ Cfr. *Bild-Zeitung* del 18 gennaio 2005.

nulla per quanto riguarda la responsabilità penale personale del Ministro e del pilota delle forze armate. L'ordine di abbattimento sarebbe diretto alla commissione del delitto di un omicidio plurimo anti-giuridico, e perciò anti-giuridico e non vincolante.

Per di più, per esempio alcuni piloti dello squadrone da caccia 71 in un'intervista all'*Hamburger Abendblatt* avevano inizialmente dichiarato che, in presenza di un ordine, avrebbero abbattuto anche dai duecento ai trecento passeggeri. In quanto professionisti, si dovrebbe confidare nel fatto che il sistema funziona: «Il sistema chiede obbedienza». Questi piloti pensano che alla fine saranno “esenti da pena”, e che invece potranno essere fatte valere nei loro confronti delle pretese di diritto civile. E che le loro famiglie potrebbero soffrirne le conseguenze¹⁸.

Il Governo federale di allora^{***} con il LuftSiG aveva voluto limitare l'impiego delle forze armate federali all'interno alla difesa contro un attentato compiuto utilizzando un aeroplano. Invece la CDU/CSU si rifece, sfruttando l'occasione – che le sembrava favorevole – alla sua vecchia richiesta di poter impiegare in modo polivalente le forze armate all'interno «per il mantenimento o il ristabilimento della sicurezza e dell'ordine pubblico» contro atti terroristici, per così dire come prolungamento della polizia con mezzi militari, per esempio per la protezione di obiettivi civili, ma anche per il sostegno della polizia con mezzi militari, in particolare per la generale prevenzione dei pericoli nel caso di un qualsivoglia attacco dall'aria o dal mare.

Questo scopo prefissato sarebbe del resto quasi stato ottenuto tramite la ratificazione della Carta costituzionale europea. La clausola di solidarietà dell'art. I-43 della Carta costituzionale europea in connessione con l'art. III-329 prevedeva l'impiego all'interno di mezzi militari per la lotta contro il terrorismo, laddove era prevista la disciplina dei dettagli con decisione europea del Consiglio, senza la partecipazione dei parlamenti. Questa “clausola di solidarietà” non fu richiamata con alcuna parola nel dibattito sulla ratifica al *Bundestag*, sebbene essa toccasse elementari fondamenti costituzionali. Essa è contenuta senza modificazioni nel Trattato di Lisbona^{****}. Sembra che ci si voglia tranquillizzare con il fatto che l'impiego all'interno della Repubblica federale potrebbe verificarsi indipendentemente dal diritto europeo solo secondo le

¹⁸ Cfr. sopra nota 4.

^{***} Si tratta qui del Governo guidato dal Cancelliere Schroeder dal 2002 al 2005 con una coalizione tra SPD e *Grünen*. [N. d. t.].

^{****} Cfr. sopra nota 6 [N. d. t.].

regole della nostra Costituzione.

L'art. 87a GG fissa come compito delle forze armate espressamente la difesa e, oltre a ciò, determina chiaramente che queste possono essere impiegate solo se il *Grundgesetz* lo permette espressamente. Con ciò doveva non solo essere considerata la preoccupazione diffusa nel Parlamento e nell'opinione pubblica che si potesse abusare delle capacità delle forze armate federali per risolvere problemi di politica interna. Apparteneva al consenso politico fondamentale in occasione del c.d. «riarmo» che questa armata di leva potesse essere impiegata proprio solo in completo accordo con una maggioranza costituente, cioè sulla base di un'espressa deliberazione costituzionale.

Poiché nel dibattito sul *Luftsicherheitsgesetz* non era intravedibile alcuna maggioranza per modificare la Costituzione, il Governo federale del tempo costruì l'impiego delle forze armate da esso auspicato come assistenza amministrativa (*Amtshilfe*) nello svolgimento di un compito di polizia ai sensi dell'art. 35 GG e immise nel procedimento di formazione delle leggi il corrispondente progetto di legge per la nuova disciplina di compiti di sicurezza dell'aria, proponendolo al *Bundesrat* il 7 novembre 2003.

Il *Bundesrat* dichiarò nella sua seduta del 19 dicembre 2003 che all'ampia nuova regolamentazione dei compiti di sicurezza dello spazio aereo in realtà non sarebbe ricollegabile alcun guadagno in sicurezza aggiuntiva. Tale regolamentazione condurrebbe piuttosto a una confusione delle competenze, nonché a rilevanti carichi per le istituzioni e le persone addette alla sicurezza dell'aria, senza introdurre procedimenti più efficienti¹⁹. Contro la disciplina dell'impiego delle forze armate furono anche fatti valere importanti rilievi di diritto costituzionale, nel senso che essa violerebbe le indicazioni di diritto costituzionale sull'assistenza amministrativa²⁰.

I *Länder* federali Baviera, Assia, Sassonia e Turingia presentarono il 5 marzo 2004 un'ampia proposta di legge di modifica costituzionale²¹, che fu ripresa dalla frazione al *Bundestag* della CDU/CSU come progetto di legge per la modifica degli art. 35 e 87a GG del 9 marzo 2004, fu proposta al *Bundestag* e là rigettata il 18 giugno 2004 dalla maggioranza della coalizione.

Per poter aggirare la resistenza del *Bundesrat*, furono tolte dal progetto di

¹⁹ Cfr. sul punto ampiamente A. MEYER, *Wirksamer Schutz des Luftverkehrs durch ein Luftsicherheitsgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2004, p. 203 ss.

²⁰ Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 827/1/2003.

²¹ Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 181/2004; *Bundestag-Drucksache* 15/2649; *Plenarprotokoll-Bundestag* 15/115.

legge tutte quelle parti che, secondo l'opinione della coalizione, avrebbero potuto fondare un obbligo di assenso da parte del *Bundesrat*. Dopo che il *Bundestag* in seguito a un'audizione il 26 aprile 2004 aveva deliberato la proposta di legge del Governo federale senza modificarla nelle sue parti essenziali, nella sua seduta del 9 luglio 2004 il *Bundesrat* ripropose le sue obiezioni di diritto costituzionale e di carattere oggettivo²². Dopo un procedimento di mediazione privo di risultati, il 24 settembre 2004 il *Bundestag* rigettò il ricorso del *Bundesrat* dello stesso giorno.

Il Presidente federale, nonostante le sue riserve di diritto costituzionale contro l'impiego delle forze armate all'interno e contro l'uccisione di esseri umani innocenti connessa all'abbattimento di aerei con passeggeri, ha firmato la legge e nella sua dichiarazione stampa n. 15/05 del 12 gennaio 2005 si è augurato una verifica della stessa dinanzi al tribunale costituzionale. La legge è entrata in vigore il 15 gennaio 2005.

2. L'udienza dinanzi al Bundesverfassungsgericht

L'udienza dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*²³ diede sotto più profili motivo di dubitare della serietà della legislazione.

Il Ministro federale degli interni Otto Schily arrivò espressamente a dichiarare che non è pensabile alcun caso in cui la legge realmente potrebbe portare all'abbattimento di un aereo sequestrato con passeggeri a bordo²⁴. Alla luce della ristrettezza dello spazio aereo e dell'alta densità della popolazione della Repubblica federale, la sicurezza di una prognosi sul danno da attendersi, necessaria per un abbattimento, potrebbe a malapena essere raggiunta. La domanda, per quale motivo sia allora stata fatta la legge, restò priva di risposta.

Controverso rimase anche il contenuto voluto della legge. Mentre il deputato Dieter Wiefelspütz (SPD) sottolineava più volte che la sua frazione aveva accettato l'eventualità dell'uccisione dei passeggeri e che egli riteneva ciò anche necessario, il deputato Hans-Christian Ströbele (*Die Grünen*) dichiarava che la sua frazione aveva sempre rifiutato proprio questa conseguenza. Que-

²² Cfr. *Bundesrat-Drucksache* 509/1/2004.

²³ Con il ricorso costituzionale, tra gli altri anche di chi scrive, fu collegato anche il ricorso dei *Länder* Baviera e Assia, che fecero valere il fatto che la legge abbisognava dell'assenso [del *Bundesrat*: N. d. T.]. Cfr. la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006, in: *BVerfGE* 115, 118 ss.

²⁴ Cfr. la memoria del Governo federale del 3 ottobre 2005, p. 2.

sto sarebbe stato il motivo della singolare formulazione del § 14, comma 3, LuftSiG, in cui si parlerebbe solo di azione immediata con le armi nei confronti di un aeroplano, ma non di un'uccisione delle persone che vi si trovano dentro. La maggioranza parlamentare aveva trovato in una questione di vita e di morte una formula dilatoria di compromesso per nascondere il suo dissenso nei confronti di opposizione e pubblica opinione, un fatto unico e inaudito nella storia parlamentare.

Restò senza risposta anche la domanda su chi porti la responsabilità giuridica e di fatto circa il luogo in cui precipita un apparecchio abbattuto e quale danno e quante vittime vengono causate in tale circostanza. Il ministro, al momento dell'ordine di abbattimento, non è in grado di valutare ciò, ed è più che incerto che lo possa fare il pilota. Il capo di stato maggiore dell'aeronautica militare rigettò ogni responsabilità:

«Un ordine è un ordine. Quando viene dato l'ordine di abbattimento, si abbatte. Chi si rifiuta di obbedire, finisce dinanzi al tribunale militare».

Fu anche accuratamente spiegato che il LuftSiG si riferisce non solo a sequestri motivati dal punto di vista terroristico, ma anche semplicemente a rotte aeree irregolari, che siano causate da insani di mente, da "normali" criminali o da rei politicamente motivati. Era indiscusso che la legge dovesse valere anche indipendentemente dal fatto che l'aeroplano fosse decollato nella Repubblica federale o fosse invece volato nello spazio aereo di questa, non importa da dove.

Fu discusso nei dettagli – in particolare con i piloti partecipanti – che né il NLFZSiLuRa – il *Nationales Lage und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum* – né gli uffici collegati a esso o i piloti delle forze armate avvicinati all'aeroplano possono riconoscere con sufficiente sicurezza se l'aeroplano abbia solo problemi tecnici o se invece venga sequestrato, perché e con quale intenzione. Questo vale ancor più, dal momento che non si può più assumere che un pilota attivi il dispositivo *Transponder 7.500* previsto per i casi di dirottamento, se deve prevedere che in seguito a ciò venga abbattuto da un aereo militare.

3. Osservazioni sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht

La decisione del *Bundesverfassungsgericht* si basa su due motivi entrambi radicali, sul difetto di competenza del *Bund* a legiferare e sulla violazione dell'art. 1, comma 1, GG.

L'assistenza amministrativa delle forze armate federali nell'ambito dell'art. 35 GG non permette alcun impiego di armi militari, ma segue il diritto di polizia del Land a cui le forze armate prestano aiuto. Il *Bundesverfassungsgericht* ha in questo contesto ampiamente spiegato che al legislatore federale manca la competenza a legiferare per ordinare un impiego militare contro un aereo passeggeri sequestrato, non importa con quale intenzione, già perché non si tratta di un caso di difesa, ma della protezione da una catastrofe e del connesso aiuto a seguito della stessa. La disciplina si dovrebbe pertanto mantenere in questo ambito, e non potrebbe trovarsi in contraddizione con le disposizioni cogenti di diritto della difesa, in particolare con l'art. 87a, comma 2, GG. Questo vale anche nel caso di un sequestro di aeroplano indipendentemente dai motivi, dagli scopi e dalle intenzioni dei sequestratori. Il sequestro è un delitto e l'aiuto nelle catastrofi non è una guerra.

L'art. 87a, comma 2, GG, fondamentale per la costituzione della difesa, va interpretato in maniera indiscussa secondo il «precetto della stretta fedeltà al testo» (*Gebot der strikten Texttreue*). Gli impieghi di militari all'interno debbono corrispondere agli stretti presupposti dell'art. 87a, comma 4, GG²⁵. Un'interpretazione estensiva «dalla natura della cosa» non dovrebbe essere possibile. Un impiego delle forze armate all'interno che vada oltre questi limiti, è legato a una decisione espressa del legislatore costituzionale, cioè al sapere e volere, al chiaro consenso di una maggioranza che modifica la Costituzione²⁶. Pertanto sarebbe possibile una modifica della situazione giuridica tramite una modifica della Costituzione.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha però espressamente basato l'anticostituzionalità del § 14, comma 3, LuftSiG anche sul fatto che l'abbattimento di un aereo sequestrato con l'uccisione dei passeggeri sequestrati viola il comando della dignità umana dell'art. 1 GG. Esso ha formulato a tal fine il seguente imponente enunciato:

«Vigente l'art. 1 GG è assolutamente impensabile uccidere intenzionalmente (...) sulla base di un'autorizzazione legislativa esseri umani innocenti, che, come l'equipag-

²⁵ Cfr. K. H. SEIFERT/D. HÖMIG, *Grundgesetz*, 6 Aufl., Baden-Baden, 1999, Art. 87a, Rn. 6; E. SCHMIDT-JORTZIG, *Verfassungsänderung für Bundeswehreinsätze im Innern Deutschlands?* in *DÖV* 2002, p. 773 (775); V. EPPING, *Der Fall "Godewind"* in *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1993, p. 103 (110); C. LUTZE, *Abwehr terroristischer Angriffe als Verteidigungsaufgabe der Bundeswehr?* in *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 2003, p. 101 ss. (106).

²⁶ Cfr. sul punto M. KUTSCHA, *Terrorbekämpfung* in *Recht und Politik*, 2006, cit., p. 202 ss.

gio e i passeggeri di un aeroplano sequestrato, si trovano in una situazione per essi priva di speranza»²⁷.

Un tale fatto non potrebbe venir legittimato da alcuna modifica costituzionale. In uno stato di diritto non si può autorizzare per legge nessuno a bilanciare la vita degli uni esseri umani contro la vita degli altri esseri umani, né secondo il loro numero, né secondo la presunta durata della vita residua. La vita dei cittadini in uno stato di diritto non è a disposizione del governo.

Se la Corte si scostasse da questo elementare principio giuridico, allora è del tutto evidente che questo avrebbe straordinarie conseguenze in altri ambiti, così per esempio per la disciplina legislativa dell'eutanasia, della cura dei malati o della medicina dei trapianti. L'espresso riferimento della Corte all'art. 1 GG è a causa della cd. clausola di eternità (*Ewigkeitsklausel*) dell'art. 79, comma 3, GG un avvertimento chiarissimo al legislatore di non superare tale confine in nessuna futura legislazione.

Per questo avvertimento ci sono, alla luce delle spiegazioni del Ministro degli interni e del Ministro della difesa, tutte le ragioni.

Nella discussione politica su questo *Luftsicherheitsgesetz* ci si preoccupa di far passare senza modificazioni la semplice idea che si tratti in realtà di fatti simili alla guerra. In questa «guerra asimmetrica» dovrebbero valere altre regole. Qui lo stato dovrebbe poter agire e bilanciare la vita delle vittime degne di compassione da una parte contro la presunta messa in pericolo della vita degli esseri umani, che dovrebbero essere salvati, dall'altra parte. E nel caso in cui non si tratti di una guerra, allora vigerebbe appunto il «diritto dello stato di necessità sovralegislativo» per il poi necessario omicidio di salvataggio (*Rettungstotschlag*).

In particolare Wiefelspütz²⁸ sostiene instancabilmente che il *Bundesverfassungsgericht* nella sua sentenza sul *Luftsicherheitsgesetz*²⁹ si sarebbe espresso solo su di un sequestro di aeroplano in tempo di pace, non però espressamente su di un «incidente aereo di guerra» [«*kriegerischer Luftzwischenfall*»], che egli cerca di definire. Si dovrebbe trattare di un'aggressione dal di fuori, che ha «una connotazione militare o simil militare o una dimensione simile a quel-

²⁷ Cfr. *BVerfGE* 115, 118 ff. (157).

²⁸ Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Der kriegerische terroristische Luftzwischenfall und die Landesverteidigung* in *Recht und Politik*, 2006, p. 71 ss.; M. KUTSCHA, *Terrorismusbekämpfung, in Recht und Politik*, 2006, cit., p. 202 ss.; e nuovamente D. WIEFELSPÜTZ, *Der kriegerische Luftzwischenfall und der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung*, in *Recht und Politik*, 2007, p. 73 ss. con ammirabile ricchezza di citazioni.

²⁹ Cfr. *BVerfGE* 115, 118 ff.

la della guerra». E qualora essa non venisse dal di fuori, allora «il dominio del fatto da parte di “mandanti” localizzabile all'estero da parte di “mandanti” dovrebbe però permettere di parlare di un'aggressione dal di fuori»³⁰. Questa teoria avrebbe la conseguenza ridicola che si dovrebbe rendere l'uccisione dei passeggeri dipendente dalle motivazioni dei sequestratori.

Qui può restare sospeso, chi e come in pochi minuti debba decidere alla luce di questi criteri non certo chiarissimi, se un aereo passeggeri abbia solo problemi tecnici o se sia stato sequestrato, e cioè da chi, perché e con quale scopo. Perché al di là di tutti gli sforzi per un'argomentazione giuridica dovrebbe in primo luogo porsi la questione, se il diritto della Repubblica federale debba permettere l'omicidio di salvataggio, e cioè debba rimettere la vita di cittadini innocenti alla discrezione, alla saldezza di nervi e alla capacità di previsione del governo se non addirittura di un singolo ministro.

Lo stato del *Grundgesetz* non conosce alcun sacrificio umano per legge – e così dovrebbe continuare a essere. Lo stato ha il dovere di proteggere il cittadino con i mezzi che la Costituzione gli concede a tal fine, non con quelli che il governo avrebbe volentieri oltre a essi. Lo stato non ha né un diritto scritto né una legittimazione morale a uccidere intenzionalmente secondo la sua discrezione esseri umani che non partecipano al delitto da combattere. Non vi è alcun dovere giuridico per ciascun cittadino di lasciarsi uccidere per salvare un altro cittadino.

È richiesta estrema attenzione, quando si cerca in continuazione di far venire meno i confini tra guerra e pace, e di permettere l'impiego delle forze armate federali all'interno con mezzi militari. La ricezione inflazionaria dell'uso linguistico americano della «guerra» contro droghe, criminalità organizzata e ora della «guerra contro il terrorismo» induce a gettare via fondamentali principi del nostro diritto, e ritenere espressione di formalismo il chiedere gli esatti fondamenti di diritto costituzionale di un impiego come in guerra delle forze armate all'interno. Si tratta in realtà non solo dell'«impiego di mezzi militari», ma del con ciò voluto abbandono di categorie di diritto di polizia ottenute con una lotta faticosa, e quindi dell'applicazione del diritto di guerra nella lotta e nella repressione di reati terroristici³¹.

³⁰ Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Einsatz, in Recht und Politik*, 2007, cit., p. 73 ss., 77; con riferimento a Wiefelspütz, Wolfgang Schäuble e altri.

³¹ Ancora dopo il 1975 mitragliette e bombe a mano valevano per determinate unità di polizia come armi in dotazione alla polizia. Naturalmente potevano essere impiegate solo secondo il diritto di polizia, e cioè non per l'uccisione di innocenti.

L'affermazione della sussistenza di una quasi-guerra non prevista nella Costituzione serve a vanificare il divieto, che segue cogentemente dal comando della dignità umana, di permettere per legge l'uccisione di innocenti. La vita dei passeggeri deve così risultare come "danno collaterale" a seguito della decisione del ministro presa secondo criteri di opportunità. Con ciò si vuole proprio mirare al risultato che il *Bundesverfassungsgericht* ha condannato come impensabile in uno stato di diritto.

L'asserzione, secondo cui il *Bundesverfassungsgericht* non avrebbe affrontato la questione se un sequestro di aeroplano che cade nell'ambito di applicazione del § 14 *Luftsicherheitsgesetz* possa essere un caso di difesa, è semplicemente falsa.

La Corte ha infatti lasciato aperta la questione se nel caso di un'aggressione che punti alla distruzione della collettività sussista la generale pretesa di auto-sacrificio talora asserita nella letteratura. Questa questione non avrebbe bisogno di essere decisa:

«perché nell'ambito di applicazione del § 14, comma, 3 *LuftSiG* non si tratta di parare aggressioni che sono tese all'eliminazione della collettività e alla distruzione dell'ordinamento giuridico e libertario statale».

Questo varrebbe anche laddove il pericolo non provenisse da criminali privi di intenti politici o da singoli rei disturbati mentalmente, ma si avesse a che fare con motivazioni politiche³².

Non è assolutamente così come il Ministro federale degli interni Schäuble continua a sostenere, che il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe evitato di considerare il caso di un «incidente aereo bellico». Esso ha piuttosto deciso nelle sue motivazioni portanti, che anche un sequestro terroristico di aeroplano motivato politicamente non rappresenta alcun caso di difesa ai sensi del *Grundgesetz*.

Senza dubbio la discussione ulteriore sarebbe resa più semplice se questi fatti e la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* venissero finalmente presi in considerazione.

L'idea del Ministro degli interni Schäuble di introdurre nella Costituzione un quasi-caso di difesa è un'incomprensione catastrofica del significato della dignità umana come cuore della nostra Costituzione e il tentativo trasparente di aggirare la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*. Che cosa sono i «fonda-

³² Cfr. *BVerfGE* 115, 118 (159). Anche nel caso di fatti di questo tipo, motivati politicamente, non si mirerebbe a mettere in questione lo stato e la sua sopravvivenza.

menti superiori della collettività», la cui supposta messa in pericolo dovrebbe far scaturire il quasi-caso di guerra? Chi deve – e su quale base – decidere che cosa è così importante per la collettività da poter perciò uccidere intenzionalmente dieci, cento o trecento cittadini innocenti, perché si suppone che altrimenti si verificherebbe qualcosa che è ancora più grave? Questo vale, se si volesse seguire tale pensiero, solo per aerei di linea sequestrati con passeggeri a bordo oppure allo stesso modo per navi, metropolitane e autobus? E deve valere qualcosa d'altro, qualora si trattasse non del «war on terror», ma di criminali “normali” o malati di mente, che mettono alla prova le loro capacità ricattatorie? Se la vita dei cittadini dietro violazione dell'incrollabile art. 1 GG deve essere messa a disposizione e rimessa alla discrezione del governo, non può questo poi con la stessa fondazione neutralizzare tutti gli altri diritti fondamentali garantiti nella Costituzione, se gli sembra proporzionato?

Chi accetta ciò fa dei diritti fondamentali atti di grazia dello stato, che esso può anche di nuovo revocare. Un governo che può far entrare in vigore secondo la sua discrezione il diritto di guerra si innalza al di sopra della Costituzione e trasforma i cittadini in sudditi. Al Ministro federale degli interni interessa non solo l'impiego delle forze armate federali all'interno, ma liberare in questa circostanza le forze armate dai vincoli fastidiosi della Costituzione, e poter applicare il diritto di guerra all'interno. Chi dichiara in questo caso la guerra a chi?

Nel XIX secolo l'imperatore nel *Reich* tedesco poteva – naturalmente solo al di fuori della Baviera – ex art. 68 della *Reichsverfassung* del 1871 «qualora la sicurezza pubblica nel territorio federale sia minacciata, dichiarare ciascuna parte dello stesso in stato di guerra». Ma tale articolo non è più in vigore. Ex art. 115a GG l'accertamento del caso di difesa è fatto dal *Bundestag* e dal *Bundesrat* con maggioranza idonea alla modifica della Costituzione, nel caso estremo di necessità con dichiarazione del Presidente federale. Il caso di difesa può essere «accertato» e cioè non è rimesso alla discrezione del governo federale. Esso presuppone una determinata situazione, e cioè un'aggressione militare al territorio federale proveniente dall'esterno, una cd. guerra, non quasi o in altro modo, ma sul serio. Difesa è la risposta a un'aggressione ai sensi della definizione delle Nazioni unite del 14 dicembre 1974, cioè la protezione dello stato contro una minaccia militare o contro l'aggressione di un altro stato.

Il terrorismo è criminalità gravissima, e nessuna guerra, che per entrambe le parti farebbe scattare le regole del diritto internazionale bellico e renderebbe i terroristi combattenti per la libertà e soggetti di diritto internazionale.

Già la *Rote Armee Fraktion* volle essere riconosciuta come soggetto di una guerra e richiese per i suoi membri il trattamento come prigionieri di guerra con la sorveglianza della Croce Rossa. Nessuno è andato incontro a questa richiesta.

Anche il diritto dell'autodifesa ex art. 51 della Carta delle Nazioni unite e l'attivazione del dispositivo di difesa collettiva proclamata dalla NATO non cambiano niente nel fatto che le guerre si dirigono contro stati, anche quando si tratta di uno stato che tollera sul proprio territorio un'organizzazione terroristica, l'appoggia o non è in grado di impedirne l'attività, minacciosa per un altro stato. Il diritto internazionale bellico vige tra stati e in ogni caso in relazione a un gruppo militare che domina un territorio, ma non tra il governo e i cittadini di uno stesso stato.

Wiefelspütz ha proposto di assegnare una competenza d'urgenza al Ministro della difesa tramite una modifica dell'art. 35 GG, ad autorizzare le forze armate federali a impiegare per la prevenzione di pericoli anche mezzi militari, e perciò a dare la relativa competenza a legiferare al *Bund*³³. In tale contesto Wiefelspütz ha confermato espressamente che «l'impiego delle forze armate con mezzi militari tuttavia [sarebbe] permesso solo nella misura in cui persone estranee al fatto, che si trovano per esempio a bordo di aeroplani o navi, non ne sono toccate»³⁴.

Sebbene egli qui limiti l'applicazione di mezzi militari a impieghi di diritto di polizia, in un altro passaggio ribadisce la possibilità di un «incidente aereo bellico», per il quale egli contro gli espressi, portanti motivi della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, asserisce la presenza di un caso di difesa ai sensi dell'art. 87a, comma 2, GG. Perciò l'applicazione del «diritto internazionale (bellico) umanitario» e con ciò l'uccisione dei passeggeri sequestrati, sarebbe permessa³⁵.

In altre parole: poiché un'autorizzazione per legge all'uccisione di innocenti è assolutamente impensabile e incompatibile con l'immodificabile art. 1 GG, Wiefelspütz ritiene l'uccisione di innocenti, in quanto danno collaterale di diritto internazionale, permessa anche senza disciplina legislativa, la qual cosa rappresenta un risultato sorprendente.

Chi vuole attribuire alle forze armate federali nuovi compiti deve modifica-

³³ Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Vorschlag zur Neufassung des Art. 35 GG in Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, p. 17 ss.

³⁴ Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Vorschlag*, cit., p. 19.

³⁵ Cfr. D. WIEFELSPÜTZ, *Luftzwischenfall in Recht und Politik*, 2007, cit., p. 73 ss., 81 s.

re la lettera della Costituzione³⁶. Per la decisione discrezionale di un membro del Governo federale circa quando egli ritenga un reato una guerra e i relativi rei combattenti soggetti al diritto internazionale, dal punto di vista del diritto costituzionale non c'è alcun margine.

La consistenza dei diritti fondamentali non dipende dal fatto che il governo federale li ritiene un ostacolo. Chi nella «guerra contro il terrore» vuole portare il nostro paese in uno stato di guerra continuamente potenziale senza un avversario definito e senza una fine prevedibile, e dare alle forze armate federali il potere di fare la guerra all'interno, può essere spinto da motivi nobili, paure pusillanimità o interessi populistici. Non importa: egli dovrebbe allora cercare di imporre il suo volere dal punto di vista legislativo e lasciarsi valutare in questo contesto alla luce dei valori fondamentali della nostra Costituzione.

Il Ministro della difesa Franz Josef Jung, impassibile, ha dichiarato di voler ancora ordinare in caso di necessità l'abbattimento di un aereo di linea. Egli deve capire che, dopo la decisione del *Bundesverfassungsgericht*, non ha più niente da ordinare al riguardo. Si trattasse di una guerra, il comando passerebbe alla Cancelleria federale. Se non si trattasse di una guerra, allora il suo ordine sarebbe in forza dei §§ 8 ss. del *Soldatengesetz* invalido, perché egli vuole ordinare un omicidio, cioè un reato. Il Governo federale farebbe bene a smettere di pensare a come poter neutralizzare la Costituzione, e invece di ciò dire con estrema chiarezza ai piloti delle forze armate federali che essi non possono seguire un tale ordine, e nemmeno richiamarsi a esso. Chi lo segue, agisce in proprio conto e se ne assume la responsabilità.

I membri del Governo federale sono vincolati alla Costituzione e come i soldati soggetti alla legge penale. Nessuno, ministro, pilota o chicchessia, può avere il diritto di uccidere degli innocenti, perché pensa che ciò sia increscioso, ma purtroppo per tutti meglio così. Se poi li uccide, allora in uno stato di diritto non il governo, ma un tribunale giudicherà su ciò, se il ministro e il soldato si possano scusare dicendo che le loro intenzioni erano buone.

Non esiste alcun «diritto dello stato di necessità sovralegislativo», come il Ministro federale della difesa ha asserito più volte pubblicamente. Il *Bundesverfassungsgericht* infatti non ha deciso l'aspetto penalistico di un «omicidio di salvataggio». Esso ha in questo contesto giustamente dichiarato che l'aspet-

³⁶ Cfr. sul punto anche M. KUTSCHA, *Verteidigung – Vom Wandel eines Verfassungsbegriffs*, in *Kritische Justiz*, 37 (2004), p. 228 ss., che giustamente descrive il qui trattato LuftSiG come un «classico esempio di inganno del legislatore».

to di diritto penale è irrilevante per la qualificazione dal punto di vista del diritto costituzionale³⁷.

Nella misura in cui la letteratura – citata anche dal *Bundesverfassungsgericht* – ritiene semmai possibile per lo stato far valere uno stato di necessità sovralegislativo ai sensi del § 35 StGB, è in ogni caso del tutto fuori discussione che, in questo caso, si potrebbe trattare al massimo di una causa di esclusione di colpevolezza o di una causa personale di esclusione della pena, che non cambia nulla della tipicità e dell'antigiuridicità del fatto di reato. Lo stato di necessità sovralegislativo non è nessuna autorizzazione ad agire, ma piuttosto tutt'al più permette a un tribunale di decidere con clemenza nei confronti di un individuo che, in questo caso, è un omicida plurimo, qualora questi sia in grado di rendere convincente che egli dinanzi a Dio e alla sua coscienza credeva di non poter agire altrimenti. Questo vale per il ministro allo stesso modo che per il pilota da guerra delle Forze armate e – vigente l'art. 1 GG – non vi potrà essere alcuna modifica costituzionale che cambi qualcosa al riguardo.

Lo stato non diviene impotente per il fatto che si attiene alla Costituzione. Perché dovremmo rispettarlo e agire per esso, se esso non lo facesse più? Lo stato deve proteggere la vita dei cittadini con i mezzi che la Costituzione gli permette. E questa vieta in modo immodificabile l'uccisione secondo criteri di opportunità di esseri umani innocenti che bilancia il danno o l'utile, e la vieta come violazione della loro dignità umana. Contro il terrore non si inizia a lottare in aria, quando è troppo tardi, ma a terra, tramite dispositivi tecnici nelle macchine, tramite controlli negli aeroporti e anche tramite accompagnatori di volo armati. La commissione ufficiale di inchiesta degli Stati Uniti d'America ha confermato nel suo «9-11 Report» che gli attentati dell'11 settembre 2001 non avrebbero avuto luogo se si fosse fatto questo.

³⁷ Cfr. *BVerfGE* 115, 118 (157).

prof. MARIO JORI
Università di Milano

INTERPRETAZIONE E CREATIVITÀ: IL CASO DELLA SPECIALITÀ

SOMMARIO: 1. Interpretazione e creatività nello stato di diritto. – 2. L'art. 15 c.p. come meta-norma sull'interpretazione. – 3. La specialità in diversi tipi di linguaggio.

Uno dei compiti del filosofo del diritto è di studiare le premesse o i presupposti delle tesi giuridiche, per esaminarne la struttura e il fondamento e gli elementi concettuali di cui si servono. Non è un compito di cui lo stesso giurista positivo possa disinteressarsi: anche il giurista, perlomeno quello riflessivo, si dovrà ovviamente porre i problemi del fondamento delle proprie tesi e del senso o definizione dei propri concetti teorici, inclusi quelli fondamentali e ultimi; anche se è naturale che il giurista dedichi gran parte dei propri sforzi ad usare questi strumenti piuttosto che ad interrogarsi su di essi e ci sarà quindi di solito minore attenzione da dedicare ai problemi generali e di metodo piuttosto che agli specifici problemi giuridici. Queste pagine comunque sono basate sull'assunto che i problemi dei giuristi siano anche sempre in parte problemi filosofici nel senso che essi hanno tutti una componente filosofica. Se la parola non piace (come non piace a molti giuristi) diciamo che molte discussioni dei giuristi positivi hanno bisogno di una riflessione teorica molto generale. L'argomento di cui mi occuperò nel secondo paragrafo, quello della specialità penale, illustra bene questo punto di vista, per il rinvio di quasi tutte le tesi che sono state formulate in proposito ad argomenti di importo filosofico, o se preferiamo di teoria generale, e in particolare a tesi di interpretazione e di semiotica.

1. Interpretazione e creatività nello stato di diritto

Di seguito mi occuperò di alcuni aspetti della questione della creatività nella interpretazione giudiziaria (in questo paragrafo) coniugato con una disamina del problema della specialità penale¹ visto come problema di interpreta-

¹ Questo scritto è stato pensato originariamente come relazione all'incontro *Il diritto giuri-*

zione e creatività (nel secondo paragrafo), per tornare poi (terzo paragrafo) sui problemi generali della interpretazione in alta e bassa dogmatica alla luce della semiotica e della teoria linguistica. Beninteso il tema della creatività è classico e molto trattato; non per questo meno controverso. Non pretendo qui di darne una soluzione e tanto meno una soluzione originale, ma spero di poter suggerire un approccio da un angolo utile. L'angolo particolare è una critica al "puntualismo" implicito in molte teorie della interpretazione giuridica. Dovrei forse dire eccessivo puntualismo. Con questo intendo la tesi, per lo più tacita, che il significato debba essere ricavato tutto dalla contemplazione della singola istanza linguistica, nel puntuale momento di interpretazione. Questo atteggiamento ha beninteso la sua origine nel fatto linguistico inconfutabile che un segno per essere tale deve essere effettivamente comprensibile per quello che è, cioè nel momento della sua manifestazione empirica e in base alle sue caratteristiche apparenti nel momento della sua manifestazione. Tuttavia si sa anche che non si possono ignorare testo, contesto e capacità cognitive di chi lo produce e interpreta. In altre parole per la comprensione dei segni, in particolare quelli linguistici, mettiamo in campo tutte le nostre capacità e conoscenze. L'atteggiamento che ho chiamato puntualistico di fatto finisce con l'ignorare questi aspetti ovvi del fenomeno segnico e traspare anche talora nella teoria linguistica generale, per esempio in alcune teorie influenzate da Chomsky, ma anche in psicologia come sottofondo di certo comportamentismo e in genere delle teorie anti-cognitviste. Un atteggiamento puntualistico, quello che ci interessa qui, traspare talora anche nelle teorie della interpretazione giuridica e il suo aspetto specifico consiste nell'omettere dal quadro i mezzi sostanziali e procedurali e organizzativi che il diritto mette in atto proprio per inquadrare l'applicazione e interpretazione del diritto. Quasi

sprudenziiale: legalità e creatività nell'interpretazione delle norme penali e processuali. L'apporto del giudice di merito tenutosi presso il Tribunale di Milano, in data 7 maggio 2007. Nella raccolta del materiale mi aveva aiutato Silvia Zorzetto, allora all'inizio del suo lavoro di dottorato sul tema appunto della specialità giuridica. Silvia Zorzetto ha conseguito il dottorato di ricerca con una tesi dal titolo *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Tesi di dottorato in Filosofia Analitica e Teoria Generale del diritto, XXII Ciclo (2006-2009), prima che rivedessi questo scritto per la pubblicazione. Questo lavoro è ora nella fase finale di preparazione per la pubblicazione. Mentre in queste mie poche pagine il tema della specialità (penale) è stato trattato superficialmente e a titolo di esempio, nel lavoro della Zorzetto il tema della specialità giuridica è stato esaminato a fondo, con una accurata disamina della letteratura giuridica. Le soluzioni proposte da Zorzetto (il cui lavoro di dottorato ho seguito) mi convincono; e qua e là in queste pagine accenno ad alcune sue tesi, che mi hanno influenzato ma purtroppo non ho lo spazio di spiegare e tanto meno di discutere.

il diritto non predisponesse un sistema imponente di mezzi per facilitare e assicurare interpretazione convergenti. Tra questi mezzi ci sono anche le meta-norme sulla interpretazione.

In queste pagine esaminerò il caso della specialità penalistica nel nostro codice penale trattato appunto come un esempio di metanorma sulla interpretazione, in quanto contiene ed esprime anche metanorme sulla interpretazione. A questo proposito la prima cosa notevole è che nel pensiero giuridico il problema della specialità non è solitamente esplicitamente collegato con alcuna tesi semiotica o semantica. Qualcosa peraltro traspare dalle metafore² presentate come teorie e come concetti che sono troppo spesso i punti di arrivo o fondanti delle costruzioni teoriche della teoria generale dei giuristi. Occorre comunque una attenzione più adeguata alla presenza strutturale e fisiologica dell'errore in ogni attività linguistica. Anche la interpretazione giuridica ha a che fare con l'errore in modo strutturale. Anche in teoria della interpretazione bisogna dunque dare la debita importanza alla presenza delle strutture linguistiche e organizzative per trattare dell'errore nel diritto, senza esorcizzarne la presenza, come fanno invece molte forme di scetticismo interpretativo.

Sarà opportuno comunque dire qualcosa per inquadrare il problema della interpretazione e della creatività in generale.

Come dunque avviene *la* interpretazione e *una* interpretazione? che cosa si interpreta? in quali sensi si parla di interpretazione *creativa*? Paul Valery, in un brano sulla memoria assai poetico³, descrive un pensiero a metà marmo e metà fumo. Usava ovviamente un linguaggio altamente poetico e metaforico per descrivere una esperienza intima e sfuggevole. Sembra talora che i giuristi teorizzino della interpretazione giuridica in termini altrettanto poetici o perlomeno altrettanto metaforici, ma possiamo dubitare che essi siano adatti alle

² Alcune penetranti osservazioni sull'abuso delle metafore nella teoria giuridica si trovano in S. CIVITARESE, *Della metafora energetica della funzione amministrativa (e di altre metafore) ovvero dell'irresistibile anelito alla neutralizzazione dell'autorità*, manoscritto in via di pubblicazione. A mio avviso smascherare le metafore che non sono trattate per quello che sono ma come concetti descrittivi e spiegazioni e descrizioni non metaforiche è estremamente necessario per far progredire la teoria generale dei giuristi. Solo in questo modo essa si può valutare criticamente le opinioni dell'autorità giurisprudenziale (di cui bisogna peraltro tenere il giusto conto) e dei concetti tratteggiati non definiti e delle tesi non confrontabili l'una all'altra e alla realtà del diritto.

³ *L'indifférence dorée touche à l'immobilité magique et sa libre lucidité tend vers l'enchantement, sur la fin de l'après-midi. A demi marbre, à demi fumée... Souvenirs sans bords, sans balustrade, sans véritables souvenirs même - la forme seule de la mémoire, l'aspiration d'une perspective* (P. VALERY, "Cahiers", a cura del CNRS, 1957-61, 29 volumi: C. IV, 69).

esigenze di certezza, pubblicità e soluzione di conflitti vitali a cui è destinato il linguaggio giuridico.

Sappiamo abbastanza bene cosa sia interpretare, cioè comprendere, un pezzo di linguaggio comune: anche se non conosciamo i dettagli del meccanismo semiotico e mentale attraverso cui facciamo quello che facciamo, tuttavia siamo in grado di distinguere quando comprendiamo e quando non comprendiamo e su questo c'è un accordo sufficiente a permettere la comunicazione. Quindi sappiamo abbastanza bene cosa vogliamo dire quanto parliamo di 'creare' 'costruire' e 'inventare' a proposito di attività comuni, per esempio di uno scultore, di un cuoco di un falegname; ma le espressioni diventano altamente metaforiche quanto parliamo di creare cose impalpabili come il significato giuridico o parti di un diritto. La creazione in questi casi diventa metaforica, come pure la nozione di esistenza che spesso di usa per spiegarla: creare qualcosa vuol dire far venire in esistenza qualcosa di inesistente, peccato che non sappiamo di cosa stiamo parlando. Tanto è vero che non è chiaro a che cosa si contrapponga (la interpretazione non creativa). Troppo spesso, come in questo caso, i giuristi riconducono il problema della interpretazione e del linguaggio giuridico a concetti e tesi che sono in realtà metafore non risolte. Non c'è niente di male nell'uso di una metafora, che può essere utile spiegare cose poco evidenti. Ma questo vale solo se ci rendiamo conto che abbiamo a che fare con una metafora, qualcosa che a sua volta deve essere spiegata "fuor di metafora". Una teoria generale della interpretazione non può basarsi su una metafora non ulteriormente spiegata e in particolare non può farlo una teoria della interpretazione giuridica, da cui dipendono tanti nostri beni primari. Non possiamo accontentarci, mi pare, di risposte poetiche. Cosa può intendere dunque un giurista che parli di interpretazione creativa, per esempio da parte della giurisprudenza?

Comunque l'idea di un giudice che pratica la interpretazione creativa desta allarme, anche se non sappiamo bene che cosa faccia. Forse che il nostro ordinamento costituzionale non vieta all'ordine giudiziario di compiere interpretazioni creative? Spesso queste vengono identificate con il giudice che fa politica. Con la comparsa di questa espressione l'allarme cresce, ma non la chiarezza quanto alla natura delle scelte operate. Questo tipo di attività non spetta forse agli organi costituzionali deputati a compiere scelte politiche, cioè ai Parlamenti, composti da rappresentanti eletti in base a programmi politici e quindi anche di politica del diritto e sottoposti al vaglio elettorale della successiva elezione politica? Quando si parla di politica si intende di solito la politica dei partiti politici, che consiste di soluzioni volte a massimizzare, nel caso miglio-

re, gli interessi e le concezioni del bene pubblico dei loro rappresentanti e contiene idee su quale dovrebbe essere il contenuto del diritto e per questo trova il suo sbocco giuridico nei parlamenti democratici, con la discussione la produzione, modifica e abrogazione di leggi. Politica dunque in questo senso è visto come il modo migliore di risolvere i problemi collettivi, di soddisfare gli interessi considerati legittimi (ignoro qui la fondamentale questione dei diritti costituzionali o inalienabili). Fare politica viene identificato con il cambiamento del diritto piuttosto che la sua applicazione. Ma anche il mantenimento del diritto esistente, la fedeltà alla Costituzione, è una opzione politica. Chi dice che i giudici fanno politica di solito lo intende come una accusa, vuol dire che in uno Stato di diritto e nel nostro ordinamento costituzionale i giudici non devono fare politica, o piuttosto naturalmente che non devono fare altra politica salvo che la applicazione del diritto esistente finché esistente. Poiché il compito del giudice è applicare ai casi singoli le norme generali vigenti e non di cambiarle sulla base di idee sue, appunto politiche, riguardanti come il diritto dovrebbe essere o addirittura di idee su come le singole situazioni dovrebbero essere decise anche al di fuori di regole generali.

Deve essere chiaro tuttavia che sotto ad ogni parola che ho usato per tracciare questa immagine semplificata dello Stato di diritto ci sono problemi e ambiguità e metafore non spiegate. Bisogna vedere cosa si intende con tutte queste parole. Potremmo andare a vedere per esempio come le intende Kelsen, di cui possiamo talora non condividere le soluzioni, ma che espone i problemi con folgorante lucidità. Ebbene per Kelsen la interpretazione creativa è ogni interpretazione che *crea* o produce una nuova norma individuale, per esempio quella del giudice che emette sentenza; ciò la distingue da una interpretazione/applicazione che potremmo chiamare ipotetica, che non produce effetto immediato sul diritto, come è quella di ciascuno di noi quando si interroga sul significato di una o più norme giuridiche. In questo senso i giudici che praticano l'interpretazione creativa starebbero facendo il loro mestiere, mentre i giudici che non la fanno sono giudici indolenti che non decidono casi. Tuttavia, sempre per Kelsen, l'interpretazione è creativa anche in un altro senso più problematico e distinto dal precedente. Creativa è l'interpretazione compiuta esercitando la discrezionalità residuale nell'interpretare, cioè scegliendo tra varie interpretazioni senza che ci siano ragioni giuridiche per scegliere una piuttosto che l'altra⁴; secondo Kelsen varianti sono sempre possibili

⁴ Tenendo presente che c'è anche una incertezza (e quindi discrezionalità) di secondo grado, cioè la incertezza su che cosa è incerto o meno. Insomma non sono solo incerti i confini ma

e ineliminabili per ciascuna norma giuridica, come la discrezionalità pertanto anche questa creatività è ineliminabile, ovviamente anche nelle interpretazioni ipotetiche non compiute nell'ambito di una attività di applicazione di una norma⁵. Qui dobbiamo ricordare che l'interpretazione giuridica non è un'attività puntuale, nel senso che si possa spiegare tutta quanta esaminando esclusivamente la situazione momentanea dell'interprete che percepisce la stringa linguistica. Se interpretazione creativa è dunque intesa come quella che fornisce una delle interpretazioni possibili di ciò che non è precisamente determinato nella norma, per esempio nella legge, ebbene anche qui l'ordine giudiziario starebbe facendo il suo lavoro. In altre parole non possiamo dimenticare il fatto ovvio che l'interpretazione avviene nel corso dei processi, perché il giudice non dispone oggi più della modalità decisoria del *non liquet* cioè dell'astensione dal decidere per incertezza della legge e neppure esiste più l'istituto del *référé législatif* (non si possono rispedire le norme incerte al legislatore salvo il caso *sui generis* del giudizio di costituzionalità). Il giudice moderno è invece costretto dalle regole del processo a decidere le questioni che gli vengono sottoposte, anche laddove non capisca come il legislatore abbia deciso. Si noti però che il fatto che le due creatività kelseniane si accompagnino e che ogni volta che si crea (produce) una nuova norma non si possa fare a meno di creare significato o di riempire gli interstizi di significato lasciati aperti dalla norma, non vuol dire che la produzione di ogni norma spieghi e renda inevitabile la creatività nel campo del significato. Essa esiste anche nella interpretazione/applicazione ipotetica e non è una conseguenza dell'esercizio dell'altra, ma una conseguenza della contingente natura del linguaggio giuridico e insieme del modo in cui è composto il diritto e organizzato il processo e la funzione giudiziaria. Da una parte il linguaggio giuridico non è algoritmico e quindi permette la presenza di elementi vari di incertezza e dall'altra il meccanismo normativo e organizzativo di revisione o impugnazione delle decisioni giudiziarie è fortemente limitato nel tempo e nelle operazioni, possiamo dire che è orientato in vari modi a produrre in tempi "brevi" una decisione definitiva

(come avviene quasi sempre in questi casi) anche è incerto quali confini siano incerti e fino a che punto.

⁵ Kelsen dunque non è un formalista interpretativo, dal momento che sostiene che un elemento di discrezionalità interpretativa è ineliminabile da ogni norma e non crede che per ogni norma (giuridica) ci possa essere una e una sola interpretazione corretta, tesi che viene costantemente rimproverata al positivismo giuridico. Essendo Kelsen il massimo esponente del positivismo giuridico, si dovrebbe forse sospettare che la identificazione tra positivismo giuridico e formalismo interpretativo sia sbagliata.

piuttosto che a perseguire indefinitamente la scelta corretta con qualunque mezzo. Con queste considerazioni sul linguaggio siamo già con Hart più che con Kelsen. Siccome però anche gli errori di un grande pensatore come Kelsen aiutano, il collegamento in qualche modo adombrato da Kelsen tra produzione della norma e creatività semantica è tuttavia fruttuoso perché attira l'attenzione sulla importanza del fatto, ovvio e mai abbastanza considerato, che la interpretazione di ogni disposizione giuridica è inquadrata da molte norme giuridiche e non solo dalle eventuali metanorme sulla interpretazione.

Tutto questo non vuol dire che nessuna interpretazione possa essere detta sbagliata. Che ci siano interpretazione corrette e sbagliate è prima di tutto una necessità semiotica generale. Ogni linguaggio anzi ogni segno è definito dai suoi confini di errore, nel senso che essere portatore di significato per un segno (linguistico o meno) implica la possibilità di essere inteso correttamente e quindi anche di essere inteso in modo errato, esempi tipici l'errore di grammatica e quello di dizionario in una lingua naturale. Se il linguaggio giuridico non ammettesse errori non avrebbe capacità discriminante, cioè non avrebbe senso. Se alla domanda sul senso di un elemento di linguaggio si può legittimamente rispondere "*quodlibet*" vuol dire che quell'elemento non serve come segno, cioè non ha senso. La posizione radicalmente scettica totale è notoriamente autodistruttiva. Ciò non vuol dire che ci sia sempre un confine netto tra corretto e sbagliato; e che ci siano sempre meccanismi sociali o giuridici per eliminare tutti gli errori anche quando sono certamente tali.

Per questo la nostra preoccupazione costituzionale contro la creatività giudiziaria (e in realtà di ogni giurista) è giustificata solo quando l'interpretazione creativa viene intesa come un giudice che interpreta in violazione della legge, decidendo *contra legem* nello spazio di determinatezza della legge, quale che sia; nel nostro ordinamento quel giudice violerebbe i propri fondamentali doveri di fedeltà andando contro un principio fondamentale della Costituzione e un pilastro dello Stato di diritto. Questo presuppone che la legge interpretata abbia un qualche senso determinato anche se parziale.

Ci sono nei diritti moderni rimedi giuridici contro questo pericolo, in primo luogo ovviamente i meccanismi di impugnazione. Inoltre la condotta giudiziaria di un singolo giudice che comporti frequenti interpretazioni *contra legem* rientrerà nel quadro di una azione disciplinare con le più severe sanzioni: beninteso anche in questo campo, come nel resto del diritto, ci sono casi chiari e casi incerti. Tuttavia deve essere chiaro che non si è detto nulla su come si fa a determinare che una interpretazione sia illegittima, ciò presuppone una teoria della interpretazione.

Diverso è il caso in cui qualcuno ritiene che una pluralità di giudici non oservi quello che si ritiene essere il senso delle leggi o di alcune di esse. In questi casi per ipotesi i rimedi interni alla magistratura non funzionano. È la Cassazione o la Corte costituzionale che si ritiene sia in errore, non il singolo giudice. Nel nostro ordinamento un Parlamento che non apprezzi *alcune* sentenze non dispone di alcun mezzo di intervento diretto che non violi la Costituzione, ma qualora non apprezzi *molte* sentenze, a differenza di noi poveri filosofi ha in mano un rimedio adatto, che è quello di cambiare le leggi. Non solo le singole leggi, ma anche eventualmente le norme di struttura che riguardano direttamente o indirettamente l'interpretazione. Qualora poi, di fronte a leggi che un Parlamento considerasse chiarissime, ancora l'ordine giudiziario non interpretasse come il Parlamento (una sua maggioranza) ritiene corretto, il legislatore ha l'ulteriore rimedio di riformare l'ordinamento giudiziario e anche la Costituzione. Quello che un Parlamento non può fare, anche modificando la Costituzione, senza abolire un pilastro dello Stato di diritto è cercare di amministrare direttamente la giustizia, e ogni interferenza diretta di un Parlamento sulla interpretazione delle leggi che non prenda la forma di una modifica della legge è appunto in radicale violazione della divisione dei poteri. Che è uno dei principi portanti per lo stato di diritto prima ancora di esserlo per ogni democrazia: quando chi fa le leggi è lo stesso organo o persona che le applica, o viceversa, la legge stessa diviene, come dice Valery, metà marmo e metà fumo, anzi quasi tutta fumo, il suo carattere generale diviene opzionale, la tirannide del potere non vincolato da regole generali incombe e lo stato di diritto è in crisi terminale. Questo vale naturalmente anche per i giudici, che si inventassero di sana pianta le norme che applicano, anche per i più nobili motivi: non abbiamo fatto la Rivoluzione francese per ritrovarci tanti piccoli tiranni, di cui parla Montesquieu⁶. Il sistema della separazione dei poteri si basa anche sul fatto che le decisioni politiche fondamentali devono essere

⁶ Ciò è chiaro alla luce della storia: MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Livre VIII, 2: De la corruption du principe de la démocratie: "Il se forme de petits tyrans qui ont tous les vices d'un seul. Bientôt ce qui reste de liberté devient insupportable; un seul tyran s'élève". Non a caso con una visione opposta il pensiero reazionario post-rivoluzionario considera tali "piccoli tiranni" come poteri autonomi e in questo senso liberi, struttura necessaria di una società libera. Al "giacobinismo" accentratore dell'ideologia illuministica viene contrapposta la libertà come autonomia (locale) alla Heinrich von Treitschke. In una simile visione la natura democratica o meno delle forme intermedie diventa secondaria.

Cfr. H. VON TREITSCHKE, *La Francia dal primo impero al 1871*, (trad. it. di E. Ruta), Laterza, 1917, <http://www.gutenberg.org/etext/28317>.

riversate in prescrizioni generali cioè in forma linguistica; queste devono essere interpretate da altri e indipendenti poteri e persone ad evitare che diventino meramente un promemoria autogestito del potere supremo (oltre che, naturalmente, retroattive). Questo diaframma di parole generali che è la legge, collocato tra il potere e l'applicazione coattiva, è davvero l'essenza dello Stato di diritto.

Di conseguenza capire come avvenga la interpretazione delle parole della legge è questione di grande importanza. È curioso che i giuristi se ne occupino così poco e le loro teorie del significato ancor oggi siano così poco pregnanti, tanto da indurre il sospetto che questa distrazione sia un modo per tenersi mano libera in materia di interpretazione. La mancanza di una riflessione sistematica sul linguaggio e sul significato producono teorie della interpretazione giuridica poco pregnanti e favoriscono un metodo interpretativo *à la carte*, quello che di volta in volta produce il risultato considerato più opportuno.

Sul piano delle dichiarazioni ufficiali, le parole del legislatore, nel diritto moderno si sono certamente guadagnate il rispetto dei giuristi e dei giudici. Ben pochi giuristi e tanto meno giudici oggi affermerebbero di poter o voler ignorare o modificare le parole del legislatore; un giudice che facesse una simile dichiarazione in un atto giudiziario si espone a vederlo censurato in sede di impugnazione ed egli stesso incorrerebbe probabilmente in quella responsabilità disciplinare cui si accennava sopra. Non è sempre stato così. Il cambiamento operativo, a lungo preparato avvenne in occidente con il Codice Napoleone e la scuola dell'esegesi ed è noto anche come l'abbandono del giusnaturalismo in quanto atteggiamento operativo tra i giuristi positivi; è il trionfo del giuspositivismo. Lo racconta con splendida sintesi Norberto Bobbio nella parte storica del suo corso di lezioni *Il positivismo giuridico*⁷. In seguito alla rivoluzione giuspositivista i giudici hanno appreso che le parole della legge si rispettano: ma che fare dei significati del legislatore? I significati dipendono dalle pratiche e teorie interpretative e queste dalle teorie del significato e del linguaggio, e tutto questo è un campo con cui la cultura giuridica non è ancora venuta a patti. Il diritto moderno ha dunque in genere risolto il problema di individuare le disposizioni (parole) del legislatore; molto minore attenzione e poche soluzioni realistiche sono state trovate per ricavarne il significato. La interpretazione è rimasto un campo in cui i giuristi si sono tenuti la mano molto libera. Anche le norme sulla interpretazione sono rimaste poco

⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 13 ss.

precise, poco realistiche e vincolanti rispetto a quello che potrebbero essere. Mi si lasci dire che ci troviamo oggi, quanto a norme legislative sul controllo della interpretazione, a un livello analogo al controllo della gerarchia delle fonti che esisteva nei diritti medievali: scarso e lacunoso. Che questo sia bene o male è un altro problema, è problema di politica del diritto, soprattutto oggi del posto che deve avere il diritto giurisprudenziale tra le fonti giuridiche.

A me pare evidente che il linguaggio è il primo strumento di lavoro dei giuristi positivi o se vogliamo il primo degli oggetti su cui lavorano. Il legislatore produce linguaggio tramite altro linguaggio, e linguaggio producono le altre autorità giuridiche a qualunque livello di normazione, chiunque applica le norme interpreta tale linguaggio e ne produce dell'altro. Il giurista si occupa di linguaggio e usa il linguaggio. Un ingegnere produce un ponte partendo da cemento e acciaio; un giudice produce una sentenza usando parole e partendo da altre parole. Il linguaggio sono i blocchi di costruzione del giurista e anche le sue fondamenta, come il cemento e l'acciaio lo sono per l'ingegnere. Un giurista senza una (buona) teoria del linguaggio è dunque come un ingegnere, o forse farei meglio a dire un architetto senza una (buona) scienza delle costruzioni e dei materiali. Un giurista senza una buona teoria del linguaggio è come un architetto che disegna edifici ad occhio.

Tuttavia i giuristi sembrano ritenere di non avere bisogno di una teoria del linguaggio. In particolare sono spesso indifferenti o ignoranti dei grandi progressi della linguistica e della semiotica nell'ultimo secolo. Dei concetti e delle parole si occupano con grande attenzione, nel corso dell'esame di ciascuna questione giuridica, ma dei grandi problemi di fondo della semiotica, assai poco. Come si estraggono significati e concetti dalle parole viene troppo spesso liquidato con teorie semplicistiche vetuste e poco meditate. Lo si vede in particolare in casi interpretativi complicati come quelli esaminati nel secondo paragrafo, dove dovrebbe essere particolarmente evidente che le risorse del linguaggio giuridico sono messe a dura prova, non solo quello in cui sono formulate le norme, ma anche il linguaggio e i concetti delle stesse teorie penali.

2. *L'art. 15 c.p. come metanorma sull'interpretazione*

“Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

Con l'art. 15 c.p. ci troviamo a che fare con una norma su norme, una

disposizione che contiene direttive o norme importanti riguardanti anche la interpretazione di altre norme penali. È pertanto evidentemente una norma di struttura, sulla produzione o sulle fonti, quella che Hart chiama norma secondaria. Per norma, come sempre, intendiamo non la disposizione, le parole, ma il significato, che viene prodotto anche tramite la interpretazione di quella disposizione e non solo di quella disposizione. Non si tratta solo di comporre un combinato disposto ma di considerare tutte le metanorme rilevanti e sullo sfondo l'organizzazione giuridica e la struttura del processo (ricordo la critica del puntualismo fatta sopra). Per interpretazione intendo, ovviamente, il passaggio dalle parole al loro significato, e anche il risultato di tale procedimento, che è sempre, naturalmente, un insieme di altre parole (interpretare delle parole mediante una espressione che contiene le stesse parole ci fa rischiare la circolarità). Della stessa natura dell'art. 15 c.p. sono ad esempio l'art. 2 c.p. che regola la successione nel tempo delle disposizioni penali e perciò la produzione della norma mediante la loro interpretazione combinata con riferimento al tempo e ovviamente l'art. 12 disp. prel. c.c. espressamente dedicato a una regolamentazione generale della interpretazione. Tutte queste disposizioni hanno l'obiettivo di regolare aspetti complessi e problematici della attività interpretativa, cioè della estrazione del significato dall'intreccio di disposizioni giuridiche nell'ordinamento giuridico. Quando si applicano norme di questo tipo è necessario risolvere tre problemi diversi che spesso non vengono sufficientemente distinti dagli interpreti: il problema della interpretazione in generale; il problema delle direttive sulla interpretazione espresse dalla metanorma applicata; e il problema della interpretazione delle disposizioni sotto interpretazione. Insomma, la norma sulla interpretazione va a sua volta interpretata.

L'art. 15 c.p. è una metanorma significativa nel nostro diritto penale, serve a trattare i testi delle disposizioni penali in modo da evitare che una applicazione simultanea o concorso di più norme incriminatrici produca cumuli di pena sentiti come eccessivi; dove eccessivi fa riferimento certamente a criteri di proporzionalità nel sistema penale e in ultima analisi anche al senso di giustizia dei tecnici del diritto. Come tutte le norme di questo tipo, a sua volta, non è di semplice interpretazione. I penalisti difatti ne discutono ogni parola: il significato dei sintagmi "più leggi penali" e "più disposizioni della medesima legge", l'espressione "stessa materia" e la clausola "salvo che sia altrimenti stabilito". Anche la parola 'deroga' non è affatto senza spine⁸. È evidente che

⁸ L'analisi di S. ZORZETTO, *La norma speciale.*, cit., rivela atteggiamenti divergenti nella giurisprudenza italiana circa la deroga. Quasi ignorata come problema dai penalisti, essa è

tutte le parole chiave dell'art. 15 portano significati complessi, vaghi e problematici che non sono certamente definiti qui, né, a dire il vero, altrove nella legge e su cui la giurisprudenza non ha opinioni conformi. Come termini centrali della teoria generale del diritto il problema del loro significato non è un mero problema di significato e di definizione ma solleva grossi problemi teorico generali.

Vorrei attirare l'attenzione sul fatto che il legislatore dell'art. 15 sembra implicare che la specialità si possa predicare sia di leggi sia di disposizioni della medesima legge. Il legislatore usa qui la parola 'disposizione' che in teoria del diritto si contrappone spesso a norma: intende forse parole contrapposte al loro significato? Mi pare più plausibile che il legislatore in questo caso intenda piuttosto contrapporre una intera legge a una sua parte ("... leggi penali o più disposizioni della medesima legge ..."). Pare dunque che la distinzione tra parole e significato nelle leggi di cui si predica la specialità non colpisca l'attenzione del legislatore dell'art. 15, come se il passaggio dalle parole della legge alle norme, cioè al loro significato, non ponesse problemi nel trattare la specialità. In realtà è difficile concepire la specialità di disposizioni piuttosto che di norme, la specialità essendo qualcosa che riguarda il significato e meglio un rapporto tra i significati.

Se guardiamo alla dottrina e alle teorie della specialità elaborate dalla dottrina e spesso riprese dalla giurisprudenza, troviamo spiegazioni che ovviamente usano altri termini ancora, non sempre gli stessi, con cui si cerca di chiarire cosa sia la specialità di cui parla l'art. 15 c.p. Che la norma non sia chiara lo vedremo benissimo dalle divergenze che suscita.

La nozione di specialità su cui il legislatore nel formulare l'art. 15 c.p. si basa senza aggiungere spiegazioni non è ovviamente esclusiva della scienza penalistica; al contrario è un concetto basilare del senso comune, uno strumento davvero primario del pensiero. D'altra parte esso è anche uno strumento fondamentale della descrizione e spiegazione delle scienze empiriche moderne. In realtà tutti, inclusi i bambini piccoli e i primati usano con competenza e

stata studiata soprattutto dai costituzionalisti dai quali è stata spiegata in modo perlopiù figurato. L'ipotesi prospettata da Zorzetto è che la deroga non sia affatto una conseguenza intrinseca del rapporto di specialità, ma sia un problema di giustificazione; che una norma sia o meno speciale e in che senso risulta pertanto una questione distinta da quello della deroga e del modo in cui sono regolati di volta in volta i rapporti tra norma speciale e generale. Secondo quest'ipotesi, la metanorma di cui all'art. 15 c. p. è una norma di giudizio, che prescrive ai giudici *con quale norma* essi devono regolare i casi: per l'art. 15 c. p. essi devono scegliere, tra tutte quelle rilevanti, la norma *più* speciale.

profitto almeno la nozione comune di specialità. All'interno di una specie o classe si individua una sottospecie o sottoclasse individuata da proprietà aggiuntive rispetto alla classe generale.

Ad esempio, nella classe o genere dei funghi si distingue il caso speciale dei funghi commestibili. La individuazione avviene in un quadro di esigenze teoriche o pratiche che la "giustifica" e limita gli oggetti che vengono considerati: l'esempio della commestibilità o meno non è scelto a caso, serve a ricordarsi che anche questa distinzione viene fatta con riferimento non a qualunque qualità o proprietà ma a quelle che sono utili. Distinguere e separare generi e specie ha una funzione evidente nelle situazioni quotidiane, ed è uno strumento mentale basilare, direi primordiale, nell'armamentario della mente umana. Al di fuori dei molteplici interessi pratici o teorici che ci inducono a raggruppare gli individui in generi e specie bisogna ricordare che i generi e specie caratterizzati da somiglianze e differenze considerate rilevanti si stemperano in moltitudini di individui tutti diversi tra loro per qualche caratteristica e tutti simili tra loro per qualche altra caratteristica. Nel nostro linguaggio il caso archetipale è quello in cui vengono usate le stesse parole (omicidio) con l'aggiunta di un aggettivo o frase aggettivale: omicidio colposo o omicidio del consenziente. Genere e differenza specifica. Ma ci sono infiniti altri casi in cui questa struttura sintattica archetipale non si trova eppure sono altrettanto chiaramente casi di generi e specie, in cui il rapporto è "annidato" nei significati dei termini o delle espressioni. E ci sono casi che non sono affatto incontrovertibili e chiari.

Anche nel diritto ci sono dei casi in cui a prima vista tutto sembra chiarissimo, e scontato se non naturale: si consideri il caso di scuola (quindi facile) della violazione di domicilio e della violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale⁹.

⁹ Zorzetto, nella propria tesi *op. cit. supra*, analizza questo caso a titolo paradigmatico come un caso (a prima vista) facile di specialità, mostrando alcuni caratteri fondamentali della specialità giuridica, non solo penale, su cui qui non posso soffermarmi in questa sede. Secondo Zorzetto la specialità di una norma risiede nei suoi concetti giuridici componenti; una norma non è dunque speciale né per la fattispecie (come quasi sempre si sostiene) né per la conseguenza (come raramente s'è congetturato), ma perché i suoi concetti sono logicamente inclusi in quelli di un'altra norma (quella c.d. generale). Normalmente non contano tutti i concetti, ma solo alcuni sono correlati da genere a specie (non vengono considerati come specialità i rapporti logici tra le modalità deontiche, come permesso e obbligatorio). La scelta dei concetti rilevanti ai fini della specialità dipende da una teoria dei concetti giuridici (una 'teoria dei generi e delle specie'). Quasi sempre i giuristi contano come rilevante l'elemento (concetto) del destina-

Art. 614 c.p. Violazione di domicilio

“Chiunque s’introduce nell’abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione fino a 3 anni”.

Art. 615 c.p. Violazione di domicilio commessa da pubblico ufficiale

“Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, s’introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell’articolo precedente, è punito con la reclusione da 1 a 5 anni”.

In questo caso si è usata una tecnica normativa che dovrebbe eliminare ogni dubbio: infatti c’è un riferimento espresso all’articolo precedente per gli elementi comuni, cioè l’introdursi o trattenersi nell’abitazione altrui o in un altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi. Il soggetto attivo è ovviamente considerato elemento specializzante (per specificazione), mentre l’abuso dei poteri inerenti alle funzioni viene considerato elemento specializzante per aggiunta: insieme sono evidentemente le ragioni specifiche per cui si è formulato l’art. 615. Osservo che in questo caso la distinzione tra specialità per specificazione e per aggiunta non è perspicua come qualcuno sostiene, e sembra fatta sulla base delle parole senza tenere conto dei significati.

La tecnica della ripetizione delle parole è una tecnica usata per superare il problema del rapporto tra parole e significati. Nella misura in le parole che individuano le proprietà del genere (violazione di domicilio) sono le stesse *e il loro significato non cambia*, il rapporto di specialità vale per qualunque interpretazione e quello che rileva è il rapporto logico di inclusione tra classi. Si noti però che la specialità continua anche qui a riguardare il significato non le parole; è solo neutralizzato il problema della variazione del significato in sede interpretativa.

Notiamo anche che il rinvio espresso riguarda solo una parte della norma (il domicilio); non c’è rinvio espresso anche alle modalità della condotta: “contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero clandestinamente o con inganno”. Sia l’art. 614 che l’art. 615 c.p. sono ritenuti

tario della norma che tengono nettamente distinto dall’elemento (concetto) del comportamento regolato o condotta, senonché la fattispecie della norma può essere espressa tutta in funzione del destinatario o tutta in funzione del comportamento; la scelta tra l’una e l’altra ipotesi dipende dalla teoria dei generi e delle specie che si usa. In altre parole, per usare la terminologia della Cassazione, dipende dal criterio di rilevanza cui si fa riferimento. A sua volta l’uso di un criterio di rilevanza dovrebbe essere fondato su un argomento o ragione che la giustifica.

ti reati a condotta vincolata. Viene dunque da chiedersi perché le modalità dell'azione di cui all'art. 614 c.p. "contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero ... clandestinamente o con inganno" non vengano considerate un (ulteriore) elemento specializzante rispetto all'art. 615 c.p. così come, invece, lo è l'abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico ufficiale. Se si ammettesse questa ipotesi, avremmo un caso di quella che i penalisti chiamano una specialità *bilaterale* piuttosto che unilaterale riguardo alle modalità della condotta: vorrei rilevare che l'assegnazione a un caso o all'altro sembrerebbe dipendere dal conteggio delle parole piuttosto che dai significati, una questione su cui tornerò più sotto riguardo alla distinzione tra specificazione ed aggiunta. Troviamo inaspettatamente problemi interpretativi connessi alla nozione di specialità anche in un caso che a prima vista sembrava assolutamente lampante, e questo ci segnala tra l'altro che i riferimenti espliciti di una disposizione (norma) all'altra hanno dei costi, da una parte sembrano rendere più facile e più certa la interpretazione, ma dall'altra sollevano problemi addizionali in quanto suggeriscono che si interpretino *a contrario* tutti i silenzi e le omissioni che altrove sembrerebbero forse semplici ellissi.

I problemi della specialità nel diritto rivelano dunque immediatamente una dimensione eminentemente semiotica. Ciò che non è immediatamente evidente è che bisogna tenere conto della diversità tra i linguaggi in cui la specialità viene trattata. Dobbiamo in altre parole essere consapevoli che la trasposizione di questa modalità di pensiero fuori dalle dimensioni collaudate del linguaggio ordinario e dal senso comune indebolisce o elimina molte delle presupposizioni su cui questa modalità di pensiero è normalmente basata¹⁰.

Dobbiamo renderci conto che la specialità pone grossi problemi quando viene trasferita al di fuori dal linguaggio ordinario, dove è modalità del pen-

¹⁰ Questo punto viene approfondito da Zorzetto (*op. cit. supra*) che analizza la specialità giuridica sul piano sia logico-sintattico (della struttura logica della relazione, che per Zorzetto ha la forma della implicazione stretta-conseguenza-inclusione logica) sia logico-concettuale, in cui rilevano i nessi semantici tra i concetti giuridici delle norme. Infatti, nel diritto, come nel linguaggio ordinario, i concetti sono ben lungi dall'essere perfettamente determinati come classi logiche, né vale la legge dell'inversione fra l'intensione e l'estensione. Dal confronto col contesto della logica delle classi e delle scienze naturali e col contesto ordinario, la peculiarità della specialità giuridica risulta essere primariamente semantico-pragmatica e risiedere nelle teorie dei generi e delle specie dei giuristi. A conferma di ciò, Zorzetto ricorda che con l'operazione di calcolo del prodotto logico, si possono ottenere due classi intersecate (due specie di un genere) o una classe inclusa in un'altra (la specie di un genere) e il diverso risultato dipende dal contenuto delle classi, cioè dalla loro definizione o significato, che non è una questione di calcolo logico o di sintassi logica, ma semantica.

siero gestita ottimamente dalla comune intuizione linguistica e dagli scopi e interessi della vita quotidiana. L'attrezzo mentale e linguistico della specialità e il suo converso la generalizzazione sono chiaramente uno strumento basilare del pensiero umano "normale". Dove la relazione tra generale e speciale va nelle due direzioni: quella di generalizzazione per sottrazione delle peculiarità solo individuali e quella della specificazione per aggiunta di una proprietà specifica: operata grammaticalmente nei casi archetipali mediante aggiunta di un aggettivo a un sostantivo (gatto + nero); si noti che la proprietà è una caratteristica semantica (significato) e l'aggettivo è un elemento sintattico (parola), le due cose non stanno sullo stesso piano e il meccanismo funziona sempre con una certa approssimazione. Nel linguaggio ordinario, di conseguenza, due termini o elementi di significato o intere proposizioni hanno un elemento comune (il generale) e in uno di essi qualcosa viene specificato ulteriormente da un termine o espressione aggettivale.

Nel linguaggio ordinario la corrispondenza tra sintassi e semantica non può ovviamente essere considerata biunivoca. Non è detto che alla aggiunta sintattica, ad esempio l'aggettivo aggiunto al sostantivo, l'avverbio al verbo, corrisponda sempre una aggiunta semantica di specificazione, e quindi la individuazione di specie o specialità, l'individuazione di una classe di oggetti meno ampia e più caratterizzata. Questo è uno dei motivi per cui il linguaggio ordinario non è un linguaggio perfetto.

Quando dal senso comune e dal pensiero ordinario passiamo alla teoria dell'interpretazione giuridica alcune ovvietà e certi meccanismi linguistici non si trasferiscono senza problemi. In primo luogo la distinzione tra parole e significato: il problema salta agli occhi quando si esamina la immagine usata dai giuristi per spiegare la specialità: la metafora o immagine dei cerchi concentrici o secantesi; come ho detto la troviamo continuamente sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Ad esempio Cass. pen. sez. III, 27 giugno 2006, n. 28350, confronta due norme che puniscono comportamenti omissivi in materia di misure antincendio con considerazioni sul loro rapporto di specialità.

Il D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, emanato in attuazione delle direttive CEE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, all'art. 4, comma 5, lett. q), impone al datore di lavoro l'obbligo di adottare "le misure necessarie ai fini della prevenzione incendi e dell'evacuazione dei lavoratori, nonché per il caso di pericolo grave ed immediato. Tali misure devono essere adeguate alla natura dell'attività, alle dimensioni dell'azienda, ovvero della unità produttiva ed al numero delle persone presenti".

Il D.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, art. 34, stabilisce, al comma 1, lett. c) e d), che “nelle aziende o lavorazioni in cui esistono pericoli specifici d’incendio devono essere predisposti mezzi di estinzione idonei in rapporto alle particolari condizioni in cui possono essere usati, in essi compresi gli apparecchi estintori portatili di primo intervento. Detti mezzi devono essere mantenuti in efficienza e controllati almeno una volta ogni sei mesi da personale esperto. Deve – inoltre – essere assicurato, in caso di necessità, l’agevole e rapido allontanamento dei lavoratori dai luoghi pericolosi”.

I fatti contestati ai ricorrenti sono: non avere assicurato idonee vie di fuga, in caso di incendio o di altra grave situazione di pericolo, ostruendo le uscite di sicurezza dei locali aziendali con l’ammasso, a ridosso di esse, di pneumatici ed altri materiali e non avere predisposto mezzi antincendio adeguati, essendo gli idranti non funzionanti e gli estintori scarichi o scaduti.

Tali fatti sono specificamente previsti, come reato, dal D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, che si pone, rispetto al D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 4, quale norma speciale. A mente dell’art. 15 c.p. “quando più leggi penali o disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”. Questa Corte Suprema ha già statuito che il principio di specialità è invocabile quando gli elementi costitutivi della fattispecie prevista dalla norma generale siano compresi nella norma speciale, la quale deve contenere qualche elemento in più, di carattere particolarmente qualificante, sicché l’ipotesi di cui alla norma speciale, ove questa mancasse, ricadrebbe nell’ambito operativo di quella generale. È necessario, cioè, che le due disposizioni appaiano come due cerchi concentrici, di diametro diverso, in modo tale che quello più ampio contenga in sé quello minore ed abbia un settore residuo destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità (v. conf. Cass. sez. 4a pen., 26/3/1993, Costarelli e 18/3/1983, Saracino; sez. 2a pen., 30/11/1983, Colucci). Nella fattispecie in esame, le disposizioni contenute nel D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, sono specifiche, rispetto a quelle, di carattere generale, di cui al D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 4, perchè contengono elementi specializzanti, costituiti dalla specificazione dei mezzi di prevenzione ed estinzione degli incendi e dalla espressa menzione dell’obbligo di assicurare, in caso di necessità, l’agevole e rapido allontanamento dei lavoratori dai luoghi pericolosi. Dalle esposte considerazioni discende che i fatti dei quali i ricorrenti sono stati ritenuti colpevoli debbono essere giuridicamente qualificati come integranti gli estremi dei reati di cui al D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, comma 1 lett. c) e d) e art. 389, in essi assorbito il D.Lgs. n. 626 del 1994, artt. 4, comma 5, lett. q) e art. 89.

In questa sentenza si trovano vari elementi assai interessanti per la nostra analisi.

La procedura di controllo della sussistenza della specialità tra le due norme proposta dalla Cassazione, per chi è abituato alle analisi semiotiche nel linguaggio ordinario, richiama subito alla mente una procedura tipica dell’analisi

semiotica: quella della sottrazione o opposizione semantica: “ove la norma speciale mancasse” dice la Cassazione. Si toglie ipoteticamente l’elemento sintattico il cui significato è da vagliare e si vede cosa cambia nei significati che percepiamo. La differenza è il significato di quell’elemento. L’estensore della sentenza è al corrente della nozione linguistica di opposizione semantica o è guidato semplicemente dal buon senso giuridico? Si noti che la Cassazione a questo punto non parla di leggi o disposizioni, come il legislatore dell’art. 15, ma di norme, cioè presumibilmente di leggi o disposizioni *interpretate*. Quando si parla di cerchi intersecanti la sentenza torna però a parlare di disposizioni. Confermando così quella indifferenza sulla distinzione tra i due ordini di cose semiotiche di cui parlavo sopra.

Cosa ancora più importante, l’accertamento del fatto che una disposizione contenga o meno una norma speciale viene notevolmente complicato nella sentenza perché la norma speciale deve “contenere qualche elemento in più, di “carattere particolarmente qualificante” dove la caratteristica del *particolarmente qualificante* in questo caso certamente non è chiarissima e comunque è evidente che non può appartenere alla logica ma alla interpretazione dei significati: perché l’essere tale non può essere una caratteristica logica in nessun senso, neppure se la Cassazione dice il contrario. Nello stesso senso si parla talora di elementi *costitutivi* della fattispecie, non dunque ogni elemento differenziale, ma solo quelli costitutivi. Per la Cassazione quindi la presenza di un qualunque elemento semantico comune, e ancor meno qualunque elemento sintattico, non basta per instaurare un rapporto di specialità. Probabilmente si ritiene che se seguissimo l’altra strada troppe norme penali incriminanti risulterebbero tra loro in rapporto di specialità. Secondo il mio umile parere, la Cassazione ha assolutamente ragione in questo, ma resta da spiegare che cosa e perché sia “particolarmente qualificante” o “costitutivo” in questo contesto e in genere in un contesto penalistico e ancor più generalmente in un contesto giuridico.

Nella dottrina penalistica la stessa esigenza si esprime pre-limitando le norme potenzialmente in concorso apparente alle sole che sembrano *prima facie* confrontabili in questo modo. Neppure in questo caso il criterio è ulteriormente precisato, per quanto ne so; e questo mi pare lo renda alla fin fine ancora più oscuro di quello della Cassazione.

Veniamo ora a un punto che è reso importante dalla frequenza con cui è collocato al centro dei discorsi giuridici sulla specialità: la metafora largamente tralazia dei cerchi; anche la nostra sentenza debitamente lo evoca, ma non spende neppure una parola per distinguere tra intensione e estensione delle

parole che devono essere interpretate. Si parla dunque di logica come se il significato fosse già determinato e si ignora la distinzione tra aspetti sintattico e semantico, tra parole e significati. Ovviamente la norma speciale è più *ampia* solo quanto ad intensione, perché la specialità è ottenuta appunto con l'aggiunta di elementi di significato, proprietà o predicati (logicamente è una congiunzione). Tutti sanno che ciò comporta una riduzione potenziale della estensione, cioè riduzione del numero potenziale degli oggetti compresi nella classe cui quel pezzo di linguaggio fa riferimento o denota, come una lente più convessa restringe l'area di osservazione. Tutti lo sanno, ma la Cassazione non ci bada e non ne parla: parla solo di un settore residuo destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità come se l'intensione fosse il solo aspetto del significato da considerare. Tuttavia parlare di settori fa pensare all'estensione e di certo la specialità è estensionalmente più ristretta della generalità e in questo senso non c'è alcun settore residuo. Il residuo riguarda le proprietà intensionali. I cani gialli sono meno numerosi dei cani *tout court*, ma il concetto di cane giallo ha una proprietà in più del concetto di cane. Comunque i cani gialli hanno tutte le proprietà dei cani per l'ottima ragione che sono cani: in altre parole la estensione di cane giallo è parte della estensione di cane.

A dire il vero la faccenda non è proprio tanto semplice: il concetto di 'cane più grande di una pulce' ha una intensione più ricca del concetto di cane, ma l'estensione non cambia perché tutti i cani sono più grandi delle pulci. È evidente a questo punto che il concetto di estensione non è privo di ambiguità che andrebbero chiarite, come ben sanno i logici, ma non posso andare oltre su questa strada. Comunque si capisce che non è così facile e privo di problemi passare dalla intensione alla estensione e tanto meno passare dalla collazione degli elementi sintattici, le parole della legge e/o delle sue disposizioni, a quei significati complessi che un teorico del diritto e anche la Cassazione di solito chiamano norme.

Molti teorici del diritto si rammentano a questo punto della logica formale dei predicati¹¹ e forniscono una descrizione formalizzata della relazione di specialità insistendo che la specialità è un fenomeno logico. Nulla di errato in questa tesi, ma manca l'essenziale! La parte logica del problema della specialità è una applicazione della logica dei quantificatori; bisogna però ricordare, ancora una volta, che la logica tratta gli enunciati come già interpretati e pre-

¹¹ Ad esempio, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, 4° ed., p. 55.

suppone che una parola o una variabile abbiano sempre lo stesso esatto significato. Ma nei discorsi giuridici è proprio la parte semantica che crea tutte le difficoltà (di interpretazione) in cui incorre anche il diritto penale riguardo alla specialità.

Un altro esempio di scuola può essere utile a rilevare la differenza tra sintassi e semantica (parole e significato) e i diversi modi sintattici in cui si formula un rapporto di specialità: il rapporto di specialità tra infanticidio e omicidio doloso.

Art. 575 c.p. Omicidio

“Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni 21”.

Art. 578 c.p. Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (vers. intr. con l. n. 442 1981)

“La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da 4 a 12 anni”.

Qui l'elemento comune è ovviamente il cagionare con dolo la morte di un uomo; anche qui alcune delle parole chiave sono ripetute dal legislatore, per confermarci che il significato è lo stesso; ci sono elementi che la dottrina penalistica chiama specializzanti per specificazione: essi riguardano i soggetti attivi e passivi; altri vengono definiti elementi specializzanti per aggiunta e sono limiti temporali e circostanze concomitanti all'azione. La distinzione tra elementi specializzanti per aggiunta e per specificazione è tuttavia assai meno ovvia di quanto possa sembrare, soprattutto se teniamo presente la distinzione tra parole e significati. Bisogna ammettere che non possiamo limitarci a contare le parole; nessuno sostiene seriamente che se c'è una parola in più è aggiunta; dobbiamo guardare alle proprietà ossia agli elementi di significato: la specializzazione per specificazione sembrerebbe caratterizzata dalla aggiunta di proprietà o qualificazioni ai soggetti attivi e passivi, dal passaggio da reato improprio a proprio (madre, un proprio neonato, feto-durante-il-parto); l'aggiunta sarebbe l'aggiunta di circostanze temporali del delitto e della situazione psico-sociologica della madre. In ogni modo al di là dell'eventuale conteggio del numero dei sostantivi e aggettivi, bisogna chiarire perché la differenza tra i due casi debba essere considerata una significativa variante nel rapporto di specialità: in ogni caso si tratta pur sempre dell'aggiunta di alcune proprietà al significato complessivo della norma speciale e di una conseguente

restrizione dei casi regolati o estensione rispetto alla norma generale. Sempre di specialità si tratta, sul piano semantico e logico e come tale cadere sotto l'art. 15 c.p.; bisognerà portare altri argomenti per considerare tale rapporto di specialità in modi diversi ai fini del conteggio delle pene.

Un terzo esempio sempre di scuola, e quindi anch'esso considerato facile, mette in luce altri aspetti del problema sintassi/semantica (parole e significati) nell'interpretazione dell'art. 15 c.p. ed è quello dei rapporti di specialità tra norme su furto e rapina.

Art. 624 c.p. Furto

“Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni e con la multa da euro 154 a 516”.

Art. 628 c.p. Rapina

“Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza o minaccia, s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è punito con la reclusione da 3 a 10 anni e con la multa da euro 516 a 2065”.

Anche qui ricorrono palesemente nei due articoli le stesse parole chiave. Se facciamo la non difficile assunzione che le parole mantengano lo stesso significato in queste due disposizioni quasi contigue, la rapina risulta la somma di furto e violenza privata (art. 610); cioè furto eseguito mediante violenza o minaccia. Viene ritenuto pacifico che abbiamo quello che i penalisti chiamano un concorso *apparente*. L'espressione non è felicissima e infatti può destare equivoci nel non-penalista, qui l'apparenza e non-realtà del concorso è agli effetti del cumulo delle pene, che non avviene purché ci sia una reale e non apparente sovrapposizione tra le estensioni delle due norme. Se tutte le rapine sono furti con in più qualcosa di speciale rispetto agli altri furti, la norma che qualifica e punisce la rapina è appunto norma speciale rispetto a quella che qualifica e punisce furto; dunque *ex art. 15 c.p.* non si ha cumulo¹². La rapina in altre parole è un furto, di cui ha tutte le caratteristiche, ma un furto di tipo speciale, per via delle sue caratteristiche addizionali. L'uso dell'e-

¹² In un senso dunque il concorso di norme in questi casi non è affatto apparente. Abbiamo infatti tre norme (furto, violenza privata e rapina) che concorrono tutte e tre sullo stesso atto (eventualmente quattro se vi aggiungiamo il reato di minaccia). Un illustre penalista (F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966), in una costruzione teoricamente notevole per profondità e coerenza, propone che si parli di *interferenza* quando le pene si cumulano e di *convergenza* quando se ne applica una sola.

spressione “concorso apparente” per indicare la sovrapposizione reale tra le estensioni della norma speciale rispetto a quella generale mi pare significativa. Mi pare infatti che ci segnali che il pensiero penalistico come del resto quello comune è anch'esso fortemente condizionato dalla pragmatica del linguaggio, dalle sue funzioni, dagli scopi per cui ci curiamo del rapporto di specialità tra due proposizioni in questo caso norme. In questo caso la funzione è quella di fare in modo che non ci sia un cumulo di pene sproporzionato rispetto a quanto si può ricavare dalla graduazione delle pene voluta dal legislatore del diritto penale vigente; nonché al senso di giustizia dell'interprete ad evitare dunque che chi commette una azione debba sempre essere imputata la somma (fino ai limiti di cumulo) di tutte le pene ricavabili da diverse possibili qualificazioni come reato di quella azione. Quale sia questa proporzione non è naturalmente sempre facile a determinare, ma ci sono dei casi facili: nel nostro esempio che chi commette una rapina venga punito anche per furto, essendo le due pene evidentemente considerate come autosufficienti. Un problema di interpretazione dunque non in ogni caso facile da risolvere. Soprattutto quando il proliferare delle norme penali nelle leggi speciali offusca la sistematica e la relazione dei reati che invece è evidente in due articoli contigui del codice penale.

In questo caso relativamente facile comunque il criterio di specialità risolve in senso opposto il problema, evidentemente un problema di interpretazione; lo risolve chiarendo che non si pratica il cumulo delle pene e dicendo quale delle tre si applica, appunto la pena prevista dalla norma speciale sulla rapina. I penalisti dicono inoltre che in questi casi il reato speciale è *necessariamente* complesso e parlano, con una terminologia non sempre costante, di consunzione e assorbimento. Anche la Cassazione, nella sentenza sopra citata usa la parola assorbimento, e sembrerebbe unirsi dunque a quanti fanno coincidere assorbimento e specialità, ma si può naturalmente sospettare che il termine nella sentenza sia usato senza specifico impegno teorico.

Il caso del reato necessariamente complesso mostra cosa può fare sul piano sintattico il legislatore che vuole rendere chiaro il rapporto di specialità tra due norme: per furto e rapina si usano le stesse parole, rendendo chiaro già a livello sintattico che si tratta di specialità.

Quando nella formulazione della fattispecie non ricorrono gli stessi termini, intervengono ulteriori difficoltà di interpretazione della specialità a rendere problematica la *consunzione* come avviene (rimaniamo negli esempi di scuola) per i rapporti tra rapina con incapacitazione e sequestro di persona:

Art. 628 c.p. Rapina (comma 3° n. 2)

“La pena è della reclusione da 4 anni e 6 mesi a 20 anni e della multa da euro 1032 a euro 3098: [...] 2) se la violenza consiste nel portare taluno in stato di incapacità di volere o di agire”.

Art. 605 c.p. Sequestro di persona

“Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni”.

Qui il problema addizionale, che non sorge nei rapporti tra rapina e furto, è che molte parole chiave non compaiono in ambo le disposizioni, dunque bisogna decidere interpretando se “portare taluno in stato di incapacità di volere o di agire” è una istanza di “privazione della libertà personale”, cioè se l’intensione delle due espressioni ha quegli elementi semantici comuni che fanno sì che l’estensione della seconda espressione si sovrappone in qualche modo alla estensione della prima. Come si vede la differenza tra intensione ed estensione è sottostante ad ogni tentativo di interpretare le parole del legislatore.

Mi sembra di poter dire già a questo punto che i problemi della specialità penalistica non sono logici ma semantici, attinenti all’accertamento del significato delle parole e delle frasi impiegate nella formulazione delle norme e anche della metanorma che è l’art. 15 c.p., e alla determinazione dei relativi rapporti (semantici come si è visto). I problemi non sono peraltro esclusivamente semantici perché concernono anche l’uso che si fa di questi significati una volta accertati, per costruire una teoria delle rilevanza (i caratteri devono essere particolarmente qualificanti come dice la Cassazione) ai fini della specialità. Solo considerando i termini come già interpretati, cioè i problemi semantici come già risolti, si può trattare la specialità come un problema di sintassi e di logica. A ben vedere i cerchi più o meno concentrici di cui parla la Cassazione non sono cerchi affatto, prima che si sia arrivati alla soluzione interpretativa. Inoltre a ben vedere quasi certamente non sono cerchi neppure dopo. Ci troviamo di fronte in realtà alle tipiche situazioni di incertezza intensionale/estensionale caratteristiche in particolare del linguaggio ordinario, in cui tutti i margini e anche larghe parti delle aree semantiche intensionali ed estensionali sono indeterminate o controverse. Come dice Hart¹³, abbiamo sempre

¹³ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, nuova ed. con un poscritto dell’A., Einaudi, Torino, 2002, Cap. VII Formalismo e scetticismo sulle norme, spec. § 1 La struttura aperta del diritto, p. 146 ss.; ID., *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, *Univ. of Penn. Law Rev.*, Vol. 105, 1957, p. 953 ss.

più o meno ampie aree grigie o margini di incertezza nel significato dei termini giuridici che introducono parimenti margini grigi nella norma complessiva. Quei rassicuranti nitidi cerchi devono essere sostituiti da aree sfumate di confine che non si sa bene dove inizino e finiscano. *Questo* è un problema tipicamente semantico che rende in ogni caso difficile rispondere alla domanda se e perché una interpretazione sia creativa e in molti casi rende controverso il rapporto di specialità.

Altre distinzioni e concetti marginali della teoria della specialità penalistica, dalla valenza teorica peraltro un po' incerta, mi sembrano anch'essi un segno e un risultato della scarsa attenzione della teoria per la distinzione parole/significati. Quando al *criterio di sussidiarietà* non mi è facile distinguerlo dalla specialità e dalla consunzione; salvo che la sussidiarietà non si identifichi con la presenza esplicita delle clausole come "salvo che non costituisca più grave reato" e simili (la c.d. *sussidiarietà esplicita*), e quindi si presenti come un caso speciale di specialità legato all'aspetto sintattico delle disposizioni. Quanto alla *sussidiarietà implicita* la mia impressione un po' sommaria è che si tratti di casi difficili in cui non ci sono parole chiave che si ripetono nelle disposizioni delle due norme in questione per cui il giudizio di specialità risulta più problematico e si fonda tutto sulla interpretazione dei significati di formulazioni e in particolare di parole all'interno di quelle formulazioni. Una volta che abbiamo tenuto conto del fatto che un nesso di specialità richiede di prendere in considerazione la distinzione parole/significati (disposizioni/norme), mi sembra plausibile alla fine che la sussidiarietà debba rientrare nel quadro del concetto di specialità, se definita come la presenza di una fattispecie caratterizzata dalla aggiunta di ulteriori proprietà nell'intensione e conseguentemente da una estensione più ristretta.

Altra cosa che non ha, secondo me, una collocazione teorica molto chiara nei discorsi giuridici è la distinzione tra le nozioni di reato *eventualmente* e non *necessariamente* complesso, che guarderebbe ai nessi funzionali tra i fatti singoli considerati e non tra le relative fattispecie astratte; questo approccio però mi sembra di scarsa compatibilità con il principio di legalità, e può sembrare semplicemente un argomento per disapplicare le norme (generali) sul cumulo delle pene al momento della loro applicazione a un fatto specifico.

In conclusione quando i penalisti e in genere i giuristi in questa discussione parlano di logica non possono veramente rifarsi alla sola logica visto che un giudizio di specialità dipende dal significato degli elementi della norma e quindi dalla sua semantica.

3. *La specialità in diversi tipi di linguaggio*

Sono arrivato a due terzi del mio discorso e non ho detto ancora quasi nulla sul problema posto all'inizio: come affrontare un problema di significato in un discorso/linguaggio giuridico in modo che possa gettare qualche luce sul problema della specialità? Questa è la chiave del processo interpretativo e quindi del problema proposto nel titolo di questo scritto sull'atteggiamento più o meno creativo della giurisprudenza anche in materia di specialità. Al centro del problema c'è il linguaggio, come sempre, perché questa è la natura del materiale di cui è fatto il diritto, è uno degli strumenti basilari di cui necessariamente si servono e quindi su cui necessariamente si basano i rispettivi poteri di creazione delle leggi generali e della loro applicazione. Può essere utile sfoderare un vecchio strumento del filosofo del diritto e comparare il diritto con altre scienze o discipline, chiedendoci con che tipo di linguaggio abbiamo a che dare.

La risposta del giurista riguardo al principio di specialità dovrà essere diversa o meno dall'approccio del linguista ai discorsi delle lingue naturali? E che dire delle scienze e del linguaggio delle scienze? Può il modello delle scienze e specialmente delle scienze empiriche offrire un modello utile per il diritto e la giurisprudenza. O è sufficiente che il giurista e il giudice si rifacciano senza argomenti alla propria "naturale" (cioè ordinaria) intuizione linguistica?

È necessario a questo punto dire qualcosa sulla base di fatto delle affermazioni sul linguaggio giuridico. A mio avviso infatti il compito principale di una teoria semiotica nel diritto non è quello di suggerire mezzi interpretativi sinora ignoti ai giuristi, soluzioni che sarebbero comunque campate per aria, ma di rendere i giuristi consapevoli della natura e dei limiti degli strumenti linguistici che usano, specialmente della natura e dei limiti degli strumenti della lingua naturale e del linguaggio ordinario.

Il metodo usato dalla linguistica semiotica per studiare e descrivere le lingue naturali è quello fondamentale della semiotica moderna post-saussuriana della opposizione semantica, e la sua base fattuale è la sensibilità linguistica o intuizione linguistica che i parlanti hanno verso la propria lingua naturale e i discorsi composti con essa. La lingua esiste nella testa di chi la parla, ovvero, per così dire, nella testa collettiva del gruppo linguistico, composto da singoli che hanno appreso la stessa lingua e la mantengono coordinata e convergente nella interazione quotidiana. Il metodo della opposizione o distinzione è semplicemente la differenza di ciascun elemento linguistico e combinazione di es-

si dagli elementi prossimi. Distinguere un albero da un arbusto ad esempio mette alla prova non la realtà botanica ma la nostra sensibilità linguistica, per vedere dove le rispettive intensioni pongono i confini nell'uso di questi due termini di classe, cioè delle loro estensioni, dove si oppongono e dove invece si sovrappongono e si confondono. La distinzione varia a seconda delle lingue e anche a seconda dei gruppi di parlanti all'interno delle lingue naturali. Ovviamente i confini non sono (interamente) casuali ma sono (anche) il frutto dell'uso e funzione del linguaggio ordinario e delle lingue naturali come mezzo di comunicazione di base. Si può dire dunque che le lingue siano formate sulla base della esperienza e delle esigenze della comunicazione quotidiana. Questa esigenza fondamentale che la lingua soddisfa permette, per quel che sappiamo, infinite varianti ma richiede che i significati siano comunque comuni o condivisi.

Da questo accenno è già evidente che il linguaggio dei giuristi risponde a questo modello solo per la sua parte più semplice. Ce lo ricorda anche il passaggio sopra citato dalla sentenza della Cassazione.

Forse sarebbe bene a questo proposito riesumare la distinzione tra *alta e bassa dogmatica*. Possiamo ridefinire la bassa dogmatica come quella in qualche modo basata ancora sulle intuizioni linguistiche dei cultori del diritto; in qualche modo quindi tratta ancora i discorsi giuridici come formati dalla lingua ordinaria e basati sostanzialmente sul senso ordinario delle parole. Ma quando incontriamo i problemi più complessi, come nel nostro caso della specialità, i tentativi di soluzione vanno molto oltre l'intuizione linguistica dei giuristi come parlanti la loro lingua naturale, sia pure del modo in cui di fatto parla un gruppo speciale e specializzato di parlanti. Così anche i tentativi di comprendere e teorizzare sulla specialità a questo punto devono andare oltre l'analisi della comunicazione di senso comune.

A riprova anche il fatto che metodi di rilevazione e analisi delle sfumature linguistiche usati dai linguisti oggi non sono certo usati dai giuristi positivi e farebbero uno strano effetto se usati nel tentativo di comprendere il linguaggio del legislatore o della giurisprudenza o della dottrina. La ragione è che non si tratta di operare, come mira la linguistica dei linguisti, una rilevazione più precisa delle sfumature e delle varianti negli usi di fatto di una lingua naturale negli individui e nei gruppi. Con il passaggio alla alta semantica si passa ad un tipo di argomenti interamente diverso, che potremmo chiamare scientifici, dove meno importanza riveste l'uso normale e intuitivo dei termini e del linguaggio. L'aspetto normativo diventa più importante, il fatto che vengono richieste teorie e concetti accettabili (in qualche senso) piuttosto che quelli di

fatto diffusi. Diventa dunque anche più importante la possibilità di commettere errori teorici, non solo da parte dei teorici che teorizzano, ma anche da giudici e legislatori; che presuppongano ad esempio errate considerazioni sul funzionamento della logica e del linguaggio, specialmente errori di semiotica che riguardano immediatamente l'interpretazione.

Per andare oltre tali limiti, per produrre un linguaggio "più potente" (esso viene anche chiamato "tecnico") che vada dove il linguaggio ordinario non può spingersi, occorre ricorrere, in alta dogmatica, a una concettualizzazione "pesante", non più mutuata dal linguaggio ordinario.

Il modo in cui la giurisprudenza e la dottrina penalistica cercano di risolvere il problema della specialità e di interpretare articoli come l'art. 15 c.p. è a mio parere un esempio tipico di alta dogmatica: come tale pone tutti i problemi addizionali di interpretazione e di linguaggio cui accennavo e solleva il problema se le teorie a cui ci si affida siano giuste o sbagliate. Dobbiamo infatti risolvere il problema del significato dei termini teorici impiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per fondare i propri giudizi interpretativi. In questi casi il problema del significato non è un semplice problema di definizioni, ma di individuazione della teoria di cui i concetti in questione sono parti integranti. Si è costretti a dire che in genere lo strumentario concettuale della giurisprudenza, sul piano semiotico, non è la soluzione del problema, ma una parte di esso. Questo vale anche per la giurisprudenza e la dottrina penali, che ci dovrebbero fornire non solo soluzioni linguistiche e teoriche ma anche i criteri secondo cui valutare tali soluzioni. È il problema di come operi il metodo giuridico ovvero della natura o fondamento della teoria giuridica.

La terminologia della dottrina sull'argomento è complicatissima e talora immaginifica, ma dobbiamo concludere che si tratta largamente di metafore non ulteriormente analizzate e spiegate. Certamente i suoi rapporti con il comune sentire linguistico non possono essere decisivi: per dirla brutalmente, nessuno fuori dalla cerchia degli studiosi capirebbe di cosa parlano i penalisti quando teorizzano di specialità. Dobbiamo perciò esaminarne la semiotica non come esaminiamo una lingua naturale che conosciamo già, ma come esaminiamo il linguaggio di una scienza; qualcosa di molto diverso dalla semiotica di una lingua naturale.

In una scienza non basta descrivere come gli scienziati di fatto parlano, quello che i giuristi chiamano la miglior dottrina; la teoria giuridica, se ha da essere una scienza, non può essere la ricostruzione della lingua dei giudici e tanto meno degli studiosi; le premesse metodologiche degli argomenti devono essere accettabili perché la discussione possa avere un senso e la scienza possa

funzionare. Se non viene detto cosa può contare come soluzione (metodo), naturalmente le controversie si eternizzano perché non ci sono criteri di soluzione. La scienza, se è scienza, dovrebbe fornire dei criteri di soluzione che convincano tutti gli adepti. Se non lo si fa non c'è soluzione possibile, solo diatribe. La teoria giuridica anch'essa deve fornire ragioni; quando propone teorie e costruzioni concettuali deve presupporre un metodo per scegliere tra di esse.

A questo punto possiamo cercare ispirazione e somiglianze per risolvere i problemi di interpretazione non più nella analisi semiotica del linguaggio ordinario, ma in quella delle scienze empiriche. Non per operare riduzionismi, già miseramente falliti nel passato, ma perché le scienze empiriche oggi sono l'esempio paradigmatico del successo di un linguaggio dominato non dall'uso ma dal metodo cioè *costruito* per uno scopo. Il problema interpretativo e teorico che abbiamo esposto nel paragrafo precedente è particolarmente adatto per un simile confronto. Si tratta di vedere dal confronto con le scienze empiriche della natura come può operare in diritto il meccanismo mentale e semiotico della specialità giuridica o di eventuali diverse specialità giuridiche; non di assumere che esso debba essere identico a quello delle scienze empiriche. Di certo in entrambi i casi nessun semplice riferimento alla realtà delle distinzioni tra individui è sufficiente, di certo non basta nessuna metafora di presunta illustrazione di rapporti logici: alla descrizione della realtà le scienze pervengono mediante una complessa interazione di considerazioni teoriche e osservazioni empiriche.

L'esempio delle scienze empiriche è particolarmente calzante per il mio argomento: in tali scienze il principio di specialità ha un posto centrale in quanto la capacità di generalizzare e distinguere è ovviamente uno degli strumenti fondamentali di ogni tipo di descrizione e spiegazione empirica. Le scienze empiriche moderne hanno risolto in modo soddisfacente il problema della specialità nelle loro teorie: tutte utilizzano il rapporto genere/specie. Forse possiamo trarne qualche lezione anche per la teoria nel diritto penale, *mutatis mutandis*. L'esempio più prossimo e istruttivo è dato forse dalle scienze biologiche che ci mostrano anche l'evoluzione da una classificazione a una spiegazione: a partire dalla classificazione botanico/zoologica inaugurata dal grande botanico Linneo nel Settecento. Viene tracciata una struttura concettuale ad albero che ordina tutte le specie viventi, in cui si procede per genere e differenza specifica, dal semplice al complesso. Ogni specificazione comporta l'applicazione del principio di specialità, le specie condividono con il genere di cui fanno parte tutte le caratteristiche generiche e se ne distinguono per i caratteri speciali o specifici. Il converso è l'ereditarietà di descrizioni e spiega-

zioni, i caratteri comuni sono condivisi da tutte le specie dello stesso genere e così via. La terminologia classificatoria viene adattata alle esigenze della teoria. In un primo tempo, la teoria si basava sulla morfologia delle somiglianze e differenze interne ed esterne tra le specie vegetali e animali, informalmente rilevate dall'occhio dell'esperto (un po' come fa attualmente la Corte di Cassazione); ovviamente questo dava luogo a infinite controversie non risolvibili sulla importanza di somiglianze e differenze. Generi e specie non sono determinati dalle abitudini linguistiche e dalle parole usate nel linguaggio comune, ma dalle conoscenze specialistiche degli studiosi. Manca però ancora una teoria dei generi e specie.

La teoria dell'evoluzione produce un gigantesco progresso esplicativo rispetto alle faticose e controverse classificazioni morfologiche della biologia pre-darwiniana perché fornisce una teoria delle differenze rilevanti tra individui, quindi dei generi e delle specie una spiegazione del perché certe differenze contano a individuare una specie ed altre no¹⁴. Mentre prima avevamo una collezione di particolarità contingenti e relativamente soggettive in cui tutto o quasi avrebbe potuto essere ordinato e subordinato diversamente, per cui la scelta di attribuire un individuo a una specie risultava alla fine una decisione opinabile della importanza di un cumulo di differenze e somiglianze in ciascun individuo, basata sulla valutazione soggettiva, per quanto "tecnica" cioè fondata sulla conoscenza approfondita di molti individuali campioni di piante e animali, con Darwin acquista una ragione/spiegazione, le specie sono classificate secondo la spiegazione del processo biologico e storico della speciazione mediante la selezione ambientale e sessuale. La ipotesi e teoria della selezione naturale spiega perché e in che limiti i generi e specie biologiche si assomiglino e differiscano e ci dice perché e in che misura le specie ereditino le caratteristiche comuni al genere e come e perché intervengono caratteristiche specifiche; dice quali tra le infinite differenze tra individui e specie contano o non contano, sono rilevanti o meno per costruire l'albero delle speciazioni. Ci dice (per riprendere la terminologia della Cassazione) perché alcune somi-

¹⁴ Il fatto che queste relazioni di specialità siano fondate su una teoria e non sui meri fatti bruti non significa pertanto che queste caratteristiche non siano obbiettivamente presenti. La lezione della continuità della individui e della natura teorica della distinzione di specialità è l'argomento seminale e fondativo dell'evoluzionismo in Darwin, nel momento in cui egli si dispone a considerare tutte le varietà (di piante e animali) come "specie incipienti": v. C. DARWIN, *On the Origin of Species, by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, John Murray, London 1859, cap. 3. Cito dalla versione online del Project Gutenberg basata sulla prima edizione.

glianze sono *qualificanti* e altre no. Nella scienza l'intuizione linguistica e le abitudini linguistiche non contano; il linguaggio è uno strumento che viene plasmato e formulato per esprimere nel modo migliore le conoscenze scientifiche, è parte di una teoria.

Una scienza opera dunque molto diversamente da senso comune e lingua ordinaria analizzati dalla semiotica linguistica, anche se alla fine dal punto di vista logico il rapporto tra generi e specie che ne risulta può essere lo stesso. La presenza dello stesso meccanismo logico produce una illusione ottica determinata da una mancata riflessione circa il modo in cui il linguaggio funziona a monte della logica. Una scienza costruisce le proprie categorie classificatorie secondo una esigenza di spiegazione della realtà mediante una teoria retrostante che è una costruzione linguistica dotata dell'opportuno significato; invece l'analisi semiotica delle abitudini della lingua ordinaria individua gli elementi nei discorsi quotidiani, attraverso la analisi semiotica opposizionale che serve a rilevare la sensibilità linguistica dei parlanti. In questo ultimo caso l'oggetto di analisi, il fatto rilevante, è la lingua stessa. La ragione per cui ci interessiamo della lingua non è perché dica bene le cose, ma perché esiste ed è di fatto parlata da tutti coloro che la parlano; perché la funzione essenziale della lingua ordinaria è esserci, come mezzo comune e basilare per comunicare (lingua materna).

Dove sta la giurisprudenza in questa alternativa? A mio parere il linguaggio del diritto non è né da una parte né dall'altra, non è né scienza empirica né lingua naturale, pur avendo importanti somiglianze con entrambe. Non ho lo spazio per svolgere questo argomento, che ho cercato di esporre altrove¹⁵. Se la diversità del linguaggio del legislatore da quello di una scienza è piuttosto ovvia, a mio parere essa vale anche per la scienza del diritto, la c.d. dottrina. Dobbiamo dunque trovare un modo alternativo per fondare le costruzioni dottrinali e per decidere le questioni dottrinali e torniamo a chiederci se esiste un metodo o una fondazione della teoria giuridica o di ciascun ramo della teoria giuridica ovvero una spiegazione, che possa svolgere la stessa funzione di quella accolta dai biologi e applicata alle classificazioni botaniche e zoologiche a cui i penalisti possano rivolgersi, per esempio, per costruire una teoria e fare l'equivalente della zoologia, mettendosi d'accordo

¹⁵ V. per esempio, M. JORI, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, (a cura di A. Cadoppi), Cedam, Padova 1996, p. 55 ss.; e da ultimo, ID., *I giudici creano diritto?*, <http://www.statocchiese.it>.

sul perché qualcosa è speciale rispetto a qualcosa d'altro. Trattata come scienza, la cosiddetta scienza giuridica come oggi è praticata ha un grave difetto perché la dottrina, e in misura minore la giurisprudenza, formulano complessi concetti e ingegnose costruzioni concettuali, ma non sono poi in grado di dire su che cosa li fondano e quindi su cosa li misurano. La presenza di metafore non spiegate nei punti centrali e fondamentali degli argomenti è un sintomo di questa debolezza. Palesemente non si dispone di un criterio metodologico sufficientemente preciso per scegliere tra le diverse soluzioni; sono spesso criteri vaghissimi, talora circolari, basati sulla tradizione e la accettazione di fatto da parte della "miglior dottrina" o dalla "giurisprudenza più autorevole". Ci troviamo, per così dire, in una situazione pre-darwiniana o se vogliamo pre-galileiana. Il caso della specialità nella dottrina penalistica lo illustra anche troppo bene.

Ci troviamo dunque di fronte a diversi e incompatibili modelli di teoria sulla specialità nel diritto penale i quali a loro volta vengono talora ascritti a diversi approcci teorici più ampi che vengono talora presentati anch'essi come incompatibili e in alternativa. Se ne incontrano soprattutto tre, che sembrano differire principalmente per l'importanza data a tre variabili: il primo (normativo-strutturalistico, forse con una variante normativo-ontologica) sembra dare importanza alla struttura della norma penale; il secondo (naturalistico) al modo d'intendere la qualificazione giuridica degli eventi naturali e dei comportamenti umani; e il terzo (teleologico) ai valori o agli interessi che si ritiene siano espressi e tutelati dalle norme giuridiche. Ciascun approccio, a ben vedere, si traduce in premesse generiche che lasciano ampi margini di scelta agli studiosi e agli applicatori del diritto, propone dunque criteri minimamente costrittivi e non si vede comunque dove si trovino i criteri di metodo che permettano di scegliere tra essi.

Le teorie proposte sfociano dunque, per la specialità, in un ginepraio di termini teorico-generalisti, di solito lasciati senza ulteriore definizione. Così molti disaccordi di fondo che circondano il concorso apparente di norme rimandano probabilmente a divergenze a livello di concezione del reato. Alcuni problemi sono già stati menzionati; li riassumo qui tutti insieme. Le principali questioni teoriche specifiche su cui non c'è accordo sono: 1) quali sono le norme a cui si applica il criterio di specialità: qualsiasi norma penale, solo norme incriminative, solo norme non eccezionali? 2) il criterio di identificazione di tali norme: i penalisti, in genere, si limitano a dire che può esserci concorso apparente solo tra norme che appaiono *prima facie* (intuitivamente?) tutte applicabili; 3) la rilevanza del fatto di reato: i penalisti si dividono tra

“specialità in astratto” (a livello di fattispecie) e “specialità in concreto” (sul piano dei fatti); 3) la natura del fatto rilevante: la tesi maggioritaria è che vi possa essere concorso solo se il fatto concreto è unico ma potenzialmente sussumibile sotto più norme, altri sostengono che vi possa essere concorso anche se vi sono più fatti concreti cronologicamente separati; nel primo caso è discusso il criterio per stabilire l’unicità del fatto concreto: è ad esempio incerto se sia sufficiente la condotta; 4) il significato di ‘stessa materia’: secondo le interpretazioni più accreditate, ‘materia’ sta di volta in volta per oggetto giuridico, situazione concreta, quadro di vita, bene protetto, fatto; qualcuno spiega che “stessa materia” esprime le condizioni di esistenza della convergenza apparente tra norme di cui al numero successivo; 5) il significato specifico di specialità di cui all’art. 15 c.p.: in dottrina si distingue tra specialità unilaterale e bilaterale o reciproca, e specialità per aggiunta e per specificazione e non è chiaro a quali di questi tipi di specialità si riferisca il codice penale con l’aggettivo ‘speciale’; 6) il legame tra il requisito della stessa materia e il criterio di specialità: c’è chi ragiona in maniera unitaria riducendo il primo al secondo o viceversa il secondo al primo (almeno secondo i suoi critici) e chi tiene distinti i due profili; 7) la clausola finale (“salvo che sia altrimenti stabilito”): si discute se possa essere inteso come una deroga a favore del concorso formale o al criterio di specialità o un rinvio generale a criteri di risoluzione del concorso diversi da quello di specialità, che secondo alcuni sarebbero, ad esempio: sussidiarietà, consunzione, assorbimento, prevalenza, accessorietà e così via. A questo proposito talvolta ci si richiama alle clausole di riserva della parte speciale, a loro volta distinte in clausole determinate, assolutamente indeterminate e relativamente indeterminate; 8) la distinzione tra ‘legge’ e ‘disposizione di legge’: in questo caso dietro alle varie posizioni teoriche vi possono essere nozioni diverse di norma penale (cosa sia una norma completa o compiuta) e diversi modi di concepire l’ordinamento.

Non posso addentrarmi nel ginepraio, eccetto che per fare ancora una osservazione sulle teorie che fanno riferimento al “concreto” piuttosto che all’astratto o all’eventuale piuttosto che al necessario (giuridicamente necessario). Tutte le teorie infatti vanno confrontate con il “concreto” delle applicazioni normative, in questo caso la realtà del cumulo delle pene ai comportamenti ipotetici e alla fine concreti delle persone: il luogo dove questo avviene fisiologicamente è la pratica giurisprudenziale. Ma nessuna teoria della specialità penale dovrebbe, a mio parere, interpretare l’art. 15 c.p. come l’obbligo di considerare la specialità caso per caso, perché ciò comporterebbe ridurre l’art. 15 a un travestimento del principio di equità, della soluzione caso per caso, e

gravemente riduttivo, a questo livello ordinamentale, del principio di tassatività.

Piuttosto, la ricerca del concreto può essere intesa come una descrizione di come si comporta la giurisprudenza in questo campo, quando la interpretazione deve essere creativa per mancanza di determinazione della legge, dunque come una descrizione dell'operato giurisprudenziale che in mancanza di criteri precisi di rilevanza della specialità, cioè di una teoria dei generi e delle specie, opera alla fine applicando un certo criterio di giustizia con un occhio al mantenimento delle pene alla proporzionalità prevista dalla sistematica dei reati e relativi valori.

Come filosofo del diritto ho il dovere di pormi domande più radicali di quante trovino posto in una sentenza, sia pure della Cassazione. In conclusione mi chiedo se è proficuo continuare in questi argomenti così sottili con teorie e concetti fondati su criteri di valutazione così oscillanti, incerti e poco stringenti. Non sono tra quei filosofi del diritto che ritengono di poter considerare *a priori* gli sforzi della dottrina giuridica come un esercizio di inutile o dannosa superstizione e gli sforzi della giurisprudenza come basso espediente. Li guardo invece con ammirazione un po' esasperata, ammirando il riferimento ad una esperienza sconfinata di casi che muove ogni soluzione. Vorrei riproporre per descriverli la metafora iniziale degli architetti o degli ingegneri. Gli architetti delle grandi cattedrali gotiche medievali non possedevano una scienza delle costruzioni dei materiali e relativo calcolo. Costruivano per esperienza e tentativi. Il Nord Europa è costellato dalle grandi cattedrali gotiche, i risultati meravigliosi dei loro sforzi empirici, pratica senza teoria. Lo stesso mi pare accada per le teorie dei penalisti e della giurisprudenza penale. Tuttavia il visitatore che vada a Beauvais trova la cattedrale Saint-Pierre de Beauvais, la più alta di tutte, che è però solo una parte (il coro) del primitivo progetto. Il primo crollo del coro, troppo audace, si ebbe nel 1248. Altri crolli nei secoli successivi fecero sì che il progetto originario rimanesse per sempre incompiuto e l'edificio è rimasto precario. Così anche la scienza giuridica va benissimo in una serie di compiti, dà grandi risultati di sistemazione e chiarificazione, inquadrata e sostenuta dalle esigenze e dalle lezioni della prassi e dalla forza di convinzione della autorità del precedente e del giudicato, ma nei casi più complessi rischia di fallire per mancanza di una teoria decorosa dell'interpretazione e del linguaggio. Nel caso del principio di specialità penale manca soprattutto e più gravosamente la consapevolezza della natura semantica e non esclusivamente logica del principio di specialità. Ci si rende conto del problema della rilevanza delle proprietà o caratteristiche su cui basare la specialità,

ma ci si ferma a questo punto, producendo una tipologica di specialità diverse che non appaiono fondate su una chiara consapevolezza di cosa sia un rapporto di specialità. In altre parole si stanno costruendo archi immani senza aver calcolato la possibilità dei materiali e delle strutture.

Tutti i professionisti del diritto oggi sono d'accordo sul fatto che la teoria del diritto, sia essa praticata dalla dottrina o dalla giurisprudenza giudiziaria, debba essere una teoria del diritto *positivo*. Beninteso neppure questa è una scelta basata sulla natura delle cose, ma una scelta fondamentale di politica del diritto. Nel nostro diritto ciò significa far riferimento soprattutto alla legge, che include ovviamente la Costituzione della Repubblica. Neppure produrre tesi di dottrina giuridica è conoscenza esterna di un diritto interamente già formato, ma partecipazione alla sua creazione. Studiare il diritto non vuol dire esaminare un individuo biologico o una specie indipendenti dalle nostre azioni, ma partecipare a un coro, e partecipando contribuiamo a determinarlo, in misura più o meno piccola. La dottrina giuridica, a mio parere, non può porsi come contemplazione esterna di una realtà data. Fa parte integrante invece dell'attività giuridica, indispensabile ausiliario di giurisprudenza e legislazione. Descrive il diritto e spesso lo muta. Quello che la dottrina o la giurisprudenza propongono in più è spesso molto utile ma è da considerare appunto una proposta, una attività di intervento e partecipazione normativa. È una partecipazione all'esercizio del potere giuridico negli spazi interstiziali lasciati aperti dal legislatore. Anche se alla teoria giuridica poniamo l'obbligo di non creare il diritto in base alle opinioni personali di chi la pratica, rimane questa sua natura interna alla pratica giuridica.

Rimane altrettanto vero che essa è limitata dalla realtà dei fatti e specialmente dei mezzi di cui si serve il diritto, il linguaggio.

La mia personale posizione è che questo inevitabile potere non andrebbe esercitato sotto mentite spoglie, come la scoperta di un mondo prestabilito di verità giuridiche che non ci sono, ma come proposta normativa per la soluzione di problemi di coerenza, completezza e comprensione ed equità del diritto che c'è. Come partecipazione a un'opera complessivamente prescrittiva e politica che è il diritto; quindi non un lavoro scientifico-neutrale e descrittivo ma neppure arbitrario perché inserito in un complesso non insensato di norme e metanorme, in una organizzazione a sua volta retta da norme, come l'apparato giudiziario, in una tradizione come la cultura giuridica di cui dovrebbe avere tenuto conto il legislatore nel fare le leggi. Il fare politica del diritto inevitabile per i giudici non è la usurpazione del potere legislativo. E come tale andrebbe giustificato, cercando il più possibile di distinguere tra quanto è rico-

gnitivo e quando è propositivo.

Il compito, come io lo vedo, della dottrina e della giurisprudenza, non è di scoprire realtà che nel diritto positivo com'è non esistono, ma di risolvere problemi che nel diritto positivo ci sono anche troppo. Nel problema di meta-interpretazione affrontato, ad esempio, c'è il problema posto dal codice Rocco del cumulo spropositato delle pene che si otterrebbe per certe azioni che *prima facie* intersecano varie figure di reato. Per la dottrina si tratta di offrire soluzioni concettuali che abbiano sufficiente generalità e sufficiente aggancio nelle norme positive e che non siano interamente *ad hoc* rispetto ai singoli casi, basate esclusivamente su concetti vaghi e mera copertura della mancanza di criteri costanti. Se questo rimedio non è possibile interpretando la legislazione, a mio avviso è preferibile (ammetto che è una debolezza illuministica) rispettare il linguaggio normativo per quello che può fare e non fare e ammettere talora che le norme generali incluse le metanorme non sono in grado di risolvere tutti i problemi.

In un linguaggio amministrato come quello del diritto, le soluzioni non vengono in ultima analisi dalla scienza ma dal potere. Nel nostro particolare sistema costituzionale le soluzioni ultime non vengono dalla dottrina o dalla giurisprudenza ma dal legislatore; quando il legislatore non è contento della propria giurisprudenza e della propria dottrina ha un rimedio e un onere, rifare le leggi. La storia del diritto contemporanea è segnata da una continua dialettica tra legislazione giurisprudenza e dottrina. La giurisprudenza incapace nei problemi e interpreta, la dottrina sistematizza collega e distingue e interpreta e il legislatore alla fine recepisce o respinge con soluzioni normative di cui si figura, con maggiore o minore realismo attenzione e competenza giuridica, la futura interpretazione. Anche le metanorme sulla interpretazione altro non sono che metanorme e quindi fonti. E possono essere riscritte. Per esempio per farle più elastiche o al contrario più stringenti e lasciare meno o più agio (arbitrio) interpretativo modificando così la distribuzione di potere giuridico tra legislatore e giurisprudenza o amministrazione (potere semiotico). Un legislatore che non tenga conto della realtà, specialmente del funzionamento dello strumento semiotico che è il suo materiale di costruzione, non otterrà i risultati a cui mira. Perché alla fine il linguaggio del diritto non è né lingua ordinaria né un discorso scientifico, è un oggetto *sui generis* basato sul principio di autorità che controlla anche il linguaggio giuridico; che è finalizzato al controllo collettivo dei comportamenti tramite parole e coazione¹⁶.

¹⁶ Come dice benissimo S. Civitarese, *op. cit.* p. (dattilo) 7 rifiutando di risolvere un gruppo

Spero di aver mostrato anche che i problemi della interpretazione connessi al problema della specialità non sono solo problemi atomistici e puntualistici (microinterpretazione), cioè di interpretazione della singola disposizione giuridica e dei suoi termini.

È risultato evidente ai miei occhi che la interpretazione dell'art. 15 c.p. tocca problemi ordinamentali e di struttura delle fonti. Cosa del resto ovvia quando abbiamo a che fare con norme sulla interpretazione, come in questo caso l'art. 15 c.p. Anche è evidente ai miei occhi che la interpretazione della metanorma e del principio da essa espresso è un vero e proprio intervento di larga portata sulle fonti del diritto, cioè è una metanorma ordinamentale o strutturale, perché a seconda di come la interpretiamo, verranno diversamente interpretate molte altre norme dell'ordinamento, modificando il modo in cui norme o disposizioni diverse si applicano allo "stesso" caso o subiscono la "consunzione"; ovvero la successione di certe norme nel tempo, con la loro abrogazione o modifica. Come tale una modifica di queste norme è un compito delicato e difficile, avvenga essa attraverso l'intervento di un legislatore dal piglio napoleonico ovvero nella zona di penombra lasciata da una legislazione vaga o basata su teorie approssimative del fenomeno semiotico regolato, attraverso la accrezione giurisprudenziale e la funzione nomofilattica delle corti supreme. In uno spirito illuministico, la mia posizione politica è che sarebbe bene compiere queste operazioni a livello di normativa generale e con migliore conoscenza degli strumenti linguistici e semiotici.

L'interpretazione è una fonte del diritto, che opera irrimediabilmente al momento di creazione delle norme giuridiche, ma non solo, ad ogni livello dell'ordinamento, incluso naturalmente il momento della legislazione e quello di applicazione delle leggi ai casi concreti da parte della giurisdizione. Proprio come ha affermato quasi un secolo fa Hans Kelsen con la sua abituale cristallina chiarezza; nel suo nome concludo volentieri queste pagine.

di spinosi problemi giuridici a suon di metafore: "Il punto è che molto spesso si ricorre alle metafore per coprire vuoti o difficoltà concettuali o per rivestire con apparenti soluzioni tecniche scelte di valore. Come visto, ciò che si cela dietro la metafora energetica è l'obiettivo della neutralizzazione del potere (amministrativo). Ed allora, tornando alle iniziali avvertenze, entro un'etica liberale, è questo un obiettivo desiderabile? O forse non sarebbe più desiderabile un atteggiamento volto a snidare il potere dove esso tende a nascondersi anche grazie alle costruzioni giuridiche?"

Spazio giuridico europeo

prof. ANDREW ASHWORTH

Università di Oxford

L'EMERSIONE DELL'INTERESSE PUBBLICO
NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.
L'AFFIEVOLIMENTO DELLA TUTELA IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Struttura della Convenzione. – 2. Approccio generale all'art. 6. – 3. La resurrezione degli argomenti di 'pubblico interesse'? – 4. Interpretazione dell'art. 3. – 5. Relazione tra l'art. 3 e l'art. 6. – 6. Relazione tra l'art. 8 e l'art. 6. – 7. Conclusione: l'emersione di argomenti di 'interesse pubblico'.

In queste pagine¹ mostrerò come la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo si stia allontanando dalle teorie classiche in materia di diritti umani e come alcune delle sue recenti pronunce in materia penale sollevino interrogativi riguardo all'originale struttura della Convenzione, specialmente in relazione all'art. 6. Due particolari aspetti di questo articolo sono controversi. Innanzitutto ci si chiede: quanto pesa l'interesse pubblico al fine di determinare se c'è stata una violazione del diritto all'equo processo? In secondo luogo: in quali circostanze l'uso di prove ottenute tramite la violazione di un altro diritto della Convenzione rende un processo iniquo ai sensi dell'art. 6? Le oscillazioni sulle quali mi soffermerò non emergono in tutte le sentenze emesse in materia penale, ma ci sono sufficienti indizi che la Corte stia mutando impostazione. Da qui l'importanza di un attento esame delle sue linee argomentative.

Il primo paragrafo di questo studio si soffermerà sulla struttura della Convenzione; il paragrafo 2 riguarderà la giurisprudenza sull'art. 6 sviluppatasi sul finire degli anni Novanta; il paragrafo 3 analizzerà il modo in cui la Corte ha iniziato recentemente a citare l'interesse pubblico in processi per gravi reati, come pretesto per adottare un orientamento diverso; nel paragrafo 4 si esaminerà l'approccio della Corte all'art. 3 e nel paragrafo 5 l'orientamento della Corte circa l'interazione tra l'art. 3 e l'art. 6; infine, il paragrafo 6 si soffermerà sulla questione dell'interazione tra l'art. 8 e l'art. 6 e analizzerà la misura

¹ Questo contributo è basato su una relazione presentata alla "Oxford-Munich Conference", svoltasi presso il St. Hilda College, Oxford, il 30-31 maggio 2009. La traduzione dall'inglese è della dott.ssa Novella Spadolini.

entro cui essa è compatibile con le altre pronunce della Corte e con la Convenzione stessa.

1. *Struttura della Convenzione*

La struttura dei diritti all'interno della Convenzione può essere esaminata avendo di mira anzitutto l'art. 15, che dispone:

“1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli artt. 3, 4 (paragrafo 1) e 7...”

Ai sensi dell'art. 15, gli Stati possono derogare a vari diritti della Convenzione ove siano soddisfatte le condizioni previste, ma per quattro di questi diritti non è ammessa alcuna deroga. Da ciò emerge immediatamente un ordine di priorità, perché questi quattro diritti vengono collocati in una categoria particolarmente protetta. Sono inderogabili:

- il diritto alla vita (art. 2);
- il diritto a non essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 3);
- il diritto a non essere sottoposto a lavoro forzato (art. 4.1); e
- il diritto a non essere sottoposto all'applicazione retroattiva della legge penale o della pena (art. 7).

Il fatto che questi diritti non siano derogabili significa che essi costituiscono, nell'ambito dei diritti fondamentali della Convenzione, i più essenziali. Certamente il significato e la portata di tali diritti sono suscettibili di interpretazione e in questo senso si può dire che essi non costituiscono diritti assoluti, almeno finché non venga determinato una volta per tutte il loro ambito di applicazione. Certo è che essi non lasciano spazio a considerazioni fondate sull'‘interesse pubblico’: la metafora del ‘bilanciamento’ non può applicarsi ad essi.

Altri diritti della Convenzione possono definirsi invece come qualificati: in questi casi il diritto viene affermato, ma, per determinati motivi, si consente di interferire sul suo ambito di operatività, seppure nella minore misura possibi-

le. Si pensi, per esempio, ai diritti concernenti il rispetto della vita familiare (art. 8), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10) e la libertà di riunione e di associazione (art. 11). Nella Convenzione l'affermazione di questi diritti qualificati si caratterizza per la precisazione (contenuta nel secondo paragrafo degli articoli che li contemplano) che ciascuno di essi può essere soggetto ad interferenza, nel caso in cui ciò sia 'necessario in una società democratica' per una determinata ragione. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo interpreta il secondo paragrafo di tali articoli in modo tale da imporre significative limitazioni all'interferenza con tali diritti, essenzialmente attraverso il canone della proporzione.

Tra i diritti inderogabili ed i diritti qualificati c'è una categoria intermedia, meno facile da etichettare e da circoscrivere. Nella Convenzione europea questa categoria include il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona (art. 5) e quello ad un equo processo (art. 6). I diritti di questa categoria intermedia si potrebbero chiamare 'forti', per indicare che essi godono di una forza che non è qualificata nella stessa misura in cui lo è quella dei diritti di cui agli artt. 8 e 11. Anzi, i diritti di cui agli artt. 5 e 6 non sono affatto qualificati nella Convenzione. Nella logica interna della Convenzione, questa è una distinzione fondamentale. Essa suggerisce che, nonostante i diritti forti siano meno fondamentali dei diritti inderogabili, per limitare un diritto forte è necessario un argomento più pregnante di quello basato sulle 'necessità in una società democratica', idoneo a interferire con l'operatività dei diritti qualificati.

Ove si accetti tale analisi, sorgono dubbi su alcune delle più creative statuizioni della Corte di Strasburgo, contenute in alcune delle seguenti sentenze. Si consideri, ad esempio, la più volte citata affermazione della Corte, nel giudizio *Sporrong e Lonroth c. Svezia*:

"... la Corte deve determinare se sia stato effettuato un equo bilanciamento tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le necessità di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. La ricerca di tale equilibrio è inerente all'intera Convenzione e si riflette anche nella struttura dell' art. 1"².

La prima parte della sentenza è senza dubbio stravagante: non si può seriamente ipotizzare che, per stabilire se ci sia stata una violazione dell'art. 2 o dell'art. 3, si debba bilanciare l'interesse pubblico con il diritto dell'individuo. Questo rilievo non è mai comparso nelle decisioni riguardanti l'art. 2 e, come

² *Ibid.* par. 69.

si avrà modo di vedere, esso sarebbe alquanto inusuale anche in relazione all'art. 3. Pertanto, la prima parte della sentenza non può evidentemente considerarsi come autorevole espressione del corretto approccio a tutte le questioni della Convenzione, malgrado gli incauti termini utilizzati. La seconda parte della sentenza, invece, è più accurata, e si incentra specificatamente sull'interpretazione dell'art. 1 del primo Protocollo (il diritto al godimento pacifico del proprio patrimonio), che era il vero nocciolo del caso in esame. Si potrebbe dire che le due affermazioni, nel senso in cui esse sono generalmente citate, siano state estrapolate dal contesto, dato che le parole immediatamente precedenti il passaggio riportato sono 'ai fini della presente disposizione', che costituisce un rinvio diretto all'art. 1 del primo Protocollo. Quanto affermato nella sentenza *Sporrong e Lonroth c. Svezia* non dovrebbe essere avulso dal contesto ed utilizzato per sostenere che, in qualsiasi caso relativo alla Convenzione dovesse insorgere, le corti siano tenute a bilanciare il diritto individuale con l'interesse generale della comunità.

2. Approccio generale all'art. 6

Si sono considerate sopra la struttura della Convenzione e le sue implicazioni logiche, con riferimento all'argomento dell'«interesse pubblico», sul quale spesso i governi cercano di fare leva. Occorre analizzare adesso come la Corte di Strasburgo ha reagito all'argomento dell'«interesse pubblico», allorché esso sia stato utilizzato per giustificare limitazioni ad aspetti del più generale diritto all'equo processo nei procedimenti penali, affermato all'art. 6. Si possono citare tre esempi dell'approccio della Corte risalenti alla fine degli anni Novanta.

1) Nella causa *Saunders c. Regno Unito*³ si trattava di stabilire se il diritto a non auto-incriminarsi fosse implicito nel più generale diritto all'equo processo ai sensi dell'art. 6; se detto principio si applicasse al caso di specie e, nell'ipotesi di risposta affermativa, se esso mantenesse la sua rigidità anche a fronte della pressante esigenza sociale di combattere il perpetrarsi di gravi frodi. Dopo aver risposto ai primi due interrogativi in senso affermativo, la Corte ha considerato la terza questione statuendo:

«[La Corte] non accetta le argomentazioni avanzate dal Governo secondo le quali la

³ 1996-VI.

*complessità della frode aziendale ed il fondamentale interesse pubblico nelle indagini su tale frode e nella punizione dei responsabili possano giustificare l'allontanamento da uno dei principi base dell'equo processo come quello avvenuto nel presente caso (...) i criteri generali di equità contenuti nell'art. 6, compreso il diritto alla non auto-incriminazione, si applicano nei procedimenti penali riguardo ad ogni tipo di reato senza distinzioni, dal più semplice al più complesso. L'interesse pubblico non può essere invocato per giustificare l'uso di risposte ottenute forzosamente nell'ambito di una indagine illegale al fine di incriminare l'imputato nel corso di procedimenti penali"*⁴.

Si tratta di un'ampia statuizione di principio. Essa non è del tutto priva di ambiguità, dato che la Corte non ha espresso un parere conclusivo sulla questione 'se il diritto alla non auto-incriminazione sia assoluto o se, in particolari circostanze, possa essere giustificata una violazione dello stesso'⁵. Nondimeno i termini con cui vengono rigettati gli argomenti basati sul 'pubblico interesse', avanzati dal governo, sono forti.

2) Due anni dopo la Corte ebbe a che fare con il suo primo caso di arresto nel tentativo di assicurare dei trafficanti di droga alla giustizia. Nella causa *Teixeira de Castro c. Portogallo* (1998)⁶ la Corte reputò che il ricorrente era stato arrestato dagli agenti di polizia mentre commetteva il reato di cessione di stupefacenti. Una delle argomentazioni del governo fu che metodi forti di applicazione del diritto fossero essenziali per combattere il traffico di droga. La Corte replicò così:

*"L'uso di agenti infiltrati deve essere limitato e si devono adottare mezzi di tutela anche nei casi riguardanti la lotta ai trafficanti di droga. Sebbene la crescita della criminalità organizzata richieda indubbiamente l'adozione di misure appropriate, il diritto all'equa amministrazione della giustizia occupa tuttavia uno spazio talmente importante da non poter essere sacrificato in nome della convenienza. I requisiti generali di equità sanciti nell'art. 6 si applicano ai procedimenti che riguardano ogni tipo di reato penale, dal più semplice al più complesso. L'interesse pubblico non può giustificare l'uso di prove ottenute tramite l'istigazione della polizia"*⁷.

Questa costituisce una chiara e assoluta affermazione della relazione esistente tra l'art. 6 e le argomentazioni di 'pubblico interesse'.

⁴ *Ibid.* par. 74.

⁵ *Ibid.*

⁶ Ricorso n° 25829/94, sentenza del 9 giugno 1998.

⁷ *Ibid.* par. 36.

3) Probabilmente il culmine di tale approccio è stato raggiunto nella causa *Heaney e McGuinness c. Irlanda* (2000)⁸. Qui la Corte ha affermato che le condanne dei due ricorrenti per il reato di omissione di resoconto sui propri movimenti finanziari in un determinato momento violavano il diritto a non auto-incriminarsi.

I reati di cui erano accusati i ricorrenti erano previsti nella legge anti-terrorismo irlandese, e il governo faceva affidamento su questa forte argomentazione di ‘pubblico interesse’, sostenendo che qualsiasi restrizione del diritto all’auto-incriminazione fosse giustificata al fine di combattere il terrorismo. La risposta della Corte fu inflessibile:

*“La Corte (...) ritiene che ragioni di sicurezza e di ordine pubblico dello Stato non possano giustificare un provvedimento che oscuri la reale essenza del diritto dei ricorrenti al silenzio ed il loro diritto a non rendere dichiarazioni auto indizianti tutelato dall’art. 6.1 della Convenzione”*⁹.

Ancora una volta, la Corte riafferma la priorità delle garanzie dell’equo processo contenute nell’art. 6 su argomenti basati sul presunto pubblico interesse¹⁰.

3. La resurrezione degli argomenti di ‘pubblico interesse’?

Negli ultimi anni la Corte ha avuto a che fare con una serie di situazioni in relazione alle quali gli Stati sono tornati a far leva sull’‘interesse pubblico’. Talvolta si è ragionato in termini di proporzione, un concetto, questo, molto sfaccettato nella giurisprudenza della Convenzione.

Il criterio della proporzione, invero, viene utilizzato principalmente al fine di giustificare le interferenze con diritti qualificati come quelli di cui agli artt. 8-11, e sono davvero poche le sentenze relative agli artt. 5 o 6 che lo considerano rilevante. Quando il concetto di proporzione viene utilizzato a proposito

⁸ Ricorso n° 34720/97, sentenza del 21 dicembre 2000.

⁹ *Ibid.* par. 58.

¹⁰ La parola ‘presunto’ qui è interposta, per evidenziare che ogni argomento precedente al titolo ‘interesse pubblico’ deve essere esaminato con cura, e non semplicemente accettato. Per esempio, la Corte dovrebbe richiedere la prova che l’esistenza di una legge particolare promuova la ‘lotta al terrorismo’, piuttosto che semplicemente accettare l’affermazione degli Stati che essa sia necessaria? L’importanza di prevenire l’uso arbitrario del potere da parte di pubblici ufficiali nei confronti dei cittadini costituisce anch’essa parte ‘dell’interesse pubblico’?

dei limiti dei diritti di cui all'art. 6, lo scopo è quello di introdurre nell'impostazione della questione argomentazioni di 'pubblico interesse'. Sono questi i veri argomenti esclusi nelle tre sentenze citate nel paragrafo precedente; tuttavia avremo modo di vedere che attualmente, in determinate situazioni, la Corte li considera rilevanti.

Nella causa *O'Halloran e Francis c. Regno Unito* (2007)¹¹, il quesito riguardava la compatibilità tra un particolare reato del diritto inglese – quello commesso dal proprietario di un motoveicolo che si rifiuti di rispondere alle richieste della polizia in ordine a chi guidasse il mezzo in un particolare momento – e il privilegio contro l'auto-incriminazione. La Grande Camera ha affermato l'esistenza di una compatibilità, concludendo:

*“Alla luce di tutte le circostanze del caso, inclusa la particolare natura della regolamentazione in questione e il carattere delimitato delle informazioni ricercate ai sensi della sezione 172 del Road Traffic Act del 1988, la Corte ritiene che non sia stata violata l'essenza del diritto dei ricorrenti di rimanere in silenzio e del loro diritto a non rendere dichiarazioni auto indizianti”*¹².

Tale conclusione ha segnato un passo nuovo nel processo decisionale della Corte. Nei precedenti in cui era emerso un elemento di coercizione, la Corte aveva ritenuto che ci fosse stata una violazione del diritto a non auto-incriminarsi. La Corte ha ritenuto di concludere che nel caso di specie esistevano altri fattori che, unitamente al livello relativamente basso di coercizione, non erano sufficienti a 'distruggere la reale essenza' del diritto a non auto-incriminarsi. Così la Corte ha affermato che deve tenersi conto del fatto (i) che la coercizione è parte di una regolamentazione che impone in modo equo obblighi in capo ai proprietari di veicoli e ai conducenti al fine di promuovere la sicurezza stradale, (ii) che le informazioni richieste costituiscono il semplice, specifico e ristretto dato di fatto concernente l'identità di chi stava guidando, piuttosto che un generale resoconto di movimenti o risposte a domande più ampie, e (iii) che il particolare reato prevede una tutela consistente nella possibilità di dimostrare al giudice di non aver conosciuto e di non aver potuto conoscere con ragionevole diligenza l'identità del conducente del veicolo, che permette al proprietario coscienzioso di evitare la responsabilità penale. Tali

¹¹ Ricorso n° 15809/02 e n° 25624/02, sentenza del 29 giugno 2007.

¹² *Ibid.* par. 62.

fattori suggeriscono un giudizio di proporzione; ed infatti la Corte ha citato diffusamente il precedente del Regno Unito sul punto, che enfatizza l'importanza di impostare la questione ricercando un punto di equilibrio e di proporzione¹³. La Corte non ha espressamente affermato che la questione della compatibilità con l'art. 6 debba essere risolta attraverso un giudizio di proporzione; nondimeno la conclusione cui perviene, secondo cui le particolari caratteristiche del reato anzidetto non distruggono l'essenza del diritto del ricorrente, sembra implicare proprio una valutazione di quel tipo.

Più esplicita è un'altra recente sentenza della Grande Camera, quella nella causa *Jalloh c. Germania* (2006)¹⁴. In questo caso la polizia aveva tenuto sotto osservazione uno spacciatore di droga che operava sulla strada, il quale, mentre veniva arrestato, inghiottiva l'ovulo di droga che aveva in bocca. La polizia gli chiese di assumere un emetico in modo da recuperare l'ovulo, ma questi si rifiutò di farlo. Alla centrale di polizia quattro poliziotti lo trattennero mentre un medico somministrava l'emetico, a seguito del quale lo spacciatore rigurgitò un ovulo di cocaina. La Grande Camera analizzò il caso ai sensi degli articoli 3 e 6. In questa sede interessa come la Corte ha affrontato la questione se la condotta della polizia costituisca una violazione del diritto a non auto-incriminarsi:

“Al fine di determinare se sia stato violato il diritto del ricorrente a non auto-incriminarsi la Corte analizzerà, rispettivamente, i seguenti fattori: la natura e il grado di coercizione utilizzati per ottenere la prova; il peso del pubblico interesse all'investigazione e la sanzione del reato in questione; l'uso che si fa del materiale ottenuto in tal modo (...).

Riguardo al peso del pubblico interesse nell'uso delle prove per assicurare la condanna del ricorrente, la Corte osserva che (...) la misura impugnata colpiva uno spacciatore che stava offrendo droghe su piccola scala e che ha ottenuto una condanna a sei mesi con sospensione condizionale e libertà vigilata. Nel caso di specie, tenuto conto delle sue concrete circostanze, l'interesse pubblico ad assicurare la condanna del ricorrente non può giustificare il ricorso ad una così grave interferenza con la sua integrità fisica e mentale”¹⁵.

Questo passaggio della sentenza è degno di nota perché la Grande Came-

¹³ La decisione è *Brown c. Stott* [2003] 1 A.C. 681, e il precedente di Lord Bingham è citato estensivamente dalla Corte in *O'Halloran*.

¹⁴ Ricorso n° 54810/00, sentenza dell'11 luglio 2006.

¹⁵ *Ibid.* par. 117 e 119.

ra ha chiaramente statuito che il peso dell'interesse pubblico nel perseguire tale reato ha una considerazione rilevante, senza alcun riferimento alla sentenza *Saunders c. Regno Unito* e a tutte le altre sentenze citate nel secondo paragrafo di questo scritto, le quali, invece, indicano che la serietà del reato non incide sull'esistenza o meno di una violazione del diritto a non auto-incriminarsi.

Sono chiare le implicazioni di questo passo della sentenza *Jallob*: nei casi in cui il reato è davvero grave (a differenza del piccolo spacciatore di droga), si potrebbe giungere alla conclusione che l'uso della coercizione sia permesso e potrebbe non riscontrarsi alcuna violazione del diritto alla non auto-incriminazione.

4. Interpretazione dell'art. 3

In merito all'art. 3, la Grande Camera nella causa *Jallob c. Germania* ha riconosciuto che le azioni della polizia hanno sottoposto il ricorrente ad un trattamento inumano e degradante.

Anche se la Corte ha concesso che ci possano essere dei casi di urgenza che richiedano un intervento medico forzoso, le attività di un piccolo spacciatore di droga non possono giustificare tali pratiche:

“Il ricorso a qualsiasi intervento medico forzoso al fine di ottenere prova di un reato deve essere sufficientemente giustificato dalle circostanze del caso particolare. Ciò è tanto più vero quanto più la procedura è tesa a recuperare dal corpo dell'individuo proprio la prova del reato di cui è sospettato. La natura particolarmente invasiva di un tale atto richiede uno scrutinio severo di tutte le altre circostanze sussistenti. In questo caso, si deve avere particolare riguardo alla gravità del reato in questione (...). La corte rimarca che il traffico di droga è un reato grave. È pienamente consapevole del problema che affrontano gli stati contraenti nei loro sforzi per combattere i danni causati alla società dallo spaccio di stupefacenti. Tuttavia, nel caso in oggetto era chiaro che, prima che fosse disposta la misura impugnata, lo spacciatore cui la stessa era stata imposta stava conservando la droga in bocca e non poteva, pertanto, venderla su larga scala (...).”¹⁶

In questo passaggio la Corte riconosce, come nella sentenza *Teixeira de*

¹⁶ *Ibid.* par. 71 e 77. Tuttavia, al par. 99 il riassunto della Corte sugli effetti dell'art. 3 afferma che 'la Convenzione proibisce senza mezzi termini la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dalla condotta delle vittime', formulazione che sembra incoerente con la precedente affermazione secondo la quale 'l'interesse pubblico' è rilevante.

*Castro c. Portogallo*¹⁷, che è difficile per gli Stati combattere il traffico di droga. Sebbene nella citata sentenza la Corte avesse fatto seguire a tale affermazione una statuizione sulla necessità di tutelare i diritti della Convenzione, in quest'ultimo caso la stessa sembra accettare che in gravi ipotesi di traffico di stupefacenti (a differenza dei fatti in questione) si possa giustificare l'uso di trattamenti che normalmente sarebbero considerati inumani o degradanti. Successive pronunce della Corte si sono distanziate dall'approccio della sentenza *Jallob*, pur richiamandola. Così nella causa *Saadi c. Italia* (2008)¹⁸, la Grande Camera ha rifiutato l'argomento in base al quale, nel valutare se una persona possa essere estradata in un paese dove rischi concretamente di essere sottoposta a trattamenti in violazione dell'art. 3, si debba dar peso all'interesse della comunità in cui questi attualmente risiede ed ai rischi prospettati. La Corte ha riconosciuto le 'immense difficoltà' degli Stati nel proteggere le proprie comunità dalla violenza dei terroristi, ma ha ritenuto che ciò non possa 'mettere in discussione la natura assoluta dell'art. 3'. La Corte ha proseguito osservando quanto segue:

*"Essendo assoluta la protezione contro i trattamenti proibiti dall'articolo 3, tale disposizione impone di non estradare o espellere una persona quando questa corre il rischio reale di essere sottoposta a tali trattamenti nel Paese di destinazione. Come affermato a più riprese dalla Corte, non esiste nessuna eccezione a questa norma (...) non si può mettere sul piatto della bilancia il rischio di maltrattamenti e i motivi invocati per l'espulsione, ciò per determinare se esista la responsabilità di uno Stato sotto il profilo dell'art. 3, anche nel caso in cui i maltrattamenti fossero perpetrati da uno Stato terzo. A tal riguardo, i comportamenti delle persone considerate, per quanto siano indesiderabili o pericolose, non devono essere presi in considerazione (...)"*¹⁹.

Quest'ultima sentenza va esattamente nella direzione opposta rispetto al passaggio della sentenza *Jallob* summenzionato, ed è conforme alla grande maggioranza delle statuizioni sull'art. 3.

Prova ulteriore del fatto che la sentenza *Jallob* fosse disallineata sul punto si rinviene in un'altra decisione della Grande Camera, nella causa *Gaefgen c. Germania* (2008)²⁰. Qui la questione rilevante emerge nel seguente passaggio:

¹⁷ *Supra*, nota 6.

¹⁸ Ricorso n° 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008.

¹⁹ *Ibid.* par. 138.

²⁰ Ricorso n° 22978/05, sentenza del 30 giugno 2008.

“La Corte, alla luce di tutte le circostanze dell’interrogatorio del ricorrente da parte di E., osserva che egli era sottoposto a minacce sufficientemente reali e immediate di maltrattamenti (...) eseguite allo scopo di ottenere una sua deposizione, il che deve essere interpretato quale elemento aggravante. A tal proposito la Corte vorrebbe sottolineare che nella prospettiva della proibizione assoluta di trattamenti contrari all’art. 3, indipendentemente dalla condotta della persona in questione e anche in caso di emergenza pubblica che minacci l’esistenza della nazione – o, a fortiori, di un individuo –, il divieto di maltrattamenti di una persona al fine di trarne informazioni si applica indipendentemente dalle ragioni per cui le autorità sperano di ottenere una deposizione, sia che ciò avvenga per salvare la vita di una persona, sia che ciò venga finalizzato allo svolgimento di ulteriori indagini penali”²¹.

L’affermazione finale di questo passaggio è indubbiamente sufficiente a mostrare quanto la sentenza *Jalloh* non fosse allineata, suggerendo che la gravità del reato per cui si indaga dovrebbe rilevare al fine di stabilire se ci sia stata o meno una violazione dell’art. 3. Come afferma l’ampia maggioranza delle sentenze sull’art. 3, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti si applica indipendentemente da quanto si ritenga pericoloso il ricorrente, o da quanto grave o detestabile sia stata la condotta tenuta dallo stesso.

5. Relazione tra l’art. 3 e l’art. 6

Ove l’accusa in giudizio si sia basata su una prova ottenuta attraverso una violazione dell’art. 3, deve tenersi conto di ciò per stabilire se il processo sia equo o meno (ex art. 6)? Solo negli ultimi anni la Corte ha affrontato tale questione, e la risposta rimane in un certo qual modo oscura. La Grande Camera nella causa *Jalloh c. Germania* ha adottato una forte, sebbene non equilibrata, posizione sul corretto approccio al problema. La sua affermazione di principio si limitava ai casi di tortura:

“La prova accusatoria, sia nella forma di confessione che di prova materiale, ottenuta attraverso atti di violenza o brutalità o altre forme di trattamento che possano essere qualificati come tortura, non dovrebbe mai essere considerata espressiva della colpevolezza, a prescindere dalla sua valenza probatoria.

Qualsiasi altra conclusione rischierebbe di legittimare indirettamente una sorta di

²¹ *Ibid.* par. 69.

*condotta moralmente repressibile che gli autori dell'art. 3 della Convenzione intendevano proibire o, come correttamente sostenuto nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Rochin, di 'legittimare la brutalità con il pretesto della legge'*²².

Comunque, tale affermazione si è prudentemente differenziata dalla successiva statuizione della Corte sul corretto approccio da tenere laddove le violazioni riguardino solo trattamenti inumani e degradanti. Così:

*"Nonostante che il trattamento cui è stato sottoposto il ricorrente non presenti le caratteristiche peculiari degli atti di tortura, nel caso di specie esso ha raggiunto il livello minimo di gravità coperto dall'ambito del divieto dell'art. 3. Non può escludersi che in casi particolari l'uso di prove ottenute attraverso maltrattamenti intenzionali che non raggiungono il livello della tortura rendano iniquo il processo contro la vittima, indipendentemente dalla gravità del reato che si presume essere stato commesso, dal peso attribuito alle prove e dalle opportunità che aveva la vittima di modificare la propria ammissione ed usarla nel processo a suo carico"*²³.

Dopo l'inciso 'non può escludersi che (...) ' la Corte ha proseguito con una chiara statuizione, affermando che la relazione tra gli artt. 3 e 6 è lasciata aperta quando il maltrattamento non raggiunge il livello della tortura. Chiaramente la Corte ha ritenuto che la logica adottata in caso di tortura – per cui permettere a una corte di giudicare sulla base della prova legittimerebbe indirettamente un comportamento moralmente repressibile – non si applica ai meri trattamenti inumani e degradanti, nonostante che queste forme di abuso siano tutte incluse in un unico articolo, cui spesso ci si riferisce come fondamentale e che sancisce 'uno dei valori essenziali delle società democratiche'²⁴. Non solo. La Corte ha affermato che la questione se un processo sia equo quando lo stesso si basi su prove ottenute in violazione dell'art. 3, dipende in certa misura dalla gravità del reato imputato. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che il diritto all'equo processo del ricorrente fosse stato violato, perché era stato assoggettato ad un trattamento inumano e degradante e non sussisteva un interesse pubblico sufficiente per questo, atteso che egli era un semplice spacciatore di droga. Ancora, tale ragionamento implica (in contrasto con le statuizioni citate sopra nel paragrafo 4 che, se al ricorrente fosse

²² *Supra*, nota 14, par. 105; il riferimento è a *Rochin c. California* (1952) 342 US 165.

²³ *Supra*, nota 15, par. 106.

²⁴ JALLOH, *supra*, nota 14, par. 99.

stato imputato un più grave reato, la Corte avrebbe potuto sostenere che ciò era giustificato dall'interesse pubblico, sorvolando la circostanza che la prova era stata ottenuta in violazione dell'art. 3.

Nella causa *Gaefgen c. Germania* la Corte ha semplicemente seguito la formulazione della sentenza *Jalloh*, senza addentrarsi nelle distinzioni tracciate in quel caso²⁵. Vi si riconoscono due peculiarità della decisione relativa al caso *Jalloh*: la prima è che essa si conforma alla speciale disciplina per la tortura che è esplicitata nell'art. 15 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti²⁶; la seconda è che la Corte non fornisce una chiara spiegazione del motivo per cui essa si applica alla tortura e non anche ai trattamenti inumani e degradanti. La conseguenza è che, sotto il profilo dell'equità del processo, le prove ottenute attraverso trattamenti inumani o degradanti vengono considerate come aventi la medesima rilevanza di quelle ottenute in violazione dell'art. 8.

6. Relazione tra l'art. 8 e l'art. 6

La Corte di Strasburgo afferma spesso che l'ammissibilità delle prove è 'primariamente una questione di regolamentazione a livello nazionale'²⁷. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, fondare il processo su prove ottenute attraverso la violazione dell'art. 8 non implica automaticamente l'iniquità del giudizio ai sensi dell'art. 6. Così nella causa *Khan c. Regno Unito*²⁸ la Corte ha ritenuto che si fosse verificata una violazione dell'art. 8, in quanto l'uso di apparecchi di rilevazione audio al tempo non era sufficientemente disciplinato dalla legge, ma ha proseguito affermando che l'uso delle prove ottenute tramite tali apparecchi d'ascolto, in quanto parte essenziale del procedimento in oggetto, non rendeva iniquo il processo ai sensi dell'art. 6.

Fin quando l'imputato ha la possibilità di contestare l'autenticità delle prove, e fintantoché il giudice ha la discrezionalità di escluderle, non sussistono violazioni dell'art. 6.

²⁵ *Supra*, nota 20, par. 99.

²⁶ Si veda, nello stesso senso, la sentenza di Lord Bingham in *A (FC) c. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, al par. 53.

²⁷ GAIEFGEN, *supra*, nota 20, par. 96, che cita il precedente in *Schenk c. Svizzera* A/140 la recente decisione in *Heglas c. Repubblica Ceca*, ricorso n° 5935/02, sentenza del 1° marzo 2007; in modo interessante, la Corte cita anche una sentenza che ha rigettato l'applicazione della sua affermazione di principio, *Teixeira de Castro c. Portogallo* (*supra*, nota 6).

²⁸ Ricorso n° 35394/97, sentenza del 12 maggio 2000.

Nella sua *'dissenting opinion'*, il giudice Loucaides ha affermato che un tale ragionamento si contrappone alla struttura della Convenzione:

“Questo è il primo caso che arriva dinanzi alla Corte in cui la sola prova contro un imputato in un procedimento penale che ha condotto alla sua condanna, è stata una prova ottenuta in modo contrario alle disposizioni dell'art. 8 della Convenzione (...) non posso accettare che un processo sia equo, come richiesto dall'art. 6, se la colpevolezza di una persona per qualsiasi reato è stabilita attraverso prove ottenute in violazione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione”.

Tuttavia, la Corte ha continuato a mantenere il medesimo approccio. Si è ripetuta, infatti, nella causa *P.G. e J.H. c. Regno Unito*²⁹, sebbene nella sua *'dissenting opinion'* il giudice Tulkens abbia nuovamente richiamato l'attenzione su questioni più ampie attinenti alla struttura della Convenzione:

*“Non penso che un processo possa essere definito 'equo' quando nel corso del processo siano state ammesse prove ottenute in violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione. Come la Corte ha già avuto occasione di evidenziare, la Convenzione deve essere interpretata come un unicum coerente (v. *Klass c. Germania* 1978, par. 68-69) (...) Concludendo che non c'è stata violazione dell'art. 6, la Corte priva completamente l'art. 8 di efficacia. I diritti sanciti dalla Convenzione non possono rimanere puramente teorici o virtuali (...)”.*

Entrambi i giudici dissenzienti fanno leva sull'obbligo degli Stati membri (ai sensi dell'art. 1) di assicurare la tutela di tutti i diritti della Convenzione, e affermano che un processo condotto sulla base di prove ottenute attraverso la violazione di uno degli articoli della Convenzione mina la struttura della Convenzione stessa.

Tuttavia la posizione generale o maggioritaria della Corte sembra essere a favore di una separazione tra la violazione dell'art. 6 e la violazione dell'art. 8. In altri termini, la prospettiva della Corte sembra essere quella per cui il modo per ricomporre una violazione dell'art. 8 consisterebbe nel garantire un rimedio alla persona che ha sofferto a causa dell'abuso, rimedio che potrebbe essere rinvenuto in un indennizzo per i danni, o forse in una riduzione della condanna. Ma il processo penale è qualcosa di diverso, con i suoi criteri di equità, e la provenienza delle prove non lo riguarda.

²⁹ Ricorso n° 44787/98, sentenza del 25 settembre 2001.

Il problema di questa teoria della separazione tra l'art. 8 e l'art. 6 è che la Corte non è ad essa coerente. La Corte all'evidenza non sposa la teoria della separazione nelle ipotesi di tortura: essa considera qualsiasi prova ottenuta tramite atti di tortura sufficiente a rendere il processo iniquo. Abbiamo visto che la Corte non applica la stessa logica ai trattamenti inumani e degradanti, e ora vediamo che non la applica neanche alle prove ottenute violando l'art. 8. Per queste ipotesi la teoria della separazione è ritenuta appropriata. La violazione dell'art. 8 (o dell'art. 3, riguardo ai trattamenti inumani o degradanti) è vista come una questione diversa, che richiede un diverso rimedio, e che non inficia l'equità del processo penale su di essa basato.

Nella causa *Heglas c. Repubblica ceca*³⁰, la Corte ha riunito entrambe le teorie oggetto di questa trattazione. La Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 8 nella registrazione illegale di una conversazione tra il ricorrente ed un'altra persona, e di conseguenza doveva decidere se il processo per furto con violenza fondato su tale prova fosse iniquo. La Corte ha così sviluppato la giurisprudenza precedente:

*“I criteri generali di equità previsti nell'art. 6 si applicano a tutti i processi penali, qualunque sia il tipo di reato in oggetto. Ne deriva che, per determinare se i procedimenti sono equi nel complesso, si devono considerare e bilanciare il peso dell'interesse pubblico nell'esercizio dell'azione penale avverso un particolare reato e la condanna del suo autore con l'interesse dell'individuo all'eliminazione della prova incriminante. Tuttavia, le considerazioni di pubblico interesse non possono giustificare misure che svuotino i diritti di difesa del ricorrente della loro reale essenza, incluso quello di non contribuire alla propria incriminazione garantito dall'art. 6 della Convenzione”*³¹.

La Corte è andata avanti sostenendo che nel caso in oggetto la prova ottenuta in violazione dell'art. 8 non era fondamentale e ha aggiunto il seguente paragrafo, eloquente ai fini della nostra indagine:

*“Quanto al peso del pubblico interesse nell'uso di tale prova per dimostrare la colpevolezza del ricorrente, la Corte osserva che la misura era diretta all'autore di un grave reato che ha causato danni a terzi, il quale poi è stato condannato a nove anni”*³².

Questa affermazione svela chiaramente la posizione della Corte: si tratta

³⁰ Ricorso n° 5935/02, sentenza del 1° marzo 2007.

³¹ *Ibid* par. 87, con riferimento a *Heaney c. Irlanda*, *supra*, nota 8.

³² *Ibid*. par. 91.

del corollario della sentenza sul caso *Jallob*, e così ora sappiamo che i requisiti di un giudizio equo possono variare in base alla gravità del reato di cui è accusato l'imputato. Questo passaggio è stato recentemente ripetuto dalla Grande Camera nella causa *Bikov c. Russia*³³. La questione in questo caso era diversa e quindi la Corte non è stata chiamata ad interpretare o applicare il principio espresso nella causa *Heglas*, ma in ogni caso la Grande Camera ha richiamato il precedente senza esprimere alcun disaccordo³⁴.

7. Conclusione: l'emersione di argomenti di 'interesse pubblico'

L'obiettivo di questo lavoro è stato quello di evidenziare alcuni importanti cambiamenti nella interpretazione di disposizioni della Convenzione rilevanti nel processo penale. Non è detto che tali cambiamenti siano confermati o definitivi, ma nella prima decade del nuovo secolo le decisioni della Corte di Strasburgo hanno dato segnali sufficienti a gettare un'ombra di dubbio sulla struttura della Convenzione e su alcune delle teorie finora sostenute. L'art. 3 è stato sbandierato come 'uno dei più fondamentali valori delle società democratiche'³⁵, ma come fa ad essere fondamentale se (a) le corti iniziano a dividerlo in due parti di diversa intensità (il riferimento è alla proibizione della tortura, da un lato e dall'altro al divieto di trattamenti inumani o degradanti), o se (b) ci sono situazioni in cui l'applicazione dell'art. 3 dipende dalla gravità del reato che si presume sia stato commesso dall'imputato, o se (c) la Corte considera equo un giudizio penale in cui l'accusa usa prove ottenute in violazione dell'art. 3? L'ultimo punto ci riporta anche alla relazione tra l'art. 8 e l'art. 6: se l'accusa usa prove ottenute in violazione dell'art. 8 ci sono ricadute sull'equità del processo? È corretto trattare le due questioni separatamente o la Convenzione dovrebbe essere letta come un *unicum*? L'«interesse pubblico» dovrebbe rilevare al fine di rispondere a questi interrogativi nei procedimenti penali per gravi reati? In relazione allo stesso art. 6 il diritto a non auto-incriminarsi è un diritto implicito che si applica a tutti i procedimenti penali, dal più bagatellare al più grave, come sostenuto nelle sentenze degli anni Novanta, o è un diritto che può lasciar spazio all'«interesse pubblico», ad esempio in base alla gravità del reato indagato?

Le risposte a tali quesiti hanno enormi implicazioni per il futuro della tute-

³³ Ricorso n° 4378/02, sentenza del 21 gennaio 2009.

³⁴ *Ibid.* par. 100.

³⁵ JALLOH, *supra*, nota 14, par. 99.

la dei diritti umani nei procedimenti penali. Nella misura in cui le tutele dell'art. 6, e *a fortiori* quelle di cui all'art. 3, sono esposte a contro-argomentazioni basate sul presunto 'interesse pubblico', il primo passo verso l'erosione dei diritti fondamentali è compiuto. Non si tratta semplicemente della sotto-teorizzazione della nozione di 'interesse pubblico'³⁶; più radicalmente, è discutibile se si debba concedere un ruolo nell'interpretazione dei diritti umani ad altri fattori ulteriori rispetto a quelli espressamente qualificati dalla Convenzione. Né la Corte, né la Grande Camera hanno offerto ragioni di principio per questi sviluppi piuttosto incoerenti, e le considerazioni avanzate nelle sentenze minoritarie raramente sono state affrontate dalla giurisprudenza maggioritaria. Questa situazione genera dubbi sulla struttura della Convenzione ed indebolisce le teorie apparentemente in via di sviluppo.

³⁶ V. *supra* nota 10. Per ulteriori dibattiti, cfr. ad es. A. ASHWORTH, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure* (Sweet & Maxwell, London: 2002), J. WALDRON, 'Security and Liberty: the Image of Balance' (2003) 11 *Journal of Political Philosophy* 191, L. ZEDNER, 'Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice' (2005) 32 *Journal of Law and Society* 507, and A. ASHWORTH, 'Security, Terrorism and the Value of Human Rights', in B. GOOLD and L. LAZARUS (eds), *Security and Human Rights* (Hart Publishing, Oxford: 2007).

prof. MARTIN BÖSE

Università di Bonn

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA
SUL TRATTATO DI LISBONA E IL SUO SIGNIFICATO
PER LA EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE*

SOMMARIO: I. La decisione della Corte. - 1. Il diritto di voto come punto di partenza. - 2. La condizione di Stato sovrano come limite all'integrazione. - 3. La salvaguardia dell'autonomia decisionale del *Bundestag*. - 4. Legittimazione democratica sul piano dell'Unione. - II. Analisi critica. - 1. La sovranità dello Stato come elemento costitutivo della "garanzia di eternità". - 2. Dottrina sulle funzioni dello Stato e riserve di competenza. - 3. Legittimazione democratica a livello europeo. - III. Conseguenze. - 1. Le competenze penali dell'Unione tra restrizione e funzionalità. - 2. Partecipazione del Parlamento nazionale all'esercizio delle competenze. - 3. La funzione di custode della Corte costituzionale. - IV. Conclusione.

Con la sentenza sul Trattato di riforma di Lisbona la Corte costituzionale tedesca¹ ha ridisegnato i confini costituzionali del processo di integrazione europea, scatenando una controversa discussione. Benché la Corte abbia ritenuto conforme alla Costituzione l'adesione al Trattato "ai sensi di cui in motivazione" ("*nach Maßgabe der Gründe*"), aprendo così la strada ad una ratifica, essa pone al contempo requisiti stringenti alla partecipazione del legislatore nazionale al processo di integrazione. La questione, centrale nella sentenza, della legittimazione democratica riguarda in modo particolare il diritto penale e il diritto processuale penale. Nelle sue argomentazioni la Corte riprende in parte la critica rivolta dalla dottrina penalistica alla europeizzazione del diritto penale e fornisce indicazioni per l'esercizio delle competenze dell'Unione nel campo del diritto penale. Il significato di queste indicazioni e le loro (possibili) conseguenze saranno criticamente esaminate nel presente contributo.

* Traduzione a cura della dott.ssa Kolis Summerer, ricercatore di diritto penale presso la Libera Università di Bolzano.

¹ Sentenza del 30 giugno 2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09, consultabile sul sito internet www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630.

I. *La decisione della Corte*

1. *Il diritto di voto come punto di partenza*

Perno della sentenza è il diritto di voto del cittadino tedesco (art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG), che la Corte adopera come leva processualcostituzionale per poter effettuare nell'ambito di un ricorso individuale (art. 93, Abs. 1, n. 4a, GG) una completa disamina del Trattato di riforma². Il pericolo di una violazione del diritto di voto sussiste, ad avviso della Corte, sotto un triplice profilo: il diritto all'elezione dei deputati al *Bundestag* tedesco potrebbe essere "svuotato" in seguito ad un ampio trasferimento di competenze all'Unione³. La Corte intende, inoltre, il diritto di voto come un (ampio) diritto pubblico soggettivo, con il quale viene reso censurabile il principio democratico: da un lato, l'art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG, fonderebbe attraverso il vincolo dell'Unione europea ai principi democratici, presupposto nell'art. 23, Abs. 1, primo periodo, GG, l'esigenza di una sufficiente legittimazione democratica del potere sovrano europeo⁴; dall'altro, la Corte desume dall'art. 146 GG, secondo cui la Legge fondamentale (*Grundgesetz*) cessa di avere vigore con una Costituzione votata dal popolo tedesco in libera autodeterminazione, una difesa contro una ulteriore adesione ad uno Stato federale europeo e la conseguente perdita della statualità della Repubblica federale tedesca⁵.

2. *La condizione di Stato sovrano come limite all'integrazione*

Il parametro ricavato dall'art. 38, Abs. 1, primo periodo, GG viene in seguito precisato sul piano della fondatezza: il diritto di voto garantirebbe un diritto alla libera e uguale partecipazione al potere pubblico; questo diritto sarebbe radicato nella dignità dell'uomo (art. 1, Abs. 1, GG) e, in quanto principio elementare dell'ordinamento costituzionale tedesco (art. 20, Abs. 1 e 2, GG), sarebbe sottratto alla disponibilità del legislatore in sede di revisione costituzionale (art. 79, Abs. 3, GG)⁶. La Corte riferisce questa "garanzia di eter-

² Critici, *Nettesheim, NJW*, 2009, 2867, 2869; *Terhechte, EuZW*, 2009, 724, 276; cfr., al contrario, il rilievo di *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, secondo cui anche la Corte di giustizia si è servita nella sua giurisprudenza di un rafforzamento dei diritti soggettivi come mezzo per imporre il diritto comunitario.

³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 174 s.

⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 176 s.

⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 178 s.

⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 211, 216.

nità” (“*Ewigkeitsgarantie*”) (art. 79, Abs. 3, GG) non soltanto alla partecipazione democratica all’esercizio del potere sovrano (sia tedesco che europeo), ma anche (in collegamento con l’art. 146 GG) alla sovranità dello Stato tedesco⁷. La Corte, pur riconoscendo l’impegno costituzionale contenuto nell’art. 23 GG alla partecipazione all’integrazione europea e desumendone il principio della “*Europarechtsfreundlichkeit*” (favore per il diritto dell’Unione europea)⁸, relativizza tuttavia subito questo principio attraverso il riferimento alla sovranità dello Stato tedesco come limite assoluto al trasferimento di poteri sovrani (“*Hoheitsrechte*”); sarebbe pertanto escluso l’ingresso in uno Stato federale europeo⁹. La Costituzione non consentirebbe la creazione di un originario potere sovrano dell’Unione, fondato cioè su un diritto proprio, ma soltanto il trasferimento di singoli poteri sovrani¹⁰. Per tale ragione sarebbe costituzionalmente illegittimo non soltanto il trasferimento della “competenza sulla competenza” (“*Kompetenz-Kompetenz*”), ma anche un’ampia autonomizzazione del potere politico attraverso la concessione di competenze sempre più numerose e il graduale superamento degli ancora esistenti requisiti di unanimità o delle altre forme di uguaglianza tra gli Stati¹¹. Dell’esigenza della materiale limitazione e della sostanziale revocabilità di singoli atti di trasferimento si terrebbe conto con il principio di attribuzione specifica limitata (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 2, TUE) e il diritto di recesso dall’Unione (art. 50 TUE)¹². Poiché viene legittimato l’esercizio di poteri sovrani da parte dell’Unione sul singolo Stato membro, la legittimazione democratica presupporrebbe un programma di integrazione sufficientemente determinato: sarebbe democraticamente legittimato soltanto ciò di cui potrebbe essere chiamato a rispondere il Parlamento nazionale. In caso di necessità si potrebbe prevedere a livello costituzionale la responsabilità degli organi legislativi per il rispetto dei limiti costituzionali al processo di integrazione (responsabilità per l’integrazione, “*Integrationsverantwortung*”)¹³. La Corte costituzionale si riserva dunque di esaminare se attraverso l’esercizio di competenze da parte degli organi dell’Unione venga leso il principio di attribuzione specifica limitata (“controllo *ultra vires*”) oppure il nucleo inviolabile della identità costituzionale (“control-

⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 216, 218.

⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 219 ss., 225.

⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 226, 228.

¹⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 231 s.

¹¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 233.

¹² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 233 s.

¹³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 236, 239 s.

lo di identità”)¹⁴. Inoltre, la responsabilità degli organi legislativi per l'integrazione imporrebbe di richiedere una apposita legge per qualsiasi modifica delle basi testuali del diritto primario (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG)¹⁵.

Secondo la Corte l'identità costituzionale e la condizione di Stato sovrano sarebbero salvaguardate dalla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri prevista dal Trattato di riforma¹⁶. La Corte rinvia pertanto non solo al principio di attribuzione specifica limitata (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 2, TUE), ma anche alle regole pattizie riguardanti l'esercizio delle competenze dell'Unione, in particolare al principio di sussidiarietà (art. 5, comma 1, primo periodo, comma 3, TUE), e alla partecipazione dei Parlamenti nazionali prevista nel protocollo sulla sussidiarietà¹⁷. La posizione degli Stati membri quali “signori dei Trattati” sarebbe conservata, poiché gli organi dell'Unione non possono modificare autonomamente i fondamenti dei Trattati. La procedura di revisione ordinaria del Trattato (art. 48, commi 2-5, TUE) richiederebbe, così come la procedura di revisione semplificata (art. 48, comma 6, TUE), una ratifica mediante una legge di approvazione (“*Zustimmungsgesetz*”) ai sensi dell'art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG¹⁸. D'altra parte, le “clausole passerella” consentono una modifica della procedura di formazione delle leggi, in particolare un passaggio dal principio dell'unanimità alla decisione a maggioranza nel Consiglio, senza che ciò richieda una ratifica ai sensi del Trattato (art. 48, comma 7, TUE; v. anche art. 81, comma 3, TFUE). Tali modifiche potrebbero condurre ad una autonomizzazione così ampia delle procedure decisionali europee, da non risultare più coperte dal livello di legittimazione democratica sul piano europeo; ciò varrebbe in particolare per l'ambito sensibile della cooperazione penale¹⁹. Il rappresentante tedesco potrebbe pertanto approvare una corrispondente decisione del Consiglio, soltanto se in precedenza il *Bundestag* e il *Bundesrat*, in virtù della loro responsabilità per l'integrazione, avessero emanato una legge di approvazione (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG) oppure – in presenza di “clausole passerella” circoscritte ad una determinata materia (art. 31, comma 3; art. 312, comma 2; art. 333, comma 1, TFUE) – avessero approvato la modifica²⁰.

¹⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 240.

¹⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 243.

¹⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 298 ss.

¹⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 304 s.

¹⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 312.

¹⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 317, 319.

²⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 319 s.

Del resto, il Trattato non fonderebbe alcuna “competenza sulla competenza” dell’Unione. La Corte tuttavia ritiene dubbio l’utilizzo della competenza derivante dalla “clausola di flessibilità” (c.d. competenza “di arrotondamento” – “*Vertragsabrundungskompetenz*”) ai sensi dell’art. 352 TFUE (ex art. 308 TCE), poiché essa consentirebbe una modifica sostanziale delle basi pattizie senza la partecipazione costitutiva degli organi legislativi nazionali; per questa ragione l’esercizio di questa attribuzione richiederebbe in ogni caso anche una autorizzazione legislativa, che soddisfi i requisiti previsti per una revisione costituzionale (art. 23, Abs. 1, secondo e terzo periodo, GG)²¹.

3. *La salvaguardia dell’autonomia decisionale del Bundestag*

La Corte costituzionale non limita la responsabilità per l’integrazione degli organi costituzionali tedeschi alla conservazione della propria sovranità, ma la estende anche al rispetto dei principi democratici. Il trasferimento di poteri sovrani all’Unione non dovrebbe erodere il sistema democratico in Germania, né svuotare di conseguenza il diritto di voto; il *Bundestag* dovrebbe perciò mantenere i propri compiti e poteri di natura sostanziale o il Governo federale, che ad esso risponde, dovrebbe poter esercitare una decisiva influenza sulla procedura decisionale europea²². Agli Stati membri dovrebbe rimanere sufficiente spazio per la gestione politica dei rapporti economici, culturali e sociali. Ciò varrebbe in particolare per settori che incidono sulle condizioni di vita dei cittadini, soprattutto sulla sfera privata della autoresponsabilità e della sicurezza personale e sociale, tutelata dai diritti fondamentali, così come per le decisioni politiche, che dipendono in modo particolare dai modelli culturali, storici o linguistici. Tra gli ambiti essenziali di gestione democratica la Corte colloca la cittadinanza, il monopolio del potere civile e militare, le entrate e le uscite pubbliche, incluso l’indebitamento, così come le ipotesi di ingerenza decisive per la realizzazione dei diritti fondamentali, soprattutto in caso di interventi incisivi sui diritti fondamentali, come la privazione della libertà personale nella giustizia penale o le misure di ricovero²³. A questo proposito la Corte richiama l’attenzione sul fatto che i processi democratici presuppongono una opinione pubblica efficace, che evidenzi le alternative materiali e personali; dato che la percezione e la discussione pubblica dei temi politici resta collegata in misura rilevante a modelli di identificazione nazionali, linguistici,

²¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 328.

²² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 244, 246.

²³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 249.

storici e culturali, dovrebbe essere materialmente limitato il trasferimento di competenze in settori politicamente centrali²⁴. Ciò varrebbe in particolare per il diritto penale e per il diritto processuale penale: a prescindere dall'esistenza di valori condivisi documentata dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, la criminalizzazione di comportamenti sociali sarebbe solo in parte desumibile normativamente da valori e premesse morali condivisi a livello europeo e la decisione relativa alla punibilità di un determinato comportamento ed alla pena adeguata sarebbe affidata in misura particolare al processo decisionale democratico. Un trasferimento di poteri sovrani al di là della cooperazione intergovernativa potrebbe condurre ad una armonizzazione soltanto a determinate condizioni e in relazione a determinati fatti di rilievo transnazionale; in ogni caso, agli Stati membri dovrebbero essere lasciati sostanziali spazi di manovra²⁵.

Questi limiti costituzionali sarebbero (ancora) salvaguardati dal Trattato. La Corte a questo proposito affronta in modo particolarmente critico l'estensione delle competenze dell'Unione nel settore della giustizia penale²⁶. A prescindere dagli obblighi internazionali ed europei di criminalizzazione di determinati comportamenti, in particolare quando si tratta di fatti transnazionali, la decisione riguardo alla punibilità di un determinato comportamento richiederebbe sostanzialmente la immediata decisione democraticamente legittimata del legislatore nazionale: il diritto penale nella sua essenza non è uno strumento tecnico giuridico destinato a rendere più effettiva una cooperazione internazionale, ma garantisce la sensibile decisione sul minimo etico del diritto (cfr. anche la procedura del "freno di emergenza", ex art. 83, comma 3, TFUE)²⁷. La Corte riconosce che il trasferimento della competenza penale può essere giustificato nella misura in cui si tratti della lotta alla grave criminalità transnazionale o della repressione di reati contro i principi dell'Unione propri di uno Stato di diritto (corruzione); tuttavia, la dimensione transnazionale presupposta nell'art. 83, comma 1, TFUE non è data dal fatto che gli organi dell'Unione abbiano formato una volontà politica convergente per criminalizzare un determinato comportamento²⁸. L'interpretazione perciò necessa-

²⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 251.

²⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 253.

²⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 352 ss.; riguardo agli altri settori essenziali della sovranità statale, v. n. 367 ss.

²⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 357 s.

²⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 359.

riamente stretta delle competenze indicate nei Trattati si estenderebbe anche alla cooperazione penale in base al principio del reciproco riconoscimento ed al diritto processuale penale (art. 82 TFUE)²⁹. La Corte si pone in modo particolarmente scettico nei confronti della “competenza indiretta” per il ravvicinamento del diritto penale (art. 83, comma 2, TFUE); ad avviso della Corte si tratta di una ipotesi eccezionale, che sarebbe integrata soltanto quando sussista effettivamente un rilevante deficit di esecuzione in relazione alle disposizioni armonizzate e questo possa essere rimosso soltanto attraverso la minaccia di una sanzione (penale)³⁰. Ulteriori dubbi si pongono secondo la Corte rispetto alla possibilità di integrazione degli ambiti criminali citati nell’art. 83, comma 1; dato che di fatto si tratta di una estensione delle attuali competenze, un’approvazione del rappresentante tedesco nel Consiglio sarebbe ammissibile – come nel caso della generale “clausola passerella” – soltanto sulla base di una corrispondente legge di approvazione (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG); inoltre, la competenza penale degli Stati membri potrebbe essere preservata non estendendo l’armonizzazione ad un intero settore delittuoso, ma limitandola ad una variante di fattispecie³¹. Da un punto di vista sostanziale, alle competenze penali vengono imposti dei limiti attraverso il principio di colpevolezza contenuto nella tutela della dignità umana (art. 1, Abs. 1, GG), che costituisce parte integrante della indisponibile identità costituzionale tedesca (art. 79, Abs. 3, GG)³². In considerazione dell’incidenza del diritto penale sulla libertà individuale, si dovrebbero stabilire requisiti particolari per la legittimazione democratica, nella misura in cui agli Stati membri vengono concessi diritti speciali attraverso il procedimento del “freno di emergenza” (art. 82, comma 3; art. 83, comma 3, TFUE); pertanto, tali diritti dovrebbero esercitarsi soltanto secondo le direttive del *Bundestag* e – se richiesto dalle disposizioni costituzionali sulla legislazione – del *Bundesrat*³³.

4. Legittimazione democratica sul piano dell’Unione

Ai sensi della clausola di garanzia strutturale (“*Struktursicherungsklausel*”) (art. 23, Abs. 1, primo periodo, GG) la partecipazione allo sviluppo dell’Unione europea presuppone che questa corrisponda a principi democratici. La

²⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 360.

³⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 362.

³¹ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 363.

³² BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 364.

³³ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 365.

Corte stabilisce i requisiti costituzionali per la struttura organizzativa e la procedura decisionale in base all'estensione dei poteri sovrani trasferiti ed al grado di autonomizzazione politica rispetto alla loro tutela: mentre in una Unione ("Verbund") di Stati sovrani, caratterizzata da tratti marcati di cooperazione intergovernativa, è sufficiente la legittimazione democratica mediata dai Parlamenti (e Governi) nazionali e integrata dal Parlamento europeo eletto in via diretta, in caso di adesione ad uno Stato federale europeo (ammissibile soltanto attraverso l'art. 146 GG) dovrebbe pretendersi il livello di legittimazione valido per un potere federativo organizzato in forma di Stato³⁴. Lo stesso vale se l'ambito di competenza, l'autonomia decisionale politica e il grado della autonoma formazione della volontà degli organi dell'Unione dovesse raggiungere un livello analogo allo Stato; una tale sproporzione tra tipo ed estensione dei poteri sovrani esercitati e misura della legittimazione democratica fonderebbe un deficit strutturale di democrazia – non più tollerabile ai sensi dell'art. 23, Abs. 1, terzo periodo, in combinato disposto con l'art. 79, Abs. 3, GG³⁵. Finché una tale sproporzione non sussiste e la disciplina europea delle competenze segue il principio di attribuzione specifica limitata, l'Unione europea non è tenuta a soddisfare queste esigenze, poiché essa esercita soltanto un potere sovrano derivato e la legittimazione democratica viene mediata in primo luogo dai Parlamenti nazionali (v. *supra* riguardo alla responsabilità per l'integrazione)³⁶.

Agli occhi della Corte il Trattato di Lisbona risponde a tali requisiti, poiché l'Unione rimane una associazione di Stati sovrani e, a fronte del trasferimento di fatto limitato di poteri sovrani, la Costituzione non impone di strutturare il sistema istituzionale europeo in modo analogo a quello statale³⁷. La Corte spiega di seguito che l'Unione, anche con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non subisce ancora alcuna modifica che comporti un livello di legittimazione corrispondente a quello di una democrazia costituita in forma di Stato³⁸.

Il contingentamento dei mandati per il Parlamento europeo non corrisponderebbe al principio della eguaglianza del voto (stesso valore numerico e stessa probabilità di successo di ciascun voto) e determinerebbe che la maggioranza dei delegati potrebbe non rappresentare la maggioranza della popola-

³⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 262 s.

³⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 264.

³⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 266 s., 271 s.

³⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 278.

³⁸ BVerfG, *loc.ult.cit.*, n. 276 ss.

zione; in questo modo un Governo (europeo) fornito dei consueti poteri non potrebbe essere legittimato in via parlamentare, cioè democraticamente³⁹. Poiché le basi istituzionali e organizzative dell'Unione sarebbero caratterizzate dal principio della uguaglianza degli Stati, questa sarebbe “notevolmente iper-federalizzata”⁴⁰. La Corte considera contraddittorio il fatto che il Trattato di Lisbona si orienti al modello strutturale dello Stato federale, senza creare le corrispondenti basi pattizie e democratiche⁴¹. Gli elementi del Trattato di Lisbona, diretti ad un rafforzamento della legittimazione democratica (partecipazione dei Parlamenti nazionali; dialogo tra gli organi dell'Unione e i gruppi di interessi; iniziativa dei cittadini; v. art. 11 TUE), non sarebbero idonei a compensare tale deficit⁴².

II. *Analisi critica*

1. *La sovranità dello Stato come elemento costitutivo della “garanzia di eternità”*

Con la statualità della Repubblica federale tedesca garantita dalla Costituzione la Corte costituzionale⁴³ si appropria della tesi, diffusa nella dottrina pubblicistica, che concepisce lo Stato come necessario presupposto per la tutela dei principi fissati nell'art. 20, Abs. 1, GG e per tale ragione considera la rinuncia alla statualità attuata attraverso l'adesione ad uno Stato europeo federale come una violazione della garanzia di eternità (art. 79, Abs. 3, GG)⁴⁴. Si può senz'altro dubitare del fatto che il concetto di sovranità dello Stato posto dalla Corte a fondamento della propria decisione sia ancora in grado di cogliere adeguatamente il processo di integrazione. Purtroppo i modelli di “federalismo sovranazionale”⁴⁵ o di “federazione costituzionale europea”⁴⁶

³⁹ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 279 ss.

⁴⁰ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 288.

⁴¹ BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 296.

⁴² BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 289 ss.

⁴³ V. anche già BVerfGE 113, 273, 298 (mandato di arresto europeo).

⁴⁴ Hain, in *von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz*, vol. 2, 5. ed., 2005, art. 79, n. 136; Hillgruber, in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 3ª ed., 2004, § 32 n. 41, 108; Isensee, *ivi*, § 15 n. 198; Kirchhof, *ivi*, § 21 n. 84.

⁴⁵ *Von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999.

⁴⁶ Pernice, *VVDStRL*, 60, 2001, 148, 163 ss.; Calliess, in *Calliess/Ruffert, EUV/EGV*, 3ª ed., 2007, art. 1 EUV, n. 36 ss.

elaborati in dottrina vengono citati solo marginalmente, tanto meno discussi⁴⁷. Indugiando la Corte sulla tradizionale dicotomia Stato federale – Unione di Stati, lo sguardo viene spostato troppo presto sul risvolto della perdita della propria sovranità e diviene impossibile una differenziata valutazione sul piano del diritto costituzionale delle possibili modalità di rinuncia alla sovranità⁴⁸. La Corte evita di discutere tale questione deducendo la garanzia della sovranità statale dal principio democratico (autodeterminazione del popolo tedesco), senza approfondire la vicina questione se e in quale misura si potrebbe rispettare il principio democratico anche attraverso elezioni e votazioni in uno Stato federale europeo. La concezione olistica (“statalistica”) della democrazia riferita al popolo tedesco guadagna superiorità sulla concezione, formulata in modo altrettanto enfatico nella sentenza, individualistica della democrazia, che assume come punto di partenza il singolo cittadino, i cui diritti democratici di partecipazione non sono necessariamente limitati allo Stato tedesco⁴⁹.

La Corte contrappone allo stesso tempo il principio democratico al legislatore (democraticamente legittimato) che modifichi la Costituzione, per limitare i suoi poteri⁵⁰. L’annullamento delle leggi di esecuzione (*Begleitgesetze*) del Trattato di Lisbona poggia su una diffidenza nei confronti del legislatore parlamentare, che ha trovato espressione già nella sentenza relativa al mandato di arresto europeo⁵¹. In questo modo, tuttavia, l’equilibrio istituzionale tra legislatore in sede di revisione costituzionale e giurisdizione costituzionale viene notevolmente disturbato, poiché la decisione riguardo a (ulteriori) trasferimenti di competenze all’Unione europea viene sottratta al processo politico e consegnata alla verifica da parte della Corte costituzionale⁵². Conseguenza di

⁴⁷ Ruffert, *DVBL*, 2009, 1197, 1198 s.; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 728; cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.*, n. 347, riguardo ai paralleli storici con la nascita dello Stato federale tedesco indicati da Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, 110 ss.

⁴⁸ Cfr. Herdegen, in Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, art. 79, n. 162.

⁴⁹ V. in merito, Kottmann/Wohlfahrt, *ZaöRV*, 69, 2009, 443, 444 ss., 448 s.

⁵⁰ Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 659.

⁵¹ BVerfGE 113, 273, 315: la Corte ha dichiarato nulli non soltanto i voti impugnati con il ricorso costituzionale, ma l’intera legge di conversione, per consentire al legislatore (sic!) di decidere “in libertà normativa” riguardo alla riformulazione della legge; v. per una critica il parere dissenziente del giudice Gerhardt, BVerfGE 113, 273, 339, 345; Böse, in Grützner/Pötz/Kreß, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3. ed., pre § 78 IRG, n. 18, con ulteriori riferimenti.

⁵² Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868 s.; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1208 s.

questa concezione è che il Governo e il Parlamento, in virtù del loro vincolo all'ordinamento costituzionale, non possono aspirare ad una adesione ad uno Stato federale europeo, ma piuttosto la devono impedire con forza⁵³. Un partito politico che persegua una tale adesione minaccia l'esistenza della Repubblica federale tedesca e correrebbe il rischio di essere proibito in quanto contrario alla Costituzione (art. 21, Abs. 2, GG)⁵⁴. Il perseguimento di un obiettivo politico, che per decenni era radicato nel programma di partito della CDU⁵⁵, rientrerebbe così nella sfera dell'alto tradimento (§ 81 in combinato disposto con il § 92, Abs. 1, StGB)⁵⁶. La "garanzia di eternità" (art. 79, Abs. 3, GG), che dovrebbe fornire una tutela rispetto alla reintroduzione di un regime totalitario, diviene una norma di difesa contro uno Stato federale europeo⁵⁷.

Non è oggi possibile prevedere se si arriverà alla costituzione di uno Stato federale europeo. L'interrogativo se dal punto di vista della Germania questo obiettivo debba essere perseguito dovrà essere discusso politicamente al momento opportuno e non può essere tabuizzato mediante un riferimento alla Costituzione. Ci possono essere buone ragioni per far dipendere un tale passo, in quanto decisione basilare sui fondamenti dell'ordinamento costituzionale, da una votazione popolare (art. 146 GG); tale questione rimane tuttavia al di fuori dell'ambito di disciplina della "garanzia di eternità" (art. 79, Abs. 3, GG)⁵⁸. Si potrebbe ora rilevare che questi interrogativi sono di natura puramente accademica, finché l'istituzione di uno Stato federale europeo non sia posta all'ordine del giorno. La scottante attualità di questa sentenza è data tuttavia dal fatto che la Corte non delimita l'ambito di applicazione dell'art. 79, Abs. 3, GG all'adesione ad uno Stato federale europeo, ma lo estende anche all'ampio processo di autonomizzazione del potere politico attraverso l'Unione europea (v. *supra* II.1.). Poiché la Corte definisce i limiti costituzionali

⁵³ Così, Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 876.

⁵⁴ Hillgruber/Goos, *Verfassungsprozessrecht*, 2ª ed., 2006, n. 706; *contra*, Klein, in Maunz/Dürig, art. 21, n. 523, con ulteriori riferimenti; riguardo alle ulteriori condizioni di un *Parteiverbot*, in particolare di una "condotta attivamente combattiva, aggressiva", v. BVerfGE 5, 85, 141 s. (proibizione del KPD).

⁵⁵ V. il riferimento in von Bogdandy, *NJW*, 2010, 1, 2.

⁵⁶ Tuttavia, sarebbe punibile come alto tradimento contro la federazione (§ 81 StGB) soltanto una condotta commessa con violenza o minaccia.

⁵⁷ Von Bogdandy, *NJW*, 2010, 1, 2; Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1254; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1208; critico anche Pache, *EuGRZ*, 2009, 285, 296; v. *contra*, Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 875; Schorkopf, *EuZW*, 2009, 718, 719.

⁵⁸ Dreier, in Dreier, *Grundgesetz*, vol. 2, 2ª ed., 2006, art. 79, comma 3, n. 57.

(assoluti!) del processo di integrazione, le decisioni basilari riguardo alla prosecuzione del processo di integrazione vengono sottratte alle istanze politiche che sono in primo luogo a ciò deputate (nonché democraticamente legittimate)⁵⁹. La Corte ricava dall'art. 79, Abs. 3, GG non soltanto concrete direttive per la partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* alla emanazione del diritto secondario dell'Unione⁶⁰, ma anche direttive per lo *status* di membro (nonché eventualmente per la rinuncia a questo condizionata al diritto dell'Unione) all'interno della organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁶¹. Nella dottrina penalistica le argomentazioni della Corte riguardo al principio di colpevolezza vengono interpretate in modo tale che l'introduzione di sanzioni penali per le persone giuridiche sarebbe inammissibile per ragioni costituzionali⁶². Se si seguisse questa interpretazione⁶³, l'introduzione in Germania della pena societaria (*Verbandsstrafe*) sarebbe vietata allo stesso legislatore in sede di revisione costituzionale. L'unico modo per superare i (supposti) limiti tracciati dalla Corte consisterebbe nella abrogazione della Costituzione mediante violenza rivoluzionaria⁶⁴.

2. Dottrina sulle funzioni dello Stato e riserve di competenza

Il vincolo del principio democratico alla forma statale, ritenuto necessario dalla Corte, prosegue nel postulato di una sufficiente autonomia decisionale del legislatore nazionale. La Corte non si accontenta pertanto di fornire indicazioni generali, ma definisce gli ambiti essenziali per l'autonomia democratica dello Stato costituzionale, nei quali un trasferimento di poteri sovrani è ammissibile soltanto entro ristretti limiti⁶⁵. Poiché questi settori politici dipendono in modo particolare da concezioni culturali, linguistiche e storiche, a livello europeo non vi sarebbe una risposta sufficiente⁶⁶.

⁵⁹ Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1210.

⁶⁰ Cfr. Pache, *EuGRZ*, 2009, 285, 295.

⁶¹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 372 ss., 375; critici, Halberstam/Möllers, in *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1246; Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 730.

⁶² Zimmermann, *Jura*, 2009, 844, 851; v. anche Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 660.

⁶³ In senso contrario depone, in particolare, il collegamento con la dignità dell'uomo sottolineato in motivazione (art. 79, Abs. 3, in combinato disposto con l'art. 1, Abs. 1 GG) e che non può spettare ad una federazione.

⁶⁴ Nettesheim, *NJW*, 2009, 2867, 2868 s.

⁶⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 249, 251 s.

⁶⁶ Schorkopf, *EuZW*, 2009, 718, 721; v. anche Hillgruber/Gärditz, *JZ*, 2009, 872, 879 s.

Con questo riferimento alle condizioni effettive della legittimazione democratica (v. al riguardo *infra* 3), la dottrina delle funzioni dello Stato formulata dalla Corte viene motivata in modo insufficiente⁶⁷. L'enumerazione degli ambiti essenziali resistenti alla integrazione sembra a prima vista plausibile, ma ad una osservazione più attenta si dimostra poco convincente. Così, in relazione agli "ambiti che reggono lo Stato"⁶⁸ (cittadinanza, potere di bilancio, monopolio del potere civile e militare) si pone la questione relativa alla inclusione del sistema monetario⁶⁹, che secondo la concezione tradizionale rientra tra le funzioni esclusive dello Stato⁷⁰. Gli ambiti determinanti per l'identità culturale (lingua, educazione e istruzione)⁷¹ non appartengono invece alle funzioni esclusive, ma a quelle concorrenti dello Stato – ovvero a quelle che non sono affidate solo allo Stato⁷². Utilizzando il criterio della identità (culturale, storica) sarebbe stato opportuno considerare anche il diritto civile come ambito nazionale essenziale, posto che il codice civile rappresenta certamente una delle codificazioni centrali dopo la nascita dello Stato nazionale tedesco⁷³. Il collegamento ai modelli culturali, linguistici e storici si rivela in questo quadro poco utilizzabile, poiché questi sono rintracciabili anche in settori che già da molto tempo sono stati toccati dal processo di integrazione; si pensi soltanto alla norma sulla purezza per la birra ("*Reinheitsgebot*") secondo il diritto tedesco⁷⁴. L'enumerazione selettiva delle funzioni statali essenziali è pertanto puramente funzionale al risultato ed è dovuta alla preoccupazione di preservare le competenze degli Stati membri che finora sono state risparmiate dal processo di integrazione, definite ampiamente resistenti

⁶⁷ V. la corrispondente critica in *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 3; *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; *Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV*, 443, 461; *Ruffert, DVBl*, 2009, 1197, 1204; *Schönberger*, in *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁶⁸ *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 879.

⁶⁹ V. riguardo alle funzioni esclusive e concorrenti dello Stato, *Isensee*, in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, vol. IV, 3ª ed., 2006, § 73, n. 26, con riferimento a *Jellinek, Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., 1914, 255 ss.

⁷⁰ V. la corrispondente critica in *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; *Schönberger, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁷¹ Cfr. *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 879 s.

⁷² *Isensee, loc.ult.cit.* (nota 66). Lo stesso vale per il settore della "previdenza esistenziale" (*Daseinsvorsorge*) (*Isensee, loc.ult.cit.*), nella misura in cui il BVerfG (*loc.ult.cit.*, n. 257 ss.) considera anche la gestione dell'ordinamento sociale una funzione statale essenziale.

⁷³ *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250.

⁷⁴ V. riguardo alla anti giuridicità comunitaria (art. 34 TFUE, ex-art. 28 TUE), CGCE, causa 178/84 (Commissione Germania), Racc. 1987, 1227 ss.

all'integrazione (*integrationsfest*)⁷⁵.

Questa critica sostanziale vale anche e soprattutto per il diritto penale e per il diritto processuale penale. La Corte riconosce espressamente che l'incorporamento della Repubblica federale tedesca nell'ordinamento internazionale può limitare la libertà di azione del legislatore tedesco e obbligarlo a punire la violazione di norme internazionali⁷⁶. Facendo riferimento a questo proposito al diritto penale internazionale, la Corte nasconde la circostanza rilevante che la punibilità dei più importanti crimini internazionali (*Kernverbrechen*) deriva direttamente dal diritto (penale) internazionale⁷⁷. Tale pretesa punitiva della comunità internazionale, indipendente dalla legislazione nazionale, si lascia integrare solo a fatica nel modello di potestà penale derivato dagli Stati utilizzato dalla Corte costituzionale⁷⁸. La selettività del ricorso al diritto penale quale ambito statale essenziale si traduce nel fatto che la Corte non prende per nulla in considerazione le numerose influenze del diritto comunitario sul diritto penale degli Stati membri. Così, non viene menzionato il fatto che la potestà penale nazionale incontra notevoli limiti nelle libertà fondamentali e nel diritto comunitario secondario⁷⁹. Come dimostra l'esempio della intermediazione nelle scommesse sportive, il primato del diritto comunitario può escludere l'applicazione di disposizioni penali interne (cfr. § 284 StGB)⁸⁰. Il primo Senato della Corte costituzionale tedesca ha espressamente riconosciuto questa giurisprudenza della Corte di giustizia, senza problematizzare la questione della invasione nella potestà penale statale⁸¹. Per tutelare le competenze del legislatore nazionale la riserva di sovranità di diritto penale avrebbe dovuto essere estesa anche ai divieti di criminalizzazione di diritto europeo⁸². Da questa prospettiva si dimostra allo stesso tempo quanto fragile sia l'argomentazione della Corte, nella misura in cui poggia sulla intensità dell'intervento propria della sanzione penale, senza considerare le influenze liberaliz-

⁷⁵ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1241, 1250; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10, 2009, 1201, 1209.

⁷⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 357.

⁷⁷ V. in merito, Werle, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., 2007, n. 81, 85, con ulteriori riferimenti.

⁷⁸ Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 661.

⁷⁹ Folz, *ZIS*, 2009, 427 s.; Meyer, *NStZ*, 2009, 657, 661; Ruffert, *DVBl* 2009, 1197, 1207.

⁸⁰ CGCE, causa C-243/01 (Gambelli), Racc. 2003, I-13031 n. 72; cause riunite C-338/04, 359/04 e 360/04 (Placanica et al.), Racc. 2007, I-1891 n. 68 ss.

⁸¹ BVerfGE 115, 276, 316 s.; *NVwZ*, 2005, 1303, 1304.

⁸² Cfr., ad es., le riserve di Irlanda e Malta rispetto alle disposizioni penali interne sull'interruzione volontaria della gravidanza; al riguardo, v. Böse, in Merli/Huster, *Die Verträge zur Osterweiterung* (2008), 461, 478 s.

zanti del diritto dell'Unione europea sul diritto penale nazionale⁸³.

Ora si deve ammettere che in tempi recenti l'evoluzione politico-normativa è stata determinata prevalentemente da obblighi di diritto europeo di introdurre (o estendere) disposizioni penali⁸⁴. Non stupisce pertanto che la Corte affronti nelle sue argomentazioni anche il conseguente nesso tra la questione della competenza della Comunità o dell'Unione europea e quella della giustificazione materiale della pena (statale). La concezione liberale, che viene opposta alla competenza penale dell'Unione, si trova tuttavia in singolare contrasto con la fiducia dimostrata al legislatore nazionale, quando la Corte osserva che quest'ultimo è "sostanzialmente libero" nella decisione se tutelare un bene giuridico con lo strumento penale⁸⁵. I ridotti requisiti materiali che la Corte pone per la giustificazione materiale della pena quale invasione nei diritti fondamentali, contrastano con il significato che essa attribuisce alla legittimazione (procedurale) democratica della legge penale. L'ulteriore riferimento alle basi storiche e culturali dell'ordinamento penale nazionale ottiene in questo quadro una patente legittimante, che echeggia anche nell'ultima decisione emanata dal medesimo Senato sulla punibilità dell'incesto (§ 173 StGB)⁸⁶. Il riferimento a modelli culturali di comportamento è tuttavia insufficiente per una giustificazione materiale delle norme penali e risulta pertanto poco convincente anche in relazione alla questione della competenza⁸⁷. Inoltre, a fronte della progressiva penetrazione del diritto penale nel diritto europeo e internazionale, si può a buon diritto dubitare che esso possa ancora considerarsi genuina espressione della cultura penale nazionale⁸⁸.

In definitiva, va contraddetta l'opinione della Corte costituzionale, secondo cui con il Trattato di Lisbona verrebbero "notevolmente estese" le competenze dell'Unione in campo penale⁸⁹. Per il momento la Corte riconosce ancora espressamente che, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, la competenza indiretta (art. 83, comma 2, TFUE) non vada oltre lo *status quo*,

⁸³ V. al riguardo, *Jens, Der nationale Strafrechtsanwender unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (2006), 42 ss.

⁸⁴ V. pertanto le numerose decisioni quadro ai sensi dell'art. 31, comma 1, TUE versione precedente; v. i riferimenti in *Böse*, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum StGB*, 3. ed. (2010), pre § 3 n. 4.

⁸⁵ V. BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 356.

⁸⁶ BVerfGE 120, 224, 243, 248.

⁸⁷ *Braum, ZIS*, 2009, 418, 423, 424.

⁸⁸ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

⁸⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 352.

ma essa vi intravede poco dopo una “rilevante estensione della competenza in materia penale rispetto alla situazione giuridica finora vigente”⁹⁰. A prescindere dall’attribuzione della competenza ad istituire una procura europea (art. 86 TFUE), l’ambito materiale delle precedenti competenze non viene ampliato, se si ritiene, in accordo con l’opinione dominante, che l’elencazione degli ambiti indicati negli artt. 30 e 31 TUE non abbia determinato in via definitiva l’estensione delle competenze dell’Unione⁹¹. Sulla base di questa interpretazione il Consiglio ha emanato una serie di atti che riguardano non soltanto il diritto penale, ma anche il diritto processuale penale⁹², senza che ciò sia stato finora censurato dalla Corte costituzionale⁹³. Il significato delle nuove regolamentazioni consiste soprattutto nel fatto che la cooperazione penale è stata “sovranzionalizzata”. Nonostante le connesse conseguenze per l’esercizio delle corrispondenti competenze, il loro ambito non viene complessivamente esteso, ma piuttosto limitato attraverso una disciplina più precisa e definitiva (v. *infra* III.1.)⁹⁴. Ciò vale non solo per il contenuto (determinazione sostanzialmente tassativa degli ambiti delittuosi che devono essere armonizzati, v. art. 83, comma 1, TFUE; v. anche art. 82, comma 2, secondo periodo, TFUE), ma anche per le tipologie di condotta (direttiva, v. art. 82, comma 2; art. 83, commi 1 e 2, TFUE), la procedura (estensione del “procedimento del freno di emergenza” alla competenza indiretta, v. art. 88, comma 3) e le riserve nazionali (nessun esercizio di poteri coercitivi da parte dell’Europol, v. art. 88, comma 3, secondo periodo). Ciò conduce al risultato paradossale che la richiesta, sollevata dopo la decisione della Corte, di recuperare il “terreno perduto”⁹⁵ attraverso la revoca di atti giuridici già emanati, non può essere soddisfatta semplicemente in base alle restrizioni di competenza entrate in vigore. Così, la decisione quadro sulla lotta al razzismo e alla xenofobia⁹⁶ non

⁹⁰ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 352, 361.

⁹¹ Avvocato generale Kokott, in CGCE, causa C-105/03 (Pupino), Racc. 2005, I-5289 n. 50; Böse, in Schwarze, *EU-Kommentar*, 2. ed. (2009), art. 30 TUE, n. 1, art. 31, n. 1, 3, con ulteriori riferimenti.

⁹² V. i riferimenti in Böse, in Schwarze, *EU-Kommentar*, art. 31, TUE, n. 5 ss., 9 s.

⁹³ V. in generale riguardo agli artt. 29 ss. TUE, BVerfGE 113, 273, 297 s., 300 s.; per la giurisprudenza della CGCE riguardo alla interpretazione conforme alla decisione quadro, v. BVerfG, in *StV*, 2006, 541 s.

⁹⁴ V. per la corrispondente critica della argomentazione della Corte costituzionale, *Ambos/Rackow*, *ZIS*, 2009, 397, 404; *Heger*, *ZIS*, 2009, 406, 413; *Suhr*, *ZEuS*, 2009, 687, 705 s.

⁹⁵ *Hillgruber/Gärditz*, *JZ*, 2009, 872, 879.

⁹⁶ Decisione quadro 2008/913/JI del Consiglio del 28 novembre 2008, GUCE L 328 del 9 dicembre 2008, 55.

potrebbe essere annullata sulla base delle competenze stabilite dall'art. 83, comma 1, TFUE, ma richiederebbe una decisione del Consiglio per l'ampliamento delle competenze dell'Unione europea (art. 83, comma 1, terzo e quarto periodo, TFUE)⁹⁷.

3. Legittimazione democratica a livello europeo

Per la legittimazione democratica dell'Unione europea la decisione punta in prima linea sui Parlamenti nazionali, mediante il rafforzamento della loro influenza sui negoziati all'interno del Consiglio. Va salutato con favore⁹⁸ il fatto che non sia stata riproposta la concezione adottata nella sentenza sul mandato di arresto europeo, secondo la quale può essere garantita una sufficiente legittimazione democratica lasciando al Parlamento nazionale il potere politico di decisione riguardo alla esecuzione delle direttive europee – in caso anche attraverso il rifiuto dell'esecuzione⁹⁹. Il maggiore coinvolgimento dei Parlamenti nazionali è un obiettivo essenziale del Trattato di riforma: tuttavia, la Corte va al di là della disciplina ivi contenuta e per le “clausole passerella” e per i procedimenti per la revisione semplificata del Trattato adduce requisiti per l'approvazione che sono compatibili a malapena con il diritto primario pattizio¹⁰⁰. La “nobile assolutizzazione” della Costituzione¹⁰¹, avvenuta per tutelare la legittimazione democratica, nasconde allo stesso tempo il pericolo di paralizzare le procedure decisionali a livello europeo. A fronte del compito costituzionale indicato dall'art. 23 GG e della “*Europafreundlichkeit*” della Costituzione, evidenziata dalla stessa Corte, non convince una interpretazione che – qualora le Corti costituzionali degli altri 26 Stati membri deducessero dai rispettivi testi costituzionali un analogo diritto di partecipazione dei propri Parlamenti nazionali – porterebbe a pregiudicare il funzionamento dei meccanismi previsti nel Trattato¹⁰². Questo rilievo critico non mette in alcun

⁹⁷ Suhr, *ZEuS*, 2009, 687, 699. Come alternativa si dovrebbe pensare di utilizzare la competenza indiretta secondo l'art. 83, comma 2, in combinato disposto con l'art. 19, comma 1, TFUE; anche ciò presuppone tuttavia una decisione unanime del Consiglio.

⁹⁸ V. già la convincente critica nel parere dissenziente del giudice *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 113, 273, 336.

⁹⁹ BVerfGE 113, 273, 301.

¹⁰⁰ Von Bogdandy, *NJW*, 2010, 1, 3; Classen, *JZ*, 2009, 881, 885 s.; Kottmann/*Wohlfahrt*, *ZaöRV*, 69 (2009), 443, 457. Hillgruber/*Gärditz*, *JZ*, 2009, 872, 878, hanno per questo motivo richiesto una corrispondente riserva di interpretazione.

¹⁰¹ Oppermann, *EuZW*, 2009, 473.

¹⁰² V. riguardo al principio di generalizzazione come parametro della interpretazione costi-

modo in questione la prospettiva costituzionale della disamina¹⁰³, ma indica soltanto la necessità di una interpretazione della Costituzione che sia in grado di accordarsi con il processo di integrazione. Inoltre, non si può trascurare il fatto che la posizione del Governo federale nei negoziati del Consiglio viene indebolita da un vincolo alla posizione stabilita o che ancora deve essere elaborata dal *Bundestag* (o eventualmente dal *Bundesrat*)¹⁰⁴. Ciò può sembrare accettabile finché l'emanazione di un atto presupponga l'unanimità, ma diviene rischioso dopo il passaggio alla votazione a maggioranza attuato sostanzialmente anche nella cooperazione penale: una posizione negoziale non flessibile aumenta il pericolo che la Repubblica federale tedesca venga messa in minoranza e che i diritti di partecipazione del *Bundestag* tedesco diventino inefficaci. In questo modo divengono evidenti i limiti di una legittimazione democratica attraverso i Parlamenti nazionali: il passaggio al voto a maggioranza conduce alla rottura della catena di legittimazione, se la Repubblica federale tedesca viene messa in minoranza nel Consiglio¹⁰⁵. Le direttive della Corte riguardo al meccanismo del "freno di emergenza" (art. 82, comma 3; art. 3, comma 3, TFUE) non escludono tale pericolo, poiché il rappresentante tedesco nel Consiglio deve esercitare tale diritto soltanto su indicazione del *Bundestag*¹⁰⁶, ma non è tenuto a esercitarlo ogni volta che la Repubblica federale tedesca rischia di essere messa in minoranza nel Consiglio¹⁰⁷.

Questi deficit sollevano la questione se e in quale misura il Parlamento europeo possa contribuire alla legittimazione democratica della produzione legislativa a livello europeo. La Corte costituzionale tedesca nega questa possibilità, assegnando al Parlamento europeo una funzione meramente integrativa,

tuzionale, *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1; con riferimento al corrispondente problema nell'esercizio di una competenza di verifica attraverso i tribunali costituzionali nazionali, *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 5; *Pache, EuGRZ*, 2009, 285, 297.

¹⁰³ V. però la corrispondente critica di *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 400; *contra*, v. *von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 4.

¹⁰⁴ *Von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 5.

¹⁰⁵ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 661, il quale giustamente considera poco convincente la via d'uscita, rimasta in questo caso l'unica fonte di legittimazione democratica tramite i Parlamenti nazionali, rappresentata dalla legge di approvazione che autorizza il passaggio alla decisione a maggioranza.

¹⁰⁶ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 418.

¹⁰⁷ V. al riguardo, *infra* III.2. Anche se si dovesse ammettere un obbligo generale di avviare il procedimento del "freno di emergenza", finché il *Bundestag* non vi rinunci espressamente, nel quadro dell'art. 82, comma 1, TFUE, potrebbe comunque accadere che il governo tedesco venga battuto nel Consiglio.

ma allo stesso tempo sottolinea che in questo modo non è possibile raggiungere il livello di legittimazione proprio di un Parlamento nazionale. Per sostenere – sulla base delle precedenti considerazioni relative ai Parlamenti nazionali – la sufficiente legittimazione democratica attraverso il Parlamento europeo, non ci sarebbe stato bisogno di queste argomentazioni. Queste si spiegano piuttosto con il fatto che il livello di legittimazione, secondo la Corte insufficiente, costituisce una ragione ulteriore per rafforzare i Parlamenti nazionali. Per converso, una valorizzazione del Parlamento europeo come fonte di legittimazione democratica rappresenta una minaccia per la sovranità, costituzionalmente garantita, della Repubblica federale tedesca¹⁰⁸, che fa apparire indesiderabile una ulteriore democratizzazione dell'Unione¹⁰⁹. L'Unione viene così esposta ad esigenze costituzionali tra loro contrastanti, che non è in grado di soddisfare: se vengono poste le condizioni per un livello di legittimazione proprio di una democrazia statale, si avvia, sulla base della connessa autonomizzazione delle procedure decisionali politiche, il passaggio ad uno Stato federale europeo – costituzionalmente inammissibile¹¹⁰. In questo modo, il processo di integrazione non viene solamente “decelerato”, ma posto su un binario morto.

Le argomentazioni della Corte costituzionale riguardo alla legittimazione democratica fornita dal Parlamento europeo non convincono neppure sotto il profilo del contenuto. Rispetto al principio della eguaglianza del voto la Corte pone delle condizioni alla legittimazione democratica, che neppure gli Stati federali riescono a soddisfare. La Corte riconosce espressamente che il principio della proporzionalità decrescente viene osservato anche negli Stati federali nella composizione della seconda Camera (tra gli altri del *Bundesrat* tedesco), ma sottolinea che queste Camere non costituiscono un Parlamento eletto dal popolo¹¹¹. Questa obiezione è tuttavia debole, poiché il *Bundesrat* è titolare di ampi diritti di partecipazione alla legislazione; in particolare, la formazione di una legge richiede in molti casi l'approvazione del *Bundesrat*¹¹². Le pretese

¹⁰⁸ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1252.

¹⁰⁹ Kottmann/Wohlfahrt, *ZaöRV*, 69 (2009), 443, 453.

¹¹⁰ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1251 f.; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1201, 1210; Terhechte, *EuZW*, 2009, 724, 729.

¹¹¹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 287. Tuttavia, il *Bundesrat* viene in seguito (n. 407) definito come parte del Parlamento nazionale; v. la corrispondente critica in Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248.

¹¹² V., tra gli altri, gli artt. 16a, Abs. 2, secondo periodo, e Abs. 3, primo periodo; 29, Abs. 7, primo periodo; 72, Abs. 2, secondo periodo; 73, Abs. 2; 74, Abs. 2; 84, Abs. 1, terzo e sesto periodo, Abs. 2 e 5; 85, Abs. 1, primo periodo, Abs. 2, primo periodo; 87d, Abs. 2, C.G.

rivolte alla legittimazione democratica e con ciò alla composizione del *Bundesrat* quale seconda Camera non dovrebbero perciò essere in nessun caso inferiori rispetto a quelle rivolte al *Bundestag*. Applicando in modo coerente il parametro elaborato dalla Corte costituzionale si giungerebbe pertanto al risultato che la partecipazione del *Bundesrat* alla legislazione federale non sarebbe sufficientemente legittimata democraticamente e anche la Repubblica federale tedesca sarebbe quindi “iperfederalizzata”¹¹³. Inoltre, l’esempio di altri Stati federali dimostra che del principio della uguaglianza federativa degli Stati membri si tiene conto in parte anche nella composizione della prima Camera: così, nelle Costituzioni della Svizzera e degli Stati Uniti è previsto che ogni Stato membro debba essere rappresentato da almeno un delegato indipendentemente dal numero della sua popolazione¹¹⁴. Nel Regno Unito la legge elettorale per la Camera bassa stabilisce un contingentamento dei seggi che si allontana dal principio della eguaglianza del voto come nella composizione del Parlamento europeo¹¹⁵. Sulla base di questo parallelo non si rivela convincente la conclusione della Corte, che il Parlamento europeo non rappresenta il popolo europeo, ma i popoli d’Europa¹¹⁶. Nella misura in cui la Corte sottolinea che il diritto di voto al Parlamento europeo si collega alla cittadinanza nazionale, la configurazione giuridica del diritto di voto viene misconosciuta, poiché essa si collega alla residenza del cittadino dell’Unione europea (art. 22, comma 3, TFUE; art. 19, comma 2, TUE prev.); così, uno spagnolo abitante in Grecia può esercitare il diritto elettorale attivo e passivo per la quota greca¹¹⁷. Neppure in questo contesto il binomio contrapposto Unione di Stati – Stato federale è in grado di comprendere in modo adeguato la totalità dei cittadini rappresentati nel Parlamento europeo¹¹⁸.

¹¹³ Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248; Schönberger, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1201, 1212.

¹¹⁴ Schönberger, *Unionsbürger* (2005), 503 s., con riferimento all’art. I, § 2, terzo periodo della Costituzione americana e all’art. 149, comma 4, della Costituzione federale svizzera; v. anche l’ulteriore riferimento (*loc. ult. cit.*, in nota 64) alla corrispondente composizione del collegio elettorale nelle elezioni presidenziali negli Stati Uniti.

¹¹⁵ V. Classen, *JZ*, 2009, 881, 883, secondo cui l’Inghilterra è rappresentata da 529 delegati per 50 milioni di abitanti e il Wales da 40 delegati per 2,9 milioni di abitanti. Un delegato inglese rappresenta dunque 94.000 e un gallese 72.000 elettori.

¹¹⁶ BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 286.

¹¹⁷ Classen, *JZ*, 2009, 881, 883; Halberstam/Möllers, *German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1248 s.

¹¹⁸ Cfr. Classen, *JZ*, 2009, 881, 883 (rappresentazione di una “Unione di popoli”).

Più rilevante è l'obiezione sollevata altrove dalla Corte, che a livello europeo manchi una opinione pubblica efficiente quale necessario presupposto per un processo decisionale democratico¹¹⁹. Di fatto, non si può ignorare che temi politici vengano ancora considerati e discussi prevalentemente dalla prospettiva nazionale e che alla nascita di un'opinione pubblica europea si frappongono notevoli ostacoli, primo fra tutti la varietà linguistica¹²⁰. Questi deficit non dovrebbero tuttavia spostare l'attenzione sul fatto che lo Stato democraticamente costituito dipende dalla opinione pubblica e dalla intermediazione di interessi quali presupposti per una democrazia efficiente, ma che non è in grado di garantirli giuridicamente¹²¹. Democrazia è piuttosto un concetto normativo, che presuppone soltanto la capacità di una comunità politica di formare una volontà comune¹²². Un *demos* europeo che soddisfi queste esigenze si può riconoscere sulla base di valori condivisi, nonostante gli accertati deficit come comunità politica (cfr. art. 6 TUE)¹²³. Le ulteriori condizioni extragiuridiche per una democrazia efficiente non sono – da un punto di vista giuridico – presupposti di un potere democraticamente legittimato, ma devono essere formate nell'ambito di questa¹²⁴. Nella prospettiva del diritto costituzionale la evocata “stanchezza verso l'Europa”¹²⁵ dei cittadini non è in grado di giustificare un deficit di legittimazione, così come non lo è il deplorato “malumore politico” a livello nazionale. A favore di una tale concezione, basata sulla capacità di evoluzione della rispettiva cultura democratica, depone anche l'esperienza storica del fatto che la nazione, ovvero il popolo quale comunità politica, è nata dallo Stato¹²⁶. Infine, la stessa Corte costituzionale parte dal presupposto che finora l'orientamento della discussione politico-criminale a livello nazionale non si oppone per principio ad un trasferimento di competenze penali all'Unione, ma definisce soltanto l'ambito delle competenze trasferite¹²⁷. Con ciò si riconosce in definitiva che, se viene meno la legitti-

¹¹⁹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 250 s.

¹²⁰ V. già Grimm, *JZ*, 1995, 581, 587 ss.

¹²¹ Grimm, *JZ*, 1995, 581, 587.

¹²² Möllers, *Demokratie - Zumutungen und Versprechen* (2008), 12; *Id.*, *Gewaltengliederung* (2005), 54.

¹²³ V. al riguardo, Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 95 ss., con ulteriori riferimenti.

¹²⁴ Peters, *Common Market Law Review*, 2004, 37, 78 s.

¹²⁵ Ambos/Rackow, *ZIS*, 2009, 397, 398 s., in adesione a Zöller, *ZIS*, 2009, 340, 349.

¹²⁶ Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 111 f.; Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas* (2001), 656s.; *contra*, Ambos/Rackow, *ZIS*, 2009, 397, 399.

¹²⁷ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 251.

mazione fondata sul Parlamento nazionale a causa del passaggio al voto di maggioranza, la legittimazione democratica necessaria per l'esercizio di queste competenze passa (o meglio, deve passare) attraverso il Parlamento europeo (v. *supra*).

III. Conseguenze

1. Le competenze penali dell'Unione tra restrizione e funzionalità

La Corte costituzionale considera (ancora) costituzionalmente legittima l'approvazione della (supposta) estensione delle competenze dell'Unione in materia penale, a condizione che queste siano interpretate in modo restrittivo. La Corte ricorre così al principio della preservazione (*Schonungsgrundsatz*) elaborato in dottrina¹²⁸. Nonostante l'esigenza di una interpretazione restrittiva, la Corte costituzionale presuppone una concezione funzionale delle competenze attribuite nei Trattati, richiedendo una accurata verifica della necessità di una misura di armonizzazione. In questo modo la posizione della Corte è meno distante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia di quanto facciano apparire alcune prime prese di posizione¹²⁹, tanto più che quest'ultima si è chiaramente opposta ad una concezione ampia della competenza indiretta penale¹³⁰.

Una tale interpretazione funzionale poggia non tanto sul testo quanto sullo scopo delle rispettive competenze attribuite nei Trattati. Così, la rinuncia ad un obbligo europeo di penalizzazione del possesso di sostanze stupefacenti per consumo personale è riconducibile non tanto alla stretta osservanza del testo (cfr. art. 31, comma 1, lett. e, TUE prev.: "commercio di sostanze stupefacenti"), quanto alla mancanza di necessità di una armonizzazione ed al principio di sussidiarietà. In ciò si può vedere allo stesso tempo un esempio della limitazione dell'armonizzazione ad una variante di fattispecie raccomandata dalla Corte costituzionale. All'opposto, l'ambito delittuoso della criminalità informatica dovrebbe estendersi non solo agli attacchi a sistemi informatici¹³¹,

¹²⁸ V. al riguardo, *Satzger, Europäisierung des Strafrechts* (2001), 166 ss.

¹²⁹ *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 401; *Kubiciel, GA*, 2010, 36, 42; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850; *contra*, come qui, *Meyer, NSZ*, 2009, 657, 658.

¹³⁰ CGCE, causa C-440/05 (inquinamento marittimo), Racc. 2007, I-9097 n. 70.

¹³¹ V. la decisione quadro sugli attacchi contro i sistemi informatici del 24 febbraio 2005 (GUCE L 69 del 16.3.2005, 67)

ma anche agli altri reati in cui il computer o internet vengano utilizzati come mezzi per la commissione del reato, cosicché, in virtù della rilevanza transnazionale, può essere necessario un adeguamento delle relative disposizioni penali¹³². A favore di una interpretazione funzionale ovvero teleologica depone anche il fatto che, a fronte delle 23 lingue ufficiali attualmente riconosciute, l'analisi del testo spesso non consente di raggiungere risultati univoci.

Se si adotta questo approccio funzionale, occorre differenziare l'interpretazione restrittiva richiesta dalla Corte costituzionale¹³³. Nonostante la riunione delle relative competenze nell'art. 82 ss. TFUE, occorre considerare le loro differenti finalità. La competenza per l'armonizzazione secondo l'art. 83, comma 1, TFUE trova origine nella cooperazione di Schengen e non mette in discussione la competenza penale primaria degli Stati membri, ma mira a sostenere l'azione penale della giustizia nazionale attraverso un miglioramento della cooperazione in materia penale. Sotto questo aspetto l'affermazione enfatica che il diritto penale non costituisca strumento tecnico-giuridico per la implementazione della cooperazione internazionale, non può essere sopravvalutata, poiché la Corte riconosce espressamente l'obiettivo, fissato nell'art. 83, comma 1, TFUE, di migliorare la lotta comune contro la criminalità transnazionale attraverso un adeguamento del diritto penale sostanziale¹³⁴. L'affermazione può dunque essere intesa solo nel senso che non si deve ripiegare in modo affrettato sulla armonizzazione del diritto sostanziale per risolvere problemi riguardanti le relazioni in materia di estradizione e rogatorie. Come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella sua sentenza sul mandato di arresto europeo, il principio del reciproco riconoscimento apre la strada alla preservazione della competenza legislativa degli Stati membri¹³⁵. Così, da (almeno) vent'anni si propone come alternativa all'adeguamento delle disposizioni penali sostanziali una limitazione del principio della doppia incriminazione¹³⁶. Rinunciando al requisito della doppia incriminazione per i reati che sono stati commessi nel territorio dello Stato richiedente¹³⁷, non figurerebbe più nell'ordine del giorno l'armonizzazione di tutti i 32 ambiti criminosi definiti nella

¹³² Cfr. i reati che violano il diritto di autore contenuti nella Convenzione europea sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001 (*European Treaty Series* N. 185).

¹³³ V. per ulteriori differenziazioni, *Sieber*, *ZStW*, 121 (2009), 1, 46 ss.

¹³⁴ BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 358 s.; *contra*, *Kubiciel*, *GA*, 2010, 36, 42.

¹³⁵ BVerfGE 113, 273 (Leitsatz 2); v. anche *Heger*, *ZIS*, 2009, 406, 410 s.

¹³⁶ *Lagodny*, *ZStW*, 101 (1989), 987, 996 s.

¹³⁷ *Klip*, *ZStW*, 117 (2005), 889, 901 s.

decisione quadro sul mandato di arresto europeo, per i quali non avviene la verifica della doppia incriminazione (art. 2, comma 2, della decisione quadro)¹³⁸. Se una armonizzazione si rivela “necessaria”, dal divieto di “strumentalizzazione” del diritto penale emerge la (ovvia) esigenza che l’obbligo europeo di criminalizzazione debba essere proporzionale sotto il profilo materiale della meritevolezza di pena. Ciò dovrebbe potersi garantire tuttavia già sulla base della delimitazione alla “grave” criminalità transnazionale contenuta nell’art. 83, comma 1, TFUE.

La verifica più severa delle condizioni per la armonizzazione implica che il plusvalore di una misura di armonizzazione per la cooperazione penale debba essere motivato in modo approfondito. Un tale plusvalore appare dubbio, ad esempio, quando a livello internazionale esiste già una convenzione ratificata dalla maggior parte degli Stati membri. Anche la “densità” normativa delle direttive dovrà essere analizzata criticamente. Qui si mostrano punti di contatto con la Corte di giustizia, poiché questa ha delimitato la competenza indiretta in modo che l’atto non possa contenere alcuna indicazione relativa alla tipologia e alla gravità delle pene¹³⁹. Poiché questa limitazione viene dedotta dalla considerazione che altrimenti sarebbe in pericolo la coerenza degli ordinamenti penali nazionali, nonché dal principio di sussidiarietà (art. 5, comma 3, TUE)¹⁴⁰, essa dovrebbe essere applicabile fondamentalmente anche ad altre competenze per l’armonizzazione. In seguito all’abbassamento delle condizioni per la estradabilità di un reato (art. 2, comma 1, decisione quadro sul mandato d’arresto europeo), tali indicazioni non sembrano necessarie neppure per il miglioramento della cooperazione¹⁴¹. Indicazioni che riguardano la parte generale potranno essere in parte legittime, per esempio per garantire la punibilità del tentativo¹⁴². Per tutelare l’ordinamento penale nazionale potrebbe tuttavia essere opportuna una riserva, affinché il contenuto di un dato concetto (tentativo, istigazione, concorso di persone, colpa etc.) si determini secondo il diritto penale nazionale del corrispondente Stato membro. Diver-

¹³⁸ Cfr. il programma di Stoccolma approvato dal Consiglio d’Europa il 10 dicembre 2009, doc. 17024/2/09, 29.

¹³⁹ CGCE, causa C-440/05 (inquinamento marittimo), Racc. 2007, I-9097 n. 70.

¹⁴⁰ Avvocato generale Mazak, in CGCE, *loc.ult.cit.*, n. 103 ss.

¹⁴¹ V. al riguardo Böse, in *Opferschutz, Richterrecht, Strafprozessreform*, 28. *Strafverteidiger-tag* (2005), 71, 76 s.

¹⁴² Heger, *ZIS*, 2009, 406, 412, segnala giustamente che l’inquadramento nella parte generale o speciale non è prestabilito per il legislatore.

samente, vi sarebbe il pericolo che la Corte di giustizia attraverso il procedimento decisionale pregiudiziale elabori una dogmatica di parte generale – anche se riferita soltanto ai reati armonizzati –, senza che ciò sia necessario in considerazione degli obiettivi perseguiti con l’armonizzazione.

Ciò vale conformemente per l’armonizzazione del diritto processuale penale nazionale attraverso la determinazione di “disposizioni minime” (art. 82, comma 1, TFUE). Anche la determinazione di questi standard minimi comuni, volta a creare la base per la reciproca fiducia nella giustizia degli altri Stati membri, è utile come strumento “per facilitare il reciproco riconoscimento delle sentenze (...) e della (...) cooperazione in materia penale”. Sulla base dell’indiretto riferimento all’obiettivo perseguito (miglioramento della cooperazione) si devono porre condizioni severe alla necessità di direttive per il diritto processuale penale nazionale. Anche sotto questo aspetto occorre considerare se uno standard minimo comune non possa essere formulato anche attraverso la previsione di un ostacolo alla estradizione o alle rogatorie. Recentemente il legislatore dell’Unione ha scelto questa strada nel caso dell’extradizione per l’esecuzione delle sentenze pronunciate in contumacia¹⁴³.

Le cose stanno diversamente in relazione all’art. 82, comma 1, TFUE. Questa attribuzione pattizia è sorta dalla cooperazione di Schengen (art. 39 ss. CAS – Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen) ed è stata ripresa dal Trattato di Amsterdam (art. 29 ss. TUE prev.), finalizzati direttamente a facilitare l’azione penale transnazionale in seguito alla abolizione delle frontiere interne attraverso il miglioramento del coordinamento e della cooperazione. Tali misure – contrariamente alle “competenze ausiliarie” secondo gli artt. 82, comma 2, e 83, comma 1, TFUE – presentano già sotto il profilo dell’oggetto un riferimento transnazionale diretto, così che non sussiste l’esigenza ulteriore di una interpretazione restrittiva¹⁴⁴. Che l’art. 82, comma 1, TFUE consenta ulteriori ingerenze nella competenza legislativa degli Stati membri si deduce anche dal fatto che la competenza ai sensi dell’art. 82, comma 1, TFUE non è limitata alle direttive, ma comprende anche l’emanazione

¹⁴³ Decisione quadro 2009/299/JI del Consiglio del 26.2.2009 sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e la promozione dell’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo (GUCE L 81 del 27.3.2009, 24); v. in generale per una determinazione più precisa delle condizioni per la cooperazione, Sieber, *ZStW*, 121 (2009), 1, 35 ss.

¹⁴⁴ Cfr. BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 251; v., al contrario, la mancata differenziazione al n. 360.

di regolamenti, e che non trova applicazione il procedimento del “freno di emergenza” (v. art. 82, comma 3, TFUE). Questa competenza (e la rinuncia al requisito della unanimità) non fa apparire di per sé preoccupante¹⁴⁵ il fatto che anche gli atti giuridici volti alla semplificazione dell’extradizione e delle rogatorie possono condurre a notevoli interventi sui diritti fondamentali. Il fatto che la tutela di diritti soggettivi si trovi (ormai) nella responsabilità del Parlamento europeo (v. *supra* II.3.) e – con riferimento alla tutela giudiziaria (art. 47 Carta dei diritti fondamentali) – della Corte di giustizia è piuttosto una conseguenza del trasferimento di poteri sovrani¹⁴⁶. La rilevanza della cooperazione penale per i diritti fondamentali non giustifica pertanto una interpretazione restrittiva; piuttosto, l’Unione ha l’obbligo di affrontare i nuovi pericoli che, a causa della “deterritorializzazione” del potere punitivo nazionale (inseguimento transnazionale, gruppi comuni di investigazione, disponibilità di informazioni), minacciano la posizione giuridica del soggetto indagato o interessato attraverso la determinazione di diritti minimi nel procedimento penale transnazionale¹⁴⁷.

La Corte costituzionale considera particolarmente problematica la competenza indiretta penale. Occorre attendere per capire se e quanto possa essere sfruttata la concretizzazione da parte della Corte dell’espressione “indispensabile”¹⁴⁸ (“grave deficit di esecuzione”, v. *supra* II.2) contenuta nell’art. 83, comma 2, TFUE nell’ambito dell’esercizio dei poteri pattizi¹⁴⁹. Occorre in ogni caso considerare che punto di partenza per il ravvicinamento del diritto penale sostanziale non è più il potere punitivo nazionale, il cui esercizio deve essere favorito mediante il miglioramento della cooperazione, ma che il diritto penale deve essere utilizzato per la tutela dell’ordinamento giuridico dell’Unione¹⁵⁰. Qualora si vedesse in ciò una inammissibile “strumentalizzazione” del diritto penale¹⁵¹, occorre sottolineare che la giustificazione costituzionale della pena secondo il principio di proporzionalità presuppone necessariamente uno scopo (penale), per la cui realizzazione la norma penale è impiegata

¹⁴⁵ Così però, *Heger, JZ*, 2009, 406, 411.

¹⁴⁶ V. anche, *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 663; *Ruffert, DVBl*, 2009, 1197, 1203.

¹⁴⁷ Cfr. *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁴⁸ V. già CGCE, causa C-176/03 (diritto penale dell’ambiente), Racc. 2005, I-7879 n. 48.

¹⁴⁹ *Scettico, Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850.

¹⁵⁰ *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁵¹ *Ambos/Rackow, ZIS*, 2009, 397, 401.

come mezzo¹⁵². È ovvio che non ogni violazione del diritto europeo giustifica la minaccia di una sanzione penale. Tuttavia, si tratta in prima linea di una questione sostanziale, che va tenuta distinta da quella relativa alla competenza dell'Unione (v. *supra* II.3.). Poiché la competenza indiretta si collega ad un ambito politico già armonizzato, in prospettiva funzionale è possibile giustificare una competenza ulteriore rispetto all'art. 83, comma 1, TFUE, tanto più che l'armonizzazione riguarda spesso settori che sono meno contrassegnati da concezioni sociali di valore presenti nel contesto nazionale (disciplina del bilancio, diritto alimentare)¹⁵³. In questo senso anche la Corte costituzionale ha implicitamente riconosciuto che una direttiva ai sensi dell'art. 83, comma 2, TFUE – diversamente rispetto al caso di cui all'art. 83, comma 1, TFUE – non lascia agli Stati membri alcuno spazio sostanziale per la elaborazione della fattispecie, poiché la norma di condotta è già oggetto di una misura di armonizzazione di diritto europeo¹⁵⁴. In base alla diversa funzione del ravvicinamento del diritto penale non vi è in definitiva alcuna ragione per limitare la competenza indiretta, in analogia con l'art. 83, comma 1, TFUE, al campo della criminalità più grave¹⁵⁵.

Merita particolare attenzione la questione, se la competenza indiretta disciplinata nell'art. 83, comma 2, TFUE sia tassativa o se un atto corrispondente possa basarsi anche sulla delega decisiva per la relativa materia. Così, l'opinione dominante parte dal presupposto che sull'art. 325, comma 4, TFUE possano fondarsi anche misure penali per la lotta alla frode¹⁵⁶. Lo stesso potrebbe ammettersi per la delega alla lotta contro la tratta di persone (art. 79, comma 2, lett. *d*, TFUE)¹⁵⁷. Ciò contrasterebbe tuttavia non soltanto con la interpretazione restrittiva richiesta dalla Corte costituzionale, ma anche con la sistematica delle competenze pattizie dell'Unione, posto che l'assunzione della competenza indiretta penale indipendentemente dalla relativa competenza

¹⁵² BVerfGE 90, 145, 172; 92, 326, 337; 120, 224, 240; v. al riguardo *Appel, Verfassung und Strafe* (1998), 73 ss., 171 ss., 576 ss. e passim.

¹⁵³ *Kubiciel, GA*, 2010, 36, 50.

¹⁵⁴ *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 850; cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 361 s., 363.

¹⁵⁵ Così, però, riguardo alla corrispondente disciplina dell'art. III-271, comma 2, Tratt. Cost.eur., *Bacigalupo, ZStW* 116 (2004), 326, 329; *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 929.

¹⁵⁶ *Rosenau, ZIS*, 2008, 9, 16; *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. ed. (2009), § 7 n. 42, § 8 n. 64; *Sieber, ZStW*, 121 (2009), 1, 59; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 846; v. anche riguardo all'art. III-415, comma 4, Tratt. Cost.eur., *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 917 s.

¹⁵⁷ Così, riguardo all'art. III-267, comma 2, lett. *d*, Tratt. Cost.eur., *Walter, ZStW*, 11 (2005), 912, 918 s.

per materia ai sensi dell'art. 83, comma 2, TFUE depone a favore del fatto che si tratta – in relazione al diritto penale – di una disciplina tassativa. Se si ritenesse ammissibile un ricorso integrativo alla relativa competenza per materia, potrebbero essere aggirate le restrizioni contenute nell'art. 83, comma 2, TFUE (delimitazione alla tipologia di condotta della direttiva, meccanismo del “freno di emergenza”)¹⁵⁸. Per l'inquadramento dell'art. 83, comma 2, TFUE come disciplina speciale depone, inoltre, la modifica della procedura legislativa attraverso la rottura del monopolio dell'iniziativa della Commissione (art. 83, comma 2, secondo periodo, in combinato disposto con l'art. 76 TFUE). Forse anche la Corte costituzionale parte da tale assunto, poiché in relazione alle competenze penali gli artt. 325, comma 3, e 79, comma 2, lett. *d*, TFUE non vengono citati.

La circostanza che la riserva a favore della giustizia penale (v. art. 280, comma 4, secondo periodo, TCE) sia stata eliminata nell'art. 325, comma 4, TFUE non costringe a concludere che questo comprenda ormai anche le misure penali¹⁵⁹, poiché la cancellazione della riserva si può spiegare anche con la sua sostituzione con i limiti della competenza indiretta (art. 83, comma 2, TFUE): così, sarebbe stato contraddittorio motivare una competenza indiretta penale con l'art. 83, comma 2, in combinato disposto con l'art. 325, comma 4, primo periodo TFUE ed escluderla allo stesso tempo mediante la riserva a favore della giustizia penale (art. 280, comma 4, secondo periodo TCE prev.). Alla luce della identica espressione della vecchia – limitata – competenza (art. 280, co. 4, primo periodo TCE prev.), appare poco convincente che il testo della delega con l'espressione “lotta” si riferisca anche all'emanazione di misure penali (cfr. art. 83, comma 1, TFUE)¹⁶⁰. Nei lavori preparatori per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stata manifestata in parte la richiesta che le competenze per materia dovessero includere anche misure penali¹⁶¹. D'altra parte, l'evidente contrasto di valutazioni che sorge aggiran-

¹⁵⁸ V. anche, *Heger*, *ZIS*, 2009, 406, 415.

¹⁵⁹ Così, però *Zimmermann*, *Jura*, 2009, 844, 846.

¹⁶⁰ Cfr. *Walter*, *ZStW*, 117 (2005), 912, 918.

¹⁶¹ V. riguardo alla lotta contro la tratta di persone la relazione finale del gruppo di lavoro X (“libertà, sicurezza e diritto”), CONV 426/02, 6. Al contrario, dai materiali per la lotta contro la frode non si possono trarre univoche conclusioni circa le conseguenze della cancellazione dell'art. 280, comma 4, secondo periodo TUE; così però *Walter*, *ZStW*, 117 (2005), 912, 917 s.; cfr. la presa di posizione della commissaria tedesca UE *Michele Schreyer*, Gruppo di lavoro X, *Working Document No. 27, 6*; v. le proposte di modifiche non ammesse in CONV 822/03, 161.

do il procedimento del “freno di emergenza”, non può essere eliminato in questo modo¹⁶². Proprio l'esempio della tratta di persone (v. art. 83, comma 1, n. 2 TFUE: tratta di persone) dimostra piuttosto che le competenze penali devono considerarsi fundamentalmente discipline speciali tassative¹⁶³.

L'interpretazione dominante dell'art. 325, comma 4, TFUE si potrebbe forse rivelare appropriata anche sotto altri aspetti. Tuttavia, sarebbe troppo limitato giustificare l'emanazione di disposizioni penali direttamente applicabili attraverso il collegamento con la costituzione di una procura europea (cfr. art. 86 TFUE)¹⁶⁴. Poiché questa di per sé non può imporre delle sanzioni, dovendo proporre l'accusa davanti ai Tribunali penali nazionali (art. 86, comma 2, secondo periodo, TFUE), l'attività di una procura europea non presuppone necessariamente una disciplina penale europea direttamente applicabile della truffa¹⁶⁵. La differenza qualitativa rispetto alla competenza indiretta potrebbe consistere piuttosto nel fatto che le relative norme penali servono alla tutela di beni giuridici propri dell'Unione. L'Unione come comunità politica rivendicherebbe pertanto il diritto di tutelare con lo strumento del diritto penale le basi della propria attività¹⁶⁶; sarebbe coerente riconoscerle a tale scopo competenze ulteriori rispetto a quelle che si riferiscono all'esercizio del potere punitivo nazionale¹⁶⁷. Queste disposizioni penali – come la procura europea – sarebbero espressione di un potere punitivo proprio dell'Unione, svincolato da quello degli Stati membri. In questo modo si potrebbe anche spiegare che il meccanismo del “freno di emergenza” non trova applicazione, perché la legittimazione democratica di uno Stato unionale non può avvenire tramite i Parlamenti nazionali, ma soltanto tramite il Parlamento europeo (v. *supra* II.3.). Non è affatto sicuro che le basi pattizie sorreggano una tale concezione. Di fronte dell'attuale stadio di evoluzione degli effettivi presupposti di un processo decisionale democratico si potrebbe tendere alla prudenza¹⁶⁸, poi-

¹⁶² Tipica è pertanto la proposta di applicare il procedimento del “freno di emergenza” in modo analogo alla emanazione di disposizioni penali per la lotta alla frode; v. *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416; *Walter, ZStW*, 117 (2005), 912, 923 s.

¹⁶³ *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416.

¹⁶⁴ Così, però, *Heger, ZIS*, 2009, 406, 416.

¹⁶⁵ V. anche l'estensione delle competenze della procura europea alla criminalità transnazionale prevista nell'art. 86, comma 4, TFUE (cfr. art. 83, comma 1, TFUE).

¹⁶⁶ Cfr. *Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 122 s., 124 s.

¹⁶⁷ V. anche, *Meyer, NStZ*, 2009, 657, 662.

¹⁶⁸ V. anche, *Sieber, ZStW*, 121 (2009), 1, 59, che nell'ambito dell'art. 325, comma 4, TFUE sulla base del principio di sussidiarietà ritiene ammissibile soltanto l'emanazione di una direttiva.

ché un “popolo europeo”, nel cui nome un cittadino europeo potrebbe essere condannato ad una sanzione penale, sta appena nascendo¹⁶⁹. Ciò è riconosciuto implicitamente nell’art. 86, co. 2, secondo periodo TFUE, attraverso la rinuncia alla costituzione di una Corte penale europea. D’altra parte, una discussione politico-criminale sugli oggetti legittimi di un diritto penale sovranazionale potrebbe contribuire alla democratizzazione dell’Unione¹⁷⁰. Così, anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che la minaccia della funzionalità dei principi dello Stato di diritto e della democrazia nell’Unione può costituire una “particolare giustificazione” per il trasferimento di competenze penali¹⁷¹. L’esempio dimostra che l’emanazione di disposizioni penali a tutela di beni giuridici dell’Unione non dovrebbe essere limitata alla lotta alla frode¹⁷².

2. Partecipazione del Parlamento nazionale all’esercizio delle competenze

Il legislatore tedesco ha fissato le condizioni richieste dalla decisione della Corte costituzionale tedesca per la partecipazione del Parlamento nazionale nella legge sulla responsabilità per l’integrazione (*Integrationsverantwortungsgesetz-IntVG*)¹⁷³. Per la cooperazione penale derivano le seguenti conseguenze.

Il passaggio dal requisito dell’unanimità (cfr. art. 86, comma 1; art. 87, comma 3; art. 89, comma 2, TFUE) alla decisione a maggioranza nel Consiglio attraverso la generale “clausola passerella” (art. 48, comma 7, TFUE) richiede una legge di approvazione (§ 4, comma 1, secondo periodo *IntVG*). Ciò vale in particolare quando per una decisione del Consiglio sulla estensione della competenza (art. 82, comma 2, lett. *d*; art. 83, comma 1, n. 4; art. 86, comma 4, TFUE) si deve abbandonare l’unanimità¹⁷⁴. In entrambi i casi è eventualmente necessaria una legge approvata con la maggioranza necessaria per le revisioni costituzionali (art. 23, Abs. 1, secondo periodo, GG)¹⁷⁵. Ciò fa

¹⁶⁹ Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht* (2009), 123; v. anche nella prospettiva della teoria della pena, Kubiciel, *GA*, 2010, 36, 47 s.

¹⁷⁰ Meyer, *loc.ult.cit.*, 125.

¹⁷¹ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 359.

¹⁷² Come ulteriore esempio si potrebbe citare la tutela della valuta comune (cfr. art. 133 TFUE).

¹⁷³ *Gesetz über die Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union* del 22 settembre 2009 (BGBl. I, 3022, 3822).

¹⁷⁴ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 366, 419; motivazioni della legge, Bundestags-Drucks. 16/13923, 8.

¹⁷⁵ BVerfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 319.

sì che il diritto di veto del Parlamento nazionale previsto nell'art. 48, comma 7, TUE possa essere esercitato già da una minoranza di sbarramento di un terzo dei membri del *Bundestag* o del *Bundesrat*, bloccando una approvazione. Senza la necessaria delega legislativa il rappresentante tedesco nel Consiglio deve respingere la proposta di decisione (§ 4, comma 1, secondo periodo *IntVG*).

Analogamente, anche l'approvazione di una estensione di competenza (art. 83, comma 1, n. 3; art. 86, comma 4, TFUE) richiede una legge di approvazione (§ 7, comma 1, *IntVG*). La Corte costituzionale aveva formulato un tale requisito soltanto con riferimento all'art. 83, comma 1, n. 3 TFUE¹⁷⁶. In base all'analogo significato della estensione delle competenze della procura europea anche l'art. 86, comma 4, TFUE fu sottoposto ad una tale riserva¹⁷⁷. Al contrario, è stata respinta la proposta di includere l'estensione delle competenze per il diritto processuale penale (art. 8, comma 2, lett. d, secondo periodo, TFUE)¹⁷⁸.

Particolare importanza per la cooperazione penale dovrebbe acquistare il veto sospensivo nel quadro del procedimento del "freno di emergenza" (art. 82, comma 3; art. 83, comma 3, TFUE). La direttiva della Corte costituzionale secondo cui il rappresentante tedesco nel Consiglio potrebbe esercitare tale diritto "soltanto su indicazione" del *Bundestag* ed eventualmente del *Bundesrat*¹⁷⁹, è stata in parte spiegata nel senso che anche la rinuncia al ricorso al diritto di veto richiederebbe una tale indicazione¹⁸⁰. Il legislatore non ha seguito questa interpretazione, ma ha previsto soltanto l'obbligo per il rappresentante tedesco nel Consiglio di esercitare il diritto di veto quando il *Bundestag* glielo ha ordinato con una decisione (§ 9, comma 1, *IntVG*). Ciò dovrebbe corrispondere in definitiva alle richieste della Corte costituzionale, che nella sua motivazione aveva rinviato ad una risoluzione del *Bundestag* di analogo contenuto¹⁸¹. Ciò potrebbe ritenersi contraddittorio, in considerazione delle ulteriori rigorose condizioni per la partecipazione del *Bundestag*¹⁸², ma in

¹⁷⁶ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 363.

¹⁷⁷ V. la relazione del Comitato Europa, *Bundestags-Drucks.* 16/13994, 4 s.

¹⁷⁸ V. per il rifiuto di una proposta corrispondente, la relazione del Comitato Europa, *Bundestags-Drucks.* 16/13994, 5.

¹⁷⁹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 365, 418.

¹⁸⁰ *Fisahn, Kritische Justiz*, 42 (2009), 220, 224; *Zimmermann, Jura*, 2009, 844, 851.

¹⁸¹ BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 365.

¹⁸² *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1244, vedono in questo una agevolazione probabilmente involontaria del processo di integrazione.

definitiva va salutato con favore, poiché l'esercizio "profilattico" sopra proposto del diritto di veto non sarebbe compatibile con il suo carattere di "freno di emergenza" per la difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento penale nazionale¹⁸³. La disciplina legislativa vale conformemente per un ordine del *Bundesrat*, quando il relativo progetto riguardi le competenze legislative dei *Länder* oppure una legge corrispondente necessari dell'approvazione del *Bundesrat* (§ 9, comma 2, in combinato disposto con § 5, comma 2, *IntVG*). *Bundestag* e *Bundesrat* esercitano il loro diritto di impartire direttive in modo reciprocamente indipendente; ovvero, l'esistenza di una direttiva di uno dei due organi federali è sufficiente per far sorgere un corrispondente obbligo del rappresentante tedesco nel Consiglio¹⁸⁴. Inoltre, il Governo federale può esercitare il proprio diritto di veto anche senza una siffatta direttiva¹⁸⁵.

Infine, per il diritto penale in senso lato potrebbe diventare rilevante anche la competenza per l'integrazione del Trattato (*Vertragsabrundungskompetenz*) ovvero la "clausola di flessibilità" (art. 352 TFUE). Il rappresentante tedesco può approvare un tale atto oppure astenersi dal voto soltanto se prima è entrata in vigore una legge corrispondente (§ 8, primo periodo, *IntVG*). Se viene emanata una siffatta legge, che soddisfi le condizioni per una modifica costituzionale (art. 23, Abs. 1, secondo e terzo periodo, GG)¹⁸⁶, il rappresentante tedesco deve respingere la proposta (§ 8, secondo periodo, *IntVG*). Ne consegue che, per esempio, una modifica del regolamento di controllo delle fusioni¹⁸⁷, incluse le fattispecie ivi contenute che prevedono pene pecuniarie, richiede una approvazione da parte dei due terzi dei membri del *Bundestag* tedesco e dei due terzi dei voti nel *Bundesrat* (art. 23, Abs. 1, terzo periodo, in combinato disposto con l'art. 79, Abs. 2, GG)¹⁸⁸. In conclusione, una minoranza di sbarramento nel *Bundestag* o *Bundesrat* ha dunque il potere di impedire la formazione di un tale atto giuridico. In questo modo, progetti politici

¹⁸³ Nello stesso senso, *Classen, JZ*, 2009, 881, 886; *Folz, ZIS*, 2009, 427, 430; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁴ *Hahn, EuZW*, 2009, 758, 762; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁵ *Classen, JZ*, 2009, 881, 886; *Suhr, ZEuS*, 2009, 687, 709.

¹⁸⁶ *BverfG, loc.ult.cit.*, n. 328; con alcuni limiti, *Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV*, 69, 2009; 443, 459.

¹⁸⁷ Regolamento (CE), N. 139/2004 sul controllo delle concentrazioni tra imprese del 20 gennaio 2004 (GUCE L 24 del 29.1.2004, 1).

¹⁸⁸ *Terhechte, EuZW*, 2009, 724, 728; v. anche in generale, *Halberstam/Möllers, German Law Journal*, vol. 10 (2009), 1241, 1255.

che al confronto sono banali vengono sottoposti al procedimento previsto per le modifiche costituzionali; ciò nasconde allo stesso tempo il pericolo che venga pregiudicata la forza legittimante di questo procedimento¹⁸⁹. Si può dubitare che siffatti ampi requisiti per la partecipazione siano necessari per la produzione di legittimazione democratica.

3. La funzione di custode della Corte costituzionale

Gli stretti limiti costituzionali che la Corte costituzionale traccia per il processo di integrazione proseguono nel “controllo *ultra vires*” e nel “controllo di identità” reclamato dalla Corte. La Corte costituzionale si allontana dalle elevate condizioni che finora aveva posto alla ammissibilità di un ricorso costituzionale (art. 93, Abs. 1, n. 4a GG) contro un atto sovranazionale o di un concreto controllo delle norme (art. 100, Abs. 1, GG)¹⁹⁰. Tuttavia, è ancora dubbio se un tale atto possa essere impugnato attraverso il ricorso costituzionale, poiché questo è ammissibile soltanto contro atti del potere pubblico tedesco¹⁹¹. Pare perciò preferibile contare sulla partecipazione del rappresentante tedesco nel Consiglio al procedimento legislativo a livello europeo (in caso anche con la richiesta di una disposizione provvisoria, § 32 BVerfGG) o sugli atti di esecuzione o conversione¹⁹². La legge di approvazione necessaria per determinate decisioni del Consiglio (v. *supra* 2) ha pertanto anche una funzione di tutela giuridica¹⁹³. Nella misura in cui l’atto di esecuzione nazionale viene impugnato con il ricorso costituzionale, può verificarsi in via incidentale se con l’atto di diritto europeo siano stati superati i limiti costituzionali all’integrazione¹⁹⁴. Se è così e l’atto non è dunque applicabile in Germania, l’atto di esecuzione che su di esso di basa deve essere annullato. Ciò non vale

¹⁸⁹ *Von Bogdandy, NJW*, 2010, 1, 3; con riferimento al regolamento (CEE, Euratom), Nr. 1700/2003 per la modifica del regolamento (CEE, Euratom) Nr. 384/83 sul rilascio degli archivi storici della CEE del 22 settembre 2003 (GUCE L 243 del 27 settembre 2003, 14), emanato sulla base dell’art. 308 TUE.

¹⁹⁰ *Schorkopf, EuZW*, 2009, 718, 722; v. da ultimo, BVerfGE 102, 147, 164, secondo cui deve essere dimostrato che in generale la tutela dei diritti fondamentali, inalienabile secondo la Costituzione, non è garantita a livello comunitario.

¹⁹¹ BVerfGE 58, 1, 27; *Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht*, 2. ed. (2006), n. 164a; riguardo ai limiti posti dalla giurisprudenza successiva (v. BVerfGE 102, 147, 164), *Hillgruber/Goos, loc. ult. cit.*, n. 161a ss.

¹⁹² *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 874.

¹⁹³ Cfr. BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 243.

¹⁹⁴ *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 874; *Kottmann/Wohlfahrt, ZaöRV*, 69 (2009), 443, 465.

però automaticamente per una legge che traduca una direttiva in diritto interno, poiché la sua validità non poggia sulla direttiva, ma sulla decisione del legislatore nazionale. In adesione alla sentenza della Corte costituzionale sul mandato di arresto europeo si potrebbe tuttavia considerare che una legge che il legislatore emani sulla base di supposte direttive di diritto europeo, debba essere dichiarata nulla per consentire al Parlamento una nuova decisione “in libertà normativa” (“*in normativer Freiheit*”)¹⁹⁵.

La funzione di custode reclamata dalla Corte costituzionale nasconde un notevole potenziale di conflitto: ciò vale soprattutto per il “controllo *ultra vires*” e la connessa interpretazione dei fondamenti pattizi dell’Unione ed è dimostrato dalle approfondite argomentazioni sull’estensione delle competenze penali (v. *supra* III.1.). Sottolineando che il principio di colpevolezza è elemento costitutivo della identità costituzionale indisponibile (v. *supra* II.2.), la Corte formula anche direttive contenutistiche per il diritto dell’Unione. Accanto all’interpretazione conforme alla Costituzione delle deleghe pattizie¹⁹⁶ diviene tangibile anche l’interpretazione conforme alla Costituzione (o *Reduzierung*) del diritto secondario¹⁹⁷. Può considerarsi un atto di intelligenza politica che il legislatore tedesco non abbia attizzato il conflitto con la Corte di giustizia formando un nuovo procedimento costituzionale per il controllo di identità ed il controllo *ultra vires*¹⁹⁸. D’altra parte, il legislatore non ha ascoltato nemmeno le proposte di rimettere in primo piano¹⁹⁹ il rapporto di cooperazione con la Corte di giustizia evidenziato nella decisione sul Trattato di Maastricht²⁰⁰ attraverso un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte normativamente previsto. Ciò è tollerabile in considerazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale disciplinato altrettanto espressamente (art. 267, comma 3, TFUE)²⁰¹. Suona più seria la preoccupazione, non infon-

¹⁹⁵ BVerfGE 113, 273, 315; v. al riguardo la nota 51.

¹⁹⁶ Così, giustamente, *Classen, JZ*, 2009, 881, 888.

¹⁹⁷ Per la corrispondente discussione sulla ammissibilità di una inversione dell’onere della prova secondo l’art. 1, n. 2, lett. a, della direttiva sull’abuso di mercato (direttiva n. 2003/6/CE del 28 gennaio 2003, GUCE L 96 del 12.4.2003, 16), *Schröder, Kapitalmarktstrafrecht* (2007), n. 528, con ulteriori riferimenti.

¹⁹⁸ V. la proposta corrispondente in BverfG, *loc.ult.cit.* (nota 1), n. 241; favorevole, *Hillgruber/Gärditz, JZ*, 2009, 872, 874; v., al contrario, la critica di *Classen, JZ*, 2009, 881, 888, che considera la creazione di un tale procedimento contrario al diritto dell’Unione europea.

¹⁹⁹ V. al riguardo, *Berg/Karpenstein, ZEuS*, 2009, 529 ss.

²⁰⁰ BVerfGE 89, 155, 175.

²⁰¹ V. BVerfGE 37, 271, 282; 52, 187, 201.

data alla luce della prassi, che la Corte costituzionale non utilizzerà la possibilità di rinvio pregiudiziale. La Corte ha perlomeno circoscritto il controllo *ultra vires* a “evidenti” superamenti della competenza²⁰². In ciò si può riconoscere la prudenza recentemente espressa anche dal vicepresidente della Corte costituzionale, che ha partecipato alla sentenza, il quale ha sottolineato che tali procedimenti mantengono la loro giustificazione proprio quando non si deve ricorrere ad essi²⁰³.

IV. Conclusioni

Nonostante la suesposta critica, va tenuto fermo come risultato più importante che la Corte costituzionale ha considerato compatibile con la Costituzione l'approvazione del Trattato di riforma di Lisbona. Con l'entrata in vigore del Trattato il 1° dicembre 2009, le competenze penali dell'Unione sono state poste su una base chiara e solida. Occorre aspettare per vedere se si imporrà l'interpretazione delle attribuzioni pattizie fornita dalla Corte costituzionale. Gli argomenti portati dalla Corte dovrebbero comunque offrire l'occasione per riflettere sulla prassi del legislatore dell'Unione, che si è attirato in modo in parte non infondato il rimprovero di attivismo, e di analizzare criticamente la necessità di una armonizzazione del diritto penale e processuale penale. La questione relativa a quali settori possano costituire oggetto legittimo di un diritto penale europeo²⁰⁴, non può essere risolta soltanto attraverso una interpretazione delle basi pattizie delle competenze. Una risposta a questo quesito costituisce tuttavia presupposto per l'evoluzione di un concetto politico-criminale sulla cui base le competenze pattizie possano essere rese vitali²⁰⁵.

²⁰² BVerfG, *loc. ult. cit.* (nota 1), n. 240.

²⁰³ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 7.

²⁰⁴ V. al riguardo, *Hefendehl*, in *Schünemann*, *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (2006), 450 ss.

²⁰⁵ Cfr. *Kubiciel*, GA, 2010, 36, 48 ss.; *Vervaele*, in *Tiedemann-Festschrift* (2008), 1353, 1383 s.; cfr., inoltre, il manifesto per la politica criminale europea di *Asp/Bitzilekis/Bogdan/Elholm/Foffani/Frände/Fuchs/Kaiafa-Gbandi/Leblois-Happe/Nieto Martín/Prittowitz/Satzer/Symeinidou-Kastanidou/Zerbes*, ZIS, 2009, 697 ss.

Opinioni a confronto

OPINIONI A CONFRONTO
FATTO, PROVA E VERITÀ
(ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DELL'OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO)

Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO

Il criterio, di matrice anglosassone (“*Beyond Any Reasonable Doubt*”: acronimo *BARD*), dell’«*al di là di ogni ragionevole dubbio*», inserito nel nostro ordinamento mediante l’interpolazione dell’art. 533, comma 1, c.p.p. ad opera dell’art. 5 L. n. 46 del 2006, si configura come regola probatoria e di giudizio per l’accertamento della colpevolezza e la pronuncia di condanna dell’imputato, collocandosi, come la presunzione d’innocenza, accanto ai valori posti a fondamento del processo penale.

E però, nell’esperienza anglosassone e in particolare in quella nordamericana, lo schema processuale *adversary*, a struttura nettamente antagonistica, e il verdetto immotivato della giuria hanno forzatamente ridotto i test di ragionevolezza del dubbio, sicché il rilievo epistemico del contraddittorio, le inferenze probatorie, l’apprezzamento delle ipotesi alternative e le connessioni fra evidenze e decisione assumono non trascurabili dimensioni criptiche.

Le griglie di lettura del giurista continentale tendono, per contro, a valorizzare l’affascinante, seppure ambigua, formula dell’«*oltre ogni ragionevole dubbio*», facendola coesistere, insieme con la regola «*in dubio pro reo*», con i tradizionali corollari della presunzione d’innocenza dell’imputato e dell’esclusivo onere della prova di colpevolezza a carico dell’accusa, con l’obbligo di motivazione della sentenza, spostando quindi la riflessione sulla funzione cognitiva e “*aletica*” del processo e sui profili logico-epistemici della prova e della decisione.

Lo standard di ragionevolezza o irragionevolezza del dubbio, trapiantato nell’ordinamento processuale italiano, deve fare i conti, infatti, con il modello normativo disegnato, per il rito penale, dagli artt. 192, 546, comma 1, e 606, comma 1, lett. e), c.p.p., con riguardo sia ai profili dell’accertamento e della ricostruzione probatoria del fatto, sia alla definizione del grado di conferma dell’ipotesi di accusa, sia alla giustificazione delle scelte decisorie, alla stregua di un rendiconto completo e ragionato delle risultanze probatorie e delle inferenze, di tipo largamente induttivo, fra queste e le conclusioni.

Abbiamo chiesto a Michele Taruffo e Giulio Ubertis di esprimere il loro giudizio, anche alla luce degli spunti di riflessione suscitati dai quesiti di

seguito riportati, su talune nozioni (“fatto”, “prova” e “verità”), che ben possono definirsi le coordinate nelle quali si articola lo statuto epistemologico del moderno processo penale.

Nonostante l'ostracismo anche lessicale della parola, che sembra messa ai margini della grammatica del codice di rito, può dirsi perseguito il fine di “verità” delle investigazioni e dell'accertamento probatorio, in relazione all'enunciato fattuale contenuto nell'imputazione, dopo l'innesto del “ragionevole dubbio” nell'art. 533 c.p.p.?

Se la validità del ragionamento decisorio è condizionata, alla luce della “prova dei fatti”, dalla controllabilità empirica dei dati e delle evidenze posti a suo fondamento, possono definirsi *a priori* i limiti del dubbio e della falsificabilità dell'ipotesi accusatoria?

È davvero oscuro e indeterminabile il canone di valutazione della ragionevolezza/irragionevolezza del dubbio o non sarebbe possibile, invece, decifrarne la reale portata in chiave di relazione logica tra accertamento del fatto ed elevata probabilità di fondatezza dell'ipotesi accusatoria, sulla base delle prove che ne supportano la conferma o la falsificazione: in termini, quindi, di verità e certezza processuale?

prof. Michele Taruffo
Università di Pavia

1. *Dubbi*

Le questioni sollevate da GIOVANNI CANZIO nelle *Note introduttive* sono molto interessanti anche per chi non si occupa di diritto e di processo penale. Tenterò dunque – da non penalista – di svolgere qualche considerazione in proposito.

Anzitutto, vorrei fare qualche osservazione sulla regola del *beyond any reasonable doubt* (BARD) e sull'analogo criterio del “dubbio ragionevole” recentemente introdotto nel primo comma dell'art. 533 c.p.p. Non discuto le ragioni per cui il legislatore italiano ha sentito il bisogno di imitare il principio che ricorre nella giurisprudenza nordamericana¹, e – per semplificare – tratterò le

¹ Con ogni probabilità è stato decisivo il contributo di FEDERICO STELLA (di cui v. soprattutto *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano 2003, p. 189 ss.). Naturalmente la norma è stata oggetto di amplissima attenzione da parte della

due regole come se fossero la stessa cosa.

a) È noto che la formula del BARD non stabilisce un criterio preciso di valutazione della prova, essendo incardinata su un concetto essenzialmente *soft* come la *reasonableness* del dubbio che può impedire la condanna, sia pure in presenza di prove della colpevolezza dell'imputato. Le diverse e variabili interpretazioni che ne sono state date dalle corti statunitensi non sono convincenti², e d'altronde non è neppure possibile verificare se e come la regola viene concretamente applicata. È pure noto, infatti, che ad essa fanno riferimento i giudici quando impartiscono le *instructions* alle giurie, ma – come si sa – il *jury* statunitense decide in segreto, senza la presenza del giudice, e il *verdict* non è motivato. Manca dunque qualsiasi spiegazione o giustificazione della maniera in cui le giurie interpretano il criterio del *reasonable doubt*.

Di conseguenza, è impossibile derivare dal BARD nordamericano – al di là della formula – una definizione possibile del criterio enunciato nell'art. 533 c.p.p.

b) È piuttosto diffusa l'idea che il grado di prova della colpevolezza che soddisferebbe il criterio del BARD sia quantificabile in termini percentuali. La quantificazione più comune è nel senso che questa prova dovrebbe esistere in misura superiore al 95%. Tuttavia in proposito si può osservare che:

b1) questa quantificazione è arbitraria, come tutte le altre³. Essa deriva principalmente dalla tradizione inglese, dato che FORTESQUE ebbe a scrivere

dottrina penalistica: tra i molti contributi in argomento v. in particolare CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, p. 51 ss.; FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, Padova 2007, p. 143 s.; PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.* 2006, 10, 73; IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.* 2006, 3870; D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, *ibidem* 2006, 2413; CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano 2006, p. 110 ss.; CANZIO, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 303 ss.; PISANI, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 1243 ss.

² Cfr. un dettagliato esame critico in LAUDAN, *Truth and Error in Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge 2006, p. 29 ss.

³ In senso analogo v. da ultimo CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 59.

che sarebbe meglio assolvere 20 colpevoli piuttosto che condannare 1 innocente (20 a 1= 95%), mentre BLACKSTONE pensava ad una proporzione di 10 a 1 (alludendo quindi, secondo lo stesso ragionamento, ad uno standard del 90%)⁴. Tuttavia affermazioni come queste possono essere interpretate come criteri generali di *policy* della giustizia penale, ma non possono essere tradotte in *gradi di prova* della colpevolezza destinati ad essere applicati nei singoli casi concreti. La sorte di 20 o 10 colpevoli non ha nulla a che vedere con la sorte dell'innocente, così come la sorte di costui non dipende da quella di 20 o 10 colpevoli. In nessuno dei 21 o degli 11 casi, infatti, si individua un grado di prova da usare nel giudicare le situazioni concrete. Se così fosse, si potrebbe ritenere che la maggior parte dei colpevoli verrebbe condannata invece che essere assolta.

Al più, il criterio in questione può avere un senso se viene riferito – all'inverso – al grado di tollerabilità dell'errore: è sensato ritenere che questo grado di tollerabilità sia più elevato se si sbaglia assolvendo colpevoli (e quindi si tollera che molti colpevoli vengano assolti), e sia meno elevato se si sbaglia condannando innocenti (e quindi si tollera che solo pochi innocenti vengano condannati). Tuttavia pare evidente che il “grado di tolleranza dell'errore” sia un elemento che andrebbe riscontrato nella coscienza sociale, ma che non ha nulla a che vedere con la valutazione delle prove nei singoli casi particolari. Senza contare, poi, che ognuno fissa come vuole questo grado di tollerabilità: per VOLTAIRE il rapporto era da 1 a 2 (sicché il livello di prova richiesto sarebbe stato all'incirca del 66,6% e il grado di tolleranza dell'errore sarebbe stato all'incirca del 33,3%), mentre per MOSÈ MAIMONIDE il rapporto era di 1 a 1.000 (sicché il livello di prova richiesto sarebbe stato all'incirca del 99,9%, e il grado di tollerabilità dell'errore sarebbe stato dello 0,1%)⁵.

b2) In generale, peraltro, i gradi di prova non sono misurabili con scale numeriche o con percentuali di probabilità quantitativa. Come ho cercato di mostrare altrove⁶, il problema della prova è analizzabile secondo la probabilità logica di tipo baconiano, come ha spiegato soprattutto JONATHAN COHEN⁷, ma non secondo la probabilità “frequentista” di tipo pascaliano, o

⁴ Cfr. LAUDAN *op.cit.*, p. 63.

⁵ V. ancora LAUDAN, *ibidem*.

⁶ Cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p.166 ss., 199 ss. In senso sostanzialmente analogo sono le considerazioni di CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 56 ss.

⁷ Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford 1977. Cfr. in particolare p. 58 ss.,

quantitativo⁸. In particolare, e malgrado l'esistenza – soprattutto negli Stati Uniti – di una corrente di pensiero favorevole, il problema della prova non è interpretabile secondo il poco conosciuto (benché molto citato) teorema di BAYES. Non a caso si osserva che la legge non parla mai di un *probabilistic threshold*⁹, e tanto meno fa riferimento al Reverendo BAYES e al suo teorema.

Si discute se le frequenze statistiche (quando esistono, il che nella maggior parte dei casi non accade) possano fornire la prova di un fatto¹⁰, ma l'opinione largamente prevalente è in senso negativo, poiché si dice che le statistiche servono a fare previsioni – misurando l'eventualità del verificarsi di un evento (o la frequenza di un rischio) in un contesto dato – ma non servono a determinare la probabilità che un evento non noto *si sia già* verificato. In ogni caso, la percentuale in cui si esprime una frequenza statistica indica – appunto – la frequenza tendenziale di un evento, ma non corrisponde al grado di prova circa il verificarsi di quell'evento.

Se, come pare, queste considerazioni valgono in linea generale, ne deriva che il criterio del “dubbio ragionevole” non può essere quantificato. In sostanza, la ragionevolezza del dubbio non può essere “pesata” in termini percentuali: dire che essa “vale” più del 5%, o più del 10% (o più dello 0,1%) finisce con l'essere un'affermazione priva di significato¹¹.

b3) Queste considerazioni inducono a dubitare che il BARD sia davvero uno standard di prova che indicherebbe il “livello minimo necessario” di prova della colpevolezza. Non a caso si è detto che “*the problem of fixing the threshold is a false one; it cannot be solved but must be dissolved*”¹². In effetti, in uno studio recente si afferma che esso non è un vero e proprio *standard of proof*, ed è piuttosto uno *standard of caution*, ossia un principio di prudenza e

68 ss., 87 ss., 93 ss., 116 ss., per vari argomenti contro l'applicabilità del calcolo della probabilità frequentista al ragionamento probatorio.

⁸ Sulla differenza tra i due concetti di probabilità cfr. HACKING, *L'emergenza della probabilità. Ricerca filosofica sulle origini delle idee di probabilità, induzione e inferenza statistica*, trad. it., Milano 1987. In argomento v. anche CAPRIOLI, *op.cit.*, p. 61 ss.

⁹ Cfr. HO, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford 2008, p.181.

¹⁰ In argomento v. in particolare FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano 2002; CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 71 ss.. V. inoltre, anche per ampi e aggiornati riferimenti, FAIGMAN-SAKS-SANDERS-CHENG, *Modern Scientific Evidence. Standards, Statistics, and Research Methods*, st. ed. 2008, p. 170 ss.

¹¹ Cfr. in particolare COHEN, *op. cit.*, p. 82.

¹² Cfr. HO, *op. cit.*, p. 182.

di serietà che dovrebbe guidare la formazione del convincimento di chi giudica sui fatti¹³. In senso analogo si potrebbe dire che il BARD non esprime una vera e propria regola giuridica ma un principio *etico* in base al quale il giudice può condannare solo se è certo della colpevolezza dell'imputato. In questo modo, però, il problema si sposta dalla prospettiva di uno standard "oggettivo" di valutazione della prova ad una dimensione spiccatamente soggettiva. Forse ciò si connette al significato storico del BARD, se è vero che inizialmente esso corrispondeva al criterio della "*satisfied conscience*" e, pur evocando metodi razionali di valutazione, si incentrava sul *belief* del giudice intorno ai fatti¹⁴. Peraltro, la *caution* che deve guidare l'atteggiamento etico del *trier of fact* ha a che vedere con il suo personale convincimento, e sembra rinviare più alla *intime conviction* individuale e irrazionale dei francesi che ad una valutazione razionale delle prove. L'asse si sposta, dunque, dalla verità alla certezza soggettiva – o alla formuletta della "certezza morale" – dato che non vi è certezza se permane un dubbio ragionevole¹⁵. Il problema è che si può essere moralmente e profondamente certi di cose false, come mostra l'intera storia dei dogmi, delle leggende e delle credenze popolari: se la certezza è "prudente" tanto meglio, ma non si può dire che i sostenitori della concezione tolemaica dell'universo fossero incauti, almeno sino a Galileo¹⁶.

b4) Tuttavia, e tenendo conto dell'art. 533 c.p.p, ha senso chiedersi se e quando il criterio del "dubbio ragionevole" può servire per determinare la decisione in un senso o nell'altro. Pur consapevole dell'estrema difficoltà della questione, proporrei una ipotesi di definizione di "dubbio ragionevole", ossia della condizione in presenza della quale la condanna non può essere pronunciata benché vi siano prove, anche convincenti, della colpevolezza (essendo ovvio che se non vi è alcuna prova, o vi sono prove non convincenti, il problema non si pone neppure e si giunge ad una sentenza di assoluzione in base al comma 2 dell'art. 530 c.p.p.).

¹³ Cfr. HO, *op. cit.*, p. 185 ss. Analogamente cfr. ad esempio FERRUA, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴ Con riferimento alla cultura giuridica inglese del secolo XVII cfr. SHAPIRO, "*Beyond Reasonable Doubt*" and "*Probable Cause*". *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley-Los Angeles-London 1991, p. 13. Sull'origine dello standard v. anche WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, New Haven-London 2005.

¹⁵ In senso critico rispetto alle letture "soggettivistiche" del BARD, cfr. in particolare Caprioli, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶ Sulla differenza tra certezza e verità rinvio a TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 85 ss.

Si potrebbe dire che esiste un dubbio ragionevole quando, di fronte alla descrizione del fatto che fonda la colpevolezza, è tuttavia possibile formulare una *ipotesi alternativa ragionevole* intorno al medesimo fatto. Per *ipotesi alternativa* intendo che – se la colpevolezza si fonda sull’ipotesi “vero che X” – si possa immaginare sia “falso che X”, sia “vero che Y, Z...”. Si possono quindi avere sia l’ipotesi *contraria* all’ipotesi di partenza, sia una o più ipotesi *diverse* da quella di partenza.

Per ipotesi *ragionevole* intendo una narrazione del fatto che appaia “normale” o – più propriamente – *verosimile*. Il concetto di verosimiglianza non implica probabilità, e tanto meno prova, del fatto, ed implica però qualcosa di diverso dalla mera possibilità teorica. Esso si fonda sul riferimento all’*id quod plerumque accidit*, ossia al normale svolgersi dei fatti o – se si vuole – alle massime d’esperienza¹⁷. Si tratta di un criterio di *ragionevolezza pratica*: se non è possibile immaginare una versione alternativa verosimile del fatto, si può dire che la prova di esso non incontra alcun dubbio ragionevole. Se invece è possibile ipotizzare almeno una versione alternativa possibile, allora – quale che sia la prova del fatto – la condanna non può essere pronunciata. È forse il caso di precisare che l’ipotesi alternativa verosimile potrebbe essere falsa, ma ciò non rileva: il problema non è di provare la verità dell’ipotesi alternativa, ma solo di giustificare un dubbio ragionevole rispetto al fondamento dell’ipotesi di partenza.

Si potrà dire che in questo modo il significato dello standard viene a dipendere da criteri variabili nel tempo e nello spazio, col variare delle culture da cui si traggono i criteri di normalità e di verosimiglianza, ma ciò è ovvio. Il BARD non rinvia ad alcun criterio universale ed assoluto, e il modo in cui viene inteso varia in funzione dei momenti storici e dei contesti sociali¹⁸, essendo esso uno strumento di *policy* piuttosto che un concetto astratto.

b5) Il riferimento a criteri di normalità e di verosimiglianza lascia tuttavia “scoperto” un problema che, sulla scorta di un libro recente¹⁹, potremmo chiamare il *problema del Cigno Nero*. Il Cigno Nero è – ricordando HUME – il caso “fuori regola”, l’improbabile, l’imprevedibile, ossia proprio ciò che *non* corrisponde al normale e al verosimile. L’alternativa ragionevole, che fonda il dubbio ragionevole, non prende in considerazione l’eventualità del Cigno Nero, che anzi tende ad essere lasciata fuori dall’orizzonte del problema. Tutta-

¹⁷ Sul concetto di verosimiglianza, e sulla sua distinzione dal concetto di probabilità, v. più ampiamente TARUFFO, *La prova*, cit., p.158 ss.

¹⁸ Cfr. HO, *op. cit.*, p. 176 ss.; SHAPIRO, *op. cit.*, p. 6 ss.

¹⁹ Cfr. TALEB, *The Black Swann. The Impact of the Highly Improbable*, New York 2007.

via il Cigno Nero può esistere, e se esiste falsifica il criterio di “normalità”. Per altro verso, l’ipotesi del Cigno Nero determina il margine di errore del ragionamento fondato sull’*id quod plerumque accidit*.

Che fare, dunque, del Cigno Nero, ossia dell’ipotesi alternativa “anormale”, non verosimile, improbabile e imprevedibile? Una soluzione ragionevole può consistere nel dimostrare che, per quanto improbabile, questa ipotesi è pur sempre possibile *in senso pragmatico*, ossia nell’ambito di ciò che effettivamente “potrebbe accadere”. Se il dubbio sull’esistenza del Cigno Nero può essere giustificato nel contesto di eventualità concretamente possibili, allora anche questo dubbio può essere qualificato come ragionevole.

c) La situazione è sostanzialmente diversa nel processo civile. In mancanza di ogni determinazione normativa (il “prudente apprezzamento” di cui parla l’art.116 c.p.c. si limita a codificare – per di più in modo maldestro e generico – il principio del libero convincimento del giudice), non si può che far ricorso a criteri dotati di un fondamento razionale. Il criterio che appare più razionale è quello che i giuristi di *common law* chiamano della *preponderance of evidence*, e che noi chiamiamo – piuttosto impropriamente, e con qualche rischio di equivoci – della “probabilità prevalente” o del “più probabile che no”.

Un equivoco che nasce spesso a questo proposito consiste nel pensare che questo criterio corrisponda ad una probabilità del 50,1%. Tuttavia ciò presuppone che si adotti una concezione frequentista della probabilità che – come si è detto poc’anzi – non è applicabile al ragionamento probatorio.

La differenza rispetto al processo penale non può dunque essere definita in termini quantitativi (del tipo: 50,1% per il civile, 95% per il penale), ma in altro modo. Essa consiste essenzialmente nella circostanza che nel processo civile la versione dei fatti su cui si fonda la decisione deve avere un grado adeguato di conferma probatoria, ma è compatibile con la possibilità e l’esistenza di *ipotesi alternative ragionevoli* sugli stessi fatti. Questa versione dei fatti è compatibile sia con la versione contraria, sia con versioni verosimili diverse degli stessi fatti. Dunque la decisione finale non consiste nel verificare se esiste *una sola* versione ragionevole (e provata) dei fatti della causa, ma consiste nella scelta – tra le varie ipotesi possibili e verosimili, anche sorrette da qualche elemento di prova – in favore dell’ipotesi che risulta fondata su un grado di conferma probatoria *relativamente maggiore* di quello che spetta alle altre ipotesi²⁰.

²⁰ Ho analizzato più ampiamente questi temi in TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 218 ss., 224 ss.

2. Verità

È vero, come scrive CANZIO, che il legislatore processuale italiano, a differenza di altri legislatori (v. ad esempio il § 286 della *Zivilprozessordnung* tedesca, dove si dice espressamente che la libera valutazione delle prove è finalizzata a decidere sulla verità o falsità dei fatti), è restio a parlare di “verità” nel contesto del processo. Una spiegazione possibile è la confusione delle idee che da tempo regna sulle finalità del processo, civile e penale, e che trova corrispondenza nella confusione di idee che regna – non solo tra i giuristi²¹ – intorno a ciò che si può o si deve intendere per “verità”.

Naturalmente il problema della verità è eterno, e con ogni probabilità insolubile, ed è certo che non può essere affrontato e liquidato in poche battute. Non è tuttavia impossibile svolgere qui – in forma estremamente sintetica, e rinviando il lettore ad altri miei scritti in cui ho affrontato in maniera più analitica il problema²² – alcune considerazioni che riguardano il ruolo che la verità svolge nel contesto del processo.

a) Anzitutto, vale la pena di rilevare in linea generale che prima di avere un valore giuridico la verità ha un valore *sociale*²³, ossia un valore *etico* (poiché nessun sistema morale può ammettere la menzogna o può evitare di distinguere il vero dal falso)²⁴ ed un valore *politico* (in quanto nessun sistema democra-

²¹ Un esempio è molto significativo è rappresentato dal recente libretto di VATTIMO intitolato *Addio alla verità* (Roma, 2009). In questo testo (v. in particolare p. 18 ss.), VATTIMO discute della verità, ma – salvo un affrettato e immotivato rifiuto della verità come corrispondenza – non spiega che cosa intende per “verità”, non discute le varie definizioni che sono state date del concetto, ma soprattutto non dice “di che cosa” si occupa la verità alla quale bisognerebbe dare l’addio. In effetti, egli si limita a dire che “la verità è un fatto interpretativo” (p. 25), soprattutto perché “ciò che chiamiamo realtà è un gioco di interpretazioni in conflitto” (p.26). Queste confusioni e queste affermazioni apodittiche si spiegano, dato che l’orizzonte culturale di VATTIMO è costituito solo da HEIDEGGER, NIETZSCHE, e pochi altri pensatori “postmoderni” come DERRIDA. Nessun riferimento viene fatto, invece, agli epistemologi come HAACK, GOLDMAN o NORRIS, che negli ultimi anni si sono seriamente occupati del problema. Prendendo poi in considerazione uno dei libri recentemente pubblicati in Italia sul tema (ossia: DIEGO MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007), VATTIMO si limita a liquidarlo dicendo che è noioso (p. 46). Paradossalmente si può essere d’accordo con VATTIMO: alla verità alla quale egli pensa – e qualunque cosa sia – si può dare l’addio, senza rimpianti.

²² Cfr. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p.74 ss.; ID., *La prova*, cit., p. 7 ss., 35 ss., 143 ss.

²³ Cfr. in particolare LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, trad. it., Milano 2004, p. 13 ss., 18 ss., 167 ss., 229.

²⁴ In argomento v. in particolare WILLIAMS, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton-Oxford 2002, p.101 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 93.

tico può fondarsi sulla menzogna). Come ben chiarisce BERNARD WILLIAMS²⁵, infatti, un sistema che ammettesse o si fondasse sulla menzogna nei rapporti tra chi detiene il potere e i cittadini eliminerebbe la possibilità di esercizio dei diritti su cui si fonda la democrazia²⁶. Pare chiaro che ha senso opporsi alla "etica della verità" solo quando essa viene usata per mistificare la realtà dei fatti a favore dei detentori del potere²⁷.

b) La verità ha un valore giuridico generale²⁸. In genere le norme presuppongono fatti, e si applicano effettivamente solo se è vero un fatto che corrisponde alla protasi (ossia al "frastico") della norma. Si può dire che esiste un diritto soggettivo (un obbligo, un dovere) in capo a Tizio solo se è vero che esistono le condizioni di fatto in virtù delle quali Tizio può avere quel diritto (quell'obbligo, quel dovere). In particolare, Tizio non è penalmente responsabile se non è vero che ha commesso il reato.

c) Nei sistemi in cui vige il principio di legalità, il giudice applica correttamente la norma sostanziale che governa il caso se – e solo se – ha accertato la verità del fatto di cui la norma presuppone l'esistenza. Il processo non è finalizzato a produrre decisioni *qualsiasi* (per il che basterebbe il duello o il lancio dei dadi *à la Bridoye*), ma a produrre decisioni *giuste*. Tuttavia, come pare

²⁵ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 57 ss., 84 ss., 123 ss. Sul pensiero di WILLIAMS a proposito delle implicazioni politiche della verità cfr. LUKES, *Verità e potere*, in *La verità. Scienza, filosofia, società*, a cura di S. BORUTTI e L. FONNESU, Bologna 2005, p. 159 ss.; CARTER, *Verità e potere in Williams e Lukes*, *ivi*, p. 177 ss.

²⁶ In senso completamente diverso cfr. VATTIMO, *op. cit.*, p. 16, 18, 22, 25, il quale considera la verità come un pericolo per la democrazia, e quindi come qualcosa a cui dovremmo dare l'addio. A parte il rilievo che – *comme d'habitude* – VATTIMO non tiene in alcun conto le opinioni di filosofi di grande rilievo – come WILLIAMS – che hanno detto il contrario, rimane il fatto che VATTIMO non dice di quale verità si sta occupando. Una interpretazione molto caritatevole di ciò che egli scrive potrebbe essere nel senso che egli ritiene antidemocratiche le "verità" enunciate e imposte da chi detiene il potere, ma allora si dovrebbe dire che sono antidemocratiche le falsità vendute come verità, non le verità in sé considerate. È interessante notare che per VATTIMO (*op. cit.*, p. 7) la famosa menzogna con cui Bush e altri giustificarono la guerra in Iraq non è scandalosa in sé, ma in quanto detta per scopi cattivi, mentre sarebbe stata da approvare se fosse stata detta per scopi buoni. Naturalmente VATTIMO non considera che per Bush la guerra in Iraq era un ottimo scopo, e proprio per questo ingannò il mondo, sicché secondo i suoi (di VATTIMO) criteri la menzogna di Bush era perfettamente giustificata.

²⁷ In proposito cfr. ZAGREBELSKI, *Contro l'etica della verità*, III ed., Roma-Bari 2008.

²⁸ Cfr. HÄBERLE, *Diritto e verità*, trad. it., Torino 2000.

ovvio, nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati²⁹.

Ciò implica una presa di posizione piuttosto netta contro le diverse teorie del processo, e della c.d. *procedural justice*, che parlano di giustizia solo a proposito del procedimento e non prendono in considerazione il contenuto e la qualità della decisione con cui il processo si conclude. Da RABELAIS a LUHMANN, da CHASE a GARAPON, queste teorie sono numerose e derivano da radici culturali e storiche assai diverse, ma hanno in comune – appunto – il disinteresse per la giustizia della decisione³⁰. Esse si fondano su una specie di cortocircuito concettuale per il quale se si considera “giusto” un procedimento – qualunque sia il criterio di “giustizia” al quale ci si riferisce – ciò è sufficiente per rendere accettabile anche la decisione finale. L’errore consiste nel non considerare che un “giusto processo” può condurre ad una sentenza ingiusta, e ciò accade tutte le volte che non si accerta la verità dei fatti. Ovviamente un “giusto processo” è necessario (mentre forse non era necessaria, per farlo intendere, la riforma dell’art. 111 della Costituzione), ma bisogna riconoscere che esso – da solo – non è sufficiente ad assicurare una “giustizia giusta”³¹.

d) A proposito del ruolo della verità nel contesto del processo è opportuno introdurre una serie di precisazioni ulteriori:

d1) A differenza di quanto fanno alcuni filosofi postmoderni, va chiarito *di che cosa* si predica la verità o la falsità. Nel processo non si tratta dell’universo né di ciò che dicono i politici – e neppure di ciò che dicono i filosofi postmoderni – ma di *enunciati* (o *narrazioni*) che si riferiscono a fatti specifici che si ipotizzano avvenuti nel mondo reale. Nel processo è vero o è falso ciò che taluno (avvocati, testimoni, giudice) dice intorno ai fatti che si qualificano come rilevanti per la decisione³². Il processo ha bisogno di essere orientato alla ricerca della verità dei fatti perché essa è necessaria al fine di una corretta applicazione delle norme che regolano la fattispecie, dato che tale applicazione

²⁹ Anche su questo punto ho svolto altrove argomentazioni più ampie: v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 97 ss., 113 ss., 135 ss.

³⁰ Per una più ampia analisi critica di queste teorie cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 99 ss. (e p. 107 ss. per l’esame delle ideologie del processo che svalutano il requisito della verità dei fatti).

³¹ Nel senso che il giusto processo implichi anche la pronuncia di sentenze giuste cfr. CHIARLONI, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo 1, Milano 2008, p. 405 ss.

³² Anche su questo tema, per maggiori approfondimenti, sia consentito il rinvio a TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 33 ss., 40 ss.

– come si è detto poc’anzi – presuppone e richiede l’esistenza dei fatti che stanno alla base delle situazioni giuridiche configurate dalle norme. Scrive FERRAJOLI che “nel diritto penale, la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali”³³. Non si può che essere d’accordo, con la sola aggiunta che ciò vale per tutte le decisioni giudiziarie, e non solo nel diritto penale.

d2) A differenza di ciò che pensano i medesimi filosofi, il processo non si esaurisce in un gioco di narrazioni o di interpretazioni. Nel processo sono in gioco cose molto *reali* come la vita, la libertà, i diritti e la ricchezza di persone *reali*, e quindi è inevitabile una opzione ontologica di carattere *realistico*. Per così dire, nel processo interessano i gatti che miagolano nel mondo reale, non i gatti che si interpretano³⁴, si immaginano o si sognano. Forse vale la pena di sottolineare che la scelta di una opzione ontologica realistica non implica di essere realisti *ingenui*: è ben possibile assumere atteggiamenti critici nei confronti delle modalità per conoscere la realtà del mondo, senza negare né l’esistenza della realtà né la possibilità di averne una conoscenza attendibile³⁵.

Ciò implica che, sempre nel contesto del processo, ognuno non sia libero di scegliersi, nel vasto mercato delle concezioni della verità, l’idea che più gli aggrada in base alle sue preferenze filosofiche o ideologiche³⁶. Il processo si interessa di eventi della vita reale e del mondo reale, anche se ha a che fare solo con enunciati o narrazioni che li riguardano, e quindi necessariamente tende a ricostruire quegli eventi. In altri termini, nel processo occorre accogliere – *bon gré mal gré* – una concezione *correspondentista* della verità³⁷, in base alla quale un enunciato descrittivo è vero o non è vero se corrisponde o non corri-

³³ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990, p. 43.

³⁴ Ovviamente il riferimento è al saggio di MAURIZIO FERRARIS, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. DERRIDA e G. VATTIMO, Bari 1998, p. 129 ss., ma anche alla pagina ironica di MURIEL BARBERY in *L’eleganza del riccio*, trad. it., Roma 2007, p. 52.

³⁵ In proposito v. più ampiamente, e per riferimenti, TARUFFO, *La prova*, cit., p. 38 ss.

³⁶ In termini più generali appare fondata l’opinione di JOHN SEARLE, secondo il quale l’*external realism*, ossia il convincimento dell’esistenza della realtà esterna, non è una teoria che si possa condividere o non condividere: piuttosto, è un presupposto necessario per la stessa possibilità di avere opinioni o teorie sulla realtà (cfr. SEARLE, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, New York 1999, p. 32. Le tesi di SEARLE sono efficacemente sintetizzate in ID., *Occidente e multiculturalismo*, trad. it. Milano 2008, p. 32 ss.).

³⁷ Cfr. in particolare FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, p. 19 ss.; Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 78.

sponde alla realtà che descrive³⁸.

d3) Non vi è bisogno di insistere sul fatto che nel processo non si parla di Verità Assolute (che ormai sono patrimonio solo di qualche metafisica e di qualche religione integralista), e quindi non ha senso l'atteggiamento dell'assolutista deluso che – non trovando Verità Assolute nel processo – dice che in esso non si può conseguire nessuna verità³⁹.

È chiaro infatti che nel processo si può parlare soltanto di verità *relative*, fondate sulle informazioni che le prove hanno reso disponibili. Di conseguenza, è altrettanto evidente che nel processo si considera come “vero” ciò che è stato provato⁴⁰, anche in base al fondamentale principio epistemico per il quale la verità è ciò che deriva dall'impiego razionale di tutte le informazioni disponibili⁴¹.

d4) Benché nel processo si possano conseguire solo verità *contestuali* relative alle prove acquisite, tuttavia non viene meno il valore *regolativo* della verità come corrispondenza degli enunciati fattuali alle realtà che in esse vengono descritte⁴². Come usa dire, la verità è il Nord, ossia il punto di riferimento che orienta la direzione del viaggio (così come 0 e ∞ orientano la direzione delle serie numeriche) e indica il limite al quale tendenzialmente si approssima l'accertamento dei fatti nel caso concreto. La distanza che rimane tra il Nord e il punto nel quale il viaggio verso il Nord si ferma dipende da una pluralità di circostanze. Nel processo il grado dell'approssimazione alla verità dipende

³⁸ La sbrigativa critica di VATTIMO alla famosa definizione semantica della verità proposta da TARSKI (v. VATTIMO, *op. cit.*, p. 47 ss.) si fonda su un evidente circolo vizioso, ossia sulla premessa che la realtà non esista (“non ci sono gatti, solo interpretazioni”) e che quindi tutto ciò di cui si parla rientri nel discorso, ma non esista. In proposito è stato opportunamente sottolineato che il criterio di TARSKI indica un requisito minimale “che dovrebbe essere soddisfatto da qualunque teoria filosofica della verità che non volesse rasentare l'assurdo” (cfr. PARRINI, *Verità e realtà*, in *La verità. Scienza, filosofia, società*, cit.).

³⁹ In proposito cfr. TARUFFO, *La prova*, cit., p. 10, 25, 153 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., p. 78, 82.

⁴⁰ In argomento v. per tutti FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona 2002, p. 61 ss.

⁴¹ Cfr. ad es. GOLDMAN, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 204, 283; HAACK, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*, 2nd ed., Amherst, NY, 2009, p. 132 ss.. In proposito cfr. anche GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona 1999, p. 128 ss.

⁴² Sulla verità come ideale regolativo cfr. PARRINI, *op. cit.*, p. 92 s.

dalle prove di cui si dispone, e dalla eventualità che esse non includano tutte le informazioni teoricamente possibili sul fatto che si tratta di accertare.

d5) Come si è già accennato, le prove sono finalizzate a produrre *informazioni* che possono confermare o non confermare la corrispondenza di un enunciato fattuale alla realtà che descrive. In un contesto *pragmatico* e non formalizzato come il processo, le informazioni prodotte dalle prove forniscono, all'enunciato al quale si riferiscono, un *grado di conferma* che può essere più o meno elevato in funzione delle prove disponibili e delle inferenze che esse consentono di formulare con riferimento ai *facta probanda* del caso⁴³.

È forse il caso di precisare, *incidenter*, che nell'ambito di una concezione come quella che si è ora delineata la prova non si configura come uno strumento *retorico*, la cui funzione sarebbe quella di persuadere il giudice a credere alquanto⁴⁴, ma come uno strumento *epistemico*, per mezzo del quale il giudice mira a stabilire la verità o la falsità degli enunciati di fatto su cui verte la decisione.

3. Verità e dubbio ragionevole

Forse è possibile trarre qualche conseguenza dalle osservazioni che si sono fatte finora.

Anzitutto, si può osservare che anche nel processo penale vale la regola per cui si considera vero ciò che risulta provato, ma il particolare rigore probatorio che sembra valere in quel processo (e che non si ritrova – come si è visto – nel processo civile) induce a configurare un principio che si potrebbe definire di *totalità della conferma probatoria* dell'ipotesi di colpevolezza. Con questa espressione intendo riferirmi ad una versione giuridica dei principi di *comprehensiveness*, *conclusiveness* e *consistency* dell'*evidence* alla cui applicazione gli epistemologi ricollegano la caratteristica della *supportiveness*, ossia il fondamento della verità sulla base dei dati disponibili⁴⁵. Si ha dunque una conferma probatoria *totale* dell'ipotesi su un fatto quando si sono prese in consi-

⁴³ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La prova*, cit., p. 212 ss.266 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., p. 218 ss.

⁴⁴ Questa concezione, che rispecchia il modo con cui gli avvocati si servono delle prove, è però piuttosto diffusa. In argomento, e in senso critico, cfr. TARUFFO, *La prova*, cit., p. 329 ss.

⁴⁵ Cfr. HAACK, *Defending Science – Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst, NY, 2007, p. 62 ss.

derazione tutte le prove rilevanti, si è verificato il grado di conferma che ognuna di esse è in grado di offrire all'ipotesi, e tutte le prove convergono nel senso di confermare la stessa ipotesi. Questa condizione viene a mancare se esiste anche un solo elemento di prova, pur dotato di valore minimo, che fornisce conferma ad una diversa ipotesi sul medesimo fatto⁴⁶.

A fronte di una situazione in cui esiste la conferma probatoria totale dell'ipotesi di colpevolezza, si può ritenere che il BARD costituisca, per così dire, un criterio *aggiuntivo e finale* di verità, che può essere formulato in questi termini: "la descrizione di un fatto che ha ottenuto una conferma probatoria totale è vera se – e solo se – non esiste alcuna descrizione alternativa ragionevole dello stesso fatto". In altri termini, l'esistenza di un dubbio ragionevole è un fattore sufficiente a "falsificare" la descrizione del fatto, anche in presenza di una conferma probatoria totale della sua verità. In questo modo si recupera, forse, una funzione specifica e decisiva del BARD: è proprio quando le prove forniscono la conferma dell'ipotesi di colpevolezza, infatti, che l'esistenza di un "dubbio ragionevole" impedisce la condanna.

prof. Giulio Ubertis
Università di Milano - Bicocca

1. *Questioni (non solo) terminologiche*

«Tutto ciò che possa esser pensato può essere pensato chiaramente. Tutto ciò che può formularsi può formularsi chiaramente» è una nota tesi sostenuta da LUDWIG WITTGENSTEIN¹.

In ambito giuridico, e specialmente quando si affronti la tematica della

⁴⁶ Non si fa riferimento all'ipotesi in cui vi siano, sul medesimo fatto, prove dirette e contrarie equivalenti, che integrerebbe – secondo l'interpretazione corrente – la condizione di "contraddittorietà" delle prove prevista dall'art. 530, comma 2, c.p.p. (su cui v. riferimenti in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova 2005, p. 1881). In questo caso, infatti, il problema di cui si parla nel testo non si pone neppure, dovendo il giudice pronunciare un provvedimento di assoluzione per mancanza di prova della colpevolezza. Analogamente, e per la stessa ragione, non viene in considerazione la situazione di "insufficienza" della prova prevista dalla stessa norma.

¹ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1921), trad. it., Torino, 1968, § 4.116, p. 28.

prova e del giudizio, sembra tuttavia che la validità di questa affermazione generale (che non appare smentita dal successivo richiamo wittgensteiniano alla nozione di “gioco linguistico”: se «il *parlare* un linguaggio fa parte di un’attività, o di una forma di vita»² e non può quindi giustificare la pretesa di accezioni cristallizzate dei vocaboli, nemmeno implica la legittimazione di confusioni lessicali) trovi difficoltà a essere riconosciuta, per almeno due motivi.

Per il primo, gli stessi vocaboli “prova” e “giudizio” sono spesso utilizzati in modo poco rigoroso, generando la necessità, quando ci si imbatte in essi, di effettuarne mentalmente una “traduzione” per comprendere cosa esattamente il nostro interlocutore intenda dire. Ai fini del presente lavoro, però, non è necessario procedere a una “ridefinizione” di tutti i referenti semantici di tali espressioni³, limitandoci a segnalare che per “prova” si intenderà in senso lato quanto utilizzato per verificare un enunciato fattuale e per “giudizio” (in campo processuale) la decisione conclusiva del procedimento.

Per il secondo, pure una serie di locuzioni impiegate nello studio dell’argomento non sono “neutre”, ma dipendono da scelte epistemologiche (esplicite o implicite). Non è forse un caso che nella stessa «Nota introduttiva» a questo confronto con l’amico MICHELE TARUFFO su «Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)» si impieghino, accostandole, locuzioni che a nostro avviso non dovrebbero essere adoperate in forma di endiadi o in modo sinonimico, perché rappresentano impostazioni tra loro configgenti: sembrando quasi che la «Nota introduttiva» sia redatta apposta per invitare a una esplicita presa di posizione che superi le ambiguità coloro che sono stati richiesti di esporre le loro opinioni. Così accade, ad esempio, quando si definisce il criterio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” (traduzione di “beyond any reasonable doubt”, sintetizzato nell’acronimo BARD) come «regola probatoria e di giudizio» o si ha riguardo «ai profili dell’accertamento e della ricostruzione probatoria del fatto» (corsivi nostri) o ancora si slitta dal problema della verità «in relazione all’enunciato fattuale contenuto nell’imputazione» a quello del ragionamento decisorio «alla luce della ‘prova dei fatti’».

² L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche* (1953), trad. it., Torino, 1967, p. 21.

³ Per una siffatta prospettiva cfr., volendo, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, spec. p. 57 e 63 ss.

2. Su cosa verte la prova

Proprio l'aver scritto "prova dei fatti" tra virgolette appare una spia della presa di distanza critica da un uso non sufficientemente meditato dell'espressione, che appare in contraddizione con la precedentemente rilevata esigenza di provare l'enunciato⁴ costitutivo dell'imputazione.

Insomma: nel processo si provano fatti o la verità di enunciati fattuali?

Alla domanda non si può rispondere se non rilevando che, qualunque sia il tipo di ricerca in corso, e specialmente nel "mondo del diritto", l'indagatore del passato si trova a instaurare relazioni non con "fatti", ma con "enunciati fattuali".

Va quindi ribadito che «un errore da cui rifuggire nello studio del fenomeno processuale consiste nel ritenere che la prova verta su un 'fatto'»⁵: commettendolo, si trasferirebbe in ambito giudiziario «una delle ricorrenti illusioni della scienza del diritto [, cioè] di avere a che fare direttamente con la realtà, [mentre] ... essa *parla* della realtà, *ragiona* della realtà, [che] ... diviene 'materiale' della scienza attraverso un processo di verbalizzazione dell'esperienza»⁶.

Non è ignorabile, per un verso, che il giudice deve decidere con riferimento a «comportamenti umani ... puntuali e irripetibili, nel senso che, nella loro individualità, ... una volta spariti nel passato, [non] sono in grado di riemergere attraverso l'esperimento»⁷ e, per l'altro, che «un 'fatto' non lo si può provare *a posteriori*, ma se mai esperire o constatare al momento del suo verificarsi»⁸: degli eventi ormai trascorsi è possibile solamente "parlare". Pure ad ammettere teoreticamente che «la *verità* è nei fatti»⁹, nel processo non si può andare oltre la verifica «della *verità* di una proposizione»¹⁰. In quanto tale, la prova non riguarda un "fatto", ma un "asserto".

⁴ Continueremo a impiegare sinonimicamente termini quali "enunciato", "proposizione", "asserzione" "asserto" o "affermazione", poiché ciò non incide sulle nostre considerazioni. D'altronde, nonostante sia stato proposto di differenziarne l'impiego soprattutto per distinguere quando ci si riferisca all'espressione linguistica da quando si intenda richiamarne il suo contenuto, manca nella letteratura sul tema un loro uso uniforme.

⁵ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 8.

⁶ R. ORESTANO, *Azione in generale: a) storia del problema*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 812.

⁷ G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 43.

⁸ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 91.

⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, Prato, 1886, § 900, p. 201.

¹⁰ F. CARRARA, *ibidem*.

Come già da tempo evidenziato¹¹, risulta pertanto scorretta la locuzione “prova di un fatto”, appunto perché quanto si prova nel processo è la verità o meno di un enunciato.

E parimenti inesatte e fuorvianti sono quelle «prova della verità dei fatti»¹² o «prova della affermazione (della verità) del fatto»¹³. Ambedue queste terminologie non tengono conto che non esistono “fatti veri” o “fatti falsi”: un fatto “è” o “non è”; unicamente la sua enunciazione può essere “vera” o “falsa”¹⁴. «Di un fatto che si sostiene accaduto nel passato può essere predicata l’esistenza, ma non la verità»¹⁵.

Le tre precedenti espressioni, perciò, sono correttamente utilizzabili esclusivamente alla condizione di intenderle come formule abbreviate di “prova della verità dell’affermazione di esistenza di un fatto”.

Inoltre, va considerato che la verifica dell’affermazione costituente l’oggetto di prova dà esito positivo quando si ottiene un enunciato uguale a quello che si intende provare; ma ciò non legittima la conclusione che, quindi, «la conoscenza del fatto»¹⁶ sarebbe stata conseguita attraverso «una conferma sperimentale»¹⁷, come se fosse un fatto a verificare l’iniziale tema di prova. Non si avverte, infatti, che si tratta pur sempre di un confronto effettuato tra l’affermazione probatoria di partenza e non un fatto, ma un altro enunciato (desunto, ad esempio, dalla deposizione di un teste reputato credibile o dall’esame di un documento ritenuto attendibile), riscontrandosi che vi è coincidenza tra le due asserzioni.

Non ci si avvede, cioè, che l’effettivo movimento gnoseologico non può prescindere dalla circostanza che qualunque attività probatoria «mette capo ad un’enunciazione di proposizioni che è dello stesso tipo di quella che la parte esprime nel dedurre la prova medesima»¹⁸. In altri termini, solo quando si

¹¹ V., per tutti, F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale (Il concetto giuridico della prova)*, Roma, 1915, p. 54, nota 2; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 4, nota 4.

¹² G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 809.

¹³ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 54, nota 2.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 165; V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 15-16.

¹⁵ G. UBERTIS, *Prova, II) teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVII, 2009, p. 2.

¹⁶ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 54.

¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 949.

¹⁸ V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, cit., p. 5.

è valutato attendibile l'esperimento probatorio e si è in possesso dell'enunciazione che ne risulta, si ha a disposizione il termine di paragone per procedere alla verifica del tema di prova, giacché «per controllare un giudizio ne occorre un altro, a cui commisurare il primo»¹⁹.

3. *A cosa mira l'istruzione probatoria e perché*

Al termine dell'istruzione probatoria, qualora siffatto controllo per ciascuna delle contrapposte asserzioni delle parti (alcune verificandole e altre falsificandole) dia un esito tale da consentire la spiegazione adeguata di quanto posto all'origine del processo, si può dire di "conoscere il fatto", avendo terminato la sua corretta *ricostruzione*.

Proprio la scelta consapevole di questo vocabolo, anziché quello di "accertamento", vuol significare che l'esito del processo scaturisce non «da una passiva recezione delle risultanze istruttorie da parte del giudice, ma da un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso»²⁰.

La "ricostruzione" del fatto conseguita attraverso le prove (e conformemente alle regole che le disciplinano²¹) rappresenta quindi una prospettiva gnoseologica alternativa a quella dell'"accertamento", giacché con essa si intende negare la possibilità che la conoscenza si risolva in una semplice constatazione di "ciò che è senz'altro". Si sostiene invece che il carattere selettivo-operativo-teleologico sia ineliminabile nel procedimento conoscitivo giudiziale, dove appunto «il fatto non è un dato che viene accertato nella sua pretesa oggettività empirica, ma l'esito di un processo ricostruttivo disciplinato dal diritto in funzione delle sue finalità e dei suoi valori»²².

È peraltro unanimemente riconosciuto che la ricostruzione fattuale non è fine a sé stessa, ma costituisce il fondamento indefettibile per l'emanazione di

¹⁹ F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., p. 6. Analogamente, per F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 129, «la prova (di un giudizio) non può consistere se non in un giudizio diverso», e, per V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, cit., p. 6-7, «il controllo delle sue proposizioni *protocollari* il giudice deve compierlo attraverso il raffronto con altre proposizioni dello stesso tipo».

²⁰ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 93.

²¹ V., per l'individuazione del loro duplice fondamento e per ulteriori riferimenti bibliografici, G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 55 ss.

²² M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 239.

una decisione *giusta*: né potrebbe impiegarsi tale qualifica quando la sua base fattuale fosse erronea o inattendibile, ossia qualora non si esprimesse, riguardo alla suddetta ricostruzione, un giudizio positivo di verità definibile “giudiziale” e «considerata come il risultato del parallelogrammo delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale»²³.

Si pone dunque una questione di particolare interesse, sia epistemologico che politico.

Da un lato, occorre che la verità giudizialmente conseguita sia il più possibile (nei limiti dell’umana capacità) approssimata alla “realtà” per garantire il consenso dei consociati relativamente all’esito del processo; dall’altro, soprattutto in un periodo storico in cui si è presa coscienza dell’esistenza di un multiculturalismo presente nelle nostre società il cui tasso di democraticità dipende dalla capacità di rispetto reciproco, bisogna evitare che la sentenza appaia come il risultato dell’adesione a *una* delle concezioni filosofico-gnoseologiche sostenute in una determinata collettività.

Ritengo che ambedue le suddette esigenze siano soddisfatte dall’accoglimento della teoria semantica della verità²⁴, prioritariamente presentata con riferimento ai linguaggi formalizzati, ma dallo stesso TARSKI applicata al linguaggio ordinario.

Con essa si individuano le condizioni d’uso del termine “vero”, per cui «*X è vero se e solo se p*», dove “*p*” è «un enunciato qualunque» e “*X*” «il nome di questo enunciato», presentandosi esemplificativamente l’ormai notissima equivalenza «l’enunciato ‘la neve è bianca’ è vero se e solo se la neve è bianca»²⁵.

In altre parole, con lo stabilire esclusivamente una relazione tra linguaggio e metalinguaggio, da tale concezione nominale (e non reale), «intralinguistica

²³ G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale* (1992), in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 89.

²⁴ La sua necessaria applicazione in campo processuale (già segnalata da G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 91-92, nota 30, evidenziando che pure per essa – come rilevato da R.S. RUDNER, *Filosofia delle scienze sociali* (1966), trad. it., Bologna, 1968, p. 127 – «le entità extralinguistiche non sono né vere né false; di tali entità non linguistiche, può essere affermata o negata la esistenza, ma non propriamente la verità o la falsità») è stata successivamente patrocinata con ampiezza di argomentazioni da L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 21 ss. e 40 ss., anche rispetto alla soluzione della *quaestio iuris*.

²⁵ A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), in *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, p. 30, mentre dalla successiva p. 31 sono trattate le altre citazioni del presente periodo.

della verità scompare ogni effettiva corrispondenza tra linguaggio e mondo. Se a qualcuno sembra il contrario, è solo perché questi, sposando il 'fisicalismo semantico' degli empiristi logici, identifica la descrizione fiscalista della realtà con la realtà stessa»²⁶.

Lo stesso TARSKI ha tenuto a precisare che «la concezione semantica della verità non implica nulla che riguardi le condizioni alle quali un enunciato come: (1) *la neve è bianca* può essere asserito. Essa implica soltanto che, ogni volta che noi asseriamo o rifiutiamo questo enunciato, dobbiamo essere pronti ad asserire o a rifiutare il corrispondente enunciato: (2) *l'enunciato 'la neve è bianca' è vero*. Possiamo quindi accettare la concezione semantica della verità senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano; possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici – qualunque cosa fossimo prima. La concezione semantica è completamente neutrale nei confronti di tutti questi indirizzi»²⁷.

Ecco dunque che possiamo non incorrere nella «verofobia, che conduce ad abbandonare la nozione di verità ... [e] ad abbracciare definizioni del tutto assurde e/o rinunciare a definire la conoscenza e la giustificazione epistemica»²⁸, senza perciò dover accogliere la tesi secondo cui «la nozione, radicalmente non epistemica, di verità come corrispondenza ai fatti rest[erebbe] essenziale se non altro come ideale e criterio regolativo ... soprattutto [in quanto] ci consente di sottolineare come una condanna (o un'assoluzione) possa essere ingiusta perché è falso l'enunciato di colpevolezza (o di non colpevolezza), nonostante la piena congruenza con tutte le prove assunte nel processo»²⁹.

Basta riflettere sulla circostanza che una cosa è la concezione della verità e altra è l'individuazione dei *criteri di verità*, sulla cui base siamo pronti ad asserire (cioè, corrispondentemente, a dichiarare che è vero) l'enunciato costitutivo della ricostruzione fattuale compiuta al termine del processo, dopo aver acquisito le informazioni disponibili considerate essenziali per la pronuncia (come è desumibile per il processo penale, in particolare, dagli art. 441, comma 5, 495, 507 e 603 c.p.p.): e quest'ultima specificazione serve a chiarire co-

²⁶ S. NANNINI, *Il concetto di verità in una prospettiva naturalistica*, in *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. AMORETTI - M. MARSONET, Milano, 2007, p. 60.

²⁷ A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, cit. p. 54-55.

²⁸ N. VASSALLO, *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in *Conoscenza e verità*, cit., p. 20-21.

²⁹ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 323.

me «un giudice che segue la strategia coerentista [di] rinunciare ad approfondire le indagini»³⁰ non rispetterebbe i principi del nostro sistema penale. I suddetti criteri, idonei a suffragare il procedimento inferenziale dalle proposizioni concernenti i dati gnoseologici portati in giudizio alla conclusione ricostruttiva, sono individuati nella *coerenza* con tali asserzioni dell'operata ricostruzione e nella *accettabilità giustificata* della medesima in virtù della sua capacità esplicativa³¹. Ancora una volta si conferma che «nulla può valere come prova di una proposizione se non un'altra proposizione»³² e che quindi anche per il processo tutto avviene all'interno di un universo linguistico, essendo necessario per la decisione riscontrare o no la coincidenza tra l'enunciato iniziale (affermando il referente "storico" cui si collega la domanda al giudice) e quello, reputato persuasivamente rappresentativo della "realtà", inerente alla ricostruzione finale (evidenziando, però, che, al limite, mancherebbe addirittura la possibilità di pervenirvi – equiparando la soluzione del caso a quello di "non coincidenza" –, qualora dagli esperimenti probatori non fosse derivato nulla di fruibile: ad esempio, quando essi fossero stati unicamente di tipo testimoniale e i testi avessero dichiarato di non rammentare quanto loro richiesto).

Non viene preteso né dal giudice né dalle parti né da alcun altro di professare il superamento – attraverso una identificazione tra la descrizione creduta vera della "realtà" e la "realtà" stessa – dello iato tra le parole e gli oggetti su cui vertono: restano pertanto impregiudicati l'accettazione o il rifiuto della teoria della verità corrispondentistica classica (che già si è detto essere radicalmente non epistemica, perché indipendente da quanto da noi conosciuto: verità o falsità degli enunciati sussisterebbero a prescindere da noi e dalle nostre credenze) o di altre concezioni.

Parimenti, tuttavia, non si nega che la giustificazione delle credenze può essere fallace e non viene perciò respinta la possibilità di una critica a decisioni considerate ingiuste perché pervenute alla condanna di un innocente (o all'assoluzione di un colpevole) sul fondamento di una ricostruzione fattuale ritenuta sbagliata. Pur non aderendo alla teoria corrispondentistica della verità, è sostenibile l'errore della pronuncia sulla base non solo di un diverso corredo di proposizioni, delle quali almeno alcune derivino da dati esterni al processo,

³⁰ C. PIZZI, *Fatti, coerenza, informazione* (1996), in ID., *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2009, p. 36.

³¹ A criteri analoghi si riferisce L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 40-41 e 129.

³² P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 318.

ma altresì di una differente valutazione del patrimonio gnoseologico acquisito durante il procedimento. Anche in eventualità siffatte, peraltro, si tratterebbe sempre di emettere un giudizio (nelle ipotesi formulate, di erroneità) fondato su un confronto linguistico, che viene effettuato tra due alternativi asserti descrittivi della “realtà” (oppure, con riguardo all’esempio precedente, tra una enunciato descrittivo di quest’ultima e un enunciato asserente la mancata descrizione della medesima), di cui solo uno è creduto vero: appunto senza la necessità di supporre un loro collegamento con una ipostatizzata realtà esterna al linguaggio con cui se ne parla.

4. *Il superamento di ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato come regola di giudizio*

Proprio per ridurre al minimo ritenuto socialmente accettabile l’errore che conduca a dichiarare colpevole un innocente è previsto il criterio (recentemente accolto all’interno del tessuto codicistico), per cui il giudice, per addìvenire a una sentenza di condanna, deve essere persuaso della sua ricostruzione fattuale *beyond any reasonable doubt*. Ma non è forse superfluo rilevare che la modifica legislativa intervenuta con l’art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46 non ha sostanzialmente introdotto alcuna innovazione nel nostro ordinamento, poiché già si riconosceva generalmente che esso era ispirato al canone sinonimicamente denominato dell’*in dubio pro reo* o del *favor rei*: le tre espressioni, originate dalle differenti esperienze culturali del mondo giuridico anglosassone e di quello europeo-continentale, sono comunque volte a ottenere conseguenze analoghe, direttamente derivabili per il nostro Paese dagli art. 27, comma 2, Cost., 6, comma 2, Conv. eur. dir. uomo e 14, comma 2, Patto intern. dir. civ.³³

La vaghezza della nuova formula codicistica inserita nell’art. 533, comma 1, c.p.p. (che non si è mancato di valutare alla stregua di «banale americanismo e verità ovvia»³⁴) non contribuisce però a rendere più agevole il compito del

³³ Che il criterio fosse presente nel nostro sistema processuale penale è stato invero asserito anche da chi è stato particolarmente critico nello stigmatizzare il mancato inserimento, nel tessuto codicistico, della locuzione richiamante il superamento del ragionevole dubbio per poter condannare (cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 141-142 e 211 ss., mentre *ivi*, p. 522, è espressamente affermato che la formula in questione non rappresenta altro che l’attualizzazine linguistica dell’*in dubio pro reo*).

³⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1001.

giudice, tanto che rispetto a essa si è evocata la famosa «battuta di TALLEY-RAND per la quale ‘se andiamo avanti a spiegare, smetteremo di capirci’»³⁵, così numerosi e contestati sono i tentativi definitivi pure nel Paese dalla cui tradizione consapevolmente proviene³⁶.

La difficoltà semantica della locuzione contribuisce forse a renderne, inoltre, onnicomprensivo l’ambito di applicazione, come emerge dall’impiego, al suo riguardo, della formula «regola probatoria e di giudizio», già altra volta adoperata dall’estensore della «Nota introduttiva» a questo confronto³⁷ (il cui titolo rinvia poi al “principio”³⁸ dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”). Escluso, tuttavia, che il richiamo alla nozione di “regola probatoria” sia interpretabile come se il criterio in argomento possa riferirsi alle regole di ammissione o di assunzione probatoria, l’espressione qui analizzata andrebbe intesa come se fosse scritto “regola di valutazione probatoria e di giudizio”.

Ma anche così essa non sarebbe condivisibile.

Un conto è disporre, con l’ausilio dell’ordito normativo, che «il giudice ... deve sempre convincersi secondo il processo e secondo ragione»³⁹, un altro è stabilire che il convincimento del giudice deve raggiungere (o deve oltrepassare) una data soglia per determinare la decisione. Solo *dopo* l’applicazione delle regole valutative che consentono di pervenire (eventualmente) a una ricostruzione del fatto sfavorevole all’imputato può entrare in gioco la *regola di giudizio* (detta altresì “regola di decisione”), per la quale può pronunciarsi una «sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533, comma 1, c.p.p.)⁴⁰.

³⁵ A.M. DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso di O.J. Simpson* (1997), trad. it., Milano, 2007, p. 63.

³⁶ Per una loro presentazione può rinviarsi a A.M. DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso di O.J. Simpson*, cit., p. 63 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 195 ss., ricordando (*ivi*, p. 127 ss.) le origini ben più antiche del principio in argomento.

³⁷ G. Canzio, *L’“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.

³⁸ Poiché condividiamo l’opinione che «l’asserita distinzione tra regola e principio [soffre di una] debolezza teorica di fondo» (C. LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1239), eviteremo di discutere il (falso) problema attinente all’inserimento dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” nell’una o nell’altra categoria.

³⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., § 886, p. 169.

⁴⁰ Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 344-345, nota 292, dove si ricorda la «correttezza esemplare» della giurata ASCHENBACH che, nel caso O.J. Simpson, dichiarò, nono-

Tuttavia, la questione fondamentale appare essere che, nella sostanza, «la misura della probabilità sufficiente alla condanna non è codificabile»⁴¹: pure laddove sia sancito (come in taluni ordinamenti processualciviltistici, specialmente scandinavi) che l'organo giurisdizionale debba ottenere un grado di conferma legislativamente fissato per reputare provata l'ipotesi ricostruttiva prospettata dalla parte, spetta sempre al giudice «determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e quindi stabilire se nel caso concreto sia stato raggiunto il 'grado' di prova richiesto dalla legge»⁴².

Anche chi propone l'applicazione processuale della teoria bayesiana chiarisce inequivocabilmente:

1) che lo stesso modo di esprimere la giustificazione etica della regola di giudizio che stiamo esaminando – costituita dalla formula “è meglio assolvere n colpevoli che condannare un innocente” – incide sull'apprezzamento del ragionevole dubbio al variare di n : le differenze in proposito non possono essere vanificate considerandole alla stregua di enunciazioni simili del medesimo argomento presenti nell'esperienza giuridica, perché generano effetti di diversità non indifferente sulla soglia che concretizza l'applicazione della regola di decisione⁴³; conseguentemente sorgerebbe l'esigenza che il legislatore si assumesse l'onere di indicare il valore di n ;

2) che il risultato numerico del procedimento bayesiano dipende inoltre da elementi fissati soggettivamente (si pensi alla scelta della popolazione degli individui che potrebbero aver lasciato la traccia organica da cui è stato estratto un certo profilo del DNA), che solo in uno stadio successivo possono essere elaborati secondo i canoni dello schematismo logico-probabilistico⁴⁴;

3) che dunque la teoria bayesiana non offre regole meccaniche di calcolo da applicare automaticamente, ma «fissa, per così dire, i confini entro i quali deve muoversi la decisione del giudice»⁴⁵, richiedendo, come qualunque regola logica, una esplicitazione pure di quelle premesse che spesso vengono più o meno inavvertitamente sottaciute quando si formulano giudizi.

stante la sua convinzione che Simpson fosse colpevole, di aver votato per la sua assoluzione perché la legge non le permetteva di optare per la condanna, poiché l'accusa non era riuscita a provarne la colpevolezza, consentendo una ricostruzione fattuale persuasiva oltre ogni ragionevole dubbio.

⁴¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1001.

⁴² S. PATTI, *Liberò convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 499.

⁴³ P. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4049, nonché p. 4053 e nota 17 per un'esemplificazione.

⁴⁴ P. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, cit., p. 4051.

⁴⁵ P. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, cit., p. 4044.

OPINIONI A CONFRONTO

RIFLESSIONI SULLA VICENDA DI ELUANA ENGLARO

Nota introduttiva di STEFANO CANESTRARI

Nel panorama giurisprudenziale italiano, la vicenda di Eluana Englaro si segnala come il primo caso di autorizzazione alla sospensione di trattamenti salvavita in un paziente in stato vegetativo permanente. A conclusione di un *iter* giudiziario decennale, la Corte d'Appello di Milano ha infatti accolto la richiesta avanzata dal padre-tutore della giovane, dando applicazione al principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione nell'ottobre 2007 (sent. n. 21748 della I sez. civile). Un percorso assai travagliato e complesso che, pur essendosi svolto davanti alla giurisdizione civile, presenta molteplici elementi d'interesse anche per la riflessione penalistica.

L'interruzione di dispositivi salvavita appare infatti riconducibile, almeno *ictu oculi*, entro l'area di tipicità dei delitti contro la vita. Il caso Englaro può essere idealmente collocato lungo il delicato crinale che separa il legittimo esercizio del diritto all'interruzione di trattamenti sanitari indesiderati (artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost.) dalle condotte, penalmente rilevanti, di soppressione volontaria della vita altrui. Il fatto poi che, nel caso in esame, la sospensione dei sostegni vitali non sia stata richiesta direttamente e personalmente dalla paziente, ma da un soggetto terzo – sebbene giuridicamente qualificato ad esprimerne la volontà – pone il problema dell'accertamento della “volontà presunta” dell'incapace. Volontà che deve essere ricostruita secondo la Cassazione sulla base di elementi probatori “chiari, univoci e convincenti”. L'assenza di una manifestazione di volontà diretta e attuale costituisce l'elemento differenziale rispetto ad un'altra vicenda spesso citata in *pendant* con il caso Englaro, quella di Piergiorgio Welby – in cui era lo stesso paziente, pienamente cosciente e capace, a richiedere la deconnessione dal ventilatore.

Ma rispetto al caso di paziente incapace, l'accertamento circa l'effettiva sussistenza di un valido consenso, quand'anche non lasciasse adito a dubbi, non è in sé sufficiente a escludere l'illiceità penale della sospensione di trattamenti salvavita. Si può anzi obiettare che l'efficacia scriminante del consenso dell'avente diritto (50 c.p.) è notoriamente esclusa laddove siano in gioco beni indisponibili. E tuttavia, il caso Englaro mostra come le linee evolutive della giurisprudenza siano orientate a riconoscere una crescente

latitudine all'autodeterminazione in ambito sanitario, valorizzando l'implementazione del diritto costituzionale al rifiuto di trattamenti sanitari *anche* salvavita. Secondo quanto afferma la Cassazione nella citata pronuncia, in nome del principio personalistico "deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita". Una simile affermazione, se pur non intende dilatare i confini del consenso scriminante, invita però a riflettere sull'attuale fisionomia di uno dei principali assunti teorici della disciplina codicistica dei delitti contro la persona, vale a dire il principio dell'indisponibilità della vita umana.

Affermare che il giudice può, nel caso concreto, ritenere prevalente il diritto all'autodeterminazione anche fino alla morte incrina il primato assoluto e incondizionato della tutela della vita umana. A tale (ri)bilanciamento dei fondamentali diritti in gioco la Suprema corte perviene in via ermeneutica, sulla base dei principi costituzionali: ciò pone in risalto l'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* rispetto a questa nuova e complessa casistica. A tale riguardo, non mancano le ragioni per preferire la mancanza di una legge ad una cattiva legge. Tuttavia, in casi come quello di Eluana, una simile lacuna può condurre all'applicazione delle comuni fattispecie delittuose coniate dal legislatore del 1930 (e mai riformate), con il rischio di una risposta punitiva incongrua rispetto alle peculiari caratteristiche di alcune e ben individuate modalità di lesione della vita umana. Se è vero che i delitti contro vita – "delitti naturali" per eccellenza – resistono più di altri ai segni del tempo, è vero però che i profondi mutamenti della società, della medicina, delle tecnologie pongono una serie di questioni inedite, rispetto alle quali il quadro normativo vigente mostra profili di inadeguatezza che rischiano di tradursi in un rigorismo sanzionatorio indiscriminato.

Alla luce di questi brevi cenni, abbiamo sottoposto a Ferrando Mantovani e Amedeo Santosuosso alcuni interrogativi:

1) L'interruzione della nutrizione e idratazione artificiali può configurare un'ipotesi di omicidio doloso, essendo indubbia sia l'efficienza causale dell'interruzione dei trattamenti rispetto all'evento mortale, sia la piena coscienza dell'inevitabilità di tale evento da parte degli operatori medico-sanitari?

2) Se, come affermato dalla Cassazione, la libertà di autodeterminazione terapeutica – espressione del principio personalistico – non trova un limite nell'eventuale sacrificio della vita, si può affermare che sia in atto un superamento del dogma dell'indisponibilità della vita sotteso alle disposizioni codicistiche pre-costituzionali?

3) Nel caso di sospensione dei dispositivi salvavita, quale rilievo ha il consenso libero e informato del paziente? E quali cautele e limiti incontra nel caso di pazienti incoscienti, incapaci di manifestare personalmente la propria volontà e perciò assistiti da un legale rappresentante? In particolare: qual è in tale ipotesi il ruolo del rappresentante legale? È testimone e garante di una volontà effettivamente manifestata dal paziente incapace o può contribuire a prendere, in vista del migliore interesse del soggetto rappresentato, la decisione di sospendere il trattamento vitale?

4) Un intervento *de lege ferenda*, che conferisca valore alla volontà manifestata dall'interessato in epoca precedente alla perdita di coscienza, può costituire uno strumento utile per dirimere casi come quello di Eluana Englaro?

prof. Ferrando Mantovani
Emerito nell'Università di Firenze

La risposta al primo quesito presuppone previe risposte ai quesiti successivi, perché concernono tutti il problema prioritario della *autodeterminazione* del soggetto rispetto ai trattamenti sanitari, e perché dalla loro risposta dipende la configurabilità o meno del delitto di omicidio doloso in caso di sospensione della nutrizione e idratazione artificiale.

Va, però e innanzi tutto, premesso che il concetto di autodeterminazione, essendo in sé ambiguo e polivalente, può costituire: 1) un *disvalore* nichilistico, se assunto come autodeterminazione assoluta, illimitata, nella logica di una concezione utilitaristica-individualistica-egocentrica-edonistica dell'uomo, che, sulla base del volere e del sentire individuale dell'«uomo solo», chiuso all'alterità dell'«uomo integrale», proclama il principio della massima disponibilità dell'essere umano, per mano propria o altrui, e la conseguente liberalizzazione, tendenzialmente illimitata, dell'aborto, droga, transessualismo, procreazione assistita, locazione del grembo materno, vendita dei gameti alle banche del seme, nonché dell'eutanasia e suicidio per mano propria o assistito. Il tutto: se stesso e gli altri oggetto del proprio ingannevole piacere; 2) un *valore*, se assunto come *autodeterminazione* relativa, limitata, nella logica di una concezione personalistica dell'uomo valore, dell'uomo-persona, dell'uomo-fine, perché «personalismo» sta ad indicare una «visione integrale» della personalità umana, non come individuo nella cruda individualità, ma nella trama delle relazioni sociali in cui vive e nell'insieme dei diritti fondamentali di ogni essere umano, che trovano la loro misura nella coesistenza ed acco-

glienza reciproca con gli altri, specie dei soggetti più deboli e indifesi.

E va, altresì, premesso che anche l'autodeterminazione, in termini personalistici, non pone tanto un *problema di legittimità*, perché non esistono, sul piano etico e giuridico, radicali obiezioni di principio. Essa trova, infatti, il proprio fondamento in quella cultura, che ha affermato, nel campo biomedico, il principio di consenso informato, il quale ha segnato il passaggio epocale dalla concezione paternalistica ed autoreferenziale dei doveri del medico, per definizione benefattore ed onnidecidente, alla concezione personalistica dei diritti del paziente, che si pone al centro del rapporto medico-paziente e della struttura sanitaria come portatore di propri diritti, primo dei quali il diritto alla vita e alla salute, nonché il diritto all'autodeterminazione in ordine agli interventi sul proprio corpo: alla partecipazione alle decisioni medico-chirurgiche che lo riguardano. In un perdurante dialogo, umanizzante e rassicurante, fiduciario e collaborativo, tra medico e paziente.

Il problema di fondo riguarda, invece, la *portata* e i *limiti della autodeterminazione*: tra una pretesa autodeterminazione assoluta, tendenzialmente illimitata, ed una contrapposta autodeterminazione relativa, sottoposta a precisi limiti oggettivi, per cui, se senza il consenso informato del soggetto gli interventi sanitari sono illeciti, anche con il consenso del soggetto gli interventi restano illeciti se violano i limiti oggettivi.

E ciò vale, in particolare, per il problema, emergente e drammaticamente emerso con la vicenda di Eluana Englaro, delle *dichiarazioni anticipate di trattamento*, che pone non tanto il problema di legittimità per le ragioni già sopraesposte rispetto alla autodeterminazione in generale, quanto il duplice problema: 1) della opportunità di una espressa *disciplina legislativa*; 2) dei *requisiti* e *limiti* della loro validità e vincolatività per il medico.

I. Ciò premesso e rispondendo al *quarto quesito*, una espressa disciplina legislativa delle dichiarazioni anticipate di trattamento, avversata da coloro che temono che essa sia il prologo per l'introduzione di una legge sulla eutanasia (auspicata, questa, dai sostenitori della autodeterminazione assoluta), è da più parti richiesta e ritengo opportunamente, dopo le creative sentenze sul caso Eluana e l'introduzione da parte di certe intraprendenti amministrazioni comunali di registri per l'iscrizione delle dichiarazioni anticipate di trattamento, per la triplice fondamentale finalità: 1) di garantire la *reale volontà* del soggetto per evitare che, in nome del diritto di autodeterminazione, si violi tale diritto; 2) di ridurre le tormentose *incertezze* dei medici; 3) di evitare, ancor prima, che i problemi di vita e di morte trovino soluzione, in violazione del principio

della riserva di legge, secondo le *diverse etiche e ideologie* o i *soggettivismi caratteriali* dei singoli giudici.

II. Circa il *terzo quesito* sulla rilevanza del principio dell'autodeterminazione per quanto concerne la sospensione dei dispositivi salvavita e, in particolare, della alimentazione e idratazione artificiale in soggetti in stato vegetativo persistente, occorre innanzitutto distinguere:

A) l'*espresso rifiuto* della attivazione o continuazione dei trattamenti sanitari da parte del soggetto, capace di intendere e di volere, cosciente e nell'attualità della situazione patologica. Rifiuto che sul piano astratto non presenta radicali obiezioni di principio: 1) perché il consenso e il rifiuto non sono che due aspetti dell'autodeterminazione, pur se relativa; 2) perché il rifiuto – come meglio diremo – sta ad indicare non un diritto al suicidio, ma soltanto che la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva, poiché non esiste un obbligo giuridico di curarsi.

Il problema è, invece, soprattutto di *ordine pratico*, perché la validità del rifiuto ha carattere pressoché eccezionale, richiedendo una serie di requisiti, non facilmente presenti e accettabili nei malati terminali o gravemente sofferenti: cioè un *rifiuto personale* del soggetto capace di intendere e di volere (non del rappresentante legale dell'incapace, che per il nostro ordinamento ha il potere-dovere di consentire soltanto gli interventi sanitari a salvaguardia della vita e salute del rappresentato); *reale*, non presumibile sulla base della situazione personale del malato (tormentosità e incurabilità del male) o del criterio della «vita indegna»; *informato* e, quindi, consapevole circa gli effetti del rifiuto dei trattamenti sanitari; *autentico*, cioè fermo, ribadito, razionalmente motivato (poiché spesso sotto il «voglio morire», «lasciatemi morire» si cela una disperata richiesta di vicinanza e di solidarietà);

B) il *rifiuto* di trattamenti sanitari, espresso con le c.d. *dichiarazioni anticipate di trattamento*, il cui vero problema, costituito dai requisiti e limiti di validità e vincolatività per il medico, ha ricevuto, o può comunque ricevere, le tre seguenti soluzioni:

1) la soluzione della *vincolatività assoluta*, espressione della autodeterminazione senza limiti, da respingere perché presenta un duplice inconveniente: a) di non salvaguardare l'attendibilità della dichiarazioni anticipate e, quindi, di costituire un possibile attentato allo stesso principio della autodeterminazione, in quanto tali dichiarazioni sono ritenute vincolanti in qualunque forma espressa (scritta o orale), da chiunque attestate (congiunti, amici, terzi) e sulla base di qualunque mezzo di prova, anche testimoniale (con gli sconcertanti

casi di Nancy Cruzan e Terry Schiavo, fino al rifiuto presunto del caso Eluana Englaro); *b*) di imporre al medico l'*automatica e meccanica esecuzione* della dichiarazione, privandolo di quegli spazi di autonomia necessari proprio per salvaguardare la reale volontà del soggetto, specie quando interviene una mutazione clinica e terapeutica in meglio;

2) la soluzione della *non vincolatività assoluta* delle dichiarazioni, che non può essere interamente accolta neppure dal legislatore, poiché presenta i due inconvenienti opposti: *a*) della *doverosità* del trattamento sanitario, stante la postulata inattendibilità delle dichiarazioni (per l'inevitabile genericità ed ambiguità del linguaggio e del contenuto delle stesse; per la loro inattualità, stante la profonda differenza tra un rifiuto espresso in un lontano momento di benessere, e, comunque, distaccato dalle angosce di una vita che sfugge e la persistenza di un tale rifiuto in tutt'altro contesto esistenziale, all'interno di una esperienza concreta di malattia, dopo un approfondito colloquio con se stessi, coi medici, coi familiari); *b*) della vanificazione totale del principio dell'auto-determinazione;

3) la preferibile soluzione intermedia della *vincolatività relativa* delle dichiarazioni (accolte anche dal Comitato nazionale di bioetica e dal disegno di legge già approvato dal Senato), perché non contrasta col principio dell'auto-determinazione relativa, in quanto richiede i seguenti requisiti per la validità, l'attendibilità delle dichiarazioni: *a*) la *provenienza da soggetto maggiorenne, capace di intendere e di volere ed informato* sugli esiti del rifiuto (es.: nello stato vegetativo persistente, sulla morte per fame e sete con agonia anche bisettimanale e possibilità di atroci sofferenze, in seguito alla sospensione dell'alimentazione e idratazione); *b*) la *forma scritta* (notarile, per certi disegni di legge), con firma autografa e di data certa (anche per stabilire la maggiore età del dichiarante); *c*) la *specificità delle situazioni cliniche* considerate e l'assistenza di un medico che controfirmi; *d*) la *conformità delle dichiarazioni al nostro ordinamento giuridico*, perché non possono essere lo strumento per introdurre surrettiziamente l'eutanasia attiva, poiché vietata dalla nostra legge; onde il dichiarante può rifiutare solo le cure che potrebbe rifiutare in stato di coscienza nell'attualità della malattia; *e*) la *persistente attualità delle dichiarazioni* (il requisito più arduo e problematico), poiché debbono avere una *validità limitata* nel tempo (3 anni per certi disegni di legge, 5 anni per il disegno innanzi al Parlamento); non deve essere intervenuta *revoca*, anche informale (il suddetto disegno di legge richiede invece la revoca anche essa formale) e pure se espressa in stato di coscienza ridotta del soggetto revocante, poiché nel dubbio vale il principio di precauzione *in dubio pro vita*; *f*) una non intervenuta

mutazione in meglio della situazione clinica e terapeutica (es.: per nuovi progressi terapeutici), poiché si presume, fondatamente, che nessun dichiarante vorrebbe rifiutare i sopravvenuti trattamenti terapeutici; g) la possibilità di *nomina di un fiduciario* col solo compito di controllare il rispetto della volontà del dichiarante, non di esprimere rifiuti in nome e per conto di costui, trattandosi di un diritto personalissimo; h) il *divieto*, per il rappresentante legale del minore o infermo di mente, di *rifiutare le cure del rappresentato*, poiché per il nostro ordinamento giuridico il rappresentante ha soltanto il potere-dovere – come già detto – di agire per la salvaguardia della vita e salute del rappresentato.

Pertanto dovere del medico è di accertare l'esistenza di tutti i suddetti requisiti, per cui in mancanza anche di uno soltanto di essi ha il dovere di attivare o proseguire il trattamento terapeutico, mentre in presenza di essi ha il dovere di cessare il trattamento. E non sarà punibile per omicidio doloso omissivo sulla base dei comuni principi sulla responsabilità omissiva, che *ex art. 40, comma 2, c.p.* si fonda sull'obbligo di garanzia del medico, che si attiva sulla base del consenso del paziente alle cure, viene meno con il rifiuto delle stesse e con esso la stessa omissione in senso giuridico.

III. Per completare la risposta al terzo quesito e rispondere al secondo, va premesso che il problema del rifiuto, attuale e ancor più se anticipato, di trattamenti sanitari si è riacutizzato rispetto agli stati vegetativi preesistenti, e drammatizzato in seguito alla serie di pronunce giudiziarie sul caso di Eluana Englaro, viziate da una serie di prese di posizioni inquietanti.

Ai presenti fini possiamo anche prescindere dal fatto che nelle suddette pronunce si è postulato come certi due dati, smentiti o resi problematici (vedi da ultimo il documento del gruppo di ricerca del Ministro del Welfare) dalle più recenti acquisizioni della scienza medica e tutt'altro che irrilevanti: 1) la *irreversibilità* dello stato vegetativo persistente, poiché trattasi invece di un giudizio soltanto statistico-probabilistico, essendo stato dalla scienza provate non la totale assenza di possibili momenti di coscienza di sé e del mondo esterno, bensì, attraverso la risonanza magnetica funzionale, un'attività cerebrale cosciente, intrappolata in un corpo non comunicante con l'esterno per il blocco muscolare. Tant'è che la Conferenza mondiale di neurologia eliminò (1997) l'aggettivo «permanente», usato invece nelle pronunce su Eluana; 2) la totale *assenza di sensibilità*, di sofferenza nel caso di provocata morte per fame e sete, di durata anche bisettimanale, per sospensione dell'alimentazione e idratazione artificiali: cosa non solo scientificamente non provata, ma smenti-

ta scientificamente dalla tomografia ad emissione di positroni (e, implicitamente, dagli stessi giudici milanesi, avendo essi prescritto l'accompagnamento della interruzione dell'alimentazione e idratazione con la somministrazione di sedativi e secondo un meticoloso protocollo). E non si è mancato, da parte di neurologi, di ipotizzare che l'improvviso peggioramento fisico di Eluana durante il trasporto nella casa di cura udinese e il ricovero nella medesima potrebbe essere dovuto alla presa di coscienza da parte della ragazza dell'abbandono dell'ambiente protetto e amorevole in cui da quindici anni era assistita da generose suore. E nella meticolosa «Scheda di rilevazione degli elementi indicativi di sofferenza», gelidamente compilato di ora in ora nei giorni e nelle notti di sottrazione del nutrimento e dell'acqua, si legge della voce di Eluana sentita più volte, di emissione di suoni spontanei, di singoli lamenti, di suoni che sembrano sospiri.

Ma non si può prescindere dal forzato stravolgimento di fondamentali principi giuridici e l'affermazione dei quattro seguenti opposti assunti, che suscitano profonde inquietudini, anche per tutte le possibili e terribili implicazioni.

A) In primo luogo, lo *stravolgimento del principio di legalità*, poiché con atti, più che di giurisdizione (di *ius dicere*), di sovranità (di *ius dare*), si è costruito non solo un quanto mai controverso diritto ad arrecare la morte, ma anche una «scriminante procedurale», in base alla quale l'uccisione di Eluana si legittima se arrecata con prefissate macabre modalità esecutive (in compiacenti *hospices*, con trattamenti riduttivi delle atrocità visive della morte per fame e sete e la somministrazione di sedativi). Cose estranee alla giurisdizione (si dimentica che le modalità di esecuzione della pena di morte, quando vigeva, erano stabilite dalla legge) e al nostro diritto, che prevede invece il delitto di omicidio del consenziente. E con la Suprema Corte di cassazione che ha deciso per la liceità dell'uccisione di Eluana, facendo finta di non decidere attraverso il sofisma processuale della mancanza di interesse pubblico del ricorso, perciò ritenuto inammissibile, del Procuratore generale della Repubblica di Milano, riguardando il caso il diritto personalissimo del rifiuto di trattamenti. Con la degradazione, così, di tutto ad un fatto meramente privato, individuale, dimenticando: *a*) che le problematiche delle dichiarazioni anticipate e dello stato vegetativo presentano una dimensione epocale e pressoché planetaria (con profondi contrasti nel mondo giuridico, laceranti impatti nella pubblica opinione, incertezze scientifiche, prese di posizione di Amministratori regionali e di Ministri, proposte di decreti legge e presentazione di disegni di legge) ed interessano migliaia di Eluana, presenti e future; *b*) che tutto ciò che concerne il

primario diritto della vita sottostà alla garanzia della riserva di legge, volta ad assicurare, fra l'altro, la certezza e l'uguaglianza giuridica (così, ad es., le leggi sui trapianti, sulla morte encefalica, e più in generale sulla bioetica).

B) In secondo luogo, la proclamazione del principio della legittimità non solo del rifiuto dei trattamenti sanitari, espresso e documentato, ma anche del *rifiuto presunto*, desumibile da nebulosi e generici indici (personalità del soggetto, stile di vita, suoi convincimenti circa l'idea della dignità umana). Apertamente contrastante con l'enfatizzata premessa che il rifiuto del paziente deve risultare da elementi chiari, univoci e convincenti. E perciò aperto a tutti gli abusi ed arbitrii (fra l'altro di familiari, possibili costruttori di artificiose presunzioni di rifiuto di terapie dei loro «cari» in stato di incoscienza per fini appropriativi ed utilitaristici, fiancheggiati magari da testimoni compiacenti facilmente reperibili). Ci troviamo di fronte più che ad una adesione ad una autodeterminazione assoluta, ad una macroscopica violazione dello stesso principio di autodeterminazione *tout court*, assoluta o relativa che si voglia.

Invero, l'asserito rifiuto di Eluana, risalente a circa venti anni fa, manca di tutti i requisiti minimi di validità, sopraelencati, di un'attendibile dichiarazione anticipata: *a)* della *forma scritta* e sottoscritta e della *data certa* (anche per accertare la raggiunta maggiore età della medesima); *b)* della *specificità* del tipo di trattamento rifiutato (non riguardando, di certo, l'asserito rifiuto lo stato vegetativo persistente, essendo questo vent'anni fa ben noto neppure ai medici); *c)* del requisito liberale-laico della autodeterminazione informata, poiché Eluana non fu certo informata e, comunque, non era consapevole che l'interruzione del cibo e dell'acqua avrebbe provocato l'orribile morte per fame e sete con agonia anche quindicinale (*docet* l'allucinante fotoregistrata agonia di Terry Schiavo); *d)* della persistente *attualità* dell'asserito rifiuto, perché sarebbe stato espresso non entro i suddetti 3 0 5 anni precedenti, ma risalirebbe a circa 20 anni prima, e perché esiste una incolmabile differenza tra una volontà espressa in un lontano momento di benessere o quando la non incombenza dello stato patologico consentiva solo una valutazione astratta, distaccata da tale situazione, e la persistenza di tale volontà nella reale situazione patologica di una vita che fugge ed a una tale distanza cronologica, psicologica, esistenziale, del momento della sua attuazione. Con, altresì, una palese contraddizione tra pronunce della stessa Corte di cassazione, che nel 2006 nega validità per difetto di attualità al rifiuto specifico di emotrasfusioni di un testimone di Geova, documentato in un tesserino, e nel 2008 afferma l'attualità di un rifiuto presunto e del tutto generico, di età ventennale.

Ma anche con la profonda amarezza e sconcerto di tutti coloro (sottoscritto

compreso) che per decenni si sono battuti, sul piano culturale, giudiziario e legislativo, per l'affermazione dell'autentico principio della autodeterminazione: di fronte alla constatazione che, sotto l'enfaticizzata difesa del diritto di autodeterminazione, si è vanificato tale diritto, attraverso un costruito rifiuto, da parte di Eluana, del cibo e dell'acqua e una sua volontà di morire per sete e per fame, orribilmente. Senza alcuna effettiva prova, se non asseriti vaghi discorsi e brani di conversazioni, desunti da testimonianze, già ritenute generiche e, quindi, insufficienti dalla Corte d'appello di Milano in una precedente sentenza del 2006; e smentiti da altre testimonianze processualmente non emerse. Sarebbero questi gli elementi di prova: chiari, univoci e convincenti, richiesti dalla Corte di cassazione? E senza particolare originalità, poiché la storia gronda di casi in cui in nome della difesa dei diritti umani se ne pratica il disprezzo. Da qui l'interrogativo: se il supposto atto di volontà di Eluana avesse avuto per oggetto beni patrimoniali ai fini di una successione ereditaria, da nessuno sarebbe stato ritenuto un valido testamento successorio, mentre è stato considerato un valido testamento biologico, avendo avuto ad oggetto il bene primario della vita. Ebbene per certi giudici e certi ambienti culturali sostenitori di una «tale conquista di civiltà» i beni patrimoniali, i soldi, valgono di più e meritano una tutela superiore della vita umana? È questa l'amara morale del triste e strumentalizzato caso di Eluana Englaro?

C) In terzo luogo, l'affermazione del *principio* per cui il consentire e il rifiutare il trattamento sanitario non è più un *diritto personalissimo* e, quindi, esclusivo del soggetto, capace di intendere e di volere e cosciente, ma anche una «*potestà*» del rappresentante legale, al quale invece gli ordinamenti giuridici di civiltà e, di recente, anche la convenzione di Oviedo, resa esecutiva con la legge n. 145/2001, hanno sempre riconosciuto solo il potere-dovere di agire per la tutela innanzitutto della vita, oltretutto della salute del rappresentato, e non per la soppressione della stessa. E si è così aperta la prospettiva che la vita o la morte dei malati, minori o infermi di mente, dipendano dalle diverse etiche ed ideologie dei rappresentanti. *Docent* i misfatti, compiuti in altri paesi, di trapianti di rene di fanciullo gemello a fratello gemello, con la mera autorizzazione dei genitori.

D) In quarto luogo, l'emersione del *principio* per cui la *dignità* o la *non dignità della vita umana* viene legata allo stato di coscienza o allo stato di incoscienza del soggetto, scivolando così sulla china eugenetico-razzista della negazione totale di tale dignità ai dementi, agli psicotici, ai colpiti da *ictus*; o ad una graduatoria della dignità umana in base al criterio di una maggiore o minore coscienza. E col vuoto di memoria circa il fatto che il criterio della «vita

non degna», enunciato da due illustri pensatori tedeschi nel 1922, fu il supporto del programma nazista eutanasi, che nel 1939-41 portò alla eliminazione di oltre 70.000 infermi di mente.

E con l'autorizzazione di ciò che non era giuridicamente autorizzabile in sede giudiziaria, perché *contra legem*, non solo si è violato il principio costituzionale della soggezione del giudice (soltanto, ma anche *sempre*) alla legge e stravolto il principio istituzionale della divisione dei poteri, ma si concorre ad incrementare l'erronea e preoccupante convinzione, in crescente espansione nella magistratura, che il giudice sia fonte del diritto e possa farsi le proprie leggi, e, negli operatori sanitari e nella pubblica opinione, che quanto sentenziato dai giudici su Eluana sia del tutto legittimo e legittimamente ripetibile rispetto ai tanti altri casi simili.

Ma, in verità, le strumentalizzazioni del triste caso di Eluana e la serie di forzature e di stravolgimenti, di diritto e di fatto, al triplice scopo di affermare la legittimità anche di rifiuti, presunti o indimostrati, della sospensione dell'alimentazione e della idratazione artificiali, nonché di morti giudizialmente autorizzate e programmate e medicalmente provocate con macabro rituale, hanno ottenuto l'effetto opposto, poiché in tanti hanno suscitato dolore e rifiuto, un senso di repulsione e di lesa umanità. E quindi sollecitato – per l'elementare legge di reazione umana – l'esigenza di una regolamentazione legislativa, subito espressa nel disegno di legge già approvato al Senato e che sancisce: 1) l'ammissibilità soltanto di un *rifiuto* anticipato, purché *espresso* e presenti tutti gli imprescindibili requisiti di forma e di contenuto sopraelencati; 2) il *divieto* della sospensione della alimentazione e idratazione artificiale nei soggetti in stato vegetativo; 3) la conseguente punibilità della provocata morte del dichiarante per i reati di omicidio (artt. 575 e 579 c.p.) in tutti i casi in cui il rifiuto non presenti i requisiti di legittimità dalla legge stabiliti.

Ed è proprio il divieto della sospensione della alimentazione e idratazione uno dei punti di maggiore contrapposizione tra: 1) i sostenitori dell'autodeterminazione assoluta, che, affermando il carattere sanitario della alimentazione ed idratazione artificiale, perché programmate e preparate su prescrizione medica, ne ritengono la sospensione lecita *ex art. 32 Cost.*, essa non essendo vietata da alcuna legge, né essendo tale alimentazione ed idratazione da alcuna legge previste come obbligatorie; 2) i sostenitori dell'autodeterminazione relativa, che dell'alimentazione e idratazione escludono sia il carattere terapeutico, perché non dirette a curare una malattia, sia il carattere sanitario, sia una forma di accanimento terapeutico, poiché costituiscono il *minimum* di assistenza di base, forme di sostegno vitale, fisiologicamente finalizzate ad alle-

viare le sofferenze sino alla fine naturale della vita, e praticabili a domicilio, da familiari, come il cibo e l'acqua ai soggetti non autosufficienti, quali gli infanti e i paralitici.

IV. A completamento della risposta al secondo quesito, appare fondato concludere che dalle forzature e dagli stravolgimenti giuridici, così intollerabilmente manifesti, operati dalle pronunce in questione, non può desumersi, in materia di disponibilità della vita umana, aperture ulteriori e più ampie di quelle costituenti realtà giuridiche già acquisite.

A) Un *primo dato*, giuridicamente acquisito, è che nel nostro ordinamento, come in tutti gli ordinamenti giuridici sufficientemente civili, vi è un doveroso spazio per l'autodeterminazione, anche come rifiuto anticipato di trattamenti sanitari, purché espresso ed informato, formalizzato ed univoco nei suoi requisiti di attendibilità. Ma non per rifiuti presunti o, comunque, inattendibili per carenza di tali requisiti o, peggio ancora, pronunciati da rappresentanti legali, poiché costituiscono la negazione dell'autodeterminazione e nascondono torbide vocazioni per eutanasie non consensuali. Non importa se fiancheggiate da pronunce giudiziarie, auspicabilmente non ripetibili per la loro intollerabilità giuridica.

B) Un *secondo dato*, giuridicamente acquisito, è che il *rifiuto di trattamenti sanitari* (il c.d. trascurarsi, non curarsi, lasciarsi morire) sta ad indicare – come già accennato – non un diritto al suicidio, ma soltanto che la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Ciò in quanto non esiste un obbligo giuridico di curarsi (altro è il discorso sul piano etico), in quanto: a) nel catalogo chiuso dei doveri, previsti dalla Costituzione, non è previsto un tale dovere; b) i trattamenti sanitari obbligatori, di cui all'art. 32 Cost., sono solo quelli prevista dalle legge e limitati, secondo concorde dottrina, ai casi di coincidenza della salvaguardia della salute individuale e della salute collettiva (così per le vaccinazioni obbligatorie contro le malattie contagiose); c) di fatto, l'obbligo giuridico di curarsi (indeterminato, incontinibile, in buona parte inesigibile) aprirebbe le porte ad un sistema totalitario di imposizioni, divieti, controlli, coinvolgenti l'intero modo di vita del soggetto (alimentazione, vestiario, lavoro, divertimento, sesso, ecc.).

C) Un *terzo dato*, giuridicamente acquisito, è che il c.d. *diritto al suicidio*, per mano propria o per mano altrui (il c.d., eufemisticamente, suicidio assistito quale asserita mera modalità organizzativa del proprio suicidio), rivendicato da sostenitori della autodeterminazione assoluta più radicale, è incompatibile col nostro ordinamento *de iure condito* e *de iure condendo*.

È incompatibile de *iure condito*: 1) perché il suicidio appartiene alla categoria né degli atti giuridicamente leciti, né agli atti giuridicamente illeciti, bensì degli *atti giuridicamente tollerati*; 2) perché gli atti giuridicamente tollerati si differenziano per disciplina legislativa: *a*) sia dagli *atti leciti*, tali in quanto sono giuridicamente autorizzati o imposti, perché socialmente utili o necessari, che costituiscono quindi, *ex art. 51 c.p.*, esercizio di un diritto o adempimento di un dovere; e sono scriminanti, perciò, *ex art. 119 c.p.*, rispetto agli autori e ai concorrenti; *b*) sia dagli *atti illeciti*, perché vietati e sanzionati, in quanto socialmente dannosi; e quindi sono punibili, oltre che rispetto agli autori, anche *ex art. 110 c.p.* rispetto ai concorrenti; 3) perché gli atti giuridicamente tollerati costituiscono pur sempre giuridicamente un disvalore, ma i loro autori non sono punibili per ragioni di mera opportunità, mentre sono punibili tutti coloro che agevolano e favoriscono tali atti.

Esempi paradigmatici di atti giuridicamente tollerati, perché costituenti pur sempre un disvalore giuridico: *a*) l'esercizio della prostituzione, perché offensivo della dignità della persona umana, degradata a mero organismo sessuale, ma non punibile, mentre sono punibili gli istigatori, agevolatori e sfruttatori; *b*) l'uso personale della droga, perché offensivo di tutta una serie di beni individuali, sociali, pubblici, ed essendo inconcepibile la società dei drogati-decerebrati; ma in molti paesi non punibile, mentre punibili sono le attività favoreggiatrici, dalla narcoproduzione al narcotraffico; *c*) la compravendita e il traffico di parti anatomiche per il trapianto, sia per la ripugnanza collettiva per la commercializzazione del corpo umano, sia per le conseguenti odiose disuguaglianze tra malati ricchi e malati poveri, bisognosi di trapianti; punibili rispetto non ai venditori e compratori, ma agli autori della mediazione lucrativa.

Ma esempio altamente paradigmatico, è, in particolare, il suicidio, che è giuridicamente un disvalore, ma non è punibile il suicidio mancato, sia per la ragione pratica che la pena può costituire la spinta ad una più efficace programmazione del suicidio o a ritentare l'atto suicidario, sia perché si tratta in genere di soggetti bisognosi di tanto aiuto. Ma punibili sono: *a*) l'istigazione e l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente (artt. 580, 579 c.p.); *b*) le pubblicazioni e le trasmissioni radiotelevisive, destinate a fanciulli e adolescenti, idonee all'incitamento al suicidi, oppure a contenuto impressionante, tale da poter provocare il diffondersi di suicidi (artt. 14 e 15 L. n. 47/1948 e L. 223/1990); *c*) la pubblicazione su giornali periodici di ritratti di suicidi (art. 114-117 T.U. di P.S. del 1933); *d*) i maltrattamenti in famiglia quale causa non dolosa di suicidio (art. 572/2 c.p.). Pertanto, il suicidio non è garantito come

un diritto di libertà, ma costituisce una mera libertà negativa, di fatto, essendo il mancato suicida non perseguibile penalmente.

Ma il suicidio non potrebbe essere riconosciuto come diritto di libertà neppure *de iure condendo*: 1) sia perché sul piano di fatto tale preteso diritto viene fondato su una postulata libertà di autodeterminazione, mentre la cruda realtà sta a dimostrare che la causa pressoché esclusiva dei suicidi è costituita da psicopatologie (innanzi tutto da psicosi depressive), che escludono la capacità di intendere e di volere; e che, comunque, i soggetti con tendenze suicide sono soggetti bisognosi di aiuto, più che neoilluministi che esercitano un loro inviolabile diritto naturale all'autodistruzione; 2) sia perché sul piano giuridico il diritto al suicidio implica una serie di corollari, inaccettabili da qualunque ordinamento giuridico non nichilista, non necrofilo. E cioè: *a*) la *liceità del suicidio per mano altrui*, ossia dell'omicidio del consenziente; *b*) la conseguente *liceità dell'uccisione* – da parte di ciascuno di noi, medico o non medico, e sulla base di una semplice richiesta o consenso del soggetto – di un numero senza limite, di un'infinità di persone, malate o sane, anziane o giovani, desiderose, per le più diverse ragioni, di cessare di vivere, ma senza il coraggio o la possibilità materiale di farlo; *c*) la *vanificazione*, in nome dell'affermazione teorica del diritto alla morte, della esigenza dell'*accertamento della validità del consenso*: estremamente difficile, se non impossibile, nella maggioranza dei casi, date le condizioni psichiche in cui versano gli aspiranti suicidi; *d*) l'*invioleibilità* e addirittura la *garanzia costituzionale* (ex art. 2 Cost.) di siffatto diritto, *azionabile* come pretesa verso lo Stato, obbligato ad apprestare le strutture – in nome del principio costituzionale di eguaglianza – per l'uccisione di chi non è in grado di farlo di persona col conseguente obbligo per i medici delle strutture pubbliche di provvedervi; *e*) la punibilità dell'*intervento di salvataggio* come delitto di violenza privata e dell'applicabilità della *scriminante della legittima difesa* a favore di chi sta attuando il proposito suicida, che reagisca violentemente contro chi tenta di impedirgli di suicidarsi.

In breve, ci troviamo di fronte ad una serie di implicazioni derivanti da una così assoluta disponibilità della vita, che appaiono inaccettabili da parte non solo di alcun ordinamento giuridico, ma dalla gran parte delle persone e degli stessi minoritari sostenitori del diritto al suicidio, che si limitano in genere a rivendicare tale diritto per legittimare soprattutto l'eutanasia attiva consensuale dei malati terminali e gravemente sofferenti. Rivendicazione, non necessaria e per eccesso anche ai fini di tale legittimazione e forse senza coglierne, non sempre, la totalità delle implicazioni.

D) Un *quarto dato*, giuridicamente acquisito, è la necessità di operare,

all'interno del generico e ambiguo concetto di *eutanasia*, le seguenti distinzioni tra: 1) l'*eutanasia pura* (o *paraeutanasia*), consistente nella morte naturale, resa indolore o meno dolorosa dalla medicina palliativa. E che non ha mai creato problemi giuridici di liceità, poiché scopo della medicina moderna non è solo il guarire o il procrastinare il più possibile la morte, ma anche l'aiutare il malato «non a morire», ma «nel morire», alleviandone cioè la sofferenza: a vivere questa ultima esperienza terrena nel modo più umano possibile fisicamente e spiritualmente; 2) l'*eutanasia attiva non consensuale*, consistente nel cagionare la morte, possibilmente indolore, del malato incurabile e gravemente sofferente mediante un comportamento attivo: senza o contro la sua volontà. E che è la forma più grave di eutanasia, da punire severamente come omicidio doloso (premeditato e, spesso, pluriaggravato). Perché lede il triplice diritto: *a*) il diritto alla vita, per quel tanto che ancora residua; *b*) il diritto, in qualche misura, all'autodeterminazione, poiché si uccide un soggetto senza o contro la sua volontà; *c*) il diritto di vivere il proprio morire: cioè l'esperienza, unica ed irripetibile, della propria morte naturale, conciliatrice, liberatoria od angosciante;

3) l'*eutanasia attiva consensuale* (edulcorata con la slealtà semantica del suicidio assistito), che costituisce il vero e più dibattuto problema eutanasiaco. I sostenitori invocano il triplice argomento: *a*) della pietà verso il malato incurabile e sofferente o incapace di una «vita degna»; *b*) l'autodeterminazione del soggetto; *c*) o addirittura, secondo le posizioni più radicali, il diritto al suicidio.

Gli oppositori contrappongono più tenaci argomenti: *a*) l'argomento di principio dell'intangibilità della vita umana come valore in sé, tanto più per mano altrui, perché il male derivante dalla perdita del rispetto della vita umana è incommensurabilmente superiore ai contingenti e fallaci vantaggi, ritenuti ricavabili dalla pena di morte, dall'aborto, dall'eutanasia. Ciò in quanto lo stesso divieto di uccidere viene scosso nella sua necessaria tabuizzazione, con fatale indebolimento della percezione sociale del valore della vita, la possibilità di tragici abusi e il disimpegno pubblico nell'assistenza dei morenti; *b*) gli argomenti di ordine pratico della incontenibilità della eutanasia pietosa, dilatantesi sulla scivolosa china dei «passi successivi» a categorie sempre più ampie di malati (*docet* l'esperienza del caso Olanda); degli imponenti progressi della medicina palliativa, che rende sopportabile il dolore prima insopportabile e accettabile la residua vita; dell'estrema difficoltà di accertare la reale volontà, libera e definitiva, del «voglio morire», che può celare, spesso, una disperata richiesta di vicinanza e solidarietà; nonché della fatale burocratizzazione dell'eu-

tanasia in una sbrigativa opposizione di un visto (come insegna la prassi dell'aborto); c) gli *argomenti di opportunità dell'intorpidimento dell'identità*, morale e professionale, del medico, investito del potere di uccidere; del fatale *aumento di sfiducia* nella classe medica, sapendosi che il medico può infliggere il colpo di grazia sulla base di consensi dubbi, presumibili, prestati o attestati da altri (vedi il caso Eluana). Anche per liberare corsie ospedaliere o parenti da gravosi oneri e con la tendenza alla fuga dal pubblico ospedale quando per il paziente le cose volgono al peggio, per il timore di essere eutanasiato; d) gli *argomenti giuridici*, poiché, *de iure condito*, l'eutanasia attiva consensuale costituisce i delitti di omicidio del consenziente o di omicidio doloso comune, spesso non ricorrendo i rigorosi estremi dell'omicidio consensuale nei malati terminali, gravemente sofferenti, non curabili. E continuerà, verosimilmente e a meno di imprevedibile sorprese, a costituire tali delitti pure in futuro. Anche se le severe pene oggi applicabili pongono il giudice di fronte al dilemma di applicare pene sentite come eccessive o di trovare espedienti per forzare la legge e pervenire anche ad assoluzioni non giustificabili, pure sotto il profilo della generalprevenzione. Sicché la soluzione più corretta appare quella, adottata anche dal Progetto di un nuovo codice penale del 1992, di distinguere tra l'eutanasia attiva non pietosa ma di comodo, punita come omicidio doloso comune, non essendovi ragione per indulgere, ed eutanasia attiva autenticamente pietosa (ben definita da precisi requisiti) punita meno severamente; 4) l'*eutanasia passiva consensuale*, espressione forse impropria, perché si tratta del rifiuto dell'attivazione o continuazione delle terapie, ammissibile presenti i precisi requisiti e nei limiti già indicati per il rifiuto espresso nell'attualità della malattia o attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento. Al contrario, l'*eutanasia passiva non consensuale* va sottoposta allo stesso trattamento giuridico, già indicato per l'eutanasia attiva non consensuale.

E) Un *quinto dato*, parimenti acquisito sul piano fenomenologico-statistico e da indicare per completezza argomentativa, è che l'eutanasia attiva, come il diritto al suicidio, più che un'esigenza proveniente dal basso, è soprattutto la teorizzazione ideologica e intellettualistica di chi sta bene e disquisisce negli atti intellettuali, lontani dai luoghi della vita che fugge. Nella realtà il problema è pressoché inesistente come attestano gli oncologi, i medici dei malati terminali, i volontari dell'assistenza e le ricerche in materia: 1) perché le *richieste eutanasiche* sono del tutto eccezionali in quanto, anche per l'elementare principio di autoconservazione, la pressoché totalità dei malati pretende dai medici il massimo sforzo terapeutico, fino al miracolo; 2) perché le eccezionali richieste eutanasiche provengono soprattutto da malati non circondati

da presenze amorevoli, ma abbandonati e soli nella fase più drammatica della loro vita e non aiutati da adeguate cure palliative; 3) perché la *media dei suicidi* tra gli ammalati di cancro è di gran lunga inferiore a quella nella popolazione sana; e il desiderio del suicidio, manifestato nei primi mesi della diagnosi, viene meno in seguito alla terapia antidolorifica.

V. Circa il *primo quesito*, la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione nei soggetti in stato vegetativo può configurare il delitto di omicidio doloso. E lo configura – come affermato anche da emeriti Presidenti della Corte costituzionale – nel caso di Eluana Englaro:

A) perché *sul piano oggettivo*: 1) Eluana era persona *viva*: *a*) perché non era intervenuta la *morte encefalica*, come richiesta dalla legge; il circolo e il respiro proseguivano spontaneamente; e normale era il ritmo sonno-veglia; *b*) il corpo era *sano*, per l'assenza di patologie rilevanti e le persistenti buone condizioni di salute fino al momento del trasporto ad Udine (che smentiscono le asserite gravi condizioni, che avrebbero richiesto la procedura d'urgenza del ricovero udinese); con ritorno mestruale, assenza di decubito dopo 17 anni di giacenza in letto, peso corporeo sui 56-57 Kg prima di tale trasporto e sui 53 (e non 40 come è stato detto) al momento del decesso; *c*) il peso del cervello – la notizia più grave se vera – era uguale a quello di persona normale, mentre i medici filoeutanasi avrebbero assicurato che la ragazza non avrebbe sofferto, perché il suo cervello, quale quello di Terry Schiavo, era ridotto almeno alla metà del suo peso normale; 2) la sospensione dell'alimentazione e idratazione è stata *causa certa* della morte; 3) non è configurabile la *scriminante dell'esercizio* del diritto, fondata sull'autorizzazione dei giudici milanesi: *a*) poiché trattasi di autorizzazione *contra legem*, sia innanzi tutto se si ritiene tale sospensione vietata, sia comunque qualora la si ritenga legittima, se consentita dal soggetto, in quanto l'asserito rifiuto della alimentazione e idratazione, attribuito ad Eluana, manca, come già dimostrato, dei requisiti minimi per l'attendibilità e, quindi, per la legittimità dello stesso; *b*) in ogni caso, la pronuncia della Corte civile di appello non è *vincolante* per il giudice penale e il conflitto tra il giudizio civile e il giudizio penale è imputabile alla illegittimità del primo;

B) perché *sul piano soggettivo*: 1) nei soggetti esecutori della sospensione dell'alimentazione e della disidratazione e nei soggetti concorrenti vi è stata l'incontestabile coscienza e volontà di cagionare, in tal modo, la morte, programmata, di Eluana, e, quindi, la sussistenza del *dolo di premeditazione*; 2) non è configurabile nei loro confronti neppure la *scriminante putativa* dell'esercizio del diritto, cioè di credere erroneamente di tenere una condotta

giuridicamente autorizzata, e, quindi, lecita: a) perché trattasi di errore non inevitabile e perché per il dolo di omicidio basta anche il *dubbio* sulla liceità della sospensione dei suddetti trattamenti e, quindi, il dolo eventuale; b) perché quanto meno un tale dubbio era incontestabilmente presente nei suddetti soggetti, stante il lacerante dibattito, umano, scientifico e giuridico, accessosi nelle più varie sedi, le autorevoli critiche mosse alle pronunce giudiziarie in materia, il rifiuto espresso da molte strutture sanitarie e da Regioni di effettuare la sospensione della alimentazione e idratazione di Eluana, gli interventi contrari di Ministri e la presentazione di un decreto legge di divieto; c) perché nel dubbio vale il principio di precauzione: *in dubio pro vita*.

E a completamento del suddetto quadro di stravolgimenti giuridici, con esemplare coerenza il GIP udinese ha emesso, su richiesta del Pubblico Ministero, il decreto di archiviazione, con una ancor più sconcertante motivazione, poiché, verosimilmente convinto della totale insostenibilità della nebulose tesi del rifiuto, espresso o presunto di Eluana, ha ripiegato sulla duplice peggiorativa argomentazione, stando alle notizie mediatiche, se vere: a) che «la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale di Eluana Englaro non era legittima in quanto contrastante con la volontà espressa dai legali rappresentanti della paziente, nel ricorrere dei presupposti in cui tale volontà può essere espressa per conto dell'incapace»: con un totale stravolgimento del magistero del rappresentante legale, così investito dei tremendi poteri di vita o di morte sul rappresentato a seconda delle sue etiche, ideologie, note caratteriali e convinzioni personali sulla dignità dell'altrui vita, che tristemente rievocano il primordiale *ius vitae et necis* del *pater familias* romano; 2) che il decesso di Eluana non è stato «conseguenza di pratiche diverse da quelle autorizzate e specificate nei provvedimenti giudiziari», elevando così tale provvedimento *contra legem* a sentenza di condanna a morte e l'osservanza del macabro rituale ivi sancito a legittima esecuzione di tale condanna. *Et lux facta est?* O al divieto costituzionale della pena di morte pubblica viene a sostituirsi il diritto di morte privata?

E per non disperare, vivo è l'auspicio che tutti coloro che hanno contribuito alla morte di Eluana e i *laudatores* di siffatta «conquista di civiltà» prendano chiara coscienza che col caso Eliana si è aperta una scivolosa china di implicazioni, al fondo della quale possiamo trovare abominevoli realtà. E che con siffatte pronunce (assieme al moltiplicarsi di tante altre sentenze creative di diritto extralegislativo ed ideologiche) la sondata sfiducia nella magistratura di tre persone su quattro di quel Popolo, in nome del quale la giustizia viene amministrata, rischia di diventare di quattro persone su quattro. E rende

sempre più urgente il rientro, spontaneo o sospinto, di certa magistratura nel proprio alveo istituzionale abbandonato. Nell'interesse oltre che della giustizia della stessa magistratura. O forse siamo di fronte alla grande e più generale bugia di un mondo che, perduta la «pietà per la morte», invoca «la morte per pietà».

dott. Amedeo Santosuosso
Consigliere della Corte d'Appello di Milano

1. *Due storie (Piergiorgio Welby e Eluana Englaro) e...* - A ottobre 2007 due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro, hanno uno sviluppo che segna indiscutibilmente il percorso del riconoscimento dei diritti delle persone sul proprio corpo in Italia: il Giudice dell'Udienza Preliminare di Roma assolve il medico che ha disconnesso Welby dal respiratore, secondo la sua esplicita e contestuale richiesta, e la Corte di Cassazione accoglie il ricorso del padre tutore di Eluana Englaro, che chiede, secondo le opinioni espresse da Eluana prima del coma, di essere autorizzato a interrompere l'idratazione e la nutrizione parenterale della figlia, che giace in stato vegetativo da quindici anni.

Se si vuole andare a cercare un tratto comune tra le due decisioni dell'ottobre 2007, direi che lo si può trovare nell'attitudine di questi giudici a superare gli sbarramenti ideologici, o cosiddetti di principio, e a confrontarsi con la concretezza delle questioni portate alla loro attenzione alla luce di principi costituzionali. Il GUP indaga approfonditamente la volontà di Piergiorgio Welby e, nel caso Englaro, si analizzano finalmente i poteri del tutore, che, prima affermati, poi negati e da ultimo riabilitati, nessuno fino a quel momento si era preso la cura di andare a studiare.

Le decisioni sono invece diverse perché la prima è presa in sede penale e la seconda in sede civile. Mi pare che proprio questa diversità di contesto e linguaggio giuridico, a parità invece di apertura sostanziale alle istanze dell'auto-determinazione dei soggetti coinvolti, si presti a qualche riflessione su alcune (a mio avviso ingiustificate) diversità degli apparati concettuali di riferimento in ambito civile e penale.

Vale la pena ripercorrere rapidamente la struttura essenziale dei due provvedimenti e sottolinearne solo alcuni punti (fermo restando che un pieno commento su di essi richiederebbe ben altro spazio).

Nel caso Englaro la Corte di Cassazione pronuncia una sentenza certamen-

te complessa ed esaustiva, della quale però un punto solo è decisivo, nel senso di avere la capacità di definire l'orizzonte e il piano del discorso e di incanalare l'argomentazione. Vale la pena di porlo in evidenza. I giudici, dopo avere ripercorso la vicenda processuale nelle ultime due decisioni (Tribunale di Lecco e Corte d'Appello di Milano, rispettivamente la sesta e la settima sul caso) e illustrato i motivi a sostegno del ricorso per Cassazione, scartano nettamente con questo passaggio:

“I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale [...] investono la Corte – oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di XXX YYY, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica – anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da XXX su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona. Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse”.

La Corte, in verità, non spiega in termini espliciti perché sia preliminare “in ordine logico” partire dalla volontà del paziente, ma compie un'operazione di *framing* che risulta subito chiara. Quando sono in discussione trattamenti sanitari, e quale che sia la condizione attuale del paziente (cosciente e capace o stabilmente incapace), la volontà della persona è il criterio fondamentale. Esso è fondato sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione italiana, sulla Convenzione di Oviedo, sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed è “ben saldo nella giurisprudenza” della Corte stessa. In forza di ciò esso è capace di ordinare il discorso giuridico in tutte le sue articolazioni conseguenti e non è una tra le varie opzioni possibili, concorrente con altri criteri o diritti, come il diritto alla vita, la dignità della persona o altro. Esso è *il* criterio cardine e, come tale, non è suscettibile di soccombere in un bilanciamento con diritti di pari rango.

Compiuta questa scelta, tutti gli altri profili giuridici sono oggetto non di un bilanciamento vero e proprio, ma di attenta considerazione, analisi e risposta. Si veda il passaggio nel quale la Corte arriva a considerare il caso in cui il paziente sia in stato di incapacità:

“In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l’effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l’urgenza dell’intervento derivante dallo stato di necessità, l’istanza personalistica alla base del principio del consenso informato e il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”.

In tal modo la Corte non solo prospetta un inquadramento dei temi della decisione clinica quando il paziente non è capace, ma lo fa fondandolo sul principio di parità di trattamento, e risponde così al dubbio di costituzionalità che più volte era stato prospettato, anche dalla difesa del padre-tutore, per violazione del principio di uguaglianza tra i soggetti capaci e quelli non capaci. Alla fine di tutto, la questione è sempre quella affrontata dalla corte del New Jersey nel caso Quinlan negli anni Settanta: una persona in stato di stabile incapacità non perde, per ciò solo, i diritti che ha chi è capace. La Cassazione fa finalmente chiarezza sul punto.

Tutto ciò non è la conclusione del discorso, ma ne costituisce in qualche modo l’inizio. In altri termini la Corte, affermata la centralità della volontà del paziente, si trova ad affrontare il problema di come tale volontà possa formarsi e esprimersi quando il paziente sia in stato di incapacità. Due erano le questioni da risolvere. La prima, quella di chi possa essere il soggetto giuridico in grado di garantire il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica, viene risolta ribadendo e confermando, in sede di legittimità, quanto statuito dalla Corte d’Appello di Milano nella sua prima decisione (31 dicembre 1999), con riferimento alla disposizione dell’art. 357 cod. civ., “la quale – letta in connessione con l’art. 424 cod. civ. –, prevede che ‘Il tutore ha la cura della persona’ dell’interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace”.

La seconda era quella di “stabilire i limiti dell’intervento del rappresentante legale”. Si tratta di una questione che i giudici del 1999 avevano aperto e che mi era parsa immediatamente come decisiva [A. Santosuosso, *Nota a Corte d’Appello di Milano 26/11/99-31/12/99*, in *Foro it.*, 2000, I, 2022], ma che è rimasta ignorata per otto anni. La Corte riannoda il filo con quella decisione

della Corte milanese e, finalmente, indaga questo aspetto. Ed è anche interessante notare come a proposito del necessario dualismo del processo decisionale in medicina e di poteri del tutore vi sia sintonia tra la Corte di Cassazione e la relazione del *Gruppo di lavoro sui trattamenti di nutrizione-idratazione artificiali delle persone in stato di perdita irreversibile della coscienza*, istituito con Decreto del Ministro della Sanità, Prof. U. Veronesi, del 20/10/2000. Si legge in un passo di quella relazione:

“Il potere del rappresentante legale è sicuramente sottoposto a vincoli che il rappresentato non incontrerebbe nell’esercizio diretto. Così, ricorrendo ancora all’abusato ma sempre efficace esempio dei Testimoni di Geova, il soggetto adulto e capace può rifiutare l’emotrasfusione anche salvavita, ma il tutore Testimone non può rifiutare, in nome delle proprie convinzioni, l’emotrasfusione per l’interdetto adulto che non condivide quel credo religioso, mentre potrebbe porsi il problema per l’interdetto di cui si sappia che in passato sia stato Testimone di Geova, anche senza che abbia lasciato una documentazione della sua volontà”.

La Corte fissa i seguenti punti:

- il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza;
- nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell’incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace;
- nel ricostruire la volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, deve tenere conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero deve inferire quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche;
- la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita;
- il tutore, però, non può nemmeno trascurare l’idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

Posti al centro le *volontà* e i *desideri espressi*, lo *stile di vita*, le *inclinazioni*, i

valori di riferimento, le convinzioni etico religiose e culturali, risulta sdrammatizzata anche l'opposizione tra criteri oggettivi e soggettivi di decisione, in quanto tutto, anche l'idea di dignità, è soggettivizzata in relazione alla persona del paziente attraverso la ricostruzione e la lettura che ne dà il tutore. In tal modo è anche preparato il terreno per una corretta e ragionevole valorizzazione delle volontà precedentemente espresse da Eluana Englaro e ricostruite nell'istruttoria davanti alla Corte d'Appello di Milano (che poi non ne ha tenuto conto nella decisione finale).

È difficile non essere d'accordo con questa prospettiva. Personalmente ho sempre pensato che equiparare pienamente la volontà espressa in condizioni di capacità, e a seguito di adeguata informazione, con le volontà espresse in condizione di benessere e destinate a essere operative una volta intervenuta la stabile incapacità, fosse una forzatura poco proficua. Al contrario, se si parte dalla affermazione della strutturale necessità che la decisione medica sia frutto dell'interazione tra due centri decidenti, quello del medico e quello del paziente, e se si attribuisce il potere di esprimere gli interessi del paziente a un soggetto *ad hoc*, tutte le precedenti volontà e espressioni della personalità del paziente tornano di estrema utilità.

Proprio secondo questo ordine di idee la Corte censura il decreto impugnato della Corte d'Appello:

- perché “ha omesso di ricostruire la presunta volontà di XXX e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti”;
- perché “la Corte territoriale – a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che XXX, esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma – si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora XXX era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo”;
- perché non ha “affatto verificato se tali dichiarazioni – della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di XXX e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici,

- religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive”;
- perché i giudici hanno, in sintesi, “omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia”.

A tale proposito è degno di nota il profilo che emerge della figura del tutore. Fatte le debite distinzioni tra rappresentanza civilistica (da escludere nei diritti personalissimi), potere di cura e cura della persona (per le quali sia consentito rinviare a A. Santosuosso – G.C. Turri, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, maggio 2006, parte I, 477-485), rimane una figura che, insieme a quella dell'amministratore di sostegno, legittimamente, e già allo stato della legislazione, “sta” per il rappresentato nel confronto con i medici e che, nello stesso tempo, rappresenta l'unica via attraverso la quale le volontà, i desideri, gli stili di vita e il migliore interesse del paziente hanno modo di “stare” nei confronti dei medici stessi. In questa prospettiva al tutore sono rimesse *sia* la funzione di portatore e garante della “esecuzione” delle volontà espresse dal diretto interessato, *sia* la funzione di interprete di profili più complessi delle mere “dichiarazioni”, come sono gli stili di vita e le convinzioni etico religiose. Il tutto, naturalmente, deve accadere sotto il controllo del giudice, come è detto chiaramente nel principio di diritto enunciato dalla Corte.

La sentenza è uno straordinario (non compreso, anzi ottusamente avvertito a livello politico) contributo al dibattito in sede parlamentare sulle direttive anticipate. La prospettiva della Corte, con il suo limpido argomentare, affronta anche la questione di come debba essere risolta, alla luce dei principi costituzionali, la possibile divergenza tra l'opinione del rappresentante e quella dei medici. La volontà del rappresentante, in quanto previamente autorizzata dal giudice, prevale su quella del medico, così come prevarrebbe se la persona fosse cosciente e capace. La decisione della Corte mostra come, sulla base del tessuto costituzionale (nazionale e transnazionale), buona parte del contenuto della legge da approvare sia già diritto vigente, suscettibile di essere applicato dai giudici della Repubblica.

In definitiva, la Corte delinea un quadro di riferimenti costituzionali che negli anni successivi si è ulteriormente rafforzato, come è evidente ove si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008 e all'entrata in vigore, l'1 dicembre 2009, del Trattato di Lisbona che dà valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

È interessante passare alla decisione del caso Welby per osservare come questo quadro costituzionale prenda corpo in ambito penalistico.

Nel caso Welby il GUP di Roma emette una sentenza di non luogo a procedere nel procedimento a carico del dott. Mario Riccio, imputato di omicidio del consenziente su ordine del 7 giugno 2007 del GIP di Roma, che non aveva accolto la richiesta di archiviazione della Procura della repubblica. Il giudice sviluppa il suo ragionamento attraverso i seguenti principali passaggi:

- in primo luogo, descrive minuziosamente lo svolgimento della vicenda e soprattutto le condotte e le manifestazioni di volontà di Piergiorgio Welby, fino alla morte. È un racconto lungo (18 pagine), strettamente aderente alle risultanze documentali e testimoniali, e reso ancora più drammatico dalla scelta del giudice di non aggiungere alcuna enfasi;
- dà, poi, conto delle risultanze dell'accertamento medico-legale, che conferma quanto riferito dai testi presenti e quanto documentato da un diario clinico che il Dott. Riccio aveva tenuto contestualmente allo svolgersi dei fatti;
- afferma, quindi, che in sede civile e penale ci si deve confrontare con i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico e, alla luce di questo corretto orientamento, si fa poi carico di analizzare i precedenti provvedimenti presi nella stessa vicenda, anche in sede civile. E confuta, quindi, sia il sovvertimento della gerarchia delle fonti che è sotteso all'ordinanza *ex art.* 700 c.p.c. (quella del 16 dicembre 2006, che finisce con il subordinare le norme di rango costituzionale a quelle codicistiche) sia l'equivoco ricorrente a proposito dello stato di necessità, che "non impone alcun obbligo di intervento" e che non può essere usato in modo sistematico in modo da vanificare il diritto di autodeterminazione del paziente;
- affronta, infine, i vari profili penalistici e giunge alla conclusione che, nel caso di specie, "certamente la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente", che "del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente", ma che "nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p." [adempimento di un dovere].

La sentenza si segnala, del tutto positivamente, per lo scrupolo con il quale il giudice indaga e ricostruisce la volontà di Piergiorgio Welby. Ho sempre trovato strano che si potesse decidere e persino rigettare una richiesta come quella di Welby senza un colloquio diretto del giudice con il diretto interessa-

to. Il GUP di Roma colma questa lacuna e, quanto a scrupolo e accuratezza, si colloca sulla scia della collega inglese nella decisione della *Family Division* della *High Court* nel caso di Ms B (*Ms B and An NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429). La sentenza però riproduce un argomentare penalistico sul quale vorrei portare l'attenzione.

2. ... *una domanda (a proposito di Costituzione e diritto penale)* - Il GUP del caso Welby afferma che in sede civile e penale valgono i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico. Se questo è corretto, e a mio avviso lo è, sorge immediatamente una domanda: l'impianto costituzionale adottato dalla Cassazione nel caso Englaro è tale da incidere sui profili penalistici del caso Englaro e sul caso Welby?

Il Tribunale penale nel caso Welby risolve il problema ricorrendo a quella che, però, sembra un'ultima risorsa: la scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.). Si tratta di una scelta pesante e significativa, perché registra un conflitto di doveri del medico e dà la prevalenza a quel dovere che ha un fondamento costituzionale più forte (il rispetto dell'autodeterminazione), ma è comunque un'ultima risorsa, perché la condotta e l'elemento soggettivo del reato sono già affermati come esistenti. Così ragiona anche il giudice delle indagini preliminari di Udine che ha archiviato (11/1/2010) il procedimento a carico di Beppino Englaro e di altri 13 persone che hanno “*agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p., come deve concludersi per la necessità di superare l'altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può, da una parte, attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne l'esercizio* (Tribunale di Roma, sentenza 23 luglio 2007 [Welby, n.d.r.])”.

Quanto alla scriminante dell'adempimento del dovere, chi scrive non può che essere d'accordo, seppur con una accentuazione un po' diversa. In generale il soggetto consenziente all'omicidio, o il cui suicidio è agevolato, è un soggetto che prende parte a una relazione (con il medico) a partire da una posizione giuridica nella quale è titolare del diritto a non subire invasioni della propria sfera personale, sia dal punto di vista fisico che psichico, della libertà di disporre (sia pure entro certi limiti) del proprio corpo e, più in generale, di un diritto a ricevere trattamenti non solo per la sua salute fisica, ma anche per quella psichica. Il medico, per parte sua, vede fortemente modificato e ampliato il proprio campo di attività. Soprattutto, l'importante, e per certi versi decisivo, rilievo assunto dalla dimensione psicologica della salute ha avuto l'effetto di disancorare la sua professione dalla *oggettività* della patologia

organica e, quindi, ha, per un verso, ampliato i campi e i profili di intervento e, per altro verso, aperto la professione ad aspetti di *doverosità strettamente correlati al vissuto del paziente, e quindi alle sue richieste*.

Va considerato il caso (vedi Welby o Ms B o Nuvoli) in cui il soggetto, libero di determinarsi e capace di farlo, sia fisicamente impedito e, quindi, impossibilitato a dar seguito pratico alla propria volontà. Il punto decisivo è se un aiuto del genere possa essere considerato un atto medico e se possa rientrare nello statuto teorico e professionale del medico il provocare deliberatamente la morte di un paziente (che il codice deontologico vieta) o aiutare chi vuol togliersi la vita. A mio avviso non pare seriamente sostenibile che la medicina contemporanea, che si fa ormai carico degli aspetti psicologici della malattia e della salute in molti campi, tanto da giustificare in suo nome taluni interventi di chirurgia plastica, di fecondazione assistita, di interruzione della gravidanza o, finanche, di mutamento di sesso, ignori e volti le spalle alla sofferenza fisica e psichica estrema di chi, in prossimità della morte o essendo irreversibilmente in una condizione di totale inabilità, chiede, non potendo farlo autonomamente, l'aiuto del medico a interrompere i trattamenti con l'effetto di anticipare la morte. Anzi, mi pare che si possa andare più avanti: se, in generale, fuori dai casi di malattia in stato terminale, un medico può essere ritenuto professionalmente responsabile per il fatto di essere stato negligente nel non farsi carico della sofferenza psichica del paziente, e quindi per averla provocata o per aver omesso di alleviarla, si può allora dire che il farsi carico della sofferenza psichica del paziente prossimo al decesso o comunque impossibilitato ad agire autonomamente, che, nei termini visti sopra, chiede che siano interrotti i trattamenti, costituisca un dovere al quale il medico non possa sottrarsi.

In questa prospettiva il medico che, nelle condizioni precisate, riceva una richiesta di interrompere i trattamenti o di aiuto al suicidio viene a trovarsi in una situazione di grave conflitto, i cui termini sono costituiti, per un verso, dal suo dovere di farsi carico della sofferenza della persona del paziente e, dall'altro, dalla norma penale che punisce l'agevolazione del suicidio e l'omicidio del consenziente. La soluzione di questo conflitto è data dall'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), che esclude la punibilità di chi adempie un dovere imposto da norme giuridiche: i nuovi profili dei doveri del medico, come sopra delineati, pongono l'applicazione di questa discriminante sotto una luce decisamente nuova.

Avevo posto questo ordine di idee per la prima volta in un mio risalente scritto [*Diritti dei pazienti e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in C. Viafora (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutana-*

sia, Gregoriana Libreria editrice, Padova, 1996, 207 ss.], che riprendeva un mio intervento a un convegno del 1994, e non posso quindi che apprezzare il tipo di ragionamento svolto dal giudice del Tribunale di Roma. Ma devo dire anche che ora, a distanza di ben sedici anni, mi paiono maturi i tempi per porre una questione più profonda e precisa.

Dice il Tribunale di Roma che *l'elemento materiale è quello dell'omicidio del consenziente*, così come l'elemento soggettivo, e che solo la scriminante dell'art. 51 c. p. può togliere carattere illecito alla condotta posta in essere dal medico. Ma significa questo, per esempio, che una persona (medico o familiare) che dovesse eseguire una sentenza come quella Englaro o un'ordinanza come quella che (in sede civile) il Tribunale di Roma avrebbe potuto pronunciare nel caso Welby, commette il fatto materiale dell'omicidio e che non è integrato l'elemento soggettivo (avendo agito nell'idea di essere nel lecito perché vi era un provvedimento giurisdizionale che autorizzava quella condotta) oppure dovremmo necessariamente dire che è integrato sia l'elemento materiale sia quello soggettivo, ma che poi la condotta è scriminata in qualche modo?

Mi pare che, a ragionar solo in tal modo, si presupponga che il ragionamento penalistico rimanga o sia rimasto o possa rimanere identico, che vi sia o non vi sia una decisione che, come la sentenza Englaro, si fondi su un solido insieme di norme costituzionali. Oppure si può dire, tornando a ragionare in termini di esistenza o meno dell'elemento soggettivo, che quello che conta è l'esistenza di una sentenza autorizzatoria, quale che ne sia il percorso giuridico e quindi, anche se la decisione prescindesse – in ipotesi teorica che non si può escludere – totalmente da fondamentali riferimenti costituzionali.

Allora il problema mi pare che sia il seguente: il merito, il contenuto giuridico di una decisione come quella della Cassazione nel caso Englaro è del tutto inidoneo a modificare i termini di base del ragionamento penalistico? È il diritto penale indifferente e tetragono a quel tipo di argomentazione costituzionale?

Se così fosse bisognerebbe affermare che gli assunti teorici e la basi concettuali del diritto penale prescindono dal livello e dai contenuti costituzionali. Per la verità, devo confessare che, leggendo qua e là alcune sentenze e alcuni autori penalisti, ho avuto proprio questa impressione, ma ho sempre pensato che essa dipendesse da una mia mancanza di informazione e conoscenza della materia, tanto la cosa avrebbe dell'incredibile.

In termini ancora più chiari, mi sentirei di formulare la questione così: è possibile che una condotta conforme a Costituzione debba necessariamente

costituire il fatto materiale di un reato? Certo, l'area dell'illiceità penale può restringersi per l'applicazione di una scriminante, ma allora come una condotta conforme a Costituzione può avere riflesso in una scriminante?

Mi pare che quando, nel diritto penale, si parla di fatto materiale si parli in realtà di un aspetto della realtà naturale che è oggetto di precomprensione attraverso l'utilizzo di categorie concettuali (giuridiche e non) date, categorie che non vengono discusse tutti i giorni e che perciò ci appaiono come naturali. È la struttura invisibile della realtà sociale di cui parla il filosofo John Searle a proposito di quelle assunzioni che non discutiamo normalmente in ambito giuridico e che perciò "ci sembrano naturali come le pietre, l'acqua e gli alberi" (*La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006, 10, tit. orig. *The Construction of Social Reality*, 1995).

E allora, se nel definire il fatto materiale e le scriminanti non si utilizzano le categorie giuridiche fondamentali della Costituzione italiana vigente (e, dall'1 dicembre 2009, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea) vuol dire che si sta facendo riferimento a un'altra Costituzione o a un altro apparato concettuale. Quale? Quello pre1948? O quale altro? Non è per caso che nel diritto penale sia, finalmente, tempo per ridiscutere radicalmente alcune condotte materiali, come quelle dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio alla luce delle ormai solide acquisizioni costituzionali in materia dei diritti delle persone sui propri corpi e sulle proprie vite?

A me sembra di sì, proprio per evitare quel disagio che personalmente provo quando, a proposito di certo argomentare penalistico, ho la netta impressione che non sia ancora vero quello che il GUP di Roma afferma con decisione, e cioè che, in sede civile e penale, valgano i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico.

Ecco, questa era la domanda che volevo porre, ovviamente senza pretese di originalità.

OPINIONI A CONFRONTO

IL DIRITTO DI CRITICA GIUDIZIARIA E I SUOI LIMITI

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

Con la sentenza n. 2066 del 20 gennaio 2009, la quinta sezione della Corte di Cassazione ha esaminato la questione dei limiti al diritto di critica giudiziaria. La Suprema Corte ha statuito che i provvedimenti giudiziari possono essere oggetto di critica, anche aspra, in ragione della opinabilità degli argomenti che li sorreggono, ma non è lecito trasmodare in critiche virulente, concretanti il dilleggio di colui che li ha redatti.

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte due avvocati erano stati condannati per diffamazione per aver inviato un esposto al vicepresidente del CSM, al Ministro della Giustizia ed al Presidente del Tribunale col quale definivano odiosi e disumani i provvedimenti adottati da un giudice nei confronti del loro assistito. Quest'ultimo, in stato di custodia domiciliare, aveva chiesto di presenziare alla veglia funebre del genitore defunto e di partecipare ai funerali. Il magistrato aveva autorizzato la partecipazione alle esequie, senza motivare il diniego di autorizzazione per la veglia funebre. I due legali, assolti dalla Corte d'appello di Roma, che ha ravvisato nella loro condotta un eccesso colposo nell'esercizio del diritto di critica, stante il superamento del limite della continenza per l'imprudenza dovuta allo stato emotivo, avevano chiesto al giudice di legittimità di dichiarare il loro comportamento scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p.

La sentenza presenta numerosi spunti di riflessione. Essa pone infatti la questione di quali siano i limiti di continenza dell'esercizio del diritto di critica giudiziaria, con particolare riferimento alla posizione antagonista del difensore nei confronti del magistrato. La pronuncia inoltre contiene numerosi passaggi interessanti, in particolar modo quando respinge come "specioso" il distinguo tra critica al provvedimento e critica alla persona che lo ha emanato e quando dichiara improponibile l'estensione dei criteri di operatività del diritto di critica politica e sindacale all'ambito della critica giudiziaria, postulando una categorica diversità dei contesti. La sentenza, infine, esclude l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 598 c.p. alle espressioni offensive contenute in un esposto diretto all'instaurazione di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato, nell'ambito del quale l'esponente non può essere considerato "parte".

Stante l'interesse della sentenza, abbiamo chiesto a Gaetano Insolera e

Luca Pistorelli di esprimere il loro punto di vista al riguardo, soffermandosi anche sui seguenti quesiti.

A) Il diritto di critica giudiziaria ha limiti di continenza più ristretti rispetto a quelli che caratterizzano le altre forme di critica, come, per esempio, la critica letteraria, politica e sindacale? E ancora: i confini della continenza che valgono per l'avvocato che critica un provvedimento giudiziario sono gli stessi che delimitano il potere di critica del magistrato – giudice o pubblico ministero – nei confronti della condotta dell'avvocato o dell'imputato?

B) Sussiste il rischio che la responsabilità penale per le affermazioni offensive usate dall'avvocato si trasformi in un limite al diritto di difesa o in uno strumento di reazione della magistratura alla critica proveniente dall'avvocatura?

C) Le critiche rivolte al provvedimento possono interpretarsi come rivolte alla persona che lo ha emanato? E se sì, in quali casi?

prof. Gaetano Insolera
Università di Bologna

1. Assumo il rischio, ma non so se il direttore del periodico vorrà condividerlo: la sentenza da cui prende spunto la rubrica "*Opinioni a confronto*" non brilla proprio per qualità argomentativa e tenuta logica.

Solo apparente è l'evocazione di alcuni tra i criteri ricorrenti in giurisprudenza a proposito del legittimo esercizio del diritto di critica giudiziaria, sotto il profilo della continenza. Ad esempio, quando riafferma che anche i provvedimenti e, più in generale, l'attività giudiziaria, sono sottoponibili a critiche, ma esse non devono essere "virulente" e concretare "dileggio". In altri passaggi la sentenza si discosta invece apertamente da indirizzi consolidati. Ciò avviene in modo a dir poco stringato. Così quando si definisce "specioso" il distinguo tra critica del provvedimento e critica al magistrato che lo ha emesso, quando si dice "improponibile" l'estensione dei criteri di operatività del diritto di critica politica e sindacale alla critica giudiziaria. Ancora quando si liquida l'ipotesi della cd. immunità giudiziale dell'art. 598 c.p.

Per fortuna non si tratta proprio di "diritto vivente"!

Ad esempio, si veda una recente decisione della stessa sezione – alla quale sono affidate di solito le questioni in tema di diffamazione – su un caso con qualche analogia¹.

¹ Cass. pen., sez. V, 16 giugno-24 settembre 2009, n. 37 442. Il caso riguardava il protrar-

Il limite della continenza è superato quando “*si trascenda in attacchi personali, diretti a colpire, sul piano individuale, senza alcuna finalità di interesse pubblico, la figura morale del soggetto criticato... La continenza formale non può equivalere a obbligo di utilizzare un linguaggio grigio ed anodino, in quanto in essa rientra il libero ricorso a parole sferzanti e pungenti.*” Secondo questa sentenza, la gravità dell’interesse pubblico coinvolto, che riguarda le conseguenze dell’operato della magistratura sulla libertà dei cittadini, influisce anche sulla valutazione della continenza espressiva.

La distinzione tra critica, anche aspra, del provvedimento e attacco alla fisionomia umana e morale dell’autore è ricorrente in giurisprudenza². Quando oggetto della critica sia il primo, assumerà rilievo anche l’altro requisito, quella di verità – cd. critica fattuale – mentre quello di continenza dovrà essere valutato alla stregua del confronto argomentato, anche, aspro e tagliente, con la decisione criticata³.

Un attacco illecito alla fedeltà professionale è individuato nella presentazione dell’operato del magistrato quale frutto di malafede, se non di complotti o strategie politiche⁴.

si della custodia in carcere in isolamento di un imputato – risultato poi estraneo ai fatti – suicidatosi. Nell’articolo giornalistico comparivano frasi del seguente tenore “... si tolse la vita ucciso da quei magistrati che lo avevano ingiustamente arrestato, dimenticandosi di lui, trattandolo, lui innocente, peggio del peggiore criminale. Chi lo tenne in carcere per più di sei mesi ha fatto carriera ed ha ancora l’autorità per arrestare altre persone, continua a disporre della libertà altrui senza pagare dazio e l’organismo di autoregolamentazione dei giudici nulla ha fatto: la casta si tutela da sola, le toghe si proteggono tra loro, non si danneggiano mai per nessun motivo ...”

² Comunque “l’art. 21 Cost., analogamente all’art. 10 CEDU, non protegge unicamente le idee favorevoli o inoffensive o indifferenti, essendo al contrario principalmente rivolto a garantire la libertà proprio delle opinioni che ‘urtano, scuotono o inquietano’, con la conseguenza che di esse non può predicarsi un controllo se non nei limiti della continenza espositiva...”. La scriminante si è così ravvisata in un caso nel quale veniva espresso un giudizio sull’operato di un pubblico ministero definendolo “sprovvaduto” ed “incauto” Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007-2 luglio 2007, rv 237248.

³ Richiama questi precedenti Cerase, *Il caso Carnevale in Tribunale: dopo la critica del giudizio il giudizio sulla critica*, in Cass. pen., 1994, 1392 ss.

⁴ Vedi, tra gli altri Vitarelli, in *I delitti contro l’onore. Casi e materiali* (a cura di P. Siracusano), Torino, 2001, 207; Bevere-Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, 263 ss., che richiamano anche la distinzione tra figura del PM e del giudice, presente in alcune decisioni. Sull’intraccio tra requisito di continenza e di verità in caso di critiche che mettono in gioco onestà e indipendenza del giudice, interessante Trib. Milano, 12 gennaio 1987, Pres. Caizzi, in *Foro it.*, 1987, II, 612; Cass. pen., sez. feriale, 8 agosto 2006, rv. 29453; Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2005, rv. 29509. Non ritenuta diffamatoria invece l’accusa di “subaltermità

Alla stregua della giurisprudenza dominante non sembra poi individuabile un diverso, e più limitato, ambito della libertà di critica giudiziaria rispetto ad altri oggetti. Al contrario: “*non vi è alcun motivo perché la libertà di opinione del cittadino debba arrestarsi dinanzi all’esercizio dell’attività giurisdizionale, e, anzi, più penetrante deve essere l’esercizio del diritto di critica laddove esiste un margine di discrezionalità, sia pure motivata*”⁵.

Gli orientamenti richiamati non affrontano la specificità della sentenza da cui abbiamo preso spunto. La casistica assolutamente dominante concerne infatti l’attività giornalistica. Nel nostro caso gli asserti diffamatori erano invece contenuti in un esposto redatto da legali per sollecitare un intervento disciplinare. La questione coinvolge quindi un tema più complesso. Nel quale gli spazi generali del diritto di critica giudiziaria, si intersecano con lo statuto di diritti e doveri del difensore. Ed è questa specialità del caso che chiama in gioco anche l’art. 598 c.p.

Tornerò sul tema, per ora basti notare come la conclusione della sentenza, che comunque esclude la configurabilità della causa di non punibilità in un procedimento disciplinare a carico di un magistrato “nell’ambito del quale gli esponenti non possono essere considerati ‘parti’”, appaia quanto meno affrettata⁶.

2. Non siamo quindi in presenza di una decisione che esprima orientamenti giurisprudenziali consolidati in punto critica giudiziaria. Per fortuna. Prima di cercare di rispondere ai quesiti di Cristina De Maglie, torno, in modo argomentato (cerco così di ridurre il rischio) ai punti critici della sentenza.

Si diceva, stilema giurisprudenziale solo apparentemente rispettato, quando si esclude la liceità di critiche a provvedimenti “virulente, concretanti il dileggio di colui che li ha redatti”. Anzitutto, nel fatto, come narrato in sentenza, pur con ogni sforzo, di *dileggio* non trovo traccia⁷! Ma più interessante è

psicologica” nei confronti di una famiglia ricca e potente rivolta ad un PM che aveva prestato il proprio consenso ad un patteggiamento in appello (Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2007, n. 34432).

⁵ Vitarelli, *op. cit.*, 205; Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 200 ss.; Cerri-Bevere, *op. cit.*, 260 ss.; Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662. l’attività del giudice non è diversa da quella di ogni altro *homo publicus*, da propiziare, quindi, tutte le critiche volte a tenere o a ricondurre il giudice nell’alveo dei suoi doveri (Cass. pen., sez. V, 23 gennaio, 1984, Franchini in *Cass. pen.*, 1985, 1539).

⁶ Sulla recente tendenza ad allargare l’ambito di operatività dell’immunità per tutti i fatti lesivi della onorabilità individuale perpetrati in ambito *lato sensu* giudiziale, cfr. Bisori, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore* (a cura di Insolera-Zilletti), Milano, 2009, 180.

⁷ Da intendersi con Devoto e Oli quale “Derisione, scherno; atto o parola di beffa”. Ciò

ragionare dello spazio di liceità in cui è confinata la critica: “espressione di meditato pensiero, che ne filtri le istintive e facili asperità”. Questo, in termini generali, quindi anche al di fuori dell’ambito giudiziario. Quando poi il criterio è fatto trasmigrare in ambito giudiziario la sentenza svela quali interessi siano stati posti in bilanciamento. La “giammai offuscata” diversità dalla critica politica e sindacale sembra derivare da un ulteriore interesse – che si affiancherebbe alla tutela assicurata alla reputazione dal riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione – di tipo funzionale. Quello alla non conflittualità della dialettica processuale “con esiti perniciosi per la serenità dei soggetti implicati e la definizione dei procedimenti trattati”. Forse senza avvedersene, la sentenza, da un lato, non considera la *ratio* dell’art. 598, che proprio sulla base di un opposto bilanciamento si sosterebbe⁸, dall’altro, propone un’ inedita valorizzazione dell’atteggiamento interiore dell’autore – il livore, il rancore – nel delineare i confini del lecito.

Dicevo, confronto argomentato con i provvedimenti, quando se ne proponga una lecita “stroncatura” (icastico sinonimo della vera critica). Ciò secondo la giurisprudenza dominante. Ma la singolarità del nostro caso sta proprio nell’assenza di motivazione del provvedimento criticato!

La conseguenza prima sarebbe dunque l’impossibilità di criticare motivatamente, di sorreggere gli strali linguistici scagliati contro la decisione. Se manca l’oggetto – “l’opinabilità degli argomenti” che sorreggono le decisioni – con cosa dovrebbe confrontarsi “il meditato pensiero” della critica? Non resterebbe che tacere.

Ma forse è proprio questo un punto centrale della questione. La mancanza di motivazione del diniego di partecipare alla veglia funebre del padre. La aggettivazione rivolta al provvedimento, certo non lusinghiera – ma ciò è scontato, ragioniamo di una scriminante – non può non investire insieme le conseguenze della decisione e il modo con cui è stata assunta: negare la partecipazione alla veglia funebre senza dare ragione del perché (ciò soprattutto avendo invece consentito quella al funerale!). La sentenza ha infine un effetto paralizzante nei confronti della stessa possibilità di sottoporre a critica l’operato

conferma le conclusioni di un gustoso saggio di due linguisti, di cui raccomandare la lettura: “Il nostro percorso tra le parole condannate dimostra che, nel lodevole intento di tutelare l’onore delle persone, si è affidata troppo spesso al diritto l’interpretazione dei testi, con pesanti risvolti in termini di libertà di espressione e di critica e con decisioni ermeneutiche che qualsiasi linguista non potrebbe che accogliere con perplessità”; cfr. Coletti - Manfredini, *Parole condannate*, in *Lingua italiana d’oggi*, IV-2007, 67 ss.

⁸ Bisori, *op. cit.*, 176 ss.

della magistratura, quando nega la distinzione tra la censura rivolta al provvedimento e quella alla persona del magistrato (nel caso deciso le critiche erano pacificamente rivolte alla decisione).

È infatti proprio su quella distinzione, da sempre ribadita dalla giurisprudenza, che corre il confine tra aggressione alla fisionomia morale, sociale e professionale, che vede cedere il diritto garantito dall'art. 21, e lecito esercizio critico nei confronti di un'attività di essenziale rilievo pubblico, caratterizzata dalla più penetrante potenzialità intrusiva nella sfera dei diritti dei cittadini. Se ogni attacco ad un provvedimento giudiziario è attacco al suo autore, anche un risoluto dissenso sulle soluzioni giuridiche si tradurrebbe in un'accusa di incompetenza o incapacità rivolta a chi le ha adottate. Una china veramente pericolosa. Che forse si arresterebbe solo di fronte alle ovattate riflessioni delle riviste giuridiche.

Sulla inapplicabilità dell'art. 598 c.p. la sentenza si allinea ad un indirizzo ribadito, anche di recente⁹. Come è noto, controversa è la natura della previsione e, conseguentemente, le soluzioni adottabili in sede applicativa¹⁰.

Nel nostro caso la questione si concentra sulla possibilità di ravvisare la fattispecie nella situazione concernente l'"atto introduttivo" di un procedimento disciplinare, mancherebbe infatti la possibilità di attribuire la qualifica di "parte" all'esponente¹¹.

Vero è tuttavia che tale posizione, da un lato, sembra smentita da altro orientamento della stessa Cassazione¹², dall'altro, è stata sottoposta a critiche

⁹ Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2008, n. 13549, rv 239825.

¹⁰ Per una sintesi dei diversi orientamenti, Tassinari, *Nuovi indirizzi giurisprudenziali in materia di immunità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1172 ss. e Bisori, *op. cit.*, 173 ss.

¹¹ Sulle aperture giurisprudenziali recenti, in particolare, per quello che concerne l'atto di citazione nel processo civile., cfr. Bisori, *op. cit.*, 179 ss.

¹² Cass. pen., sez. V, 28 gennaio 2008, n. 6544. Si verteva in un caso di esposto indirizzato al Pubblico ministero, competente a riceverlo ex art. 148 Legge notarile, in relazione ai denunciati illeciti disciplinari. Nonostante le particolarità della procedura disciplinare a carico del notaio, la sentenza si basa su argomentazioni che hanno una portata generale e sono certamente da estendersi al procedimento disciplinare a carico di magistrati: "Quanto alla questione dell'attribuibilità all'autore dell'esposto-denuncia della qualità di parte, ai sensi dell'art. 598 c.p., questo collegio condivide le ragioni sottese alla interpretazione fatta propria dal giudice dell'appello. Essa infatti non è riconducibile esclusivamente al rapporto processuale, situazione che restringerebbe la applicazione della norma al solo ambito del processo dinanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo, in contrasto con la stessa disposizione di legge che la estende in generale ai procedimenti dinanzi ad una autorità amministrativa. *Quindi il concetto di parte è riferibile a chiunque sia portatore di un interesse (nel caso di specie leso dalla violazione*

ragionevoli e condivisibili¹³.

Su questo tema, qui trattato necessariamente in modo rapsodico, l'osservazione della giurisprudenza più recente sembra suggerire che si tenda ad aggirare le maglie, in vero un po' astruse e anacronistiche¹⁴ della tradizionale fattispecie codicistica di parte speciale, per dare piuttosto maggiore respiro alla scriminante generale dell'esercizio del diritto¹⁵.

3. È giunto il momento di affrontare i quesiti posti da Cristina de Maglie.

La critica giudiziaria, quanto al requisito della continenza, non dovrebbe

disciplinare), tutelato dalla legge anche in forma mediata con ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa, e perciò anche se si tratti, come è palese, di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo (c.n.)".

¹³ Cipolla, *Interpretazione evolutiva della causa di non punibilità di cui all'art. 598 c.p., in Cass. pen.*, 2004, 1610 ss. L'Autore, muovendo dai principi caratterizzanti i procedimenti amministrativi a c.d. istruttoria partecipata in base alla L. n. 241/91, riferibili ai procedimenti disciplinari, si interroga sulla ragionevolezza "della esclusione dell'istante da un beneficio che sicuramente spetta all'incolpato".

¹⁴ In questo senso Tassinari, *op. cit.*, 1175 "tenendo conto del mutamento dei rapporti fra l'assetto sostanziale dell'istituto e la sua dimensione processuale". Spunto certamente condivisibile, considerando anche l'approccio antiformalistico della Corte EDU nei confronti della nozione di materia penale riconducibile alle garanzie dell'art. 6 CEDU, così da ricomprendere, a determinate condizioni, anche l'illecito disciplinare (vedi De Vero-Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, 41 ss. e, soprattutto, Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 46 ss.). Il procedimento disciplinare a carico di appartenenti all'ordine giudiziario di recente riformato (D. Lgs. n. 109/2006) sembra coerente con tale evoluzione nella previsione di un apparato di garanzie per l'incolpato che rimandano al c.p.p. (v. art. 14 ss. In particolare, v. artt. 15, commi 4 e 5, e 16). Che la prevista esclusione della "vittima" dal procedimento disciplinare dalla stessa eventualmente fomentato, si spinga fino alla descritta sperequazione in punto immunità giudiziale, appare, in vero, difficilmente giustificabile. Spunti in proposito si possono desumere anche da altra fonte europea (2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale). Nonostante vi siano asimmetrie, già a livello definitorio, tra le garanzie assicurate alle vittime nel procedimento penale (ex art. 1) e l'impulso dato dalla Corte EDU ad una nozione sostanziale di materia penale ex art. 6 CEDU, non possono essere dissipati i dubbi suscitati da un sistema che, anche ai limitati fini che ci interessano, sia orientato esclusivamente a favore dell'incolpato. E ciò a maggior ragione considerando che – oggi in modo forse ancora più netto in regime di tipicizzazione dell'illecito disciplinare dei magistrati – parrebbe quello disciplinare il presidio fondamentale contro l'abuso del giudice (sulla casistica, praticamente inesistente, riconducibile all'art. 323 c.p., v. Insolera-Zilletti, *Premessa in Il rischio cit.*, 10).

¹⁵ Anche in presenza di espressioni "oggettivamente aspre e polemiche", con il limite dell'"*argumentum ad hominem*". Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2008, n. 13549. Ma soprattutto – in tema di esposto al consiglio dell'Ordine degli avvocati – Cass. pen., sez. V, 14 luglio-23 settembre 2009, n. 38348, in *Guida al dir.*, n. 49, 2009, 97.

avere limiti generali più ristretti rispetto ad altri contesti.

L'operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi accomuna i vari settori trovando, ovviamente, diverso svolgimento in ragione della concretezza dei casi.

Si potrebbe inoltre ipotizzare che proprio il rilievo sempre più preponderante assunto dall'intervento giudiziario nella vita politica e sociale¹⁶, comporti un rafforzamento della necessità di un controllo pubblico sull'operato della magistratura, con la conseguenza di abbandonare quelle distinzioni, che in passato, avevano giocato a sfavore di altri settori espressivi¹⁷.

Se dunque, in tutti i casi, si dovrebbero fronteggiare gli interessi desunti dall'art. 21 Cost. e quelli integrati dalla dignità e integrità morale e sociale della persona, suscita timore l'inserimento di rilievi estranei a questo perimetro¹⁸. I limiti alle critiche rivolte al potere giudiziario, più ristretti di quelli che contengono le censure rivolte, ad esempio, alla classe politica, troverebbero giustificazione nella capacità delle prime di minare la fiducia del pubblico nella giustizia.

La prospettiva non può essere condivisa. Anzitutto, in un sistema democratico un rapporto fiduciario deve riguardare anche il potere legislativo ed esecutivo¹⁹. Anche per la loro tutela potrebbe allora avere rilievo un profilo di interesse funzionale, pertinente alla diversa protezione di interessi statuali sovraindividuali, che trovano tuttavia riconoscimento in autonome incriminazioni o aggravanti (art. 290, art. 61, n. 10, lo stesso art. 595, 4° comma). Quindi non solo non ha giustificazione una diversa consistenza dei diritti fondamentali della persona (reputazione, dignità, considerazione sociale) – politico o amministratore pubblico da un lato, magistrato dall'altra – ma essa entra in conflitto con il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale.

¹⁶ Riflessione ormai diffusa a cominciare da Garapon-Salas, *La repubblica penale*, Macerata, 1996.

¹⁷ Sulla risalente opinione che richiamava il consenso dell'avente diritto a proposito della critica politica, storica e artistica, Vitarelli, *op. cit.*, 174.

¹⁸ In questa direzione sembrerebbero spingere note posizioni della CorteEDU, si veda Spagnolo, *La corte europea dei diritti dell'uomo e il "decalogo del buon giornalista": un caso italiano al limite tra diritto alla prova e diritto di cronaca* in *Legisl. pen.*, 2004, 83 ss. In senso critico, Nicotia, *op. cit.*, 246 ss.

¹⁹ Significativa in proposito quella giurisprudenza, già richiamata, che riconduce anche la critica giudiziaria ad una essenziale espressione della democrazia politica (ad es. Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662). Sulle derive nefaste del "giustizialismo" come alternativa alla politica, di recente, Violante, *Magistrati*, Torino, 2009.

D'altra parte, in termini generali sarebbe davvero pericoloso, per la stessa esistenza del diritto di critica, il riferimento a prospettive che esolino dalla tutela della singola persona offesa per proteggere le istituzioni e le loro funzioni: quello ad un onore "speciale" di magistrati, parlamentari, amministratori.

Pericoloso perché colpirebbe la funzione essenziale del diritto, quella di consentire un libero e informato vaglio sul concreto svolgersi anche delle funzioni pubbliche. Si potrebbe infatti addirittura sostenere che queste possono essere comunque offese, anche quando le censure siano restate nei limiti di verità, pertinenza e continenza quanto all'interesse individuale.

Ma l'insidia di un allargamento dello spettro di tutela dal singolo a ciò che rappresenta può essere più velenosa. E, con un po' di malizia, potrebbe cogliersi proprio nel differenziato apprezzamento della continenza a proposito dei magistrati.

Se occorre considerare, accanto alla reputazione individuale, anche la funzione e la fiducia in essa riposta dai cittadini, come potrà il fatto di diffamazione essere serenamente giudicato da chi si sente investito dello stesso ruolo istituzionale, da chi in definitiva in qualche modo condivide l'offesa?

Vediamo ora il problema di una simmetria della posizione dei magistrati rispetto a quella di avvocati e imputati.

Manca un riscontro nella casistica, o, quanto meno non l'ho trovato. Potrebbe essere questa una conseguenza dell'applicazione dell'art. 598 c.p., in tutte le situazioni che rientrano nei limiti, oggettivi e soggettivi, della causa di non punibilità²⁰.

L'ipotesi non riguarda i giudici che parti non sono²¹, ma a questo proposito occorre fare alcune distinzioni, limitandomi al procedimento penale.

Anzitutto in riferimento alla collocazione dell'asserto nel contesto di un provvedimento giurisdizionale. Quindi a seconda che esso si riferisca all'imputato o all'avvocato.

Nella ricostruzione del fatto, nelle sue componenti oggettive e soggettive, nel maneggio dei criteri di scelta delle sanzioni e di quelli commisurativi, il giudice si muove in un amplissimo spazio argomentativo, riconosciutogli dalle

²⁰ La questione della continenza è infatti superata in base alla opinione, oggi prevalente, che coglie nella norma una causa di non punibilità in senso stretto "i cui requisiti sono difatti costituiti da particolari circostanze esterne al fatto tipico che pur non escludendo l'illiceità del fatto, inducono il legislatore a non applicare la pena per ragioni di *opportunità*", Bisori, *op. cit.*, 177.

²¹ Vitarelli, *op. cit.*, 253.

indicazioni che l'ordinamento gli fornisce²². Se il diritto penale ha (o quanto meno dovrebbe avere) a che fare con il problema del male²³, un'affermazione di responsabilità ben difficilmente non contiene passaggi della motivazione carichi di valutazioni negative verso la persona dell'imputato. In questo contesto ritengo si esuli dal tema delle scriminanti, dell'esercizio del diritto di critica e, quindi, della continenza espressiva. Difetta la stessa tipicità del fatto, dell'"offesa" in base all'art. 595 c.p., nel momento in cui essa è funzionale ad una decisione. Che potrà essere giusta o sbagliata, bene o male argomentata, basata su erronei presupposti di fatto: evenienze a cui corrisponderanno rimedi in sede di impugnazione, ovvero, almeno c'è da augurarselo, disciplinari, in termini di responsabilità civile o addirittura penale²⁴. In via generale, come l'aiuto prestato dal difensore non è fatto tipico *ex* art. 378 c.p. scriminato dall'esercizio del diritto, quando si traduca in attività coerenti con lo statuto deontologico del difensore²⁵, alla stessa stregua la decisione e le sue motivazioni, coerenti con la stigmatizzazione morale del fatto, non devono ritenersi "offese" tipiche.

Il problema della continenza delle affermazioni del giudice non può tuttavia ritenersi così risolto. Proviamo a fare qualche ipotesi.

Evidente sproporzione tra segni linguistici utilizzati per stigmatizzare e significato del fatto e della colpevolezza che lo sorregge. Sproporzione che potrebbe derivare anche da una personale valutazione del giudice, più grave rispetto alla riprovevolezza attribuitagli dallo stesso ordinamento (ad esempio: negli ampi spazi consentiti dai criteri oggettivi e soggettivi dell'art. 133 c.p., ricorso ad espressioni fortemente aggressive della fisionomia morale e sociale dell'imputato, da parte del giudice animalista, al cospetto di violazioni non gravemente sanzionate in materia venatoria o di tutela degli animali).

Appartiene allo stesso criterio di proporzione un limite estremo che deve bandire dalle decisioni, anche quelle che riguardino i reati più gravi, l'utilizzo di espressioni che eccettuino l'imputato o il condannato dal consorzio dei soggetti titolari dei diritti e delle garanzie dello Stato di diritto. In tempi in cui

²² Il discorso vale ovviamente per altri momenti decisori incidentali nel corso del procedimento. Ad es. giudizio di riesame, misure cautelari e altri provvedimenti del Gip.

²³ Secondo l'icastica espressione di Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2007, 4.

²⁴ Spunti sull'"abuso del giudice", anche in chiave comparatistica, in Insolera-Zilletti, *op. cit.*, 10.

²⁵ È la posizione di Pulitanò, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 204 ss.

qualcuno parla di diritto penale del nemico, non sembri questa una prospettiva di pura fantasia.

Da considerare ancora il caso di declaratorie di estinzione del reato, penso in particolare alla prescrizione, nelle quali si trascenda dai limiti della valutazione imposta dall'art. 129, comma 2, c.p.p., per motivare l'applicazione della causa estintiva, confezionando vere e proprie sentenze di condanna nelle quali hanno ingresso i criteri dell'art. 133 c.p. al di fuori di qualsiasi esigenza commisurativa.

Nei casi prospettati, anche a proposito di provvedimenti del giudice, ritengo che una valutazione di continenza espressiva debba avere ingresso. Il fatto, sproporzionato o incoerente, rispetto all'esercizio della funzione, riassume connotazioni di tipicità *ex art. 595 c.p.* Per escluderne l'illiceità occorre che operi la scriminante dell'esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero, soggetto, come negli altri casi di critica, al limite della continenza.

Come giocherà questa ultima nel caso di critiche rivolte all'avvocato nel contesto di provvedimenti del giudice?

Anche a questo proposito non ricordo precedenti e provo ad ipotizzare qualche caso.

Anzitutto l'avvocato non potrà certo essere coinvolto nella stigmatizzazione, consentita (nei limiti sopra detti), a proposito dell'imputato. Comportamenti disciplinarmente o, addirittura, penalmente rilevanti, emersi a carico del difensore nel corso del procedimento potranno essere ripresi nel contesto della decisione, con il limite della loro rilevanza rispetto al caso oggetto di decisione. Ad esempio, i rilievi espressi circa l'attendibilità di un testimone potranno essere accompagnati dalla considerazione di aver segnalato al Consiglio dell'ordine il professionista per l'ipotizzata violazione dell'art. 52 Cod. deont.²⁶ Alla stessa maniera se si sia proceduto a trasmettere gli atti al Pubblico ministero per qualche ipotesi di istigazione al falso giudiziale o di violazione dell'art. 377 c.p.²⁷

Nel contesto di decisioni, un problema di continenza espressiva in relazione all'art. 595, sembra doversi porre soprattutto nel caso di critiche rivolte alle argomentazioni difensive dell'avvocato.

Una questione può porsi, ad esempio, a proposito di una linea difensiva

²⁶ "L'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti". Situazioni analoghe quelle riconducibili a violazioni dell'art. 14.

²⁷ Su questi temi rinvio ai contributi di Insolera e Zanotti, in *Il rischio penale*, cit..

che, seguendo la ricostruzione dell'imputato, proponga una versione dei fatti secondo il giudice da ritenersi falsa alla luce delle altre emergenze probatorie.

In questo caso se non riveste neppure la qualifica di fatto tipico l'attribuire la menzogna (il mentire, l'essere bugiardo) all'imputato, non altrettanto può dirsi se essa è riferita anche al suo difensore. l'obbligo di verità dell'avvocato è precisamente perimetrato dall'art. 14 Cod. deont., a cui ho già fatto cenno. Ad esso si affianca il diritto di mentire dell'imputato. Il difensore non può essere coinvolto in una stigmatizzazione eticamente negativa²⁸. E, in proposito, è sempre utile ricordare la diversità di poteri e di statuto deontologico di avvocato e pubblica accusa²⁹.

Anche in questo caso riacquisita la dimensione della tipicità, il fatto, per essere scriminato, dovrà essere vagliato in base a criteri non dissimili da quelli che, in punto di continenza, operano in via generale a proposito del diritto di critica.

Pianamente essi dovranno essere utilizzati per il provvedimento del giudice che si cimenti con le considerazioni *in diritto* dell'avvocato. Il dilleggio, l'attacco personale alla figura morale e professionale dell'avvocato, l'accusa di mala fede o di infedeltà porranno un problema di continenza espressiva, escluso invece dal motivato superamento critico, se pur caustico e sferzante, dell'argomentare giuridico del difensore. Dimostrare, ad esempio, l'erroneo maneggio delle più elementari categorie dogmatiche o il mancato aggiornamento sulle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, rientrerà nei limiti generali del diritto di critica. Discorso diverso se si ricorra ad espressioni squalificanti o non accompagnate da un'adeguata esplicitazione delle ragioni a base del giudizio o comunque di tale intensità offensiva da trascendere dal contesto di un pur agguerrito cimento professionale, per investire il senso di autostima umana del destinatario (penso al caso limite di epiteti tratti dal mondo animale. Ma, per ora, fortunatamente, non mi risultano diffusi nella letteratura giudiziaria)³⁰.

²⁸ In tema di favoreggiamento del difensore pericolosi slittamenti in questa direzione in Cass. pen., sez. I, 11 novembre - 12 febbraio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, 940. Di recente, su quel caso, Zilletti, in *Il rischio penale*, cit., 101.

²⁹ Questione postasi all'attenzione soprattutto dopo l'entrata in vigore della disciplina delle indagini difensive. Sul punto rinvio a Insolera, "*L'innaffiatore innaffiato*", ovvero *la tutela penale delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1419ss.; Idem, *I delitti di false dichiarazioni al pubblico ministero e al difensore. Alla ricerca del bene tutelato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1039. Sul punto, molto chiaramente, di recente, Corte Cost., n. 184/2009.

³⁰ Esclusa la natura diffamatoria dell'epiteto "azzeccagarbugli" rivolto all'avvocato (Trib. Monza, 17 gennaio 1992, Scalfari in *Dir. inf. e informat.*, 1993, 132).

A ben vedere, è comunque questo il confine su cui deve attestarsi anche lo spazio da attribuire all'avvocato. Certo è sempre problematico il distinguo tra critica lecita al provvedimento, ancorché aspra e pungente e *argumentum ad hominem*, ma, come visto, è così che la giurisprudenza ribadisce in modo costante la propria posizione. I casi richiamati e gli esempi che ho provato a fare, tentano di rispondere all'ultimo quesito. Resta fermo che forse non vi è altra materia nella quale è altrettanto problematico individuare criteri generale e astratti. Ogni caso concreto presenta distinguo e particolarità che influenzano le soluzioni. E non è una peculiarità dei soli itinerari giurisprudenziali italiani, ma della stessa materia, come dimostra la cangiante giurisprudenza della CorteEDU su (i limiti de) la libertà di espressione!

Gli spazi della critica proveniente da giudici e pubblici ministeri possono essere affrontati unitariamente se si esamina il caso in cui essa trovi sede in un contesto extraprocedimentale e non sia inserita in un provvedimento giurisdizionale. Ma, anche in questo caso, possiamo metterci anche gli avvocati.

Questa volta il rischio che corro è quello di andare *ultra petitum*.

È chiaro, mi riferisco a quella forma di critica giudiziaria che, muovendo dai protagonisti della giustizia, si svolge però nel grande palcoscenico dei *media*.

Il tema dei rapporti tra giustizia e informazione è tra i più dibattuti³¹, mi limito solo a qualche considerazione che ci riporterà alla sentenza da cui abbiamo preso le mosse.

Magistratura, soprattutto inquirente, e *media* costituiscono due poteri che, soprattutto dallo scorcio finale del secolo scorso, sono in grado di operare con una potente sinergia, basata sullo scambio tra informazioni, da un lato, e sostegno mediatico alle inchieste, dall'altro. Una forza che ha consentito all'informazione sul procedimento penale, attraverso una mistificata interpretazione del diritto costituzionale all'informazione³², di progressivamente assottigliare i margini di salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Anche molti avvocati cedono alle lusinghe della stampa e dei processi paralleli in TV.

³¹ In argomento vi è ormai un' amplissima letteratura. Per alcuni riferimenti, Insolera, *Tutela penale del segreto e tutela delle parti processuali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, (a cura di Dolcini-Paliero), III, Milano, 2431 ss. Assai efficace Giglioli, Cavicchioli, Fele, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Bologna, 1997.

³² Zeno Zencovich, *La libertà di espressione. Media mercato e potere nella società della informazione*, Bologna, 2004, 27 ss.

Se la prima vittima è la reputazione di indagati, testimoni, interlocutori telefonici captati, anche altri soggetti, protagonisti del grande spettacolo, invocano sempre più spesso protezione dalla macchina infernale.

Ebbene, nell'affrontare i limiti di continenza della critica giudiziaria, il caso da cui siamo partiti pone un ulteriore problema.

Si è detto, per fortuna la sentenza si discosta da più consolidati orientamenti.

È così, ma i casi richiamati al § 1 riguardano sempre la critica giudiziaria espressa dai *media*! Un'inferenza è allora possibile: i margini di liceità della critica si restringerebbero ... proprio quando essa si esprime nell'ambito dell'esercizio di altro diritto, quello di difesa, fondamentale nel sistema dei valori costituzionali.

Una conclusione in vero paradossale che rimette in primo piano il caso in commento. Nel quale, indiscussa, era la pertinenza all'incarico difensivo ricoperto dagli esponenti, dell'iniziativa volta a sollecitare una valutazione disciplinare. Parimenti indiscussa infatti l'assenza di rimedi giurisdizionali nei confronti del rifiuto immotivato, non fosse altro per la loro inutilità dal punto di vista cronologico! La stigmatizzazione del provvedimento (quanto meno arbitrario, in quanto immotivato) non poteva quindi che ottenersi in sede disciplinare.

Nonostante fosse stata sollecitata dalle difese, nessuna considerazione ha avuto il riferimento alla concretizzazione che il diritto di difesa ottiene dalla deontologia professionale. Una rilevanza poteva invece avere il richiamo al II canone complementare dell'art. 7 (dovere di fedeltà). Rispetto al testo originario, la norma, con questa nuova previsione³³ impone all'avvocato di esercitare la sua funzione "per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere". Per quanto appena detto l'iniziativa dell'avvocato in sede disciplinare poteva anche iscriversi in quell'ambito, con un rimando all'obbligo di cui all'art. 36, comma 1³⁴.

Nella nota introduttiva si chiede infine se il rischio di conseguenze penali possa condizionare l'avvocato, come limite al diritto di difesa, o costituire uno strumento, improprio, di reazione dei magistrati alle critiche dei difensori.

Rispondo senza esitazioni. Certamente, e in modo che può rivelarsi assai pesante.

³³ Introdotta dal CNF il 27 gennaio 2006.

³⁴ Quello di difendere la parte assistita "nel miglior modo possibile, nei limiti del mandato e nell'osservanza della legge e dei principi deontologici"

Bisogna partire da una premessa. Quella della profonda differenza che, nel nostro contesto, segna le professioni di avvocato e magistrato, secondo le caratteristiche proprie di un modello burocratico contrapposto a quello professionale³⁵. Se in questo ultimo caso l'indifferenziato riferimento al ceto forense consente una osmosi costante tra avvocatura ed azione giudiziaria, nel primo la socializzazione professionale del magistrato avviene in misura preponderante all'interno del corpo giudiziario³⁶. Anche da ciò deriva l'approfondirsi di un'alterità tra le due professioni, l'erosione di una base comune di valori, tecniche e finalità, che sospinge l'avvocato ai margini della scena, potendo compromettere la tenuta di quelle barriere che definiscono la stessa liceità della difesa tecnica³⁷.

In questo quadro, come reagiscono le due realtà di fronte all'eventualità dell'"incidente" costituito da un procedimento per diffamazione che tragga origine dalla propria attività professionale?

L'avvocato vive del rapporto fiduciario con il proprio cliente. È un rapporto complesso e difficile. Visto nella prospettiva che ci interessa ora, da un lato, esso può implicare la richiesta di prese di posizione forti, aggressive, sia nella comunicazione dentro il processo, sia in quella con i *media*. Dall'altra parte, tuttavia, e paradossalmente, ciò può anche sovrapporsi alla prima istanza, è il difensore il veicolo, lo strumento che, nel confronto con il potere giudiziario, deve perseguire l'obiettivo ultimo di ottenere le conseguenze migliori per il proprio assistito.

La sottoposizione ad un procedimento penale compromette questo ruolo, rende inaffidabile il difensore che, ricacciato dalla stessa parte della barricata del cliente, ai suoi occhi perde quell'aura di credibilità, quelle possibilità di dialogo e di convincimento della curia nelle quali, in definitiva, riposano le aspettative dell'assistito. Superfluo dire come questo scenario non interessi affatto il magistrato il quale, inoltre, per quanto detto poco fa, solitamente non ha neppure alcuna conoscenza e sensibilità per la complessità del rapporto fiduciario avvocato-cliente, non avendo avuto esperienze professionali. A differenza di quella del magistrato, quella dell'avvocato è, poi, nonostante tutte le modernizzazioni, una professione individualistica, solitaria. La concorrenza,

³⁵ Sul tema Guarneri-Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, 54 ss.

³⁶ Con un conseguente incremento dei poteri del giudice burocrate rispetto a quello professionale una volta che i tradizionali meccanismi di controllo, come la gerarchia, vengano smantellati. Guarneri-Pederzoli, *op. cit.*, 155.

³⁷ Insolera-Zilletti, *Premessa*, cit., 8 ss.

sempre più accesa, difficilmente si concilia con solidarietà e battaglie di principio. Mi viene in mente l'aria che talvolta ho respirato frequentando piccole sedi giudiziarie. Anche a causa dell'immobilismo dei magistrati, garantito dall'automatismo delle progressioni di carriera, il piccolo foro locale si aggruma attorno ad interlocutori abituali. La reciproca conoscenza di virtù e difetti ispira bontà nei rapporti. Guai se questo clima è guastato da avvocati combattivi, magari venuti da fuori. A volte le piccole sedi ricordano le satrapie.

In breve, il conflitto con un magistrato che sfoci in una querela per diffamazione può compromettere l'immagine dell'avvocato agli occhi del cliente, ma non suscita necessariamente solidarietà. Meglio che la questione resti sotto traccia.

dott. Luca Pistorelli

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario
presso la Corte di Cassazione

1. La sentenza prescelta dalla direzione di Criminalia per questo confronto d'opinioni sembra limitarsi a ribadire alcuni principi in qualche modo consolidati nella giurisprudenza di legittimità, occupandosi di aspetti tutto sommato marginali della pur incandescente materia del bilanciamento tra tutela della libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'onore e della reputazione.

Ciononostante la sua motivazione suscita effettivamente qualche perplessità ed un più generale sentimento di inquietudine cui Cristina de Maglie ha efficacemente dato corpo attraverso i quesiti formulati nella sua introduzione.

I giudici della Quinta Sezione della Cassazione hanno, infatti, riaffermato nel caso concreto l'esistenza di limiti al diritto di critica configurati formalmente come generali, tali dunque da prescindere dall'ambito in cui lo stesso diritto venga esercitato. Ma tenuto conto del profilo della vicenda oggetto della pronunzia, è forte la sensazione che, in realtà, la decisione si fondi sull'assunto per cui la critica "giudiziaria" sarebbe governata da principi più restrittivi di quelli che regolano altre manifestazioni del diritto di critica. Ed è proprio questo "cripto-principio", nascosto nelle pieghe della motivazione, a lasciare il lettore per l'appunto turbato. Incapace di comprendere quale sia l'effettiva giustificazione di una tale discriminazione e, dunque, fortemente tentato ad abbandonarsi al sospetto che essa sia in realtà nient'altro che una scoria corporativa.

Il diritto di critica è comunemente inteso come diritto di esprimere giudizi,

valutazioni, dissensi o consensi rispetto a fatti ovvero ad opinioni altrui¹. Non è dubbio che in tal senso ricostruito esso costituisca una delle possibili forme di manifestazione del pensiero, trovando dunque il proprio fondamento nell'art. 21 Cost.².

L'elaborazione giurisprudenziale della valenza scriminante del diritto di critica è avvenuta in maniera frammentaria, per fattispecie, risultando così spesso ondivaga e malferma negli approdi interpretativi, ben più di quella che ha riguardato, ad esempio, il diritto di "cronaca", a cui si deve invece il primigenio tentativo di individuare parametri di giudizio dotati di una qualche oggettiva consistenza.

È comunque principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui la scriminante del diritto di critica, pur trovando comune matrice nella tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, abbia una portata più ampia proprio di quella del diritto di cronaca. E ciò in quanto l'esercizio del diritto di critica non si concretizza nella mera narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione. Opinione che, in quanto tale, non può quindi pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica non può che essere fondata su un'interpretazione necessariamente soggettiva dei fatti³.

Perché il diritto di critica assuma valenza scriminante è peraltro necessario, secondo la stessa giurisprudenza, che venga esercitato entro precisi limiti, individuati essenzialmente in quelli della continenza espressiva e della veridicità dei fatti posti a fondamento della critica⁴, nonché dell'interesse pubblico alla conoscenza di questi ultimi, qualora il diritto venga esercitato per il tramite dei mezzi di informazione.

Quanto al requisito della continenza espressiva e della correttezza del linguaggio, si ammette che la critica assuma anche toni forti ed aspri, ma l'offesa che trascende in attacchi personali, diretti a colpire su un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato e non le sue azioni od opinioni, viene considerata incompatibile con il legittimo esercizio del diritto⁵.

¹ Cfr. Collica-Gullo-Vitarelli, *I delitti contro l'onore*, 2001, 173; Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, 1998, 177.

² V. per tutti Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 2008, 220.

³ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7662, rv 236524.

⁴ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2007, cit. e Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2008, n. 4496, rv 239158.

⁵ V. da ult. ed *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 18 giugno 2009, n. 43403, rv 245098.

Entro il perimetro tracciato da questi principi, la Suprema Corte, come si è detto, si è mossa in maniera incostante, a volte dilatando, altre contraendo la portata delle regole da essa stessa elaborate. La realtà è che i principi menzionati risultano troppo generici per poter efficacemente ricomprendere una fenomenologia così articolata e poliforme come quella delle offese all'onore e alla reputazione. Ma d'altra parte la stessa essenza del conflitto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della dignità della persona umana rende inevitabilmente ardua la ricerca di un punto di equilibrio stabile tra i due poli.

Ciò non toglie che uno sguardo complessivo sulla produzione giurisprudenziale in materia lasci comunque sconcertato l'osservatore. Posto di fronte ad una sorta di "impressionismo" giudiziario, che testimonia di quanto poco il principio di legalità viva nelle fattispecie incriminatici poste a tutela dell'onore, egli non può infatti che rimanere turbato per l'elevato grado di imprevedibilità che le decisioni giudiziarie in materia di diffamazione raggiungono quando viene invocato ad esimente il diritto di critica.

Un esempio tratto dalla recente produzione della Corte di legittimità chiarirà meglio cosa intendo. Circa tre anni addietro la Quinta Sezione della Cassazione ha confermato la condanna per diffamazione a carico di un esponente politico il quale, nel corso di un comizio elettorale, per stigmatizzare il mutamento di linea effettuato da un avversario lo aveva etichettato come «Giuda Iscariota» e di essersi «venduto per trenta danari», parole che la Corte ha giudicato intrinsecamente offensive e dunque esorbitanti il limite della contenenza⁶. Poco più di un anno dopo il medesimo epiteto, pronunziato questa volta da un consigliere comunale avvicinatosi all'uopo alla postazione della stampa durante una seduta consiliare, è stato ritenuto invece dai giudici della stessa Sezione espressione legittima del diritto di critica "politica", rivelando semplicemente l'intenzione del suo autore di portare a conoscenza dell'opinione pubblica il "tradimento" consumato dal collega di partito che aveva votato contro una sua proposta⁷.

In contesti quantomeno simili ed in epoche coincidenti, dunque, l'utilizzo strumentale del medesimo epiteto ai fini di critica "politica" è stato valutato in maniera diametralmente opposta. Ma entrambi i giudici hanno fondato la loro decisione sui medesimi principi e presupponendo gli stessi limiti all'eser-

⁶ Così Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2006, n. 4991, rv 236321, la quale vanta anche un più risalente precedente in termini specifici in Cass. pen., sez. V, 8 aprile 1998, n. 761, rv 211480.

⁷ Così Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2008, n. 9084, rv 239125.

cizio del diritto di critica. Semplicemente tra quei principi e i fatti che dovrebbero regolare esiste uno spazio troppo ampio perché non venga riempito dal giudice attraverso la propria sensibilità culturale e così l'Iscriota in un caso si è fatto metafora, nell'altro è divenuto insulto gratuito.

Il richiamo tralascio ai suddetti principi da parte della giurisprudenza – come nel caso della sentenza in commento – appare, pertanto, scarsamente significativo, atteso che essi governano solo marginalmente la decisione giudiziaria quando quest'ultima ha ad oggetto la non antiggiuridicità della critica oggettivamente offensiva.

2. È in questo quadro di endemica incertezza che si inseriscono gli interventi della Suprema Corte sulla critica dei provvedimenti giudiziari e dei comportamenti dei magistrati.

Nella giurisprudenza sul diritto di critica “giudiziaria” sembrano potersi distinguere in realtà due filoni: l'uno relativo alla critica “mediatica” e l'altro ad oggetto la critica svolta negli atti d'impulso dei procedimenti giudiziari o amministrativi ovvero negli atti d'impugnazione dei provvedimenti giudiziari.

In entrambi i casi i giudici di legittimità richiamano di norma il medesimo coacervo di principi, ma nei fatti gli orientamenti assunti differiscono a seconda che la critica oggettivamente diffamatoria sia contenuta in un articolo di stampa o lanciata dal pulpito televisivo piuttosto che in un atto processuale di parte, cosicché la pronunzia in commento non risulta semplicemente eccentrica rispetto all'evoluzione segnata dalla giurisprudenza in materia di diritto di critica, ma, piuttosto conferma la contraddittoria tendenza della stessa giurisprudenza ad applicare in maniera differenziata i principi da essa stessa elaborati a seconda che, per l'appunto, la critica “giudiziaria” venga coltivata al di fuori o all'interno del processo.

Così, a parte le regole comuni a tutta l'area dell'esimente del diritto di critica (e di cui già si è detto), le pronunzie in materia di critica giudiziaria spesso ribadiscono come il diritto di criticare i provvedimenti giudiziari si alimenti dell'intrinseca opinabilità delle argomentazioni che li sostengono e si legittimi in forza del principio per cui *«in democrazia a maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità e l'assoggettamento al controllo da parte dei cittadini, esercitabile anche attraverso il diritto di critica»*⁸.

Ma sono queste affermazioni più che altro “programmatiche”, tanto da ri-

⁸ Così Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 11662, in *Cass. pen.*, 2008, 611.

sultare quasi di stile e che infatti vengono utilizzate sia quando la giurisprudenza riconosce un più ampio spazio alla critica “giudiziaria”, come avviene nel caso in cui la stessa venga veicolata per via “mediatica”, sia quando gli spazi ammessi diventano più angusti, com’è nell’ipotesi in cui il diritto di critica viene esercitato all’interno del processo o in sede amministrativa.

Ancora una volta, dunque, i principi risultano troppo astratti per tradursi in vincoli effettivi ad una decisione che, nella maggior parte dei casi, dimostra di ridursi invece alla valutazione discrezionale della continenza delle espressioni utilizzate⁹. In realtà i medesimi principi appaiono “vivere” con maggior concretezza proprio in quelle pronunzie che si occupano della critica giornalistica ai comportamenti giudiziari. E ciò in quanto sembra in proposito essersi sedimentata nella giurisprudenza – grazie all’elaborazione dell’ampia casistica relativa al diritto di cronaca – una maggior sensibilità verso la funzione di controllo e di denuncia svolta dagli organi di stampa nell’ottica del corretto fluire della vita democratica.

A riprova di quanto appena sostenuto può evidenziarsi come un altro caposaldo dell’elaborazione giurisprudenziale in materia di diritto di critica venga spesso e disinvoltamente pretermesso quando la critica provenga dagli organi di informazione. Mi riferisco al distinguo tra la critica, ancorché aspra, degli atti o dei comportamenti (generalmente ritenuta legittima) e l’attacco personale (sempre considerato illecito), di cui sé detto in precedenza, il quale, in caso di critica giornalistica, ancorché costantemente riaffermato in linea di principio¹⁰, tende ad essere poi sfumato nel concreto, con il conseguente sensibile ampliamento, nel nome della libertà di stampa, degli orizzonti della continenza espressiva.

Così, ad esempio, in una recente pronunzia¹¹, la Corte ha ritenuto scriminate le pesanti accuse rivolte ai magistrati che avevano tenuto in carcere per sei mesi un cittadino, poi rivelatosi estraneo ai fatti addebitategli, ma che nel frattempo si era dato la morte. In altra occasione i giudici di legittimità hanno ritenuto la continenza dell’accusa di «subalternità psicologica» verso l’imputato di un grave delitto – membro di una facoltosa famiglia locale – rivolta al pubblico ministero che aveva acconsentito ad un “patteggiamento” in appello che aveva comportato una drastica riduzione della pena inflitta nel primo gra-

⁹ Apparentemente in questo senso Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007, n. 25138, in *Resp. civ. e previdenza*, 2007, 2544, con nota di Peron, *La critica giudiziaria tra fatti e opinioni*.

¹⁰ V. *ex plurimis* Cass. pen., sez. V, 11 novembre 2008, n. 2066/09, rv 242348.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2009, n. 37442.

do di giudizio¹². Ancora, la Suprema Corte ha riconosciuto sussistere l'esimente del diritto di critica con riguardo alle definizioni di «incauto» e «sprovveduto» riservate in un articolo di stampa ad altro pubblico ministero in relazione alla trattazione di un processo nella fase dibattimentale¹³. Ed infine, con riguardo agli aspri attacchi giornalistici portati nei confronti di inchieste dall'innegabile impatto "politico" ed oramai esaurite, la Cassazione è giunta perfino a negare *tout court* l'operatività dei consolidati limiti all'esercizio della critica "giudiziaria"¹⁴.

3. La geometria variabile che i principi menzionati assumono in sede applicativa rafforza la convinzione che la valutazione sull'effettiva sussistenza dell'esimente, quando la critica si manifesti all'interno del processo o comunque non pubblicamente, sia governata non tanto dall'esigenza di garantire la dignità della persona offesa, quanto, piuttosto, dalla asserita necessità di mantenere una sorta di "decoro giudiziario", funzionale al sereno sviluppo della contesa processuale.

E proprio la pronunzia in commento contiene una esplicita e non usuale ammissione in tal senso, quando, nel respingere l'obiezione difensiva secondo cui non potrebbe riconoscersi al diritto di critica giudiziaria una estensione inferiore a quella generalmente attribuita a quello di critica politica o sindacale, afferma che *«la diversità dei contesti, giammai offuscata, rende inaccettabile l'omologazione prospettata, che gioverebbe solo ad elevare il tasso di conflittualità nella dialettica processuale, con esiti perniciosi per la serenità dei soggetti implicati e la definizione dei procedimenti trattati»*.

All'evidenza si tratta di giustificazione assai fragile per consentire di ergere una barriera, prima ancora che all'esercizio del diritto di difesa, alla stessa libertà di espressione. Ma soprattutto quella evocata è categoria dal fondamento giuridico assai discutibile, atteso che quella di modulare i criteri di valutazione della continenza espressiva in ragione della contestualizzazione dell'offesa è operazione assai delicata, che dovrebbe essere consentita solo in presenza di specifici valori oggettivi il cui spessore effettivamente imponga l'esigenza di un bilanciamento con quelli sottesi agli artt. 21 e 24 Cost.

In breve, se la critica lesiva dell'onore e della reputazione altrui è considera-

¹² Così Cass. pen., sez. V, 5 giugno 2007, n. 34432, in *Cass. pen.*, 2008, 2846, con nota di Catullo, *Diritto di critica come strumento di democrazia*.

¹³ Così Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2007, cit.

¹⁴ V. Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2007, cit.

ta dalla giurisprudenza lecita entro limiti dati, è assai discutibile che la stessa giurisprudenza provveda poi ad una aprioristica restrizione dei suddetti limiti quando il diritto di critica viene esercitato all'interno del processo, invocando a tal fine la necessità di tutelare il sereno svolgimento di quest'ultimo. Così facendo, infatti, viene strumentalizzata la tutela di un valore dal sicuro rango costituzionale – e cioè la dignità della persona – per proteggere un interesse dalla dubbia consistenza e dagli incerti confini, mentre il giudice diventa non più solo il custode della legge e del diritto, ma altresì della morale pubblica.

Si badi bene che le rassegnate conclusioni sono imposte proprio dall'impostazione seguita dalle pronunzie che tendono a ridurre lo spazio della libertà di espressione nell'ambito giudiziario. Infatti, l'iter argomentativo che le caratterizza muove solitamente – ed anche nel caso in esame – dalla premessa che i provvedimenti giudiziari possono essere oggetto di critica in ragione della loro opinabilità. Viene cioè riconosciuto il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero anche all'interno del processo a prescindere da ogni valutazione sulla effettiva funzionalità della critica all'esercizio del diritto di difesa. Diventa però a questo punto incomprensibile perché nell'ambito giudiziale – e solo in tale ambito – la critica debba «*constituire espressione di meditato pensiero, che ne filtri le istintive e facili asperità*», per come si legge nella motivazione della sentenza in commento.

Non è dunque mia intenzione sostenere che la critica endoprocessuale, in nome della libertà di espressione, non debba incontrare limiti di sorta, né che gli atti ed ogni condotta nel processo non debbano comunque rispecchiare il dovere di correttezza, anche nelle forme espressive usate dalle parti e soprattutto dai professionisti che ne patrocinano gli interessi – soggetti questi ultimi sottoposti in proposito a precisi obblighi deontologici presidiati da sanzioni disciplinari – ma semplicemente evidenziare come la pratica di un “doppio binario” nella valutazione dei limiti della libertà di espressione in riferimento al medesimo oggetto non sia per nulla convincente, a maggior ragione laddove i parametri di questa valutazione non presentino solidi ancoraggi nel diritto positivo, ma siano affidati all'arbitrio del giudice. La metabolizzazione giurisprudenziale del progressivo imbarbarimento del linguaggio mediatico, anche con riferimento alla critica dei provvedimenti giudiziari, può essere più o meno condivisa, ma voler trasformare le aule di giustizia nell'ultimo “tempio” (o, se si preferisce, nell'ultima “spiaggia”) della continenza espressiva è, prima ancora che operazione giuridicamente discutibile, pretesa non priva di ipocrisia.

4. A questo punto ritengo non sia necessario chiedersi se la decisione assunta con la pronunzia in commento sia “giusta” – se cioè effettivamente le espressioni critiche contenute nell’esposto presentato per stigmatizzare quello specifico provvedimento giudiziario avessero o meno travalicato i limiti della continenza espressiva scriminante – atteso che comunque risulterebbe non condivisibile la premessa da cui i giudici di legittimità hanno preso le mosse.

Piuttosto mi sembra utile soffermarsi su di un altro punto della decisione e cioè quello relativo all’esclusione dell’esimente di cui all’art. 598 c.p. Il profilo è stato liquidato dalla Corte regolatrice in poche battute, sostenendo la non applicabilità della medesima alle offese contenute in un esposto mirato all’instaurazione di un procedimento disciplinare a carico di un magistrato.

La *vexata quaestio* sulla natura giuridica della menzionata esimente meriterebbe ben altro approfondimento. In questa sede mi sia consentito limitarmi ad esprimere la preferenza per quell’orientamento, maggioritario in dottrina, che qualifica l’immunità giudiziaria come una causa di esclusione della punibilità in senso stretto, non in grado, dunque, di incidere sull’illiceità del fatto, che rimane tale (tanto da rimettersi al giudice l’applicabilità di sanzioni disciplinari e amministrative), bensì esclusivamente sulla concreta sottoposizione dell’autore dell’offesa alla pena prevista per i delitti eventualmente commessi nell’esercizio dell’attività difensiva¹⁵. Esimente che opera pertanto in via sussidiaria, per escludere la punibilità solo di quelle condotte che non rappresentano legittimo esercizio del diritto di difesa e che dunque non possono già ritenersi scriminante ai sensi degli artt. 51 c.p. e 24 Cost.

Se la giurisprudenza della Suprema Corte aderisse più spesso a questa opzione interpretativa¹⁶, è evidente che si stempererebbe anche il dibattito sui limiti al diritto di critica “giudiziaria”, atteso che in ogni caso l’eventuale valutazione di incontinenza espressiva dell’offesa non determinerebbe automaticamente la condanna del suo autore.

Ma la pronunzia in esame non si è confrontata con questa problematica,

¹⁵ V. in questo senso Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 46; Mantovani, *op. cit.*, 226; Maiani, *Fondamento e valore dell’esimente prevista dall’art. 598 c.p.*, 1970, 70; Bisorio, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore* (a cura di Insolera-Zilletti), Milano, 2009, 177.

¹⁶ Infatti solo sporadicamente tale orientamento è stato ripreso, anche negli ultimi anni, dalla giurisprudenza di legittimità (v. ad es. da ult. Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 2005, n. 39934, rv 233841), per lo più schierata, invece, nel riconoscere nell’art. 598 c.p. un’applicazione estensiva della causa di giustificazione prevista dall’art. 51 dello stesso codice (v. *ex plurimis* e da ult. Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2006, n. 6701, rv 234008).

preferendo, come detto, escludere in radice l'applicabilità dell'immunità giudiziale in ragione della natura del procedimento nel quale erano state svolte le considerazioni ritenute ingiustificatamente offensive.

Anche quello dei limiti oggettivi dell'esimente è in realtà profilo assai controverso. Da un lato la questione sull'iscrivibilità degli atti d'impulso o comunque esterni alla procedura giudiziaria od amministrativa nella nozione di «scritti» evocata dal primo comma dell'art. 598 c.p., dall'altro quella dell'identificazione degli organi disciplinari con i soggetti dinanzi ai quali il procedimento deve essere pendente perché l'esimente possa considerarsi applicabile.

Con riguardo alla prima, la giurisprudenza ha a lungo considerato l'atto d'impulso escluso dall'area dell'immunità, ritenendo necessario per la sua configurazione la già avvenuta costituzione del rapporto contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria o a quella amministrativa. Ma negli ultimi tempi sembra aver mutato opinione, riconoscendo invece rilevanza anche agli atti espressione dello "*ius postulandi*" compiuti in fase preprocessuale e strumentali all'instaurazione di un giudizio¹⁷.

Quanto al secondo profilo, il principio cui la Suprema Corte si è costantemente ispirata – ed al quale anche la pronuncia in commento si richiama – è quello per cui l'immunità giudiziale non possa essere riconosciuta a chi non abbia assunto o non sia in grado di assumere la qualifica di "parte" nel procedimento giudiziario o amministrativo nel quale è stata consumata la condotta lesiva. Principio che affonda le sue radici nella lettera dell'art. 598, il cui primo comma espressamente limita l'ambito di applicazione dell'esimente alle offese provenienti «dalle parti o dai loro patrocinatori». Ed in tal senso i giudici di legittimità hanno dunque escluso l'immunità per le offese contenute in esposti diretti ad autorità amministrative e tesi a dare impulso ad interventi disciplinari¹⁸ o a sollecitare attività di vigilanza o controllo¹⁹.

Scorrendo la più recente produzione di legittimità non può non rilevarsi, però, come anche questo consolidato torrione "difensivo" inizi a capitolare sotto i colpi di orientamenti interpretativi che tendono ad espandere gli orizzonti applicativi dell'esimente.

¹⁷ In questo senso, v. ad es. Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 1798, rv 236311.

¹⁸ In tema di esposti nei confronti di avvocati indirizzati a tal fine al Consiglio dell'Ordine Forense v. ad es. Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2009, n. 31175, rv 244492 e Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 2002, n. 40725, in Cass. pen., 2004, 1610, con nota di Cipolla, *Interpretazione evolutiva della causa di non punibilità di cui all'art. 598 cod. pen.*

¹⁹ V. ad es. Cass. pen., sez. V, 6 febbraio 2004, n. 15585, rv 228759, avente ad oggetto un esposto indirizzato alla Commissione regionale di vigilanza per l'edilizia economica e popolare.

In tal senso, infatti, la Suprema Corte è giunta ultimamente a contraddirsi sulla non invocabilità dell'immunità giudiziaria con riguardo alle offese contenute in esposti disciplinari, contestando la non qualificabilità del denunciante come "parte" dell'instaurando procedimento, rilevando come tale qualificaspetti, invece, a chiunque sia portatore di un interesse tutelato dalla legge, anche solo in forma mediata, con il ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa²⁰.

Non è dubbio che, applicando questo indirizzo interpretativo al caso oggetto della pronunzia in commento, il verdetto dei giudici di legittimità avrebbe potuto essere diverso, anche senza che fosse necessario mettere in discussione le conclusioni assunte in ordine all'oggettiva incontinenza delle espressioni utilizzate nell'esposto e, quindi, sull'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento della scriminante del diritto di critica. Non vorremmo quindi che, anche con riguardo a questo aspetto, la giurisprudenza finisca per conservare interpretazioni rigoriste – dal vago ed amaro sapore corporativo – solo quando destinatari delle pur incontinenti lamentele dei cittadini siano il Consiglio Superiore della Magistratura o il Ministro della Giustizia.

²⁰ Così Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2008, n. 44148, rv 241806 e Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33453, rv 241393, relative all'applicabilità dell'esimente alle offese contenute in esposti presentati al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. V. anche Cass. pen., sez. V, 7 febbraio 2008, n. 9071, rv 239124, relativa alle offese contenute in un esposto presentato al Presidente del Tribunale in qualità di presidente del Comitato per la tenuta dell'Albo dei consulenti tecnici.

OPINIONI A CONFRONTO

IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

Con il varo del nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998), avvenuto ad opera della l. n. 94 del 2009, non si è certo placato il dibattito che ne ha accompagnato la gestazione. Anzi, i contrasti di opinione al riguardo sembrano acuirsi coinvolgendo, oltre al merito della scelta politico-criminale effettuata dal legislatore, il profilo dell'asserita illegittimità costituzionale della nuova disciplina, sulla quale è stata già chiamata a pronunciarsi la Consulta.

La criminalizzazione dell'immigrazione clandestina non è una scelta esclusiva del nostro legislatore. Nell'orizzonte europeo anche altri ordinamenti hanno fatto ricorso allo strumentario offerto dal diritto penale per contrastare i flussi migratori illegali. Una delle particolarità della nostra disciplina è, tuttavia, la qualificazione del nuovo reato come contravvenzione punita con sola pena pecuniaria, eccezionalmente non estinguibile per oblazione ai sensi dell'art. 162 c.p. e devoluta alla cognizione del giudice di pace.

Abbiamo chiesto a due noti magistrati, i Consiglieri Angelo Caputo e Mario Cicala, di esprimere il loro punto di vista, anche alla luce degli spunti di riflessione che seguono.

- A) La scelta di elevare a reato l'immigrazione clandestina consentirà un più efficace contrasto del fenomeno? In particolare, c'è il rischio che la comminazione della sola pena pecuniaria risulti inefficace, ossia poco deterrente nei confronti di chi può pagare e per nulla dissuasiva per quanti, verosimilmente la maggioranza degli immigrati, non hanno nulla da perdere?
- B) La nuova fattispecie incriminatrice viene accusata di incriminare un mero *status* soggettivo. Si tratta di una critica fondata o la contravvenzione ha una sua precipua funzione di tutela?
- C) La disciplina del reato di immigrazione clandestina deroga all'operatività dell'oblazione. Come si spiega la scelta?
- D) Qual è la *ratio* dell'attribuzione del nuovo reato alla competenza del giudice di pace?
- E) La nuova disciplina presenta profili di illegittimità costituzionale?

dott. Angelo Caputo
Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario
presso la Corte di Cassazione

1. Con l'introduzione, ad opera della legge n. 94 del 2009, dell'art. 10-*bis* del D.Lgs. n. 286 del 1998 e succ. modif. (d'ora in poi, t.u.), la legislazione italiana ha ulteriormente ribadito l'orientamento di politica criminale che assume la categoria dell'immigrazione irregolare come sinonimo di pericolosità sociale. È un orientamento – già tradottosi, con il pacchetto-sicurezza del 2008, nella previsione della circostanza aggravante *ex art.* 61 n. 11-*bis* cod. pen. – che fa leva su una *certa idea* di immigrazione incentrata su una sorta di differenza *ontologica* tra migrante *regolare* e migrante *irregolare*, una differenza smentita dalla realtà dell'immigrazione. Può essere utile allora far precedere l'analisi dei più significativi profili delle nuove fattispecie incriminatrici da una breve – e inevitabilmente schematica – ricognizione dei tratti salienti della normativa italiana, una ricognizione che potrà offrire spunti di riflessione non solo sulla artificiosità della differenza *ontologica* cui si è fatto cenno, ma anche sugli *annunciati* esiti fallimentari dell'ennesima *stretta* sulla disciplina dell'immigrazione.

La materia dell'immigrazione è stata caratterizzata, a far tempo dagli inizi degli anni '90, da un convulso susseguirsi di normative (e di reiterate e rilevanti pronunce di illegittimità costituzionale) riguardanti in particolare la disciplina dell'allontanamento dello straniero *irregolare*.

Per quanto riguarda la normativa sugli ingressi, la centralità attribuita alla *regola* della subordinazione dell'autorizzazione all'ingresso dello straniero all'incontro a livello *planetario* tra domanda e offerta di lavoro (secondo un orientamento esasperato dalla legge Bossi-Fini del 2002) ha fatto sì che la disciplina non sia stata in grado di governare i flussi di ingresso: sono stati infatti realizzati meccanismi del tutto impraticabili di cui si è chiesto da più parti il superamento con la previsione di canali di ingresso incentrati sul permesso per *ricerca di lavoro*.

Altra linea-guida della nostra legislazione è quella tesa a marcare un “netto discrimine” (questa l'espressione utilizzata nella relazione di accompagnamento del disegno di legge poi approvato con la legge Turco-Napolitano del 1998) tra immigrati *regolari* e immigrati *irregolari*, secondo una logica fondata su una pretesa del tutto illusoria, poiché un tasso di irregolarità è una costante di tutte le migrazioni (compresa la grande emigrazione italiana del secondo dopoguerra, come segnalano recenti e approfonditi studi). Da tale illusoria

pretesa, tuttavia, è scaturita una straordinaria, ma *unidirezionale*, rigidità della normativa sulla condizione dello straniero: da una parte, la legge non prevede meccanismi di *regolarizzazione individuale e permanente* degli ingressi o dei soggiorni illegali fondati, ad esempio, sul decorso del tempo e sull'accertamento della sussistenza di indici di integrazione del migrante; dall'altra, la strada che conduce dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità è ben facilmente percorribile, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo dei titoli abilitativi del soggiorno (e la stessa farraginosità delle procedure).

Una disciplina incapace di *governare*, in termini realistici e di effettività, gli ingressi, incapace di *riassorbire*, in via ordinaria, quote di irregolarità e costruita in modo da *spingere* anche parti rilevanti dell'immigrazione regolare verso l'irregolarità ha assunto un connotato sostanzialmente *proibizionistico*, che ha prodotto i risultati fallimentari che sono sotto gli occhi di tutti. Alla proclamazione legislativa del "netto discrimine" tra immigrati *regolari* e immigrati *irregolari* si contrappone la realtà della condizione di irregolarità del migrante come *passaggio necessario* verso la condizione di legalità. Tra gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, due su tre hanno raggiunto questa condizione dopo aver trascorso un periodo da irregolari [M. AMBROSINI, *Gli immigrati nel mercato del lavoro italiano*, in Caritas/Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico. XVI Rapporto*, Roma, 2006, 246], sicché ben può sostenersi che "immigrazione e immigrazione irregolare praticamente coincidono" [G. SCIORTINO, *Le migrazioni irregolari. Struttura ed evoluzione nell'ultimo decennio*, in Fondazione Ismu, *Decimo Rapporto sulle migrazioni - 2004*, Milano, 2005, 289]: l'analisi empirica della *realtà* dell'immigrazione smentisce dunque la presunta, *ontologica* differenza tra immigrazione regolare e immigrazione irregolare, ma la politica criminale ha mostrato un alto tasso di impermeabilità al confronto con tale *realtà*, che offre un chiaro riscontro alla netta affermazione della Corte costituzionale (sent. n. 78/2007) secondo cui la condizione soggettiva dello straniero privo di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato non è, di per sé, univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale.

Né in senso contrario può argomentarsi sulla base della relazione, sostenuta da alcuni studiosi [M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008], tra la crescente presenza di immigrati e l'incremento del numero dei reati commessi in Italia. A parte il rilievo, di per sé assorbente, che se anche le rilevazioni statistiche relative ai comportamenti criminali evidenziassero una sovraesposizione degli stranieri *irregolari*, il dato sarebbe del tutto *neutro*

sul piano della prognosi di pericolosità di *single* persone, il significato di tali rilevazioni è molto controverso in relazione a varie considerazioni: per l'eterogeneità dei termini a confronto, ossia la popolazione autoctona e quella immigrata, posto che in quest'ultima sono maggiormente presenti quelle fasce (per età e per sesso) più rappresentate nelle rilevazioni dei comportamenti criminali; per l'oggetto stesso delle statistiche, spesso limitato ai reati denunciati e, quindi, orientato a *fotografare* i fenomeni criminali più visibili (ma non necessariamente più pericolosi); per l'epoca in cui avrebbe preso avvio la tendenza all'aumento dei numero dei reati, epoca, secondo alcuni, di gran lunga anteriore all'inizio dell'immigrazione di massa in Italia [F. PITTAU, P. PINTO, S. TRASATTI, *Immigrati e criminalità: i dati e le interpretazioni*, in Caritas/Migrantes, *Immigrazione. Dossier statistico 2009. XIX Rapporto*, Roma, 2009, 211]; per il ruolo giocato, all'interno dei diversi e largamente eterogenei segmenti dell'*universo* criminale, sia dai meccanismi di "sostituzione" di attori italiani con attori stranieri sia dalle prassi delle agenzie di controllo; per l'espansione conosciuta dai reati *propri*, non solo in senso tecnico, dello straniero (reati collegati all'espulsione, reati di falso, etc.). Se, dunque, non mancano, nella letteratura socio-criminologica, ricostruzioni molto diverse del rapporto immigrazione/criminalità [S. PALIDDA, *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Milano, 2001; V. RUGGIERO, *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2/2008, 13; D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 3/2008, 9], particolarmente significativa appare una recente ricerca, svolta con tecniche econometriche, che è giunta alla conclusione di escludere un contributo diretto dell'immigrazione all'aumento della criminalità [M. BIANCHI, P. BUONANNO, P. PINOTTI, *Immigration and crime: an empirical analysis*, in www.bancaditalia.it/publicazioni].

Di assai dubbia consistenza sul piano empirico e di sicura irrilevanza su quello della prognosi soggettiva di pericolosità, il legame tra immigrazione irregolare e criminalità si è trasformato, nella discussione pubblica, in un'equazione, un'equazione che, governata da una *cattiva politica* "ansiosa di incamerare facili rendite demoscopiche o elettorali del senso di insicurezza diffuso" [così G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 53], ha contribuito ad alimentare la corsa *al rialzo* delle misure repressivo-segregazionistiche (nuove forme di espulsione, nuovi strumenti esecutivi degli allontanamenti, nuove fattispecie di reato, nuove ipotesi di arresto, etc.), in un *crescendo* che ha generato un vero e proprio *diritto speciale* dei migranti.

Il prolungamento fino a centottanta giorni della *detenzione amministrativa* nei centri di identificazione ed espulsione e le nuove fattispecie incriminatrici dell'immigrazione *irregolare* rappresentano le ultime tappe di questa corsa *al rialzo* e, come quelle che le hanno precedute, non favoriranno un governo *giusto ed efficace* del fenomeno migratorio, ma contribuiranno solo ad esasperare le torsioni della disciplina dell'immigrazione rispetto alle garanzie fondamentali della persona e ai principi dell'ordinamento penale.

2. Il fallimento *annunciato* della norma incriminatrice dell'immigrazione irregolare è ricollegabile, dunque, non alla comminatoria edittale stabilita dal legislatore del 2009, ma alla fallacia delle promesse del proibizionismo cui si ispira la nostra legislazione, alla larga impraticabilità dei canali di ingresso legali, a una disciplina del soggiorno che assomiglia sempre di più ad una *corsa ad ostacoli*, alla configurazione dell'espulsione amministrativa come l'ineludibile risposta a qualsiasi forma di irregolarità dello straniero. L'espulsione, in realtà, è uno strumento costoso – sul piano delle risorse delle amministrazioni pubbliche, oltre che su quello delle garanzie individuali – ed elementari canoni di razionalità finalistica la vorrebbero riservata a un numero limitato di casi: una legislazione che *spinge* lo straniero verso l'irregolarità si condanna invece a un assetto complessivo che associa l'ineluttabilità proclamata dell'espulsione alla sua concreta ineffettività. E infatti tutte le riforme del testo unico del 1998 susseguitesesi dal 2002 in avanti hanno lo stesso segno: il contrasto all'immigrazione irregolare attraverso la rincorsa dell'*impossibile effettività* dell'espulsione amministrativa.

Che questo sia anche lo scopo sotteso all'introduzione dell'art. 10-*bis* [sul quale vds. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA, F. VIGANÒ, Il "pacchetto sicurezza" 2009, Torino, 2009; G. L. GATTA, Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina dell'immigrazione, in *Dir. pen. proc.*, 11/2009; nonché, volendo, A. CAPUTO, Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 235 ss., cui rinvio per una più approfondita analisi e per i necessari richiami dottrinali e giurisprudenziali] è confermato da tutti i più significativi profili della disciplina, dalla cui disamina si evince come la *vera* sanzione prevista per l'ingresso e il soggiorno *contra ius* dello straniero sia l'espulsione amministrativa (applicata dal giudice di pace ovvero dalla stessa autorità amministrativa).

Viene in rilievo, in primo luogo, la previsione dell'espulsione a titolo di

sanzione sostitutiva della pena pecuniaria comminata dall'art. 10-*bis* t.u.: ai sensi dell'art. 16, comma 1, t.u. condizione per l'applicabilità dell'espulsione quale sanzione sostitutiva è l'insussistenza delle cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1, t.u. che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera. La previsione dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva appare in stridente contrasto sia con i connotati fondamentali delle attribuzioni penali del giudice di pace (sui quali si tornerà più avanti), sia con il profilo essenziale delle sanzioni sostitutive. Con l'interpretazione offertane dalla Corte costituzionale (ord. n. 369/1999), che ne ha riconosciuto la natura amministrativistica, l'espulsione quale sanzione sostitutiva si allontana nettamente dal paradigma delle sanzioni sostitutive così come conosciute dal nostro ordinamento, conservando di esse non la natura di vere e proprie pene, né la *ratio* di matrice schiettamente specialpreventiva, ma esclusivamente il *nomen iuris*. Con la disciplina introdotta dalla legge n. 94 del 2009 il legislatore ha operato un'ulteriore rottura rispetto a quel paradigma: la sanzione sostitutiva dell'espulsione interviene qui in relazione non ad una pena detentiva, ma ad una pena pecuniaria, ossia in riferimento ad una tipologia sanzionatoria omogenea rispetto ad una delle figure disciplinate dagli artt. 53 ss. l. n. 689/1981 (norme la cui applicabilità per i reati di competenza del giudice di pace è espressamente esclusa dall'art. 62 D.Lgs. n. 274/2000). La sanzione sostitutiva (l'espulsione) è più afflittiva della pena sostituita (l'ammenda): rispetto ai reati di cui all'art. 10-*bis* l'espulsione perde dunque qualsiasi profilo di affinità rispetto al modello delle "sanzioni sostitutive", un modello che ne illumina invece il ruolo, come si diceva, di *vera* sanzione dei reati di ingresso e soggiorno illegale.

Altre norme convergono verso l'obiettivo di incentivare l'applicazione dell'espulsione quale sanzione sostitutiva. Per un verso, viene in rilievo l'esclusione dell'applicabilità dell'oblazione *ex* art. 162 cod. pen. per la fattispecie di ingresso illegale, che ha natura di reato istantaneo: tale esclusione, destinata ad operare per la fattispecie di soggiorno illegale anche in caso di cessazione della permanenza, non può trovare fondamento nell'attribuzione della competenza al giudice di pace (alla luce dell'orientamento della giurisprudenza che ammette, per i relativi reati, l'oblazione) e, per il suo carattere assoluto, appare di dubbia compatibilità con il principio di eguaglianza/ragionevolezza. Per altro verso, è la stessa attribuzione del reato alla cognizione del giudice di pace che, traducendosi nell'inapplicabilità della sospensione condizionale della pena *ex* art. 60 D.Lgs. n. 274/2000, contribuisce ulteriormente ad incentivare il ricorso alla sanzione sostitutiva.

Nella seconda delle direttrici che ispirano la disciplina in esame – quella della valorizzazione dell'espulsione amministrativa disposta (non più dal giudice di pace, ma) dalla stessa autorità amministrativa – si muovono le deroghe alla disciplina del nulla osta all'espulsione e a quella della sentenza di non luogo a procedere per avvenuto allontanamento delineate dall'art. 10-*bis* t.u.

Quanto alla prima, la deroga è radicale, nel senso che il comma 4 dell'art. 10-*bis* stabilisce che ai fini dell'esecuzione dell'espulsione amministrativa dello straniero denunciato per i reati di ingresso e soggiorno illegale non è richiesto il nulla osta *ex* art. 13, comma 3, t.u. dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato; in tale ipotesi il questore comunica alla stessa autorità giudiziaria l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento *ex* art. 10, comma 2.

Il comma 5 dell'art. 10-*bis* stabilisce poi che il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento *differito*, pronuncia sentenza di non luogo a procedere; se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine di cui all'art. 13, comma 14, t.u., si applica l'art. 345 c.p.p. Così configurata la disciplina della sentenza di non luogo a procedere presenta rilevanti differenze rispetto all'istituto delineato, in via generale, dall'art. 13, comma 3-*quater*, t.u.. Da un lato, infatti, l'ambito applicativo della sentenza di non luogo a procedere speciale di cui all'art. 10-*bis*, comma 5, t.u. non è più limitato all'espulsione amministrativa “nei casi previsti dai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*”, come recita l'*incipit* del comma 3-*quater* dell'art. 13 t.u.: la relativa fattispecie, in particolare, oltre a prescindere dal previo nulla osta, potrà essere integrata anche dall'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva di cui all'art. 16, comma 1, t.u., così come modificato dalla l. n. 94 del 2009, nonché dal respingimento *differito* ai sensi dell'art. 10, comma 2, t.u.. Dall'altro, nessun limite di fase circoscrive l'applicabilità dell'istituto: mentre in forza della disciplina dettata dall'art. 13, comma 3-*quater*, t.u. la prova dell'avvenuta espulsione deve intervenire quando “non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio” – il che attribuisce all'istituto una funzione deflattiva (come ha riconosciuto la Corte costituzionale con l'ord. n. 142 del 2006), una funzione peraltro prevalente sul diritto dell'imputato al processo (con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale della disciplina, cui in questa sede non può neanche farsi cenno) – l'art. 10-*bis*, comma 5, t.u. non richiede alcun presupposto di fase. La *speciale* sentenza di non luogo a procedere disciplinata dalla disposizione da ultimo richiamata è dunque svincolata da qualsiasi prospettiva deflattiva del carico di lavoro degli uffici giudiziari e assume, ancora una volta, la funzione di incentivare l'applica-

zione dell'allontanamento in via amministrativa (espulsione e respingimento *differito*).

3. È possibile, a questo punto, sintetizzare intorno a quattro punti gli aspetti essenziali della disciplina penale dell'ingresso e del soggiorno illegali dello straniero e del più generale quadro normativo nel quale tale disciplina si inserisce: *a*) le fattispecie incriminatrici *ex art. 10-bis* t.u. rivestono carattere marcatamente sanzionatorio: il *continuum* instaurato dalla norma tra *status* di irregolarità amministrativa e perfezionamento dei reati mette in luce come sulla violazione della disciplina amministrativa relativa a ingresso e soggiorno si concentri in via integrale il disvalore delle fattispecie; *b*) scopo della normativa penalistica è il rafforzamento dell'allontanamento amministrativo dello straniero in condizione di irregolarità e tale scopo conforma la sanzione penale attribuendo ad essa, rispetto all'allontanamento amministrativo, i connotati della *eventualità* e della *subordinazione*, dato l'univoco *favor* riservato dalla legge, da un lato, alla *vera* sanzione rappresentata dall'espulsione *ex art. 16* t.u. e, dall'altro, all'espulsione e al respingimento *differito* disposti dall'autorità amministrativa, un *favor* quest'ultimo che giunge fino alla configurazione di una sentenza di non luogo a procedere svincolata da qualsiasi prospettiva deflattiva; *c*) la sfera applicativa della norma incriminatrice coincide perfettamente con quella dell'espulsione amministrativa (e del respingimento *differito*) di competenza dell'autorità amministrativa; *d*) l'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegali dello straniero non si è accompagnata all'abbandono o al ridimensionamento delle misure amministrative preordinate all'esecuzione dell'espulsione, misure che sono state anzi rafforzate dalla – abnorme – dilatazione della durata massima del trattenimento amministrativo nei centri di identificazione ed espulsione.

Il quadro sinteticamente descritto rende ragione della intrinseca irrazionalità, sul piano penalistico, della disciplina in esame e, in particolare, della sua *confessata* incompatibilità con il principio di *extrema ratio*: tale disciplina infatti, per un verso, si prefigge un obiettivo – il contrasto dell'immigrazione irregolare – “già conseguibile a parità di condizioni in via amministrativa” [T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, 33, 14] e, per altro verso, configura una sanzione penale meramente *eventuale* e *subordinata* rispetto alle misure amministrativistiche preordinate all'allontanamento dello straniero. La sanzione penale comminata allo straniero *irregolare*, dunque, non solo non è prevista in mancanza di altri strumenti idonei, ma risulta del tutto *funzionaliz-*

zata a tali strumenti, ossia ai rimedi di natura amministrativa: una vera e propria *perversione* del principio di sussidiarietà.

Da questo punto di vista, la disciplina in esame non sembra del tutto in linea con l'impostazione di fondo propria della tecnica di intervento penale nota, nel dibattito penalistico, come "tutela delle funzioni", una tecnica che, pur orientata alla protezione di interessi di natura amministrativa, fa *convivere* la sanzione penale con misure di diritto amministrativo, riconoscendo alla prima uno specifico ruolo di tutela: proprio un ruolo del genere sembra invece estraneo alla disciplina *ex art. 10-bis t.u.*, che priva la sanzione penale di un'autonoma funzione, *asservendola*, nei termini che si sono descritti, alle misure di stampo amministrativistico.

Peraltro, il riferimento alla tutela penale delle funzioni amministrative può essere utile al fine di vagliare la compatibilità dell'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno *contra ius* con il principio di offensività: decisivo, sul terreno della tutela penale delle funzioni, è stato ritenuto il "grado di prossimità" della condotta tipica rispetto al bene finale alla cui salvaguardia sono preordinate le funzioni stesse [V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 100], bene finale che, con riferimento ai reati di ingresso e soggiorno illegale, va individuato nella disciplina – appunto, amministrativa – dei flussi migratori, una disciplina funzionale a scongiurare i "gravi problemi connessi a flussi migratori incontrollati" di cui ha parlato più volte la Corte costituzionale (nella sentenza n. 5/2004, ad esempio).

Ora, per valutare la *distanza* tra la condizione di irregolarità del singolo straniero e il bene finale indicato, va richiamata l'opinione secondo cui, con riguardo alla disciplina in esame "nessuna situazione concreta è richiesta, diversa dalla violazione del dovere, del divieto di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario. (...) *Tipo d'autore e disobbedienza* (...) fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi-scopo di sicurezza pubblica e ordine pubblico. La sola disobbedienza, come tale, non giustifica nessun reato: è solo il collegamento col dovere, con l'obbligo o il precetto violati che struttura una legittimazione penalistica. E qui, ancora una volta, è essenziale alla scelta punitiva che si tratti di clandestini extracomunitari. Siamo nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza, dove però – questo il dato caratterizzante e nuovo – l'attenzione al tipo d'autore prevale sul significato offensivo del fatto" [M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1, 2009, 126].

D'altra parte l'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale prescinde non solo da un accertamento concreto della pericolosità del soggetto responsabile, ma anche da qualsiasi (legittima) presunzione di pericolosità dell'agente, presunzione di cui la giurisprudenza costituzionale – con la sent. n. 78/2007 sopra richiamata – ha già escluso il fondamento.

Priva di un legittimo e ragionevole fondamento giustificativo dal punto di vista costituzionale, l'introduzione dell'art. 10-*bis* t.u. si traduce nell'incriminazione di una condizione individuale, un'incriminazione incompatibile con il principio d'eguaglianza, il cui «nucleo forte» esclude «distinzioni normative *ratione subiecti*» [A. CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 3], e in un'ulteriore *spinta* verso un *diritto penale del tipo d'autore*, verso una risposta sanzionatoria “finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di *fatti oggettivamente offensivi* quanto alla neutralizzazione di *soggetti* che, in ragione delle loro *qualità personali* di appartenenza a certe comunità o categorie, sono per ciò solo ritenuti *pericolosi*” [F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. dir.*, n. 1/2006, 53 ss]..

4. Né un siffatto fondamento giustificativo può essere ricostruito argomentando sulla base della prospettiva secondo cui l'introduzione dei reati in esame (e dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva) sarebbe funzionale a rendere inapplicabile la direttiva 2008/15/CE; a tale prospettiva ha fatto espresso riferimento il Ministro dell'interno Maroni nell'audizione del 15 ottobre 2008 dinanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen: “(...) la direttiva europea stabilisce che la regola per l'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso”. Sul punto, deve ricordarsi che l'art. 2, comma 2, lett. b) della direttiva in questione prevede una *via di fuga* che consente agli Stati di non applicarla ai cittadini di paesi terzi “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza

di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale (...)”: la previsione del reato e la comminatoria – sia pure come sanzione sostitutiva (e di natura amministrativistica, come si è visto) – dell’espulsione avrebbe lo scopo, in questa prospettiva, di escludere l’applicabilità della disciplina della partenza volontaria di cui all’art. 7 e, quindi, di consentire in via generalizzata l’allontanamento dello straniero per il tramite di misure coercitive.

Al riguardo, va osservato, in primo luogo, che è discutibile la stessa legittimità della prospettiva tratteggiata dal Ministro dell’interno: è stato infatti osservato che si impone un’interpretazione restrittiva della disposizione di cui all’art. 2, comma 2, lett. b), nel senso di permettere al legislatore nazionale di escludere l’applicazione della direttiva solo in relazione a fattispecie penali diverse dall’ingresso e dal soggiorno irregolare, che rappresentano le condotte presupposto dell’irregolarità dello straniero e del rimpatrio ai sensi dell’art. 2, par. 1 [C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell’espulsione dei cittadini dei paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. 2/2009, 6; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto dell’immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell’integrazione*, in *Corr. Giur.*, 4/2009, 448].

Ma anche a voler ammettere la legittimità della prospettiva in esame deve esserne segnalata un’incongruenza *interna*. In forza dell’art. 16 t.u., l’espulsione a titolo di sanzione sostitutiva è destinata a non essere disposta nei casi in cui è precluso l’accompagnamento coattivo alla frontiera; pertanto, nei casi in cui è di fatto possibile l’accompagnamento forzoso, l’irrogazione dell’espulsione a titolo di sanzione sostitutiva consente alla normativa statale di utilizzare la *via di fuga* prevista dalla direttiva europea (e dunque di non dar corso al rimpatrio volontario). Nei casi invece in cui tale accompagnamento non è possibile, la sanzione sostitutiva dell’espulsione non è applicabile e la *via di fuga* non è percorribile: in queste ultime ipotesi dunque lo Stato può ricorrere alle misure coercitive di allontanamento solo in ultima istanza (art. 8, comma 4, della direttiva), laddove il nostro ordinamento prevede che, quando non è possibile procedere all’accompagnamento immediato alla frontiera, il questore dispone a norma dell’art. 14 t.u. il trattenimento amministrativo, ossia una misura coercitiva. Se dunque lo scopo dell’introduzione dei reati *ex art. 10-bis* t.u. (e dell’espulsione a titolo di sanzione sostitutiva) era l’allineamento della disciplina nazionale a quella comunitaria e, in particolare, la generalizzata applicabilità di misure coercitive finalizzate all’allontanamento, tale scopo può dirsi raggiunto solo con riferimento all’accompagnamento coattivo, ma non con riguardo al trattenimento amministrativo nei c.i.e.

In ogni caso, al di là della dubbia legittimità e dell’incongruenza segnalata,

la prospettiva in esame non si sottrae al rilievo, nuovamente, di incompatibilità con il principio di *extrema ratio*: essa, infatti, pone lo scopo di assicurare all'espulsione amministrativa modalità esecutive di tipo coercitivo a base dell'estensione *differenziata* della disciplina *ex art.* 16, comma 1, t.u. ai reati di ingresso e soggiorno illegali; tale estensione, a sua volta, dovrebbe rappresentare il fondamento dell'opzione incriminatrice. Si realizza, in questa ottica, un evidente asservimento del diritto penale e dei suoi principi alle funzioni di polizia preordinate alla gestione dell'immigrazione irregolare o, per meglio dire, a determinate *modalità di svolgimento* di tali funzioni.

5. Tra gli ulteriori dubbi di illegittimità costituzionale che investono la disciplina in esame, un sia pur rapido cenno deve essere riservato a quelli concernenti la contravvenzione di soggiorno illegale. Si tratta di un reato omissivo proprio, il cui perfezionamento si realizza non con la semplice violazione delle disposizioni di cui al t.u. e di quelle *ex art.* 1 l. n. 68/2007, ma con il "trattenersi" in Italia in violazione di tali normative, ossia con il mancato allontanamento dal territorio dello Stato nonostante la sopravvenuta condizione di illegalità del soggiorno. Da questo punto di vista, la contravvenzione in esame presenta un'omogeneità strutturale rispetto al reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, che, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui alla l. n. 94 del 2009 (e in parte tuttora), vedeva la condotta tipica descritta attraverso il verbo "trattenersi", sul quale fa leva anche la fattispecie incriminatrice in esame: ritenuto dalla prevalente dottrina, il carattere omissivo del reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, t.u. ha trovato espressa conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 5 del 2004 e ord. n. 41 del 2009).

La situazione tipica del reato *ex art.* 10-bis t.u., rappresentata dall'insieme dei presupposti che rendono attuale nei confronti dello straniero l'obbligo di agire nella direzione indicata dalla norma, ossia di allontanarsi dal territorio dello Stato, è descritta dalla legge attraverso l'elemento normativo della violazione delle disposizioni di cui al t.u. e di quelle *ex art.* 1 l. n. 68/2007: situazione tipica del reato omissivo e irregolarità amministrativa, dunque, coincidono. Due considerazioni, sul punto, si impongono. In primo luogo deve osservarsi come la disciplina del soggiorno mal si presti a fungere da elemento normativo del reato in esame: il "trattenersi" nel territorio dello Stato in violazione della disciplina legislativa, infatti, deve essere spesso valutato, per un verso, nel complesso contesto derivante da una pluralità di fattori diversi (quali situazioni di fatto, condotte dello straniero, determinazioni di autorità

amministrative) e, per altro verso, alla luce di una pluralità di norme, anche di diverso rango. In secondo luogo, è opportuno segnalare che la disciplina sul soggiorno è spesso caratterizzata da termini (ad esempio, quello di sessanta giorni per la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno scaduto), termini che attengono, appunto, al delinarsi della situazione tipica del reato – la violazione delle norme sul soggiorno – e non all’omissione dell’azione prescritta, ossia l’allontanamento dal territorio dello Stato.

Quanto a quest’ultimo, illuminante è nuovamente il raffronto con le fattispecie di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore: le figure di reato *ex art. 14, comma 5-ter, t.u.* sono caratterizzate, da un lato, dalla previsione di un termine (di cinque giorni) entro il quale lo straniero deve ottemperare all’ordine e, dall’altro, dall’elemento costitutivo negativo descritto dalla norma attraverso la clausola dell’assenza di un “giustificato motivo” dell’inosservanza; né l’uno, né l’altra sono previsti dall’*art. 10-bis t.u.*

Ora, la clausola “senza giustificato motivo” è, come ha chiarito la Corte costituzionale con la sentenza n. 5/2004, espressione del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, vero e proprio “limite logico” della norma penale. Da questo punto di vista, l’asimmetria tra l’*art. 10-bis* e l’*art. 14, comma 5-ter, t.u.* (segnalata anche dal Presidente della Repubblica nel messaggio che ha accompagnato la promulgazione della legge) sembra insuperabile sul piano testuale e, ove la possibilità di ricomporla in via interpretativa risultasse preclusa, la norma incriminatrice non potrebbe sottrarsi a consistenti dubbi di illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento e per violazione del principio di inesigibilità.

Insuperabile appare poi la carenza nella norma incriminatrice di un termine per l’osservanza dell’azione prescritta: con riferimento alla contravvenzione di soggiorno illegale il tenore della disposizione di cui all’*art. 10-bis t.u.* e la disciplina complessiva della materia non offrono alcuna indicazione che consenta di individuare un termine alla cui scadenza il “trattenersi” in condizione di irregolarità amministrativa nel territorio dello Stato da parte dello straniero acquisti – anche – rilevanza penale: nel momento stesso in cui il soggiorno dello straniero è qualificabile come contrastante con le disposizioni di cui al *t.u.* e con quelle *ex art. 1 l. n. 68/2007*, la contravvenzione in esame viene a perfezionarsi. La mancanza di un termine per la condotta richiesta dalla norma (la cessazione della permanenza illegale nel territorio dello Stato) rivela un profilo di contrasto della fattispecie incriminatrice rispetto al principio di inesigibilità e, dunque, la violazione dell’*art. 27, comma 1, Cost.*: la personalità della responsabilità penale, nella pregnante accezione del principio di colpe-

volezza accolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364/1988, garantisce all'individuo che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per condotte da lui "controllabili" ed è proprio tale controllabilità dell'azione prescritta dalla legge che la mancata previsione di un termine impedisce di riconoscere nel soggiorno illegale punito dall'art. 10-*bis* t.u.

6. In conclusione, alcune brevi annotazioni sull'attribuzione del nuovo reato alla competenza del giudice di pace, un'attribuzione che rappresenta l'ultima tappa di una vicenda normativa che sta radicalmente trasformando la fisionomia di questa figura di magistrato onorario.

L'evoluzione in parola ha preso avvio, dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 222 del 2004, dalla legge n. 271 del 2004, con la quale la competenza sulle convalide dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento amministrativo dell'espellendo è stata sottratta al giudice togato e affidata appunto al giudice di pace. È una scelta – finora non censurata dalla Corte costituzionale (ord. n. 109 del 2006) – che svisciva il significato "sostanziale" della riserva di giurisdizione: l'intervento della giurisdizione nel conflitto tra autorità di polizia e libertà personale, infatti, non può essere *mite*, secondo le connotazioni tipiche delle competenze – anche penali – del giudice di pace, e, più in generale, non può essere affidato a un magistrato onorario, ossia a un magistrato che esercita l'attività giudiziaria per un periodo certo significativo, ma comunque circoscritto della sua vita professionale e in regime di (sia pure non assoluta) compatibilità con attività professionali private. Quando è in gioco l'*habeas corpus*, il significato costituzionale della riserva di giurisdizione impone di attribuire le relative competenze al giudice professionale, il cui *status* ordinamentale, così come delineato dalla Costituzione, lo pone in grado di esercitare un controllo *forte* sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità di polizia: la fisionomia del giudice di pace, incentrata sulla temporaneità e sulla non esclusività dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, lo individua come il giudice della conciliazione, ma lo rende incompatibile quale giudice dell'*habeas corpus*.

La torsione del modello costituzionale di tutela della libertà personale prodotta dalla legge n. 271 del 2004 ha presto rivelato una capacità espansiva: la riforma del 2006 della disciplina degli stupefacenti conferma la valenza paradigmatica assunta dalla normativa sui migranti, un *laboratorio* per la sperimentazione e la diffusione di un modello di coercizione personale alternativo a quello disegnato dall'art. 13 Cost. L'art. 75-*bis* del D.P.R. n. 309 del 1990, introdotto dalla legge n. 49 del 2006, ha previsto, nel quadro di modifiche

profonde della disciplina degli stupefacenti, una serie di «provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica», che, in molti casi, si concretizzano in misure destinate a incidere sulla libertà personale. Il relativo procedimento applicativo si ispira, chiaramente, al modello previsto per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero: da un lato, l'adozione del provvedimento è sottratta all'autorità giudiziaria e rimessa in via ordinaria all'autorità di polizia; dall'altro, il giudice – il giudice di pace, anche in questo caso – interviene solo *ex post*, sulla base di un procedimento in cui la garanzia del contraddittorio è drasticamente compressa [sul tema, volendo, v. A. CAPUTO, *La protezione costituzionale della libertà personale*, in *Quest. giust.*, numero monografico 6/2008 dedicato a *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, 157]. Il *diritto speciale* degli stranieri si estende così a *nuovi clandestini*, i tossicodipendenti e gli assuntori, anche occasionali, di sostanze stupefacenti.

Con il pacchetto-sicurezza del 2009 la radicale deformazione della fisionomia del giudice di pace investe anche le sue competenze penali.

Il complesso intervento legislativo conclusosi con il d.lgs. n. 274/2000 – un intervento articolatosi attraverso profonde innovazioni di diritto penale sostanziale, ma anche sul piano ordinamentale e su quello processuale [G. FIDELBO, *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, Torino, 2004] – rivela i tratti di un “microcosmo punitivo” caratterizzato dalla rinuncia alla pena carceraria e dal ricorso alla pena pecuniaria e a sanzioni diverse dal carcere (quali l'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità): è in questo quadro che “la competenza penale del giudice di pace reca con sé la nascita di un diritto penale più ‘leggero’, dal ‘volto mite’ e finalizzata a valorizzare la ‘conciliazione’ tra le parti come strumento privilegiato di risoluzione dei conflitti” [così la Relazione governativa al d.lgs. n. 274/2000].

Evidente è l'estraneità della disciplina introdotta dalla l. n. 94 del 2009 rispetto a tale quadro: il combinarsi della comminatoria edittale della pena pecuniaria con l'esclusione sia dell'oblazione, sia della sospensione condizionale della pena e, per altro verso, con l'applicabilità, in presenza dei presupposti individuati dall'art. 16, comma 1, t.u., dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva (una sanzione ben più afflittiva della permanenza domiciliare, ossia della più grave tra le sanzioni delineate dal D.Lgs. n. 274 del 2000), priva di qualsiasi prospettiva di conciliazione la giurisdizione penale del giudice di pace.

Alle profonde modifiche apportate all'apparato sanzionatorio vanno poi aggiunte le innovazioni connesse all'introduzione, sempre nel corpo del D.Lgs. n. 274, del rito a “presentazione immediata” dinanzi al giudice di pace. In netto contrasto con l'impostazione di fondo del procedimento davanti

al giudice di pace delineato dal legislatore del 2000, il nuovo rito è correlato alla flagranza del reato o all'evidenza della prova e, pertanto, non è circoscritto alle fattispecie *ex art. 10-bis t.u.*: una nuova conferma, dunque, della *naturale* capacità espansiva delle torsioni dei modelli sperimentate sul terreno della condizione dei migranti.

A queste torsioni è necessario guardare con grande preoccupazione, poiché, nel loro insieme e nella loro rapida successione, sembrano delineare uno vero e proprio stravolgimento della figura del giudice di pace, in una prospettiva che corre il rischio di portarlo lontano dal suo ruolo *mite*, fino a farne una sorta di *giudice della sicurezza urbana*.

prof. Mario Cicala
Consigliere della Corte di Cassazione

1. Il potere di disciplinare l'immigrazione costituisce – a mio avviso – un profilo essenziale della sovranità dello Stato, cioè del suo controllo del territorio. E l'esercizio di questo potere è affidato alla discrezionalità politica degli organi legislativi; quindi nei Paesi che, come l'Italia, sostengono di essere democratici, alle scelte del corpo elettorale.

Anche l'opzione della "libera immigrazione" che è stata – in specifici periodi storici – fatta propria, sia pure con rilevanti limitazioni, da stati, poveri di abitanti e ricchi di territorio, è espressione di questa discrezionalità politica, delle particolari specifiche esigenze di stati che avevano "fame di cittadini"; e dunque perseguivano il loro "sacro egoismo" nazionale, accrescendo la propria potenza economica e sociale attraverso l'acquisizione di nuovi soldati e di nuovi operatori economici.

Naturalmente è possibile che uno Stato vincoli questa sua discrezionalità attraverso il *do ut des* di volontari accordi internazionali; oppure abdichi a tutte o a parte delle sue facoltà in vista della creazione di una struttura politica più ampia. Come va accadendo nei rapporti con la Comunità Europea; questo però avviene nell'ottica della nascita di un "nuovo Stato"; si inserisce cioè in un processo in cui mano a mano svanisce la sovranità dello Stato Italiano (e degli altri Stati europei); la conseguenza di questo "svanire" non è la morte dello Stato cioè, per quanto qui ci interessa, il venir meno del controllo sull'immigrazione. È la nascita di un nuovo Stato Federale, in cui – tra l'altro – i cittadini degli stati federati non sono più fra di loro "stranieri".

Il controllo giuridico dell'immigrazione porta con sé necessariamente la

connotazione come fatto illecito della violazione delle regole che disciplinano il fenomeno. E rientra nella discrezionalità delle scelte legislative stabilire se tale illiceità debba assumere connotati penali. Francamente non riesco a comprendere sotto quali profili la scelta così compiuta dal legislatore italiano sarebbe incostituzionale. E ritengo che un intervento demolitorio della Corte Costituzionale costituirebbe espressione di quel dualismo politico che oggi caratterizza il nostro sistema; in cui convivono due “governi”, uno nato dai comizi elettorali; e l’altro espressione di un’”aristocrazia delle toghe” (che non è detto debba dare risultati peggiori).

Infatti, la norma incriminatrice non penalizza uno *status*, bensì un comportamento volontario del soggetto, che si occulta proprio perché cosciente di violare le regole dello Stato nel cui territorio intende vivere.

La norma si inserisce in un sistema penale che richiede qui – come per ogni altro reato – la sussistenza di un elemento soggettivo dell’agente, che esclude l’illecito in caso di forza maggiore o di stato necessità; e dunque vi è tutto lo spazio per l’applicazione in via giudiziaria dei principi di solidarietà sociale. La norma prevede, poi, che la presentazione di una domanda di protezione internazionale sospenda il procedimento penale (art. 10-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 286 del 1998). E che il provvedimento di accoglimento estingua il reato. Quindi non sono violate le disposizioni internazionali sulla protezione dei rifugiati.

La non oblationabilità del reato risponde alla logica di un reato permanente; non ha senso oblationare l’illecito commesso quando esso si protrae. E se l’illecito si interrompe perché lo straniero “regolarizza” la sua posizione o si allontana spontaneamente, o – addirittura – viene espulso è più razionale estinguere il reato per il venir meno della situazione antigiuridica, piuttosto che pretendere dallo straniero un esborso di denaro. E questa via è stata tradotta in puntuali norme di legge (ad esempio nel quinto comma dell’articolo in questione)

Sempre ragioni pratiche hanno poi consigliato di attribuire la competenza sul reato al giudice di pace cioè ad un organo che si occupa di infrazioni bagatellari; quindi ha spazio e tempo per decidere in ordine a queste infrazioni, senza essere costretto a gestirle in concorrenza con imputazioni di notevole maggiore gravità.

2. Quanto all’efficacia della norma, appare evidente come essa costituisca un’ affermazione di principio di rilievo pratico ridotto. A parte il conseguente obbligo di inoltrare rapporto che sorge in capo ai pubblici ufficiali che riscon-

trino la sussistenza del reato (non si deve però procedere ad alcuna segnalazione quando lo straniero acceda ai servizi sanitari art. 35, comma 5, d. lgs. 286/1998); ed il limitato profilo di costituire un ulteriore argomento per sostenere la legittimità costituzionale della “aggravante di clandestinità” (art. 61, n. 11-*bis*, c.p. introdotto dal d.l. 92/2008, convertito in l. 125/2008).

3. Del resto, a quanto è dato sapere, tutti gli stati che prevedono reati analoghi (in genere puniti con pene assai più gravi) affidano poi la disciplina concreta dell’immigrazione soprattutto a misure amministrative, o addirittura politiche, o militari [lo scarso rilievo che assume lo strumento penale rende difficoltoso assumere informazioni sulla situazione all’estero. Da uno studio del Senato emerge però che anche negli Stati Uniti la pena sarebbe pecuniaria. Mentre sono più severe le leggi francese, svizzera e tedesca, che prevedono anche la pena detentiva. Secondo alcune fonti sono previste pene detentive anche in Inghilterra e Olanda, cui si sarebbe aggiunta – di recente – la Grecia. Cfr. <http://talentisgr.blogspot.com/2008/05/reato-immigrazione-clandestina.html>].

Così – a quel che si legge – i flussi migratori verso la Spagna sono stati arginati più dalle motovedette fornite a Mauritania, Senegal e Cabo Verde che dalla disposizione che prevede una sanzione pecuniaria a carico degli immigrati clandestini [la *ley de extranjeria*, 4/2000 considera l’ingresso clandestino, “infrazione grave” punita con una sanzione pecuniaria – qualificata multa – fino a € 6.000].

Per quanto riguarda l’Italia, maggior efficacia avrebbe indubbiamente avuto un delitto di immigrazione clandestina punito – come ipotizzato in un primo momento – con la reclusione da sei mesi a quattro anni; ma una sanzione così dura è apparsa lesiva dei principi di umanità ed adeguatezza (oltre che di difficile gestione pratica). E quindi il legislatore ha – mi par saggiamente – ripiegato su un reato contravvenzionale.

*Appello per l'abolizione
della pena di morte nel mondo*

PRESENTAZIONE

Nel 2009 ricorre un anniversario importante: si compie infatti il quinto centenario dell'istituzione – presso lo *studium* bolognese – del primo insegnamento di *ius criminale*.

Il compimento di questi cinque secoli d'insegnamento delle materie criminalistiche rappresenta un evento importante non solo per l'Università bolognese, ma anche per la comunità penalistica e processualpenalistica nel suo complesso. Per questa ragione, nella doppia veste di Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna e di ordinario di Diritto penale, mi sono fatto promotore di un'iniziativa che vuole celebrare questo cinquecentenario con un gesto di impegno civile e morale: un appello contro la pena di morte e a sostegno della sua abolizione universale, aperto alla firma di tutti i docenti di Diritto penale e di Procedura penale italiani. Un documento in cui si ribadisce la ferma condanna della pena capitale e l'esigenza di un impegno a favore di un diritto e di un processo penale fondati sul rispetto dei diritti umani e della dignità della persona.

Con grande soddisfazione posso dire che l'appello ha ricevuto la pronta adesione dei Professori Emeriti Giovanni Conso, Franco Cordero e Giuliano Vassalli, primi firmatari del documento. Con altrettanta soddisfazione ho assistito, nel giro di pochi giorni, a un'amplissima adesione da parte della comunità penalistica e processualpenalistica italiana. Sono davvero tanti i Colleghi di tutte le Università che hanno voluto esprimere la loro partecipazione a questa iniziativa sottoscrivendo il documento: credo che l'ampiezza e la tempestività delle adesioni raccolte dimostrino la sensibilità della comunità giuridica italiana verso questi temi. Mi pare, infatti, che la partecipazione riscontrata offra una testimonianza di come – al di là delle naturali, positive differenze di vedute e orientamenti – esista fra gli studiosi una comune convergenza rispetto ai principi fondamentali su cui è edificata la nostra civiltà giuridica.

Con questo documento, dunque, i docenti di diritto e di procedura penale intendono esprimere un messaggio di irrevocabile condanna della pena capitale. Un imperativo che non può conoscere eccezioni, neppure dinnanzi a crimini di gravità intollerabile o in nome di estreme esigenze di difesa sociale.

Certo, un appello per l'abolizione universale della pena di morte può sembrare, a prima vista, un'aspirazione utopistica o dal valore prevalentemente simbolico. Tuttavia, come è noto, la pena di morte rappresenta una triste e diffusa realtà in molti Paesi del mondo, ivi comprese anche alcune grandi democrazie occidentali. L'impegno per la sua abolizione non può quindi essere ricondotto alla semplice "retorica dei diritti umani". Credo anzi che questo documento rappresenti una testimonianza importante, oltre che un forte segnale di sintonia con il ruolo di primo piano assunto dal nostro Paese sulla scena internazionale nelle campagne contro la pena di morte. Al riguardo, mi piace ricordare che la recente risoluzione dell'Assemblea generale ONU per la moratoria universale della pena capitale ha avuto l'Italia come principale propulsore.

D'altro canto, se già la Costituzione italiana del 1948 sanciva il divieto della pena di morte con la sola eccezione delle leggi militari di guerra, la modifica dell'art. 27 Cost. – introdotta dalla legge costituzionale n.1 del 2007 – ha assolutizzato la portata del divieto, imponendo un bando definitivo e senza eccezioni.

Sono molte le ragioni invocabili a sostegno dell'abolizione della pena capitale: dalla sua indimostrata efficacia deterrente all'irreparabilità delle sue conseguenze in caso di errore giudiziario – ma, ancor prima, il rispetto dei diritti fondamentali, della vita umana, della dignità della persona. Si tratta di ragioni che hanno indotto molti ordinamenti a estromettere progressivamente la pena di morte dai rispettivi sistemi penali, segnando così una svolta decisiva nell'evoluzione del diritto. Attualmente nessun Paese membro dell'Unione europea conosce la pena di morte; la sua abolizione costituisce inoltre un requisito necessario per gli Stati che intendono entrare a far parte dell'Unione. È un dato, questo, che talvolta tende a essere assunto come scontato o acquisito, e che merita invece di essere adeguatamente valorizzato quale elemento di coesione e identità nell'ambito del tessuto giuridico europeo.

La dimensione europea ed internazionale costituisce chiaramente il terreno su cui si giocano, oggi, partite fondamentali. A maggior ragione, dunque, un appello contro la pena di morte non può che trascendere i confini nazionali. È per questo che il documento intende superare l'antico attaccamento del diritto penale alla dimensione territoriale per proiettarsi verso scenari sempre più marcatamente sopranazionali. Esso pertanto, se è vero che nasce come testimonianza della comunità giuspenalistica italiana, si rivolge e si indirizza agli studiosi di materie criminalistiche di tutti i Paesi, nell'intento di coinvolgere in quest'impegno comune la più vasta platea internazionale. Ciò, del resto, in

linea di continuità con quella vocazione allo scambio e al dialogo fra studiosi appartenenti a Paesi e culture diverse che caratterizza l'*Universitas* fin dalle sue origini, e ne rappresenta la migliore tradizione.

Certo fra gli studiosi di materie penalistiche tende, talvolta, a prevalere un senso di pessimismo e sfiducia verso le reali *chances* di abolizione della pena di morte in molte parti del mondo, almeno nel breve o medio periodo. Tuttavia, se si guarda al passato della nostra disciplina – e questo anniversario ce ne offre l'occasione – non si possono non cogliere le linee di un'evoluzione positiva, di un progressivo affermarsi sul terreno penale di garanzie e diritti fondamentali, ormai consolidati. Garanzie e diritti a lungo negati in una materia come quella penale, che ha conosciuto le stagioni buie dello “splendore dei supplizi”, in cui la morte veniva offerta come spettacolare connubio fra gli umori delle folle e gli scopi intimidatori e repressivi dei regimi.

Se, insomma, la storia dello *ius criminale* – da quel lontano 1509 ai giorni nostri – ci consegna, fra le molte zone d'ombra, anche fondamentali conquiste di civiltà, ci pare di poter guardare con fiducia al futuro della scienza criminalistica. Per questo l'appello che oggi rivolgiamo per l'abolizione universale della pena di morte rappresenta non una semplice aspirazione ideale, ma un impegno concreto in grado di dare un senso al nostro operare.

STEFANO CANESTRARI
Ordinario di Diritto Penale
Preside della Facoltà di Giurisprudenza
dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA
1089-2009
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOCUMENTO
PER L'ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE NEL MONDO

V CENTENARIO DELL'ISTITUZIONE DEL PRIMO INSEGNAMENTO DI IUS CRIMINALE
(1509-2009)

Noi sottoscritti Professori di Diritto penale e di Procedura penale, nel V centenario dell'istituzione – presso l'Università di Bologna – del primo insegnamento di *ius criminale*, desideriamo esprimere con profonda convinzione un messaggio di ferma condanna della pena di morte.

Avvertiamo la necessità di ribadire il nostro impegno a favore di un diritto penale fondato sul rispetto dei diritti umani e della dignità della persona.

Riteniamo la pena capitale priva di qualsivoglia fondamento giustificativo, sia esso di ordine morale, ideologico o utilitaristico, ed affermiamo con decisione che mai l'intervento penale può consistere nella soppressione della vita umana, neppure di fronte a crimini di assoluta gravità o in nome di estreme esigenze di difesa sociale. Rigettiamo l'idea di una pena finalizzata all'annientamento del condannato, alla negazione dell'umanità del reo, all'irreversibile privazione del bene fondamentale della vita.

Nel denunciare la contrarietà della pena di morte ai fondamentali principi di umanità e di civiltà giuridica, esprimiamo la convinzione che il ripudio della pena capitale debba consolidarsi quale principio cardine della giustizia penale internazionale.

Auspichiamo che la diffusione del messaggio contro la pena di morte all'interno della comunità internazionale giunga a sensibilizzare l'opinione pubblica e le istituzioni dei Paesi in cui ancora vige la pena capitale, allo scopo di creare condizioni politiche favorevoli per la sua estromissione dai sistemi di giustizia penale.

In qualità di docenti universitari, riconosciamo negli obiettivi di tutela dei

diritti fondamentali, di salvaguardia del valore della persona e di umanizzazione della pena gli irrinunciabili principi ispiratori della nostra attività di ricerca e del nostro impegno didattico all'interno dell'Università.

Su queste basi rivolgiamo il nostro appello a favore di un irrevocabile ripudio della pena capitale.

STEFANO CANESTRARI

Ordinario di Diritto Penale.

*Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Alma Mater Studiorum -
Università di Bologna*

GIOVANNI CONSO

Emerito di Procedura Penale dell'Università "La Sapienza" di Roma

Presidente dell'Accademia dei Lincei

Presidente emerito della Corte Costituzionale

FRANCO CORDERO

Emerito di Procedura Penale dell'Università "La Sapienza" di Roma

† GIULIANO VASSALLI

Emerito di Diritto penale dell'Università "La Sapienza" di Roma

Presidente emerito della Corte Costituzionale

I professori di Diritto penale e di Procedura penale di tutte le Università italiane.

Per l'elenco completo dei firmatari si rinvia al sito della Facoltà di Giurisprudenza dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna: www.giuri.unibo.it

Biodiritto

Atto medico arbitrario e responsabilità penale

prof. LUIGI CORNACCHIA

Università del Salento

TRATTAMENTI SANITARI ARBITRARI DIVERGENTI

SOMMARIO: 1. Ancora la liceità dell'atto medico: l'inanità delle categorie giuridiche di fronte all'evidente – 2. Trattamenti sanitari arbitrari coatti e divergenti – 3. Interventi arbitrari a esito infausto: la divergenza come presupposto del *versari in re illicita*? – 4. Colpa medica e medicina difensiva – 5. Esito terapeutico e riflessi collaterali – 6. Prevedere una fattispecie incriminatrice per i trattamenti sanitari arbitrari divergenti?

1. *Ancora la liceità dell'atto medico: l'inanità delle categorie giuridiche di fronte all'evidente*

Con sentenza 2437 del 2009 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ritorna sul tema della liceità penale dei trattamenti sanitari arbitrari: un problema di carattere marcatamente etico, che in maniera emblematica riflette l'evoluzione del modo di concepire la relazione tra medico e paziente.

In via preliminare, ripercorrendo il dibattito degli ultimi vent'anni, la Suprema Corte si è trovata a dovere rendere omaggio, ancora una volta, a quella sorta di *preambulum iuris* che è la questione della legittimazione dell'atto medico in sé, terreno fertile per astrazioni teoriche, ad onta dell'evidenza indiscussa della piena rispondenza dell'attività sanitaria a interessi sociali di rango primario, addirittura costituzionale, come la salute: percorsi interpretativi che rampollano poi talora in barocchismi dialettici forieri di complicazioni e ambiguità, anziché di soluzioni chiare, sul piano della valutazione delle conseguenze in tema di responsabilità.

Più difficile, insomma, l'inquadramento all'interno delle categorie giuridiche offerte dall'ordinamento che la risposta di senso comune.

Eppure una trattazione di tale profilo sul piano giuridico difficilmente viene obliterata dalla prassi giurisprudenziale, specialmente quando occorre affrontare il diverso, complesso problema dei trattamenti praticati senza un consenso pieno e informato del paziente.

La soluzione che la Suprema Corte dichiara ormai sostanzialmente *ius receptum* della giurisprudenza penale, quella dell'autolegittimazione dell'attività medica, è in sé del tutto condivisibile: non risiede nel consenso del paziente la giustificazione dell'esecuzione del trattamento sanitario (né tale giustificazione va ricercata in alcuna causa di giustificazione, codificata o meno), perché esso è legittimo in sé, per la sua finalità di tutela della salute, bene costituzionalmente garantito, *ex art. 32 Cost.*, non solo nella sua dimensione collettiva, ma anche in quella individuale, come diritto soggettivo

fondamentale, primario e assoluto, operante anche tra privati.

Piuttosto potrebbe risultare in certo qual modo ridondante la ricerca ad ogni costo di una fondazione costituzionalmente orientata: al di là dei possibili dubbi circa la configurabilità di un diritto assoluto alla salute in forma di diritto a essere curato, azionabile *erga omnes* – ma è la stessa pronuncia a contemplarne il possibile bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale e il contemperamento con limiti oggettivi di attuazione anche sul piano dell’allocazione delle risorse organizzative e finanziarie contingentemente attingibili –; e circa l’enfasi sul parametro costituzionale del diritto alla salute come fondamento di giustificazione dell’atto medico (al punto da indurre i giudici a ipotizzare una sorta di “scriminante costituzionale”, che assegnerebbe alla Carta Fondamentale della Repubblica compiti davvero supererogatori in materia penale); forse basterebbe riconoscere che il medico-chirurgo esercita legittimamente la sua attività – anche quando si estrinsechi in lesioni materiali dell’integrità fisica del paziente, purché sia esperita in modo conforme ai requisiti della necessità e della proporzione – semplicemente per la posizione professionale rivestita, in virtù della *sfera di competenza* di cui è portatore nella relazione, concettualmente inseparabile, di alleanza terapeutica di cui si fa carico nei confronti del paziente (instaurata con il consenso di questi) e che comporta il dovere giuridico di curarlo.

Che si dia pregio alla prospettiva apparentemente più radicata nei principi o piuttosto a quella planare di senso comune – certo non alternative – è invece l’ultimo dato menzionato il miglior punto di partenza per una riflessione sui profili ulteriori e diversi di responsabilità del sanitario rispetto agli esiti infausti del suo operato: di solito si richiama la sua posizione di garanzia in modo non del tutto felice – per la sua collocazione, nella tradizione giuridica, esclusivamente nell’alveo della teoria del reato omissivo improprio – come presupposto di obblighi giuridici – in realtà di vario contenuto, tanto positivo quanto negativo – in direzione della tutela del paziente, la cui violazione può comportare il rimprovero anche in sede penale, laddove assuma almeno (e di norma) i contrassegni della colpa.

2. *Trattamenti sanitari arbitrari coatti e divergenti*

La seconda tesi fondamentale enunciata dalla sentenza in oggetto è quella della liceità penale dei trattamenti sanitari divergenti dalla volontà espressa dal paziente, per mancanza della tipicità tanto del reato di violenza privata, quanto di quello di lesioni personali.

Il riconosciuto, indiscusso ruolo del consenso – presupposto generale di liceità, e non causa di giustificazione *ex art. 50 c.p.* – non assume dunque rilievo rispetto alla definizione della responsabilità per le conseguenze: in altre parole, la questione della colpa professionale è del tutto eccentrica rispetto a quella relativa alla sussistenza di un consenso pieno, libero e informato, perché il vizio o addirittura la stessa mancanza totale di quest’ultimo non corrisponde a violazione di dovere di diligenza in vista

degli esiti dell'intervento né la può in alcun modo surrogare.

Dall'iter argomentativo della pronuncia si può sceverare una distinzione particolarmente interessante all'interno della categoria – di fonte interpretativa – degli interventi sanitari arbitrari.

In primo luogo emerge la figura del *trattamento arbitrario coatto*, intendendosi con tale espressione quello praticato nonostante l'esplicito dissenso del paziente, contro la sua volontà, direttamente o indirettamente manifestata: fuori discussione la sua illiceità penale, la fattispecie sotto cui inquadrare tale comportamento dovrebbe essere, pur con qualche dubbio, quella di violenza privata di cui all'art. 610 c.p., sicuramente quando la stessa somministrazione dell'anestesia sia praticata contro la volontà del paziente (salvi i casi in cui a ridurre questi in stato di incoscienza attraverso trattamento idoneo a sopprimere la coscienza sia persona diversa dall'esercente professione sanitaria, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, rispetto ai quali si configurerà la contravvenzione dell'art. 728 c.p.)

Diverso è invece il *trattamento sanitario arbitrario* che potremmo denominare *divergente*, ossia difforme rispetto a quanto espressamente consentito dal paziente previamente informato (consenso prestatato per un trattamento diverso), quindi in assenza di consenso espresso allo specifico trattamento praticato, per mutamento del tipo di intervento rispetto a quello concordato.

In questo secondo caso, le Sezioni Unite della Cassazione, implementando orientamento già espresso da importanti pronunce giurisprudenziali recenti, affermano che, se l'esito è infausto, si tratterà di valutare la colpa del sanitario; ma se l'esito è fausto, nessuna conseguenza penale è ascrivibile all'autore dell'intervento eccedente rispetto a quello illustrato al paziente.

La *ratio* di tale soluzione sul piano giuridico sta nell'assenza di tipicità del comportamento del medico: il trattamento arbitrario divergente, almeno *de iure condito*, non integra gli estremi di alcuna fattispecie penale presente nell'ordinamento giuridico penale.

Non l'art. 610, per la coincidenza tra coefficiente di violenza (violazione del consenso del paziente in situazione in cui egli, anestetizzato, non può opporre resistenza) e evento di coazione a tollerare l'operazione chirurgica non voluta: essendo imprescindibile il requisito dell'aggressione fisica finalizzata a un effetto concettualmente distinguibile dalla violenza stessa, la Corte rimarca l'eterogeneità incolmabile tra questa e l'effettuazione di intervento diverso da quello consentito (che potrà integrare semmai la condotta di abuso, o approfittamento della situazione di incapacità del paziente), comportamenti non assimilabili anche alla luce del disposto dell'art. 609 bis c.p.

Non l'art. 582, sulla base di una riproposizione dell'argomento, frequente nell'interpretazione giurisprudenziale, "teleologico" – comunque inutilizzabile rispetto a interventi estetici o a carattere sperimentale puro o scientifico – che fa leva non tanto sull'incompatibilità della condotta tipica della fattispecie con l'orientamento curativo dell'atto chirurgico; quanto sull'oggetto del dolo di fattispecie, nel quale deve rientra-

re anche quell'alterazione funzionale dell'organismo che sostanzia, secondo l'interpretazione assunta come corretta dalla pronuncia, la "malattia", escluso dalla finalità terapeutica generale della condotta del medico (profili che, peraltro, tendono ovviamente a coincidere se si concepisce il dolo come tipicità).

Le lesioni non sarebbero integrate dunque né dall'intervento operatorio sul corpo del paziente in sé, per le ragioni evidenziate rispetto al tema della legittimazione dell'attività del sanitario, né dal trattamento arbitrario, nel quale l'assenza del consenso o la non coincidenza del suo oggetto non valgono comunque a integrare una condotta diretta a cagionare una malattia nel corpo o nella mente.

Di fronte a un esito fausto dell'operazione, non si realizza alcun reato, in realtà per mancanza dell'evento tipico: con riguardo poi alla discrepanza tra quanto realizzato dal medico e quanto consentito dal paziente, essa non assume alcuna rilevanza penale.

Il consenso, decantato baluardo invalicabile del diritto di "autodeterminazione terapeutica" e presupposto di legittimità di ogni trattamento sanitario, fosse pure il più innocuo e routinario, appare dunque in questi casi poco più che un espediente retorico, in realtà non tutelabile nella sua pienezza quando l'esito è positivo: laddove il miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente assurge a dato postulato "obiettivo", ma in sostanza rimesso alla discrezionalità giudiziale, senza alcuno spazio "giustiziabile" per scelte e valorizzazioni del paziente.

A rigor di logica, poi, la medesima conclusione dovrebbe valere anche in caso di esito infausto: ossia, ferma restando l'esigenza di accertare se vi sia stata violazione delle *leges artis* e quindi se si siano integrati profili di colpa professionale in capo al sanitario, nessun rilievo dovrebbe assumere la contingenza dell'arbitrarietà (nel senso della divergenza) del trattamento praticato, in assenza di una fattispecie idonea a prevederlo.

3. *Interventi arbitrari a esito infausto: la divergenza come presupposto del versarsi in re illicita?*

Con una curiosa operazione di "retromarcia", invece, la Suprema Corte, proprio nei periodi finali della sentenza, sembra ribaltare questo ordine di idee rispetto appunto all'ipotesi di esito infausto: in tal caso, la condotta del sanitario ovviamente potrà integrare, ove ne ricorrano i requisiti, il reato di lesioni (o addirittura di omicidio), e rispetto alla condotta del sanitario "... potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata 'copertura costituzionale'...".

L'arbitrarietà – per divergenza – del trattamento ritorna allora parametro per valutare la tipicità del reato di lesioni nei casi in cui l'intervento non vada a buon fine: in altre parole, la discrepanza tra intervento compiuto e consenso prestato assume, secondo la Cassazione, significato di violazione di *lex artis* in relazione alle conseguenze indesiderate che si sono effettivamente realizzate. Non riesce comprensibile, però,

che valenza cautelare in vista dell'esito negativo possa assumere la contingenza che il sanitario non si sia attenuto scrupolosamente a quanto concordato con il paziente: l'unica spiegazione sembrerebbe quella dell'assunzione del rischio di tutte le conseguenze infauste della propria scelta, ovvero la logica del *versari*, laddove la "*res illicita*" non riesce peraltro nemmeno ad assumere rilievo penale, per assenza di una fattispecie in cui farla rientrare.

Se invece il senso dell'affermazione dei giudici di Cassazione è che occorrerà accertare concretamente come il rischio che in qualche modo si è assunto il sanitario discostandosi da quanto consentito dal paziente si sia realizzato nell'evento lesivo per la salute di quest'ultimo, ossia, se la realizzazione di quel rischio nell'evento stesso sia da addebitarsi a violazione da parte del medico di doveri cautelari, in breve se sussistano gli estremi della colpa, allora non si vede che rilievo possa assumere a riguardo la divergenza tra realizzato e consentito. Laddove anche la qualificazione dell'intervento praticato alla luce dei criteri della necessità e proporzione, propri della professione sanitaria, rientreranno nel giudizio di responsabilità colposa, ma non dipenderanno certo dalla conformità dell'intervento stesso alle illustrazioni previamente fornite al paziente.

Ancor più difficile da intendere è il prosieguo del ragionamento, in cui la Corte di Cassazione, recependo in modo anomalo giurisprudenza recente (il caso Beretta, espressamente menzionato), richiama le ipotesi c.d. di colpa impropria degli artt. 55 e 59, comma 4 c.p. con riguardo, sembra di capire, sempre ai trattamenti arbitrari, e in particolare a casi in cui il sanitario erri colposamente sull'esistenza del consenso del paziente rispetto a quel tipo di trattamento "divergente" ovvero ne superi, sempre colposamente, i limiti (laddove, a tacer d'altro, già sembra difficile ricondurre alla disciplina dell'art. 55 l'art. 50, esplicitamente escluso, se non attraverso un'operazione analogica chiaramente *in malam partem*, vietata dall'ordinamento). Inoltre il consenso del paziente all'atto sanitario, qualificato dalla giurisprudenza ormai nettamente maggioritaria (e dalla sentenza in oggetto) come presupposto di liceità, ma non come scriminante nel senso dell'art. 50, "regredisce" di nuovo a causa di giustificazione quando l'evento sia infausto.

4. *Colpa medica e medicina difensiva*

Le perplessità che solleva la parte finale della pronuncia permettono peraltro di viscerare una rimarchevole tendenza interpretativa della giurisprudenza in tema di responsabilità medica a enfatizzare la dimensione di vera e propria "lotteria" della colpa: l'evento infausto – o l'eventuale qualifica che in sede giudicante verrà data di esso – fa diventare illecita una condotta in sé già eccedente rispetto a quanto consentito dal paziente.

Ma, al di là degli appunti che si possono muovere, la sentenza in oggetto va senz'altro apprezzata per la soluzione alla questione fondamentale delle conseguenze

dei trattamenti arbitrari divergenti almeno *de iure condito*, soluzione che in qualche maniera pone un freno agli eccessi di quel processo di stigmatizzazione dell'operato della classe medica che, come noto, costituisce causa primaria del fenomeno deleterio della c.d. medicina difensiva.

Un ulteriore passo in avanti in questa direzione potrebbe farlo il legislatore, non nel senso di ritornare agli stilemi di una sorta di responsabilità differenziata (come quella del noto *trend* giurisprudenziale di alcuni decenni orsono, orientato a mitigare quella dei sanitari mutuando paradigmi civilistici come l'art. 2236 c.c.) o comunque a modelli "di privilegio", ma piuttosto mettendo mano a un'opera coraggiosa di riforma, che potrebbe portare alla depenalizzazione generale della colpa incosciente, fatte salve le ipotesi di colpa grave.

5. *Esito terapeutico e riflessi collaterali*

Lo schema interpretativo delle Sezioni Unite non permette di trovare una soluzione chiara per una serie di ipotesi.

Così quella in cui l'esito è fausto rispetto a un pericolo più grave – es. rischio di morte – ma comporta comunque conseguenze pregiudizievoli per il paziente – es. ripercussioni fortemente dolorose sull'organismo –.

Talora poi può non risultare certo se l'esito sia stato fausto: ad es. il paziente, non in pericolo di vita, non ha subito pregiudizi alla salute, ma, nel bilanciamento tra vantaggi e benefici, questi si pongono in situazione di "pareggio" (ad es., asportazione di organo, in situazione in cui tale intervento radicale era consigliabile ma non assolutamente urgente, laddove la menomazione "anatomica" subita può essere o meno considerata anche funzionale a seconda del valore che si attribuisce agli effetti collaterali che ne derivano, come quello di doversi sottoporre periodicamente a ulteriori trattamenti correlati). Né è sempre di lapalissiana evidenza se si possa parlare di un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente (es. quando queste si sono mantenute stazionarie, mentre è incerto se avrebbero potuto peggiorare senza l'intervento).

E particolarmente dubbie sono poi quelle situazioni nelle quali le alternative disponibili sono diverse: così se, in ipotesi, il paziente, ove informato, non avrebbe accettato di sottoporsi a quel tipo di intervento, preferendone altro (che, magari, secondo giudizio *ex post*, avrebbe dato benefici maggiori, non identificabili chiaramente *ex ante*).

6. *Prevedere una fattispecie incriminatrice per i trattamenti sanitari arbitrari divergenti?*

Resta aperto infine il problema se quello della normale irrilevanza penale del trattamento sanitario eccedente rappresenti un vuoto normativo da colmare, incoerente

con un sistema giuridico in cui il consenso, sia pur inteso in una prospettiva non propriamente negoziale (per assenza della dimensione sinallagmatica, dato che il paziente è soggetto per definizione bisognoso di cure e normalmente incompetente sul piano delle opzioni terapeutiche, e soprattutto perché il sanitario non persegue attraverso l'esecuzione dell'intervento un "interesse" proprio da massimizzare e comporre con quello altrui) e in un'accezione non scriminante, costituisce comunque presupposto indefettibile dell'alleanza che si origina tra i due soggetti della relazione terapeutica.

La prospettiva di una incriminazione *ad hoc* – patrocinata da autorevole dottrinale, soprattutto quella più orientata a valorizzare in massimo grado la libertà di disporre del paziente – dovrebbe fare i conti con gli esiti di tale opzione legislativa.

Unica decisione sicura per il medico diverrebbe – e già oggi è – quella di esporre previamente al paziente tutte le possibilità astrattamente ipotizzabili *ex ante*, richiedendo espressamente un consenso ad alcune di queste (o a tutte).

Qualora il sanitario non abbia richiesto, magari per indominabilità della situazione, un consenso previo esplicito proprio a quel tipo di intervento che in corso di operazione divenga opportuno, secondo i parametri della necessità e proporzione propri dell'arte medica, non gli resterebbe che sospendere l'anestesia, risvegliare il paziente e sollecitare uno specifico consenso informato.

Laddove la situazione non sia imprevedibile, ma semplicemente dubbia, l'opzione più consigliabile sarebbe quella di astenersi dall'intervento.

Così la tutela incondizionata della libertà di autodisposizione (attraverso introduzione di una norma incriminatrice ad essa deputata) potrebbe sortire esiti più o meno marcati nel senso paventato della medicina difensiva.

prof. LUCIANO EUSEBI
Università Cattolica del S.C. - Piacenza

VERSO UNA RECUPERATA DETERMINATEZZA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA IN AMBITO PENALE?

SOMMARIO: 1. Consenso e medicina difensiva. – 2. Lo statuto dell'attività medica svolta «lege artis». – 3. Una nozione soggettivizzata di salute? – 4. L'atto medico «arbitrario».

1. *Consenso e medicina difensiva*

Non di rado è sembrata imporsi, in rapporto all'ambito sanitario (ma non solo), l'idea secondo cui proprio l'estensione dell'intervento penale connessa a modalità che ne rendano scarsamente determinati i confini rappresenterebbe una valida strategia per affinare le prassi comportamentali. Non è vero, tuttavia, che dilatare il rischio di una condanna, e più ancora di un'incriminazione, produca comunque effetti preventivi delle condotte anti giuridiche, sebbene con evidenti costi garantistici. Esiste, infatti, anche un diritto penale *criminogeno*, che ai nostri fini può favorire, in particolare, la medicina difensiva.

Le Sezioni Unite, mediante la pronuncia n. 2437 del 2009, hanno operato un'opportuna chiarificazione in senso contrario alla prospettiva menzionata, con riguardo a un compito del medico – la corretta acquisizione del consenso all'attività terapeutica, quando esso sia dovuto – che necessita di trovare supporto in adeguati strumenti volti a contrastare negligenze inaccettabili, ma che assai poco si presta a una gestione di carattere penale.

La tesi presa in esame, e dalla quale la Corte si discosta, è quella secondo cui l'attività medica non coperta dal consenso rappresenterebbe ordinariamente *ipso iure*, in quanto incidente sulla sfera corporea, un delitto di lesione personale.

Su tale via era andata delineandosi in un recente passato, com'è ben noto, l'ipotesi di una responsabilità penale del medico riferita non soltanto alla violazione – ove abbia prodotto conseguenze lesive – di regole concernenti la buona pratica clinica o chirurgica, ma altresì alla mera inottemperanza delle regole riguardanti il consenso (con applicabilità, se giudicata dolosa, dell'omicidio preterintenzionale nel caso in cui l'intervento sanitario non assistito dal consenso abbia prodotto la morte).

Un'ipotesi la quale, a ben vedere, rende qualsiasi atto medico che si espliciti sulla persona del malato suscettibile, in pratica, di dar luogo a conseguenze penali, essendo ben difficile per il medico azzerare *ex ante* il rischio di censure relative al consenso. Col pericolo della tendenza all'astensionismo sanitario specie in situazioni patologiche complesse che esigano il ricorso a terapie caratterizzate da tassi non trascurabili

di possibili eventi sfavorevoli, in tal modo risultando maggiormente esposte all'eventualità futura di una denuncia.

Appare infatti assai complesso per il medico sia garantire la copertura formale del consenso rispetto a ogni specifico passaggio terapeutico che in teoria lo richiederebbe, sia evidenziare, nell'informativa al malato, tutti i possibili scenari conseguenti all'intervento sanitario e, in particolare, tutti i possibili eventi avversi.

Del resto, moduli di consenso estremamente capziosi o analitici, come evidenzia la riflessione bioetica, non sono da ritenersi corretti, poiché rispondono – privilegiando la formalizzazione del rapporto – a esigenze difensive del medico e non allo scopo di far sì che il malato possa valutare nel loro giusto spessore, attraverso una visione necessariamente sintetica, i problemi in gioco.

In sede di valutazione ad opera dei comitati etici (*ex d. min. san. 15-7-1997 e 18-3-1998*) sull'adeguatezza dei prospetti informativi concernenti sperimentazioni farmacologiche, per esempio, viene richiesto sovente allo sperimentatore di rendere *comprensibili* quei testi, semplificandoli dal punto di vista tecnico: non senza ansietà, peraltro, da parte dei comitati quanto alle possibili conseguenze di una simile indicazione nel caso di un futuro contenzioso giudiziario.

Va considerato, poi, che se il medico non può mai mentire, talora deve pur sempre fornire al malato un'informazione in qualche misura *graduale*, per adeguarla alla concreta possibilità del medesimo di sostenere, in un dato momento, il peso di notizie psicologicamente gravose: così da scongiurare atteggiamenti di rimozione o chiusura, che generino indisponibilità a cooperare (si pensi all'insorgere di una grave patologia degenerativa in giovane età).

Né può dimenticarsi come spesso sia problematico valutare il significato autentico di manifestazioni della volontà del malato che appaiano psichicamente condizionate, a diverso titolo, dallo stato di malattia; e come oggi vi sia discussione circa i confini stessi del rilievo di tali manifestazioni in ambito medico (lo attesta anche il complesso iter parlamentare delle norme sul *fine vita*): fermo che non ogni richiesta relativa a un'attività medica rende quest'ultima lecita solo perché proveniente dal soggetto interessato o da chi lo rappresenta¹.

Complessivamente, se ne può dedurre che una certa enfasi riscontrabile, nonostante i problemi evidenziati, circa il rilievo penale delle violazioni riferibili al consenso del malato abbia avuto, in effetti, lo scopo di orientare verso una progressiva *contrattualizzazione* dell'attività medica, cioè verso una medicina sempre meno caratterizzata – una volta che abbia informato circa le sue potenzialità tecniche nel caso concreto – da regole applicative sue proprie e rispetto alla quale, pertanto, l'espressione forma-

¹ Si pensi, per esempio, al contenuto degli artt. 579, 580 e 583-*bis* c.p. e, in genere, al fatto che non può domandarsi al medico di agire *per la morte* del malato, in quanto l'attività medica è finalizzata esclusivamente, secondo l'art. 3 del codice deontologico, alla salvaguardia della vita e della salute, nonché al lenimento della sofferenza (v. anche *infra*, nota 11).

lizzata del volere di chi ne richieda l'intervento tenda a costituire l'unico criterio normativo.

In sintesi, un quadro giuridico in cui il rischio di incriminazione per il medico divenga infinitamente più elevato dal punto di vista statistico con riguardo all'*agire* che all'*omettere* non risponde certamente a una buona strategia politico-criminale.

Il rilievo penale diretto delle violazioni in tema di consenso esporrebbe *sempre* il medico che intraprenda un atto terapeutico alla possibilità – di fatto non dominabile – dell'accusa d'aver agito, per qualche aspetto, in modo arbitrario; laddove invece la scelta astensionistica ben raramente porterebbe a responsabilità penale, stante l'obiettivo difficoltà di provare oltre ogni ragionevole dubbio il nesso eziologico tra la condotta omissiva e il danno che ne sia derivato per il paziente o la stessa morte (anticipata) del medesimo, tanto più nel caso in cui quel paziente fosse affetto da una patologia grave.

È ben noto, d'altra parte, che la stessa ampiezza dei rischi di contestazione *sul piano tecnico* dell'attività sanitaria, cui il medico si espone (assai più di altri professionisti) per interessi non propri, crea – a sua volta – grande preoccupazione sotto il profilo dell'esigenza di contrastare atteggiamenti difensivi, come si evince dal Progetto di gestione del contenzioso relativo alla pratica clinica redatto dal Centro «F. Stella» dell'Università Cattolica e presentato in questo stesso fascicolo². Così che apparirebbe poco razionale estendere ulteriormente per altra via, e in modo ancor meno circoscrittibile, l'area dell'esposizione medica a tali rischi.

2. *Lo statuto dell'attività medica svolta «lege artis»*

La sentenza in esame si fonda sull'assunto secondo cui da un intervento chirurgico eseguito senza il necessario consenso, ma *lege artis*, il quale abbia raggiunto lo scopo suo proprio di contrastare efficacemente una certo stato patologico, «non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur *anatomicamente* lesivo, non soltanto non ha provocato – nel quadro generale della salute del paziente – una diminuzione *funzionale*, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era afflitto».

Escluso altresì da parte della sentenza che un tale intervento possa essere ricondotto, piuttosto che al reato di lesioni, a quello di violenza privata³, non ne deriva, tuttavia, che l'atto medico privo del dovuto consenso sia da considerarsi *lecito*, bensì – ovviamente – che «potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale».

Ciò implica una serie di conseguenze.

Innanzitutto il riconoscimento del fatto che la medicina non identifica mere abilità

² Cfr., per l'intero progetto e la sua discussione, AA.VV., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti, M. Cattino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, ETS, Pisa, 2010.

³ V. *infra*, § 4.

tecniche utilizzabili in linea di principio secondo qualsiasi richiesta concernente il corpo dell'individuo che la proponga, ma risponde a criteri di appropriatezza – sintetizzabili nella nozione di conformità alla *lex artis* – che hanno per paradigma il contrasto delle patologie e il lenimento delle sofferenze.

Su questa base, la sentenza delle Sezioni Unite individua l'atto medico rispondente alla *lex artis* come appropriato (sulla base di regolarità statistiche e della ponderazione fra rischi e benefici) a contrastare una patologia: per cui il conseguimento del risultato suo proprio quale beneficio *funzionale*, anche in mancanza del consenso dovuto, non è compatibile col rilievo come lesione dell'alterazione *anatomica* che l'atto medico, in particolare quello chirurgico, può implicare.

Da ciò si evince che una condotta conforme alla *lex artis* non può essere ritenuta tale da produrre il rischio *non consentito* del realizzarsi di una lesione; e che norme come quelle sul consenso, le quali pure devono essere rispettate nell'esercizio *lege artis* di un'attività medico-chirurgica, non possono essere intese quali regole finalizzate a evitare il prodursi di una lesione.

L'atto medico eseguito *lege artis* ma senza il necessario consenso, pertanto, si distingue in modo sostanziale dalla condotta di un feritore: non perché tale atto sia intrinsecamente lecito, ma perché non risulta offensivo con riguardo ai reati posti a tutela dell'incolumità personale⁴.

Il che fa chiarezza, crediamo, rispetto alle annose discussioni sullo statuto dell'attività medico-chirurgica. Simile attività risulta estranea (salvo forzare la realtà e il buon senso) all'ambito delle condotte in radice illecite: condotte le quali non possono mai essere tenute, salvo situazioni eccezionali (riducibili, per lo più, alla legittima difesa e allo stato di necessità). Piuttosto, è da ricomprendersi tra le condotte che possono essere tenute purché si rispettino determinate regole: alcune intese a far sì che tali condotte realizzino gli obiettivi loro propri, escludendo o riducendo a un livello tollerabile i rischi connessi al loro esercizio (così che quest'ultimo possa dirsi *lege artis*: si pensi alle regole del codice della strada con riguardo alla guida degli autoveicoli o a quelle che fanno da cornice all'esercizio del diritto di cronaca); altre intese alla salvaguardia di esigenze ulteriori, ma pur sempre riferibili alla tenuta delle medesime condotte (si pensi alla correttezza delle scritture contabili quanto all'esercizio di un'attività d'impresa o, per l'appunto, alla copertura del consenso che, di regola, deve accompagnare l'attivazione di una terapia).

Ne deriva che sarebbe del tutto fuorviante identificare l'atto medico posto in essere *lege artis* come una condotta in sé illecita, ma scriminata dal consenso: il quale, del resto, non rappresenta né una condizione sempre necessaria all'esercizio di un'attività medica (si pensi ai casi d'urgenza), né una condizione da sola sufficiente a garantirne la liceità (si pensi alla richiesta di una mutilazione genitale femminile).

⁴ Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penal*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, fasc. 3, p. 727 ss.

Le regole in tema di consenso all'attività medico-chirurgica, nel quadro argomentativo proposto dalle Sezioni Unite, non possono dunque assumere il ruolo di regole (cautelari o di diligenza) finalizzate a evitare il pericolo di lesioni⁵. Così che il delitto di lesioni non sarà ascrivibile al medico, in forma colposa, neppure allorquando da un atto terapeutico posto in essere *lege artis* sia derivato un esito infausto⁶. Sarebbe d'altra parte del tutto irrazionale valutare una medesima condotta idonea a scongiurare esiti lesivi oppure trasgressiva di una regola finalizzata a evitare quei medesimi esiti, fondando l'alternativa sul fatto (a parità di comportamento, *casuale*) che l'obiettivo cui quella condotta è orientata – nel nostro caso, il contrasto di una patologia – si sia prodotto o meno: tenuto conto della circostanza che gli interventi terapeutici conformi alla *lex artis* – e come tali assistiti da una sicura preponderanza dei benefici attesi rispetto ai rischi che il malato correrebbe per la sua malattia – non possono comunque escludere il prodursi di eventi avversi.

Ciò considerato, appare assai poco comprensibile l'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, espresso del resto in forma alquanto criptica, secondo cui rispetto a un intervento medico eseguito *lege artis*, ma carente del necessario consenso, potrebbe pur sempre operarsi lo «scrutinio penale», in particolare con riguardo a ipotesi di errore o eccesso colposi, riguardanti lo stesso consenso.

E infatti non è certo la sola mancanza del dolo di lesioni che impedisce di imputare

⁵ «Sembra doversi evincere che le Sezioni Unite non intendono far propria la tesi secondo cui sarebbe la stessa mancata acquisizione del consenso a giustificare un rimprovero di colpa»: tesi fondata sulla «ritenuta attraibilità del dovere di richiedere il previo consenso del paziente nel novero delle regole cautelari tipiche dell'attività medica», ma «in verità contestabile e contestata, potendosi obiettare che ben diversa è la finalità delle *leges artis* (evitare la produzione involontaria di danni alla salute) rispetto a quella sottesa al dovere di richiedere preventivo consenso (rispettare il diritto all'autodeterminazione del paziente)»: così G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Giur. pen.*, 2009, II, c. 313, e ivi ulteriori riferimenti; in senso analogo, con ampia trattazione, F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 183 ss.

⁶ In senso contrario F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 402 s., ravvisa nell'inosservanza delle regole sul consenso (ferma l'inidoneità della stessa a determinare il reato di lesioni nel caso di esito fausto) la scelta di far correre al paziente «i coefficienti di rischio che sono insiti nell'agire medico anche quando esso è conforme alla perizia doverosa», cioè quelli che, «nonostante il rispetto delle *leges artis*, possono trasformarsi in un'offesa per il bene giuridico» (su questa via l'Autore critica A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, p. 1287 ss., secondo cui l'atto terapeutico praticato *lege artis* non potrebbe ritenersi causale rispetto a un eventuale evento avverso). In tal modo, peraltro, l'acquisizione del consenso rispetto a un atto medico praticato *lege artis* viene proposta come regola cautelare finalizzata a evitare lesioni (consistenti negli esiti avversi che anche un atto medico *lege artis* può di certo produrre), quando invece è proprio la denegazione del consenso che, nel caso in esame, rende *di gran lunga più probabile* il prodursi di conseguenze lesive: il che appare poco ragionevole e coerente. Una simile lettura soggettivizzante del significato di un obbligo come quello relativo all'acquisizione del consenso appare confermare, piuttosto, la riferibilità delle regole sul consenso alla tutela dell'*autonomia* e non a quella dell'*incolumità* individuale.

l'art. 582 c.p. nel caso di intervento eseguito *lege artis*, bensì anche e prioritariamente, come s'è detto, la non finalizzazione delle regole sul consenso alla tutela dell'incolumità personale⁷. Così che, risultando irrilevante rispetto al prodursi del delitto di lesioni colpose l'inosservanza di tali regole, non si vede come invece potrebbero considerarsi rilevanti, al medesimo fine, le ipotesi summenzionate di errore o eccesso⁸.

3. Una nozione soggettivizzata di salute?

La sentenza delle Sezioni Unite, una volta precisato che l'atto medico il quale ottenga risultati conformi alla *lex artis* non produce una malattia, si domanda se ai fini di quel giudizio (o meglio della conformità dell'atto medico alla *lex artis*) debbano assumere rilievo considerazioni attinenti al personale modo d'intendere la salute (e l'esito *fausto*) da parte del paziente. La risposta della sentenza è negativa *de iure condito* («sul piano del fatto tipico descritto dall'art. 582 c.p. il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura *obiettiva*»), unita peraltro all'auspicio di una considerazione del problema *de iure condendo*.

Si argomenta, in ogni caso, che il «miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente» sotteso al giudizio di esito *fausto* debba essere riferito non solo alla validità di un dato intervento secondo le regole proprie della scienza medica, ma anche «alle alternative possibili», con rilievo a questo fine della volontà espressa dal paziente.

Ora, il tema esige qualche importante precisazione complessiva (per poi riprendere l'assunto della Corte cui da ultimo s'è fatto cenno).

Se si vuole, può certo affermarsi che ognuno, dal punto di vista giuridico, è libero di gestire come crede la sua salute (salvo determinati limiti: per esempio, non è lecito assumere stupefacenti, né assumere doping, quantomeno nell'ambito di un'attività agonistica; e salvo il problema costituito da alcune aspettative giuridicamente rilevanti all'altrui efficienza psico-fisica); anche se tutto questo non significa che si possa chiedere una cooperazione medica a scelte di mancata tutela della propria salute.

Ma ben altra cosa sarebbe sostenere che la salute stessa consista nella condizione soggettiva di chi abbia realizzato qualsiasi scelta personale attinente alla sfera della propria corporeità, vale a dire nella c.d. auto-percezione del proprio benessere psico-

⁷ Diversamente, come è noto, la questione è stata affrontata, *finora*, in sede civile, ove il risarcimento del danno (nel nostro caso per esito infausto di un intervento medico) s'è fatto dipendere dalla mera incidenza causale della violazione di un diritto (nel nostro caso, la mancata preventiva acquisizione di un «consenso consapevolmente prestato» da parte del paziente): peraltro correttamente precisandosi, ai nostri fini, che tale incidenza causale necessariamente presuppone «l'accertamento [del fatto] che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato» (così, di recente, Cass. civ., sez. III, 9-2-2010 [dep.], n.2847).

⁸ Al di là delle questioni concernenti la loro configurabilità in concreto: cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 313 s., e F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 404.

fisico (ci si potrebbe domandare, tra l'altro, se essa sia da valutarsi *ex ante* o *ex post*): così che produrrebbe automaticamente uno stato di malattia ogni intervento (non minimo) sulla sfera corporea il quale, sebbene abbia causato *lege artis* un miglioramento funzionale dell'organismo, si manifesti carente del consenso⁹.

Del resto, ritenere che solo in senso *paternalistico* potrebbe parlarsi, in ambito medico, di un giudizio su tale miglioramento funzionale, e dunque sulla salute, sembra davvero contraddire il *proprium* della ricerca clinica, privando lo stesso malato di ogni riferimento oggettivo per le sue decisioni. Come sembrerebbe davvero una forzatura giungere a sostenere, per esempio, che la scelta di fumare, pur nella consapevolezza dei rischi, *fa bene* – dal punto di vista soggettivo, che sarebbe l'unico rilevante – alla salute di chi la compie.

Si finisce, in questo modo, per assimilare realtà fra loro diverse: l'inosservanza delle regole sul consenso (cioè la salvaguardia di una sfera di decisione personale) e il cagionare una malattia. Su questa via rendendo davvero difficile intendersi su ciò che con un medesima espressione – il danno alla salute – s'intenda rappresentare.

Significativamente, pertanto, Cass. civ. 9-2-2010¹⁰ afferma che «il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute» e che, in tal senso, «la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute»¹¹.

Quando, dunque, la sentenza in esame delle Sezioni Unite menziona la valutazione delle alternative terapeutiche possibili ai fini del giudizio di *esito fausto* fa riferimento, da un lato, a una ponderazione oggettiva necessaria per la stessa qualifica di conformità dell'atto medico alla *lex artis* e, dall'altro, al diverso profilo costituito dalla necessità, di regola, del consenso attualmente prestato all'atto terapeutico dal paziente informato in modo corretto (talora anche scegliendo, alla luce di tutti i fattori in gioco, fra diverse strategie egualmente proponibili secondo la *lex artis*).

⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 178 ss.

¹⁰ V. *supra*, nota 7 (la sentenza richiama anche Cass. n. 10741/2009 e Cass. n. 18513/2007).

¹¹ Dallo stesso punto di vista disponibile a dare «il maggiore spazio possibile alla percezione soggettiva dei pazienti», l'impraticabilità di una soggettivizzazione radicale dell'approccio medico alla salute è del resto avvertita anche da G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 312, laddove precisa che «esigenze di complessiva razionalità penalistica impongono in ogni caso di ricorrere a criteri di valutazione dell'offesa che consentano nondimeno di valutarne la possibile incidenza alla stregua di qualche adeguato standard obiettivo», come per esempio «la ragionevolezza del tipo di sofferenza o disagio» cagionato dall'atto medico. Ma non si tratta, forse, di un'esigenza nella sostanza analoga a quella per cui chi scrive ritiene indispensabile il riferimento a un giudizio di *non proporzione* dell'atto terapeutico (giudizio che può includere anche l'incidenza, ma secondo criteri generalizzabili e dunque condivisibili, di elementi del vissuto personale) quale condizione necessaria perché possa domandarsi a un medico di interrompere una terapia in atto o di astenersi, per il caso di incoscienza futura del richiedente, dall'utilizzazione di determinati presidi terapeutici? (cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 6, p. 1227 ss.; *Dignità umana e indisponibilità della vita. Sui rischi dell'asserito «diritto» di morire*, in *Med. mor.*, 2009, 3, p. 389 ss.).

4. L'atto medico «arbitrario»

La sentenza delle Sezioni Unite esclude altresì, con argomentazioni del tutto convincenti, che l'atto medico posto in essere violando le norme sul consenso possa costituire una violenza privata *ex art. 610 c.p.* Ciò in quanto, come si evidenzia in dottrina, manca nel caso in esame qualsiasi risultato ulteriore che la vittima sia costretta a tollerare come esito della condotta anti-giuridica¹².

Dunque, la rilevanza delle violazioni in tema di consenso all'atto medico viene collocata su un piano extrapenale e, in sostanza, su quello civile: anche alla luce della giurisprudenza che ritiene a tal fine rilevante la *mera violazione* delle regole sul consenso, così che quest'ultima potrebbe costituire sia il presupposto per il riconoscimento di danni connessi all'esito infausto di una terapia, ma solo nel caso in cui il paziente, ove debitamente informato, non avrebbe prestato il suo consenso all'atto medico (e dunque la violazione possa dirsi *causale* rispetto all'evento), sia il presupposto per un autonomo risarcimento anche in caso di esito fausto¹³.

L'opzione relativa alla rilevanza extrapenale delle violazioni concernenti la corretta acquisizione del consenso all'atto medico è da condividere, in rapporto alle considerazioni svolte nella prima parte di questo contributo, che valgono *a fortiori* anche con riguardo all'ipotesi della qualificazione come reato – *di pura condotta* – del c.d. atto medico arbitrario.

Una simile opzione non si pone per nulla in contrasto rispetto all'esigenza che si operi per la migliore implementazione nella cultura medica delle regole concernenti l'informazione del paziente e il ruolo del consenso. Anzi, evitando un rischio indiscriminato connesso alla forma più intensa della stigmatizzazione sanzionatoria, che avrebbe applicazioni episodiche e una cifra oscura elevatissima, rende simili regole più autorevoli e credibili.

Abbiamo davvero interesse a far sì che il rischio di «perdere» il malato, in contesti patologici complessi, possa risultare maggiormente accettabile per il medico, sotto il profilo delle conseguenze penalistiche prevedibili, rispetto al rischio di agire senza la certezza assoluta di non subire contestazioni in merito all'acquisizione del consenso?

Semmai vi è da chiedersi se le stesse forme tradizionali dell'intervento civilistico – che viene riferito, come s'è visto, anche alla mera trasgressione, esente da esiti lesivi, di obblighi concernenti il consenso¹⁴ – non favoriscano quelle tendenze difensive in ambito sanitario cui s'intende far fronte attraverso modalità volte a promuovere in primo luogo (anche attraverso procedure di mediazione conciliativa) la trasparenza e, dunque, la controllabilità dei comportamenti¹⁵.

¹² Cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. FIANDACA, *op. cit.*, c. 307, e F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 162 ss.

¹³ Cfr. la sentenza di cui *supra*, nota 7.

¹⁴ Cfr. *supra*, note 7 e 10.

¹⁵ Valga ancora il richiamo al Progetto di cui *supra*, nota 2.

Proprio in quest'ottica si può considerare se vi sia spazio, in rapporto al giudizio sull'acquisizione del consenso da parte del medico, per un'eventuale valorizzazione, secondo procedure più accuratamente definite rispetto al passato, della competenza deontologico-professionale, così da offrire un contesto valutativo adeguato alla complessità dei fattori significativi e alla scarsa possibilità di una formalizzazione rigida dei medesimi (meglio rispondenti, forse, a criteri d'inquadramento mediante *linee guida*): in tal modo facilitando l'individuazione dei casi in cui il malato abbia effettivamente patito un'offesa dei suoi diritti.

Attualità
Carcere, salute e umanizzazione

LAURA BACCARO - FRANCESCO MORELLI

Centro Studi di Ristretti Orizzonti, Padova

MORIRE DI CARCERE

SOMMARIO: 1. Muoiono ogni anno più di 100 detenuti per malattia: loro, sicuramente, non erano “simulatori”. - 2. Tra suicidi “annunciati” e suicidi “imprevedibili”. - 2.1. È possibile definire alcune cause del suicidio in carcere? - 2.2. Suicidi in carcere: testimonianze di detenuti, per capirne di più. - 3. Morire di overdose, per omicidio o cause “da accertare”: il carcere può essere “pericoloso”. - 4. Riconoscimento del diritto di non morire in carcere: che fare? - 4.1. Un “*compassionate release*” anche in Italia? - 4.2. Le “buone pratiche del diritto ad una giusta morte” nell’Amministrazione Penitenziaria. - 5. Cosa significa fare “prevenzione” dei suicidi in carcere?

1. *Muoiono ogni anno più di 100 detenuti per malattia: loro, sicuramente, non erano “simulatori”*

“La dignità – il diritto di essere rispettati –, per essere goduta, deve essere distribuita o, per così dire, immessa sul mercato degli scambi sociali e fatta circolare. Prova ne è che di fatto può esservi iniquità nella distribuzione di tale diritto”¹.

Argomentare del diritto civile e sociale alla dignità del morire può sembrare paradossale, poiché dovrebbe essere ovvio che questo diritto è legato al diritto alla salute, cioè ad un diritto naturale dell’uomo, fondato sul concetto di dignità della persona; ma la condizione particolare dello stato di detenzione è tale, che il detenuto si trasforma, a volte, in un uomo “diverso”, costretto a subire una compressione dei diritti anche nel momento della morte.

L’*“Ars Moriendi”*, l’arte del prepararsi al morire e l’arte di accompagnare il morire dell’altro, con i suoi testi che nel tardo medioevo erano veri e propri *vademecum* per i morenti e per chi li assisteva, oggi appare del tutto dimenticata, anche perché si vive sempre più soli e, soprattutto in carcere, si muore soli, nonostante si sia in tanti, in troppi dentro a celle sovraffollate.

Con il sovraffollamento poi assistiamo all’involutione di una “cultura” penitenziaria, nella quale il riconoscimento dell’altro come essere umano rischia di non essere più sentito come dovere e diritto istituzionale e professionale.

Nelle carceri italiane muoiono in media 150 detenuti l’anno, dei quali un terzo circa per suicidio (1.005 casi accertati, dal 1990 ad oggi), un terzo per cause immediata-

¹ D. SPARTI, *L’importanza di essere umani. Etica del riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 188.

mente riconosciute come “naturali”, e il restante terzo per “cause da accertare”, che indicano tutti i casi nei quali viene aperta un’inchiesta giudiziaria. È difficile credere che in tutti questi casi la morte sia stata un evento improvviso, inatteso e imprevedibile; più probabilmente ha rappresentato l’epilogo di una malattia che progressivamente si aggrava, con segni clinici e sintomi via via più evidenti che avrebbero dovuto allarmare i sanitari, far disporre il ricovero in ospedale e, quanto meno, dare l’avvio alle procedure per l’ottenimento del rinvio della pena o della detenzione domiciliare.

Perché questo non accade? Perché spesso non viene prestata sufficiente attenzione ai sintomi della malattia? Perché i detenuti non sempre vengono creduti quando lamentano un malessere?

Un caso recente, accaduto a Teramo, è particolarmente emblematico: Uzoma Emeka, detenuto nigeriano di 32 anni, muore il 18 dicembre, un tumore al cervello mai diagnosticato. “Venti giorni prima di morire, aveva già cominciato ad avvertire alcuni forti capogiri: perdeva i sensi all’improvviso, sveniva in cella e nelle docce, vomitava, non riusciva ad alzarsi dal letto, non mangiava, deperiva a vista d’occhio. Ogni volta che perdeva i sensi, i compagni di cella lo conducevano in infermeria sulle spalle, ma il medico di guardia, dopo pochi minuti, senza fare né disporre ulteriori accertamenti, lo rimandava in cella prescrivendogli tutt’al più qualche “pillola” per dormire. Anche la notte prima di morire Emeka era stato rispedito dall’infermeria nella cella, ma stava talmente male da non riuscire a rimanere nemmeno steso sul letto e cadeva continuamente a terra. Dopo alcuni tentativi è stato lasciato privo di sensi per terra, con un lenzuolo, per l’intera nottata, nonostante avesse vomitato più di una volta e gli altri detenuti ne chiedessero l’immediato ricovero in infermeria. Risultato: la mattina seguente lo hanno trovato con la bava alla bocca, rigido e privo di coscienza. Solo dopo qualche ora è stata finalmente chiamata l’ambulanza, ma ormai i medici non hanno potuto fare altro che constatarne il decesso²”.

Tragedie come quella sopra descritta accadono in un contesto dove la malattia, fisica e mentale, è talmente diffusa da rappresentare una sorta di perversa “normalità”: l’AIPsiMed, Associazione Italiana Psichiatri, rielaborando dati della “Indagine conoscitiva sullo stato della sanità negli istituti penitenziari”, delle Commissioni Giustizia e Igiene e Sanità del Senato – XVI Legislatura, ha concluso che l’80% dei detenuti soffre di una qualche patologia.

“Appena il 20% dei detenuti sono sani. I rimanenti si trovano in condizioni di salute mediocri (38%) scadenti (37%) o gravi (4%), con alto indice di comorbidità. Il 30% dei detenuti soffre di malattie del fegato, il 21% sono tossicodipendenti, il 15% hanno problemi di masticazione, il 13% ha malattie osteoarticolari. Le persone con Hiv sono 1.008, il 2,07% della popolazione car-

² Dalla relazione dell’avvocato A. GERARDI, che ha potuto visitare il carcere di Teramo e raccogliere la testimonianza dei compagni di cella di Emeka al seguito di una delegazione di parlamentari radicali (mail: alessandro.gerardi@libero.it)

ceraria complessiva. Ma l'infezione è molto più diffusa di quanto rivelino le cartelle cliniche, perché solo il 30-40% dei detenuti accettano di sottoporsi al test. Nelle carceri italiane ci sono oltre 22.000 malati psichiatrici, di cui: 11.160 depressi, 7.727 malati mentali gravi (non meglio definiti - n.d.r), 2.915 affetti da malattie neurologiche, 823 ritardati mentali³.

Ma in realtà, quando si verificano casi di mancato ascolto del paziente, esami clinici non effettuati, diagnosi sbagliate, in definitiva cure non prestate, il vero motivo è spesso lo stereotipo che vuole il detenuto manipolativo e falso, che simula un malessere (o ne esagera i sintomi) allo scopo di ottenere dei "benefici" (una misura alternativa, il ricovero in ospedale, o anche solo la collocazione in un reparto detentivo migliore). Inoltre i medici sono consapevoli che per un detenuto la libertà vale più della salute, quindi spesso "sospettano" che possa aver messo in atto pratiche autolesionistiche per auto-provocarsi i disturbi che lamenta e che, comunque, non seguirà le terapie prescritte in quanto gli "conviene" lasciare che la malattia si aggravi, nella speranza di ottenere l'incompatibilità con il regime detentivo.

Tra i vari gesti autolesivi che i detenuti possono compiere rientra anche lo sciopero della fame. A volte può trasformarsi in un ricatto la cui la posta in gioco è la perdita della vita, intesa come prezzo da pagare contro il rifiuto dell'istituzione a rispondere ad una richiesta.

Sono decessi difficilmente inquadrabili nella categoria "suicidio", come pure in quella "cause naturali", ma che rappresentano una tipicità della vita in carcere e del rapporto tra detenuto e istituzione. Ricordiamo, tra i più recenti, i casi di Ali Juburi, morto nell'agosto 2008 dopo 35 giorni di digiuno nel carcere di L'Aquila, e di Sami Ben Gargi, morto a Pavia lo scorso 5 settembre dopo quasi 40 giorni senza alimentarsi. Entrambi protestavano contro una condanna che ritenevano ingiusta.

2. Tra suicidi "annunciati" e suicidi "imprevedibili"

All'interno degli istituti di pena si registra un tasso di comportamenti suicidari molto maggiore di quello presente nella popolazione "libera": la nostra ricerca (che copre un arco di tempo di 30 anni, dal 1980 al 2009), rileva che tra i detenuti la frequenza del suicidio è all'incirca 20 volte maggiore rispetto all'insieme della popolazione italiana (11 per 10mila, contro 0,5 per 10mila). Ma il confronto più interessante risulta quello tra i suicidi tentati nei due gruppi: se nella popolazione nazionale, per ogni suicidio portato a termine, ci sono 1,1 tentativi di suicidio, nel carcere ne avvengono ben 13,3. Di conseguenza, se i detenuti si uccidono con una frequenza 20 volte maggiore rispetto ai "liberi", tuttavia tentano di uccidersi addirittura 243 volte di più.

Nella grande maggioranza dei casi chi vuole davvero suicidarsi ci riesce, mentre il

³ M. DE BAC, *Carceri, il record italiano. Sani solo 2 detenuti su 10*, in www.aispimed.org.

tentativo di suicidio spesso maschera una richiesta d'aiuto, nella speranza che qualcuno la sappia decifrare ed intervenga modificando una certa situazione. Quindi nel tentativo di suicidio è presente una forte ambivalenza motivazionale, che può oscillare tra l'intenzione di morire e quella di migliorare la propria condizione di vita. E, di conseguenza, alcuni suicidi sono in realtà "infortuni": dovevano essere solamente "tentati suicidi" ma qualcosa va male... un piede che perde l'appoggio... i soccorsi che non arrivano nel tempo previsto.

Spesso chi tenta il suicidio è già stato autore di ripetuti gesti auto-aggressivi, legati a volte a disturbi mentali diagnosticati o ad abuso di sostanze, ma il tentativo può anche essere agito come reazione impulsiva ad un evento familiare grave, o comunque ad una cattiva notizia, in detenuti che non avevano mai dato segni di essere "a rischio".

Fenomeno ancora più diffuso è l'autolesionismo, ogni giorno infatti nelle carceri italiane si verificano venti atti di autolesionismo. Interessante, al riguardo, questa testimonianza di Edoardo Albinati, insegnante nel carcere di Rebibbia e scrittore:

"Probabilmente il fenomeno più significativo della vita carceraria oggi è l'autolesionismo. Si tratta di un messaggio ambiguo e tremendo proprio per la sua natura, tragica, di anti-messaggio: nell'autolesionismo è come se venisse proclamata in modo clamoroso l'inutilità della comunicazione, la fine di ogni possibile discorso. Il detenuto che si cuce le labbra con ago e filo non sta infatti solo effettuando un'azione simbolica di protesta ("Finché sono rimasto calmo e ragionevole nessuno mi ha prestato ascolto, allora scelgo di diventare pazzo, faccio questa follia, e forse saranno costretti a starmi a sentire"), il che sarebbe ancora un segno di lucidità, un barlume di calcolato interesse disperatamente volto a migliorare la propria condizione, costi quel che costi; piuttosto mette in scena la totale mancanza di senso dell'esperienza che sta vivendo, producendo di sé soltanto un'immagine estrema che ripugna lo spettatore e lo allontana dalla possibilità e dalla voglia di comprendere, o meglio, lo induce a pensare che il dolore del detenuto sia ormai senza ritorno, meritevole forse di pietà ma comunque, nel suo fondo, incomprensibile, delirante, come il discorso di uno schizofrenico.

L'autolesionismo taglia così il nodo di chiacchiere che avvolgono il carcere di dentro e di fuori mostrando direttamente la sua ulcera, e lascia parlare solo le ferite, come in una passione medievale, ma senza una religione che dia senso alla sofferenza. La carne muta apre le sue bocche (le "finestre del dolore") e da queste esce sangue e basta. Non ci sono parole capaci di spiegare, di commentare saggiamente⁴.

Nella legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 non si parla del suicidio ma, genericamente, della tutela della salute dei carcerati all'art. 11, nel quale si legge che "L'assistenza sanitaria è prestata, nel corso della permanenza nell'istituto, con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati"⁵.

⁴ E. ALBINATI, *Maggio selvaggio*, Mondadori, Roma, 1999, p. 38.

⁵ L'Amministrazione penitenziaria si interessa formalmente della prevenzione del suicidio tra i

In realtà, in carcere il tentativo di suicidio è spesso punito disciplinarmente (come avviene anche per l'autolesionismo, il tatuaggio, il piercing), in base all'articolo 77 del Regolamento penitenziario che, al punto 1), prevede l'infrazione (molto generica) della "negligenza nella pulizia e nell'ordine della persona o della camera". Le misure che vengono adottate vanno da un "richiamo", all'esclusione dalle attività, fino all'isolamento⁶ o, nei casi più, gravi, ritenendo il soggetto affetto da una sorta di devianza psichica, ad un intervento di tipo medico-psichiatrico, che inquadra il suicidio come un comportamento "patologico" che viola il diritto-dovere alla salute.

Quindi abbiamo devianze di vario livello e varia gravità: se l'atto auto-soppressivo è considerato "serio", allora chi lo compie è considerato per lo più un malato di mente e l'Ordinamento penitenziario prevede l'adozione di misure rivolte alla tutela della salute mentale del soggetto; se il tentativo di suicidio è considerato "simulativo", si ritiene che il detenuto strumentalizzi il suo gesto per protestare contro l'amministrazione penitenziaria, oppure per ricattare al fine di ottenere qualche beneficio, o anche per vendicarsi delle frustrazioni subite. Il gesto è perciò etichettato come atto di devianza di un detenuto ribelle, perché in questi casi si ritiene che il detenuto compia un'analisi dei costi/benefici, nel senso che valuti cosa può riuscire ad ottenere. Insomma non rischia un T.S.O. o un invio in strutture psichiatriche per nulla, e la convenienza o meno dipende dalla sua posizione giuridica e dalle sue condizioni detentive, come pure dalla (supposta) ottenibilità degli obiettivi che si prefigge.

Abbiamo provato ad identificare situazioni e/o gruppi ad alto rischio di suicidio, mettendo a confronto le percentuali dei suicidi nelle diverse "categorie giuridiche" (imputati, condannati, internati) con quelle della rilevanza delle stesse all'interno della popolazione carceraria italiana, abbiamo così rilevato che la frequenza maggiore di suicidi si registra tra gli internati (26,4 su 10.000), il doppio rispetto alla frequenza tra gli imputati (12,7 su 10.000) e il triplo rispetto a quella tra i condannati (8,1 su 10.000).

Particolarmente a rischio sono i primi giorni, spesso le prime ore, di detenzione e i soggetti sono generalmente maschi, giovani (20-25 anni), non sposati, alla prima incarcerazione, arrestati per crimini minori, spesso connessi all'abuso di sostanze. Una grande quota dei suicidi nelle carceri avviene anche nei tre giorni che precedono un'udienza cruciale.

detenuti dal 1987, con la "Circolare Amato" con la quale si istituisce il "Servizio Nuovi Giunti" ed il suicida viene descritto sempre come un deviante psichico, sia in ottica "preventiva", sia in ottica "curativa". Il detenuto che tenta il suicidio dovrà essere assistito dai servizi sanitari intramurari quando è possibile, oppure "Ove, come statuisce l'art. 11 della legge, siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i detenuti sono trasferiti, con provvedimento del magistrato competente, in ospedali civili o altri luoghi esterni di cura", ma purtroppo e, spesso, per consuetudine, sembra che "altro luogo esterno di cura" sia soprattutto l'O.P.G.

⁶ A livello di rimedio strutturale si adotta, in molte carceri, la cosiddetta "cella liscia", una stanza che assomiglia a un parallelepipedo senza nessun oggetto all'interno e nessun appiglio alle pareti.

In confronto ai detenuti in attesa di giudizio, i detenuti condannati che commettono il suicidio in carcere sono generalmente più vecchi (30-35 anni), sono per lo più colpevoli di reati violenti e decidono di togliersi la vita dopo aver passato un certo numero di anni in prigione (spesso 4 o 5).

Questi suicidi possono essere preceduti da conflitti con altri detenuti o con l'amministrazione, litigi in famiglia, separazioni, o questioni legali come un'udienza persa, o la negazione di una misura alternativa. Con il tempo, l'incarcerazione porta stress aggiuntivi, come il conflitto con l'istituzione, la vittimizzazione, le frustrazioni legali, una fragilità fisica e psichica. Di conseguenza, il tasso di suicidio dei detenuti sembra crescere con la durata della pena. Gli ergastolani, in particolare, sembrano presentare un rischio molto elevato.

2.1. È possibile definire alcune cause del suicidio in carcere?

Iniziare a raccogliere i materiali per il dossier "Morire di carcere" ha significato per noi cominciare a leggere le storie di vita, o meglio quei pochi frammenti che a noi arrivavano dalle cronache dei quotidiani locali, dalle segnalazioni di volontari e operatori, dalle testimonianze dei famigliari, per tentare di capire in concreto che cosa c'era dietro ognuna di queste storie, e se davvero in carcere si può fare qualcosa per la prevenzione dei suicidi, o per lo meno, come sostengono i detenuti della redazione di *Ristretti Orizzonti*, per una "riduzione del danno da carcere".

Dai tentativi fatti per individuare le cause che determinano il suicidio, emerge spesso da parte delle istituzioni una riluttanza a prendere in considerazione elementi sociali e istituzionali, che si traduce nel rischio di sminuire l'importanza dell'evento della carcerazione a favore di una focalizzazione sul *background* medico e psicologico dei detenuti, cioè di un'impostazione individualistica e patologizzante del fenomeno.

Questo approccio non ha portato ad una maggiore prevedibilità dei comportamenti suicidari, né ad una loro diminuzione, anche perché ha distolto l'attenzione da quegli individui portatori di disagio, ma non individuabili attraverso i classici fattori di rischio: molte delle caratteristiche dei detenuti suicidi sono infatti comuni a tutti gli altri detenuti, e pochi studi hanno identificato elementi in grado di caratterizzare i detenuti che commettono suicidio rispetto al resto della popolazione carceraria.

I "nuovi giunti" e i detenuti prossimi al "fine pena", paradossalmente, condividono una grande incertezza e, infatti, il più alto tasso di suicidi si registra proprio tra questi due gruppi. In particolare nei giorni successivi all'incarcerazione i detenuti soffrono fortemente la perdita della facoltà di autodeterminarsi: sono in balia di decisioni altrui, come avessero "già perso la vita", non solo la libertà. Al contrario, i suicidi sono meno frequenti quando i detenuti si rendono conto di poter ancora "fare qualcosa" per il loro futuro, quindi in alcune fasi del processo, come pure durante lo svolgimento di attività utili per il dopo-pena (un corso di formazione, un lavoro intramurario, etc.).

Un elemento importante – che solitamente è addotto come concausa del maggior

numero di suicidi, tentati suicidi e comportamenti autolesivi tra i detenuti – è il sovraffollamento delle strutture carcerarie e l'ovvio disagio psico-fisico che ne deriva (ridotti spazi, mancanza di intimità), come pure il particolare stato di degrado ambientale di alcuni istituti rispetto ad altri.

In realtà le cause sono molteplici e più complesse. In parte comunque la costante crescita nel lungo periodo del numero di suicidi riusciti e suicidi tentati può essere attribuita al cambiamento di composizione della popolazione detenuta, con un aumento del numero di "soggetti fragili", in particolare tossicodipendenti e stranieri, che sono più esposti ai vari fattori di rischio auto-lesivo e auto-soppressivo.

Tabella 1
Suicidi e tentativi di suicidio nella popolazione detenuta dal 1980 al 2009

Anni	Presenza media di detenuti per anno	Detenuti suicidi per anno	Tasso suicidi per 10.000	Tentati suicidi	Tasso tentati suicidi per 10.000
1980	30.347	40	13,90	394	129,83
1981	32.555	54	16,60	442	135,77
1982	32.562	58	17,80	451	138,50
1983	39.247	44	11,20	506	128,92
1984	43.773	46	10,50	517	118,10
1985	43.569	44	10,10	489	112,23
1986	42.293	43	10,20	525	124,13
1987	33.865	51	15,10	398	117,52
1988	35.222	44	12,50	438	124,35
1989	35.187	38	10,80	456	129,59
1990	31.676	23	7,26	489	154,37
1991	31.169	29	9,30	516	165,54
1992	44.134	47	10,64	531	120,31
1993	50.903	61	11,98	670	131,62
1994	52.641	51	9,68	639	121,38
1995	50.448	50	9,91	868	172,05
1996	48.528	46	9,47	709	146,10
1997	49.306	55	11,15	773	155,97
1998	49.559	51	10,29	933	188,26
1999	51.072	53	10,37	920	180,01
2000	53.322	61	11,40	892	167,28
2001	55.193	69	12,52	912	165,23
2002	55.670	52	9,35	907	163,62
2003	55.432	57	10,28	859	154,08
2004	55.750	52	9,33	713	127,89
2005	57.796	57	9,87	750	129,76
2006	49.264	50	10,16	640	129,91
2007	44.233	45	10,17	610	137,90
2008	51.167	46	8,99	683	133,48
2009	62.060	71	11,30	785	126,49
Totali	<i>(Media)</i> 45.598	1.488	<i>(Media)</i> 11,07	19.415	<i>(Media)</i> 141,01

2.2. Suicidi in carcere: testimonianze di detenuti, per capirne di più

“Dietro la morte di un uomo ci sarebbero tante cose da dire, da detenuto posso affermare che troppo spesso il sistema è di una durezza devastante, l’aspetto umano di una pratica – perché noi alla fine siamo delle pratiche, dei fascicoli – non viene in nessun modo preso in considerazione, i tempi di attesa per una risposta da un tribunale di sorveglianza sono lunghissimi e l’ansia per chi attende una decisione in merito a un beneficio diventa spesso distruttiva. In generale è minima la percentuale delle richieste che vengono accolte dai tribunali di sorveglianza e ogni volta che riceviamo una risposta negativa alle nostre speranze diventa un dramma per noi detenuti e per tutte le nostre famiglie che vivono con noi la nostra drammatica esperienza” (Un detenuto, da Il Cittadino, 30 dicembre 2004).

“Il fatto è che anche se uno ha commesso un reato ha bisogno di sentirsi vivo, utile, e pensare che la sua vita non è finita lì” (Maher Gdoura).

“Per me la figura professionale che è adatta ad intervenire in queste situazioni è una figura che è in grado di comprendere dal colloquio quel che lo stato di ‘progettazione della vita’ dell’individuo che ha di fronte, che è in grado di comprendere che questa è una persona che comunque ha un suo modo di pensare e di comportarsi oppure è una persona disorientata, che quindi può mettere in atto un comportamento fuori dalle regole. E questa è una figura professionale che io qui in carcere non ho incontrato nell’accoglienza dei nuovi giunti, e quindi non so se si possa parlare di prevenzione” (Gianluca Cappuzzo).

“In cella con me ne sono passati tanti, e una volta è venuto un giovane che piangeva in continuazione giorno e notte, era stato arrestato per due o tre grammi di cocaina e non lo avevano ancora condannato. Io sono convinto di averlo aiutato e consigliato, cercando di fargli superare la paura e l’ansia che provava a trovarsi per la prima volta in carcere, poi è vero che arriva il momento che non sei più capace di aiutare nessuno, perché tutti i giorni arrivano queste persone che hanno bisogno di sostegno, e tu hai già i tuoi problemi, e finisce che non ce la fai più a farti carico anche di quelli degli altri” (Kamel Said).

“Sono diventato definitivo con la pena dell’ergastolo il 21 luglio del 2000, dieci giorni dopo arrivo in questo carcere e spiego che ho degli attacchi di panico. Il medico mi dice che mi manda dallo psichiatra, il mio terrore allora è diventato: mi vede lo psichiatra, chissà cosa scrive, chissà cosa fa, magari mi sbattono pure all’O.P.G. Sicché è venuto lo psichiatra dopo due o tre giorni su in sezione, e mi ha chiesto come mi sentivo, e lì sono stato velocissimo a rispondere ‘Bene, bene, tutto a posto tutto tranquillo’, pur che se ne andasse.

Io sono un ergastolano, però la progettualità secondo me non è solo la previsione di uscita, una forma di progettualità forse si può avere anche in carcere, io vorrei andare a vedere semplicemente se ci sono suicidi, o in che proporzione ci sono suicidi di chi frequenta attività e lavora, rispetto a quelli che non fanno niente e passano il tempo in branda.

Se tu a una persona gli dai un po’ di progettualità, e fai in modo che esca dalla cella, lui comincia a pensare che, se l’hanno messo a lavorare, vuol dire che gli hanno dato un po’ di fiducia, e chissà, comincia allora a nutrire una speranza. Ecco, rispetto a questo credo che la progettualità non debba essere intesa solo come una possibilità di uscita, ma proprio di vita” (Marino Occhipinti).

“Penso che serva un sistema all’interno del carcere che non lasci una persona sola, magari but-

tata mesi e mesi in una cella ad abbruttirsi, tutti noi abbiamo visto persone che non vanno neanche all'aria per anni interi. Dobbiamo tener presente poi che chi porta dentro di sé questa debolezza, o meglio questa angoscia, difficilmente sarà lui a chiedere aiuto, soprattutto perché lo stereotipo vuole che il carcerato, anche nella sua debolezza, deve comunque dimostrare di essere forte" (Maurizio Bertani).

"Per me le motivazioni che spingono le persone fuori dal carcere a suicidarsi sono molto diverse da quelle che spingono le persone al suicidio in carcere. Perché altrimenti qualcuno mi dovrebbe convincere che per quelli che si suicidano dentro, ci sarebbe stata una grossa possibilità che si suicidassero anche fuori. Sono tanti i fattori che spingono al suicidio in galera, per esempio io ricordo che quando sono entrato in carcere provavo molta vergogna nei confronti di mio padre, questo può essere considerato un 'fattore scatenante', soprattutto per i ragazzi giovani che entrano dentro, si vergognano e si lasciano sopraffare dall'angoscia. Allora bisognerebbe pensare a una figura che faccia da mediatore, non solo tra il delinquente giovane e la vittima, ma anche fra il delinquente giovane e la propria famiglia, che spesso si ritrova contro.

Se poi mi chiedono come fare prevenzione, io penso questo: considerato che l'essere umano ha bisogno di illudersi di migliorare la propria situazione, allora invece di dargli un televisore, le gocce per dormire o il vino, invece di dargli il calcetto in saletta, bisogna dargli degli altri interessi. Altri interessi in modo tale che, finché uno si trova in questa esistenza inutile che è il carcere, si illuda di fare qualcosa di utile, e poi magari lo fa veramente. Però questi interessi bisogna che arrivino a tutte le persone, e non è il compagno di cella, e non è il volontario, e non è il prete, è l'istituzione che deve pensare un carcere in modo tale che questi interessi siano lì a disposizione di tutti. Così chi non vuole riempire la sua vita di psicofarmaci, di vino o di televisione, magari trova davvero altre opportunità, e può darsi che riesca veramente a costruirsi una vita, che sia vita" (Elton Kalica)⁷.

3. *Morire di overdose, per omicidio o cause "da accertare": il carcere può essere "pericoloso"*

La fonte ufficiale dei dati è il dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che ogni anno pubblica il bollettino degli "eventi critici" distinguendo – per quanto riguarda le cause di morte dei detenuti – tre "categorie": cause naturali, suicidi e omicidi.

Ma a partire dal 2002, con il dossier "Morire di carcere", il centro studi di Ristretti Orizzonti ha individuato delle sotto-categorie che risultano molto interessanti per disvelare le dinamiche della vita (e della morte) in cella: in otto anni 24 detenuti sono rimasti vittima di overdose da droghe (eroina) ed altri 31 sono morti dopo aver inalato il gas delle bombolette con le quali si alimenta il fornello da camping, pratica utilizzata anche per procurarsi lo "sballo" in assenza di sostanze stupefacenti. Quindi, per questi ultimi, è difficile stabilire se si sia trattato di suicidio, oppure di un "incidente". Nello stesso periodo gli omicidi accertati sono stati 10 ed il responsabile, nella totalità

⁷ Per queste testimonianze, v. L. BACCARO, F. MORELLI, *In carcere. Del suicidio e di altre fughe*, Padova, Ristretti, 2009.

dei casi, è risultato essere un altro detenuto.

In oltre 250 casi (su circa 800 decessi non causati da suicidio e omicidio) la magistratura ha aperto un'inchiesta mirante ad accertare eventuali responsabilità degli operatori penitenziari: le ipotesi di reato vanno dalla omessa sorveglianza, fino all'omicidio colposo, o preterintenzionale.

I relativi procedimenti giudiziari sono, in genere, estremamente lunghi e controversi: raramente si arriva ad una sentenza definitiva in meno di 10 anni.

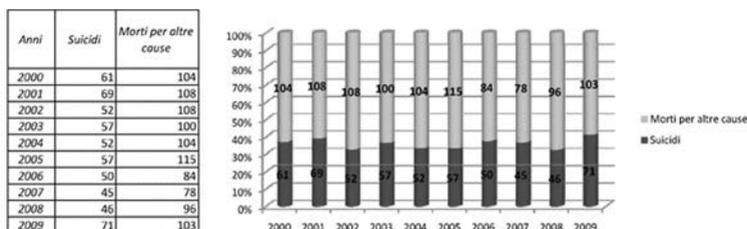
Ricordiamo il caso di Marcello Lonzi, la cui morte, avvenuta nel carcere di Livorno l'11 luglio 2003, fu inizialmente attribuita ad un infarto. Dopo numerose perizie e la riesumazione del corpo si è arrivati, nel 2009, a formalizzare l'accusa di omicidio volontario a carico di un detenuto e di un agente di polizia penitenziaria. Il processo dovrebbe iniziare entro l'anno in corso.

Nel mese di ottobre del 2009 ha suscitato particolare clamore ed indignazione il caso di Stefano Cucchi, anch'egli deceduto per "arresto cardiocircolatorio", secondo il primo referto medico, ma sulla cui morte sono state disposte subito indagini approfondite, dopo che i famigliari hanno diffuso alcune immagini del corpo di Stefano segnato da lividi ed ematomi. Allo stato attuale tre agenti sono indagati per omicidio preterintenzionale e sei medici per omessa assistenza.

Il "caso Cucchi" ha rappresentato un punto di svolta per la ferma determinazione dei famigliari nel chiedere l'accertamento della verità, "mettendoci la faccia" sui giornali e in televisione: dopo di loro altri parenti di detenuti hanno preso coraggio, contestando le "versioni ufficiali" sulle morti dei congiunti. Vicende come quella di Stefano Cucchi sono abbastanza rare, ma è importante sia stato riconosciuto pubblicamente che una persona detenuta ha dei diritti che devono essere tutelati e delle ragioni, e un'istituzione può avere dei torti.

Tabella 2

Rapporto numerico tra detenuti suicidi e morti "per altre cause"



4. Riconoscimento del diritto di non morire in carcere: che fare?

Il tema del “morire in carcere” è complesso, in quanto il diritto soggettivo del detenuto di morire libero di fatto si scontra con la volontà della società di punizione, deterrenza e protezione.

Dobbiamo perciò partire dal concetto che in carcere il non-rispetto della dignità del morire (cioè la possibilità di morire liberi, accompagnati da persone conosciute e dai famigliari, quando possibile) è spesso determinato da un arbitrario disconoscimento o, come minimo, da una limitazione dei diritti. Cos'è possibile fare perché sia riconosciuto ai detenuti il diritto di morire liberi?

4.1. Un “compassionate release” anche in Italia?

Nel 2009 in 36 su 50 degli Stati Uniti risulta adottato il *compassionate release*, procedura che consente il rilascio dei detenuti gravemente ammalati per “motivi di compassione”⁸. Anche i restanti Stati hanno almeno un meccanismo generale, che i detenuti morenti possono utilizzare per chiedere il rilascio⁹. Generalmente i detenuti malati terminali devono avere una speranza di vita di sei mesi o meno, prima di essere considerati ammissibili al *compassionate release*, ma in alcuni Stati la prognosi può allungarsi fino ad un anno. Sono esclusi dai benefici i condannati per reati gravi, per reati sessuali e gli ergastolani. Tuttavia molti giudici e funzionari statali sono restii a liberare i detenuti, fino a quando non è chiaro che la loro condizione di salute escluda il loro ritorno a comportamenti antisociali. Il *compassionate release* è adottato anche in Francia, Scozia, Cina e Nuova Zelanda. E in Italia? Partendo dalla normativa vigente, è sicuramente possibile un maggiore utilizzo del “Rinvio obbligatorio della esecuzione della pena” (dell’art. 146 del codice penale al comma 3), che peraltro

⁸ Già nel 1998 era attivo il progetto GRACE (Guiding Responsive Action in Corrections at End-of-Life). Alcune tra le migliori pratiche (M. RATCLIFF, *Dying inside the walls*, *Journal of Palliative Medicine*, 2000, 3, p. 509) individuate per l’accompagnamento alla morte dentro in carcere sono: il coinvolgimento dei detenuti come volontari; aumentare le visite delle famiglie, comprese quelle dei familiari del detenuto; la presenza di un team interdisciplinare, tra cui medico, infermiere, cappellano e operatori di altre professioni sociali, come minimo; pianificazione sanitaria anticipata; formazione al dolore e alla gestione dei sintomi; servizi di lutto; l’adattamento dell’ambiente per “comodità”.

⁹ Il North Carolina e l’Alabama hanno aderito ai programmi che permettono la liberazione dei prigionieri malati o morenti per tagliare i costi del sistema sanitario penitenziario (http://www.usatoday.com/news/nation/2008-08-13-furloughs_N.htm). Nel concreto solo pochissimi pazienti hanno caratteristiche clinicamente appropriate tali da essere effettivamente rilasciati prima di morire. Ad es. la California, con una popolazione carceraria di circa 150.000, prevede una media di 28 rilasci su 78 domande ricevute ogni anno. La legge sulla Medical Parole di New York del 1992 ha portato ad un totale di 215 uscite nei sette anni precedenti il 1998 (J.A. BECK, *Compassionate release from New York state prisons: Why are so few getting out?*, *Journal of Law, Medicine, & Ethics*, 1999, 27, p. 216).

andrebbe modificato, con l'automatismo della sospensione della pena in caso di diagnosi infausta, mentre ora è previsto quando la persona si trova "in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative".

4.2. *Le "buone pratiche del diritto ad una giusta morte" nell'Amministrazione Penitenziaria*

Sarebbe importante anche che l'Amministrazione penitenziaria adottasse dei protocolli operativi per quanto riguarda l'assistenza dei detenuti malati terminali che, a volte, muoiono comunque negli istituti. Vere e proprie "buone pratiche del diritto ad una giusta morte", che si traducono:

- nel "credere" a una persona detenuta quando dice che sta male;
- nella comunicazione della diagnosi al detenuto e ai congiunti;
- nel consenso informato per ogni pratica sanitaria e nel diritto all'autodeterminazione;
- nel prendere adeguati provvedimenti medici tempestivamente;
- nel garantire la stessa qualità della cura come se fosse libero;
- nel rispettare il diritto al rifiuto delle cure;
- nell'applicare la medicina palliativa;
- nel concedere misure alternative in tempi rapidi;
- nel garantire un accompagnamento alla morte;
- nell'immediata comunicazione ai famigliari del trasferimento o del ricovero ospedaliero;
- in caso di ricovero ospedaliero, nell'evitare piantonamenti o misure di coercizione;
- in caso di ricovero ospedaliero, nella possibilità di colloqui giornalieri con i congiunti o, in loro assenza, con persone amiche o volontari;
- in caso non siano concesse misure alternative, nel garantire in tempi veloci il trasferimento in un carcere vicino al luogo di residenza della famiglia;
- per le persone ritenute incapaci di intendere e di volere senza congiunti, nell'istituire un amministratore di sostegno.

5. *Cosa significa fare "prevenzione" dei suicidi in carcere?*

Con la necessaria premessa che ogni caso di suicidio contiene fattori di imponderabilità poiché deriva da situazioni e scelte personalissime, con il nostro lavoro, la paziente raccolta delle storie personali di detenuti suicidi, le testimonianze di persone detenute su questi temi, stiamo cercando di comprendere meglio le motivazioni dei suicidi tra i detenuti e abbiamo raccolto una serie di suggerimenti, un vademecum di "buone pratiche" miranti alla prevenzione:

Cosa non fare con un detenuto "a rischio":

- non metterlo nella cosiddetta "cella liscia";
- non togliergli tutto quello che potrebbe usare per suicidarsi: se vuole trova lo stesso il modo;
- non controllarlo in modo ossessivo;
- non minacciare di mandarlo in "osservazione" all'Ospedale Psichiatrico Giudiziario.

Cosa non fare con tutti i detenuti:

- non creare "sezioni ghetto";
- non aspettare che chiedano aiuto;
- non sottovalutare i tentativi di suicidio e le autolesioni, considerandoli "dimostrativi";
- non applicare sanzioni o punizioni per atti autolesionistici o tentativi di suicidio;
- non esprimere un giudizio morale sugli atti autolesionistici o i tentativi di suicidio; non suggerire (provocatoriamente) di "tagliarsi" per ottenere qualcosa.

Cosa fare:

- dare attenzione alla persona (Gruppi di attenzione e di ascolto sono presenti in alcune carceri) durante tutto il periodo detentivo, e non solo limitandosi al primo ingresso, o alla fase di accoglienza;
- aumentare le possibilità di lavoro e di attività intramurarie;
- cercare di credere a quello che le persone detenute dicono, rispetto ai problemi propri o dei compagni;
- ridefinire il concetto di rischio suicidario: il suicidio viene spesso visto come una malattia;
- migliorare il contesto relazionale all'interno della struttura;
- pensare a sostenere l'autore di reato nel rielaborare il reato commesso;
- pensare a una mediazione tra l'autore di reato e la sua famiglia;
- sostenere la persona detenuta in una sua progettualità;
- fare più formazione a tutto il personale.

prof. PAOLA COMUCCI - dott. DOMENICO FRANCESCO MEDDIS (*)

Università di Milano-Bicocca

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte Edu per sovraffollamento carcerario. – 3. Le cause del sovraffollamento e i danni prodotti al sistema dell'esecuzione penale in Italia. – 4. I rimedi per uscire dall'emergenza.

1. Considerazioni introduttive

Aspetti fortemente innovativi presenti nella Prima parte dell'ordinamento penitenziario varato nel 1975 non hanno ricevuto per anni la dovuta attenzione da parte delle Autorità demandate a curarne la pratica attuazione e a garantire l'osservanza dei principi asseriti in quel contesto¹. Ancora oggi lo scarto tra enunciazioni precettive e realizzazione delle stesse, è considerevole nonostante che siano passati trentacinque anni dall'emanazione di quella legge.

Le norme in questione sono, in particolare, quelle contenute nel Capo II della legge n. 354 del 1975, che attengono al trattamento penitenziario in senso stretto, ossia quelle disposizioni che sono rivolte a garantire regole di vita conformi al principio di umanità (racchiuse nel 3° comma dell'art. 27 Cost.) e ad assicurare il rispetto della dignità della persona (desumibili dagli artt. 2, 3, 13 e 36 Cost.), concetti con cui l'ordinamento penitenziario esordisce (art. 1, comma 1) e che in questa sede si scelse di disciplinare (piuttosto che in quella regolamentare, come ordinariamente avviene per queste materie) quasi a volerne sottolineare in tal modo la rilevanza sotto il profilo dei valori che ne sono sottesi. Tali disposizioni impongono negli istituti penitenziari il rispetto di alcune specifiche condizioni attinenti alle caratteristiche tecniche degli edifici (art. 5) e dei locali di soggiorno e pernottamento (art. 6); stabiliscono inoltre regole

* Il presente testo è stato pensato e progettato congiuntamente dagli autori. Materialmente Paola Comucci ha redatto i paragrafi 1 e 3, Domenico Francesco Meddis i paragrafi 2 e 4.

¹ Da parte del legislatore si è fortemente trascurato di predisporre un'adeguata tutela giurisdizionale per i diritti che in quel testo, per la prima volta venivano riconosciuti anche alle persone, a qualunque titolo, in stato di restrizione della libertà, al fine di proteggerli da eventuali arbitrarie prevaricazioni. Più volte la Corte costituzionale (cfr. sent. n. 26 del 1999 e 526 del 2000) ha ribadito la necessità della tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti dell'A.P. ritenuti lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizioni della libertà personale e ha sollecitato il legislatore ad indicare, sul piano processuale, il tipo di procedimento idoneo per la loro tutela. A tutt'oggi questa sollecitazione non è stata raccolta e dunque i nostri giudici continuano a non essere dotati di strumenti certi ed efficaci ai fini dell'effettiva tutela di questi diritti, rimasti così, in gran parte lettera morta.

riguardanti la qualità della vita dei singoli detenuti con riferimento al loro vestiario e corredo (art. 7), all'igiene personale (art. 8), all'alimentazione (art. 9), alla permanenza all'aria aperta, all'accesso ai servizi sanitari (art. 11) e alle attrezzature per le attività di trattamento (art. 12).

Sono disposizioni che ricalcano direttive di carattere internazionale, contenute nel testo delle "regole minime per il trattamento dei detenuti", approvato nel 1973 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, testo costituente una rielaborazione adeguata alla realtà europea della prima più risalente versione delle regole ONU del 1955². I contenuti precettivi di questi documenti, seppur privi di efficacia sul piano del diritto internazionale, assumono il valore di un codice deontologico; conseguentemente per l'amministrazione penitenziaria – secondo quanto disposto dalla regola n. 1 del testo appena richiamato – "la privazione della libertà deve essere attuata in condizioni materiali e morali che assicurino il rispetto della dignità umana conformemente alle presenti regole" con le quali si intende contribuire a garantire condizioni minimali di umanità e di dignità negli stabilimenti penitenziari.

Queste istanze di umanizzazione della pena detentiva si ricollegano, a loro volta, ai contenuti di atti internazionali elaborati a tutela dei diritti umani e che assumono forza cogente per il nostro Paese in virtù della loro ratifica da parte dell'Italia³. Così è, in particolare, per l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) che sancendo specificamente il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti nei confronti di qualsiasi individuo, è invocabile, come insegna la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu)⁴, anche a tutela delle persone in stato di detenzione. Alla luce di questi riconoscimenti, la privazione della libertà comporta per lo Stato che impone la restrizione, la responsabilità di detenere quella medesima persona in condizioni che ne rispettino la dignità e per la persona ristretta il diritto ad una adeguata tutela delle garanzie riconosciute sulla carta. In ragione di ciò da tempo si stanno moltiplicando i ricorsi alla Corte Edu (art. 34 Cedu) da parte di persone detenute nei vari paesi d'Europa che lamentano violazioni connesse al mancato rispetto dei diritti umani in carcere e le condanne della Corte nei confronti di questi stessi Paesi che se ne sono resi responsabili stanno finalmente dando adeguato riconoscimento a tali principi.

Di particolare interesse e attualità, a tal proposito, è la sentenza di condanna che la Corte Edu ha emesso, nel 2009, nei confronti dell'Italia riconoscendo, sotto il profilo tutelato dall'art. 3 Cedu, l'umanità delle condizioni detentive a cui il ricorrente era

² Tali regole hanno subito successivamente due ulteriori aggiornamenti nel 1987 e nel 2006 nella versione di "regole penitenziarie europee".

³ Così è per le disposizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, ratificata dall'Italia nel 1955; per il Patto internazionale dei diritti politici del 1966, entrato in vigore nel 1978 ecc.

⁴ V. *infra* § 2.

stato sottoposto – fra il 2002 e il 2003 – a causa del sovraffollamento presente all'epoca nell'istituto ove il medesimo era stato ristretto⁵.

Il sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani era già stato oggetto di un Rapporto redatto dal “Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti disumani o degradanti” (cpt), che visitò alcuni dei nostri istituti nel 1992, e che definì la situazione trovata nelle carceri del nostro Paese “deplorable” e “fallimentare”⁶. Fra le raccomandazioni allora rivolte alle autorità italiane, fu inserita quella di prendere immediatamente provvedimenti atti a ridurre in misura considerevole il numero dei detenuti presenti in alcuni istituti ma, come vedremo in seguito⁷, gli interventi posti in essere si sono rivelati inadeguati soprattutto per mancanza di organicità e coerenza nelle scelte operate.

Con la recente pronuncia della Corte Edu, la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto viene considerata di per sé, costitutiva di trattamenti contrari al senso d'umanità.

A prescindere da valutazioni circa la condivisibilità delle opinioni espresse dalla Corte nel caso di specie⁸, l'orientamento del Giudice europeo assume estrema rilevanza, considerato l'attuale momento storico nel quale si registra negli istituti del nostro Paese il più alto indice di sovrappopolazione di tutti i tempi⁹. In conseguenza della forza vincolante che le decisioni assunte dalla Corte hanno per le Parti contraenti, ai sensi dell'art. 46 Cedu ne deriva, oltre che un obbligo di adempimento a quanto

⁵ Si tratta della causa Sulejmanovic c. Italia (ricorso n. 22635/03) emessa il 16 luglio 2009, definitiva il 6 novembre 2009 il cui testo può essere letto nella traduzione in lingua italiana a cura del Ministero della Giustizia nel sito http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/pronunce/sentenze/2009/traduzione/SULEJMANOVIC%20-%20sentenza%20tradotta.doc

⁶ Cfr. *Rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia, Palermo, 1995*. Anche poco più di un anno fa, una delegazione del Cpt ha effettuato una visita periodica in Italia (dal 14 al 26 settembre 2008), che ha interessato le strutture penitenziarie di Montebello (Brescia), Buoncammino (Cagliari), Milano-S.Vittore (Centro d'osservazione neuropsichiatrico – CONP); Secondigliano (Napoli) e i reparti per i detenuti sottoposti al regime di “41-bis” del carcere di Novara e del reparto femminile di Roma-Rebibbia. Si tratta della settima visita dell'Organo del Consiglio d'Europa nel nostro Paese. Il Rapporto, ad oggi, non è stato ancora pubblicato.

⁷ V. *infra* §3.

⁸ Le motivazioni della sentenza sono dettagliatamente esaminate nel paragrafo successivo, a cui si rinvia.

⁹ Complessivamente, i ristretti sono 65.774, oltre 22.500 in più rispetto alla soglia regolamentare (circa 43 mila) e di poco superiore a quella tollerabile, di 64mila unità. Nel corso del 2009 la popolazione carceraria è aumentata di 8mila unità, passando dai 58mila reclusi del 31 dicembre 2008 ai circa 66mila. Gli spazi però restano gli stessi, con il risultato che, in molte celle, si dorme a rotazione oppure estraendo alla bisogna una brandina pieghevole. 34 dei 204 istituti penitenziari italiani ospitano più del doppio delle persone previste, mentre 171 carceri sono “fuori legge” dal momento che accolgono più persone di quante la capienza regolamentare consenta. Chi frequenta abitualmente il carcere testimonia di situazioni inumane e del tutto illegali in celle con letti a castello a quattro piani, dove si mangia seduti sui letti perché perfino gli sgabelli di legno sono spesso insufficienti.

ivi stabilito, anche l'impegno per il legislatore e l'amministrazione penitenziaria a procedere, nel più breve tempo possibile, alla rimozione delle cause che hanno determinato un fenomeno di tale portata, tuttora in continuo aumento, onde eludere il rischio che l'Italia sia sommersa nel frattempo da una valanga di condanne per la medesima violazione, ma soprattutto per evitare che le conseguenze negative, su piano umano, di questa situazione assumano risvolti sempre più tragici, la cui manifestazione più estrema è rappresentata dal grande numero di suicidi fra reclusi verificatisi negli ultimi tempi¹⁰.

2. *La condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per sovraffollamento carcerario*

Nel caso *Sulejmanovic c. Italia* – come si è già detto – per la prima volta, la Corte Edu ha condannato lo Stato italiano a risarcire il detenuto ricorrente per la mancanza flagrante di spazio personale di cui ha sofferto nella propria cella.

Mancando, nel testo della Convenzione, una disposizione specifica concernente il trattamento delle persone private della libertà¹¹, la giurisprudenza europea ha storicamente affidato la tutela dei diritti dei detenuti all'art. 3 Cedu¹² – interpretato estensivamente e in modo dinamico (c.d. *protection par ricochet*¹³) – sul presupposto che la detenzione non privi l'interessato «*de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention*»¹⁴ e che, conseguentemente, «*une peine d'emprisonnement régulièrement infligée est susceptible de soulever un problème sous l'angle de l'art. 3 par la manière dont elle est exécutée*»¹⁵.

Il caso, in particolare, riguarda un cittadino della Bosnia-Erzegovina detenuto nel carcere di Roma-Rebibbia – in esecuzione di una serie di condanne, per una pena

¹⁰ Nel 2009 si sono registrati in Italia 72 casi di suicidio, e dall'inizio di quest'anno ve ne sono stati già 6. È facile ipotizzare come la carenza di psicologi, educatori e assistenti sociali negli istituti sovraffollati, renda difficoltoso lo svolgimento di molte attività trattamentali, indispensabili, per dare un senso alla giornata del recluso che si trova così abbandonato a se stesso e alle proprie elucubrazioni, in condizioni materiali e morali di estremo disagio.

¹¹ Cfr., artt. 10 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e 5 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, nei quali, invece, è espressamente sancito che il detenuto debba essere trattato con umanità e con il rispetto della dignità inerente alla persona umana.

¹² In commento all'art. 3 della Convenzione si veda, in particolare, A. ESPOSITO, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), Padova, 2001, p. 49 ss.; nonché F. SUDRE, *Article 3*, in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di) Parigi, 1999, p. 155 ss.

¹³ V. C. Edu, sent. 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, in cui è consacrato, per la prima volta, tale meccanismo di protezione.

¹⁴ C. Edu, dec. 8 marzo 1962, *Ilse Koch c. Repubblica federale Tedesca*.

¹⁵ C. Edu, dec. 6 maggio 1978, *Kotalla c. Paesi Bassi*; v. anche dec. 6 maggio 1978, *X. c. Svizzera*.

complessiva di un anno, nove mesi e cinque giorni di reclusione – il quale, collocato, durante il primo periodo della sua detenzione, in diverse celle sovraffollate, aveva potuto disporre di uno spazio individuale, in media, di appena 2,70 mq. Il ricorrente, quindi, si era rivolto alla Corte Edu lamentando che le condizioni della sua detenzione – riferite, oltre che al sovraffollamento nella cella, anche all'insufficienza del tempo trascorso quotidianamente fuori di essa e all'impossibilità di lavorare in carcere – avevano violato l'art. 3 Cedu¹⁶. Egli invocava, in particolare, il mancato rispetto da parte delle autorità nazionali, del parametro indicato nel secondo rapporto generale del Cpt, che stabilisce in 7 mq la superficie minima «auspicabile» per ciascun detenuto all'interno dei locali di detenzione.

Nell'accogliere il ricorso, i giudici di Strasburgo hanno richiamato la giurisprudenza in materia, ribadendo, preliminarmente, che l'art. 3 Cedu sancisce uno dei valori fondamentali di tutte le società democratiche, in quanto proibisce, in termini assoluti, la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti¹⁷. Con particolare riguardo alle persone private della libertà, hanno, quindi, sottolineato come la previsione convenzionale imponga allo Stato obblighi non solo negativi, proibendo di sottoporre i detenuti ai predetti trattamenti, ma anche positivi, volti ad assicurare che le condizioni detentive siano compatibili col rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della pena non sottopongano l'interessato a un disagio o a una prova d'intensità tale da eccedere il livello inevitabile di sofferenza che discende dalla detenzione e che la salute e il benessere del detenuto siano garantiti in modo adeguato¹⁸.

Con riferimento specifico alle caratteristiche che devono presentare i locali destinati alla detenzione, la Corte europea ha richiamato la normativa nazionale e internazionale in materia¹⁹ e, alla luce dei suddetti principi generali, stante la necessità che siano rispettati *standard* minimi di vivibilità anche in condizioni di sovraffollamento²⁰,

¹⁶ Cfr. quanto ai contenuti, anche art. 5 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; 5 §2 Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969.

¹⁷ In tal senso, v. C. Edu, G.C., sent. 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia; G.C., 6 aprile 2000, Labita c. Italia. L'intangibilità dell'art. 3 Cedu, fermamente sancita dalla giurisprudenza convenzionale, si ricava direttamente dalla formulazione dell'art. 15 Cedu (deroga in caso di stato di urgenza), che, nel prevedere la possibilità, per le Alte Parti Contraenti, di derogare, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione, esclude in via assoluta dalla portata di tale deroga proprio il diritto garantito dal citato art. 3.

¹⁸ Cfr. C. Edu, G.C., sent. 26 ottobre 2000, Kudła c. Polonia; v. anche sent. 25 aprile 1978, Tyrer c. Regno Unito.

¹⁹ Sul piano nazionale, gli artt. 6 ord. penit.; 6 e 7 reg. esec. ord. penit.; sul piano internazionale, l'art. 18 delle regole penitenziarie europee, adottate con raccomandazione Rec. (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

²⁰ Come ha avuto modo di rilevare la stessa Corte di Strasburgo, la struttura penitenziaria in questione contava, all'epoca, un numero di detenuti variabile tra i 1456 e i 1660, a fronte di una capienza "tollerabile" di 1271.

la medesima Corte ha riconosciuto – sebbene solo a maggioranza dei suoi giudici – che, dal novembre 2002 all’aprile 2003, il sovraffollamento nella cella ha integrato, di per sé, un trattamento inumano o degradante ai danni del ricorrente, ai sensi dell’art. 3 Cedu²¹; mentre ha escluso la violazione convenzionale per il periodo di detenzione successivo, durante il quale il detenuto aveva conosciuto un miglioramento delle condizioni detentive, grazie alla possibilità di disporre di uno spazio individuale medio superiore ai 3 mq. Infine, Il Giudice ha ritenuto di dovere respingere le doglianze relative sia all’asserita limitazione del periodo d’aria – constatata la disponibilità per il ricorrente di trascorrere fuori dalla cella quasi nove ore nell’arco della giornata – sia al diniego dell’autorizzazione a svolgere lavoro in carcere, non ritenendo tale ultima circostanza sufficiente, da sola, a integrare un trattamento contrario alla predetta previsione convenzionale.

Ai fini della sua valutazione, la Corte ha utilizzato il predetto parametro del Cpt²², senza, tuttavia, giungere a stabilire, in modo preciso e definitivo, la misura dello spazio personale di cui dovrebbe godere ciascun detenuto secondo la Convenzione, potendo essa dipendere da molteplici fattori, come la durata della privazione della libertà personale, la possibilità di accesso alla passeggiata all’aria aperta nonché le condizioni mentali e fisiche del detenuto²³.

Già in numerosi precedenti emessi nei confronti di diversi Stati, il Giudice europeo aveva avuto occasione di focalizzare la propria attenzione sul sovraffollamento carcerario e sulle ripercussioni negative che esso ha sullo stato psico-fisico dei detenuti, riconoscendo, in quelle occasioni, il generale diritto di ciascuno di questi a disporre di una superficie personale adeguata all’interno delle celle di detenzione e precisando, altresì, che un’eccessiva sovrappopolazione carceraria pone di per sé un problema sotto il profilo dell’art. 3 della Convenzione²⁴. In alcuni casi giudicati “estremi” – richiamati in sentenza – in cui lo spazio era inferiore a 3 mq individualmente la Corte europea era giunta ad affermare che l’esiguità dello spazio personale potesse, di per sé, integrare un trattamento inumano o degradante²⁵; mentre, nei casi in cui il sovraffollamento non era tale da sollevare, da solo, un problema sotto il profilo della suddetta norma, al fine di verificare il rispetto di quest’ultima, essa aveva ritenuto di dover prendere in considerazione anche altri aspetti delle condizioni di detenzione²⁶.

²¹ A titolo di “equa soddisfazione”, la Corte Edu ha poi riconosciuto al ricorrente la somma di 1000 euro per il danno morale patito.

²² Cpt/Inf (92) 3, § 43.

²³ Cfr. C. Edu, sez. I, sent. 19 luglio 2007, Trepashkin c. Russia.

²⁴ V. C. Edu, sez. III, sent. 15 luglio 2002, Kalashnikov c. Russia.

²⁵ V., tra le altre, C. Edu, sez. I, sent. 12 marzo 2009, Aleksandr Makarov c. Russia; sez. I, sent. 6 dicembre 2007, Lind c. Russia; sez. I, sent. 21 giugno 2007, Kantyrev c. Russia.

²⁶ Cfr., tra le altre, sent. Trepashkin c. Russia, cit.

Alla base delle proprie valutazioni, di fatto, la Corte aveva sempre utilizzato il criterio della soglia minima di gravità²⁷. Tale criterio, in particolare, è stato elaborato dai giudici europei proprio per individuare e circoscrivere l'ambito applicativo dell'art. 3 Cedu e per permettere di distinguere tra le diverse condotte illecite contemplate al suo interno: il trattamento degradante (*seuil minimum*), il trattamento inumano (*seuil intermédiaire*) e la tortura (*seuil supérieur*)²⁸. Tale accertamento, condotto attraverso una valutazione relativa, richiede, infatti, l'esame accurato delle circostanze fattuali e delle qualità soggettive della presunta vittima della tortura o del trattamento inumano o degradante²⁹ – a prescindere dalla sua condotta³⁰ e dal carattere eccezionale della situazione che le autorità statali sono chiamate a fronteggiare – e dipende, come detto, in base ad una giurisprudenza convenzionale in continua evoluzione, dall'insieme dei dati della causa³¹.

La sentenza Sulejmanovic rappresenta, dunque, il primo caso in cui, concretamente, i giudici di Strasburgo abbiano valutato il sovraffollamento carcerario – e quindi, il fattore spaziale – quale criterio oggettivo ed esclusivo per la constatazione della violazione convenzionale. Centrale, ai fini della condanna dello Stato italiano, l'impiego dello *standard* di 7 mq individuato dal Cpt, invocato dal ricorrente.

Come accennato, la decisione non è stata assunta all'unanimità dei giudici della Corte (cinque voti favorevoli sui sette a disposizione). Di particolare interesse è l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky (alla quale ha aderito il giudice Jočienė), in cui lo stesso – dal suo punto di vista – ha messo in luce le contraddizioni in cui sarebbe caduta la Corte nel motivare la propria decisione nei termini suesposti. Pur precisando di non sottovalutare il problema del sovraffollamento carcerario, il giudice di minoranza ha ritenuto, in primo luogo, che le condizioni lamentate dal ricorrente, tenuto conto della sua giovane età e del periodo relativamente breve di detenzione, non avessero raggiunto quel "minimo di gravità" richiesto dalla costante giurisprudenza europea per far ricadere un determinato fatto o comportamento nell'ambito

²⁷ Tale criterio è stato utilizzato per la prima volta in C. Edu, sent. 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito.

²⁸ Secondo le definizioni date in sent. Tyrer c. Regno Unito, cit., il trattamento inumano è quello che «*provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière*», mentre il trattamento degradante è ciò che «*humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience*». Rispetto ai trattamenti inumani e degradanti, la qualifica di tortura deve essere riservata «*à des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances*» (sent. Irlanda c. Regno Unito, cit.).

²⁹ Sul punto v. sent. Irlanda c. Regno Unito e Tyrer c. Regno Unito, cit.

³⁰ «*La particolare gravità dei reati di cui l'individuo è accusato non riveste dunque alcuna rilevanza ai fini della valutazione del trattamento da egli subito alla luce dell'art. 3*» (cfr., ex multis, C. Edu, sez. II, sent. 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*; G. C., sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; G. C., sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*).

³¹ Cfr. sent. Tyrer c. Regno Unito e Soering c. Regno Unito, cit.

d'applicazione dell'art. 3 Cedu³². Dall'esame della casistica in materia emerge, secondo lo stesso giudice, che la Corte europea ha sempre valutato la sovrappopolazione carceraria nell'ambito di un giudizio unitario e complessivo, che ha apprezzato, di volta in volta, anche ulteriori e diversi fattori, quali la durata della privazione della libertà, un accesso insufficiente del detenuto all'aria e alla luce naturale, un calore eccessivo associato alla mancanza di ventilazione, la mancanza di acqua potabile o corrente, la condivisione dei letti tra i detenuti, una limitazione del periodo d'aria, le gravi condizioni igienico-sanitarie, il rischio di diffusione di malattie, la mancanza di cure adeguate ai detenuti affetti da patologie³³. E ancora, anche in quei casi in cui ha rilevato che ciascun detenuto disponeva dai 3 ai 4 mq, ha certificato la violazione convenzionale considerando, però, che la mancanza di spazio individuale era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce³⁴. Da una tale considerazione d'insieme dei fattori concomitanti che caratterizzavano il caso concreto, la Corte europea non si sarebbe, quindi, mai discostata prima d'ora. Inoltre, i giudici di maggioranza, basando la decisione esclusivamente sul predetto parametro, a discapito del criterio della gravità, sarebbero incorsi in un equivoco. Tale parametro, infatti, indicherebbe un livello soltanto auspicabile e non una regola minima. Esso farebbe poi riferimento alle sole celle di polizia e non anche alle celle di reclusione degli istituti penitenziari, in relazione alle quali, invece, il Cpt stesso avrebbe sempre ritenuto di escludere qualunque automatismo nel rapporto tra dimensioni delle celle e il numero dei detenuti.

A conforto delle sue argomentazioni, il giudice dissenziente ha richiamato i precedenti in cui la Corte europea ha, in un caso, concluso per la non violazione dell'art. 3 Cedu, stante uno spazio individuale compreso tra 2,70 e 3,20 mq³⁵; mentre, in un altro, non ha considerato la mancanza di spazio individuale di per sé sufficiente ad integrare la violazione della disposizione, sebbene il ricorrente avesse disposto di meno di un mq³⁶. Le conclusioni cui è giunta la Corte Edu nel caso in esame evidenzerebbero, secondo Zagrebelsky, una certa tendenza dello stesso Giudice europeo a tenere in maggior considerazione, ai fini delle sue valutazioni, ciò che è "auspicabile" rispetto a quanto è "dovuto". Un tale orientamento, pur nell'intento di assicurare una maggiore tutela contro i trattamenti vietati, porterebbe con sé il rischio di un abbassamento della soglia minima di gravità richiesta per l'integrazione dei trattamenti inumani o

³² V., per tutte, sent. Irlanda c. Regno Unito e Tyrer c. Regno Unito, cit. Alle medesime conclusioni era pervenuto il Governo nella sua difesa davanti alla Corte.

³³ V., tra le tante, C. Edu, sez. I, sent. 16 giugno 2005, Lazbov c. Russia, in cui si legge: «per determinare se le condizioni detentive sono degradanti, la mancanza di spazio (nella fattispecie, meno di un mq) è un fattore che pesa fortemente ma non può essere criterio esclusivo».

³⁴ Cfr., *ex pluribus*, C. Edu, sez. I, sent. 9 ottobre 2008, Moisseiev c. Russia; sez. I, sent. 12 giugno 2008, Vlassov c. Russia; sez. III, sent. 18 ottobre 2007, Babouchkine c. Russia.

³⁵ C. Edu, sez. III, sent. 24 luglio 2001 Valasinas c. Lituania.

³⁶ C. Edu, sent. Labzov c. Russia, cit.

degradanti, e, inevitabilmente, anche alla “relativizzazione” del divieto “assoluto” di cui all’art. 3 Cedu.

Le considerazioni fin qui svolte dimostrano la difficoltà di definire una volta per tutte i requisiti minimi delle modalità d’esecuzione della pena detentiva rispettose della dignità dell’uomo. Sotto questo profilo, al di là del loro carattere non vincolante in senso stretto, i parametri del Cpt – così come le Regole penitenziarie europee – codificano, in un certo senso, proprio quel principio del rispetto dei diritti umani che i Paesi europei hanno scelto di porre a fondamento dei propri ordinamenti e consentono, quindi, di misurare la qualità dei sistemi penitenziari nazionali. Rappresentando uno strumento di promozione e di tutela dei diritti delle persone detenute, essi finiscono per avere un impatto assai significativo o sul piano dell’interpretazione dei contenuti dell’art. 3 Cedu e, conseguentemente, sulle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Pur tenendosi conto di ciò e a prescindere anche dalla condivisibilità o meno delle argomentazioni contenute nella *dissenting opinion*, la decisione cui è pervenuta la Corte nella specie, però, solleva qualche perplessità sotto il profilo dell’adeguatezza della motivazione portata a sostegno della condanna. Si può ragionevolmente sostenere che i giudici di Strasburgo, applicando il richiamato criterio di gravità e alla luce della giurisprudenza consolidata in materia, avrebbero anche potuto escludere la violazione sotto il profilo dell’art. 3 Cedu, posto che il periodo di detenzione ritenuto rilevante ai sensi di questa disposizione era stato – come detto – di appena qualche mese, che la vittima, di giovane età, non aveva lamentato ulteriori motivi di sofferenza (ad esempio, mancanza di luce, scarsa aerazione naturale ovvero cattive condizioni igienico-sanitarie) e che la stessa Corte, in definitiva, aveva considerato non drammatico il problema del sovraffollamento all’interno della struttura interessata. Oltretutto, tale conclusione non avrebbe privato il ricorrente di adeguata protezione, poiché, come più volte ha avuto modo di precisare la Corte, le condotte che non rivestono i caratteri del trattamento inumano o degradante, non sono per ciò solo irrilevanti in assoluto per la Convenzione³⁷. Riguardo ad esse, infatti, la tutela può derivare da altre disposizioni convenzionali e, in particolare, dall’art. 8 Cedu, che tutela il diritto alla vita privata e familiare. La giurisprudenza europea, già in passato, ha avuto occasione di elevare tale ultima disposizione a norma sostitutiva dell’art. 3 Cedu, stante la più ampia protezione all’integrità fisica della persona che essa può garantire³⁸.

La sentenza in commento, che vede la luce nel 2009, in piena emergenza sovraffollamento, va letta e considerata, però, oltre il caso specifico. Davanti alla situazione

³⁷ V. C. Edu, sent. 25 marzo 1993, Costello Roberts c. Regno Unito.

³⁸ V. C. Edu, Costello Roberts c. Regno Unito, cit., in cui si legge: «La Cour n’exclut pas la possibilité de considérer l’article 8 comme octroyant parfois, en matière de mesures disciplinaires, une protection plus ample que celle de l’article 3».

attuale, infatti, ben difficilmente i giudici europei si sarebbero potuti tirare indietro dal condannare lo Stato, pur escludendo la precisa volontà di quest'ultimo di umiliare o avvilire il ricorrente ovvero sottoporlo a un trattamento contrario all'art. 3 Cedu. L'assenza di una tale specifica intenzione, secondo una costante giurisprudenza europea, non vale, di per sé, ad escludere una violazione di tale disposizione³⁹. Alla Corte va allora riconosciuto il merito di avere stigmatizzato, con la condanna in questione, un problema che nel nostro Paese è oramai da tempo diventato strutturale, soprattutto per la mancanza di politiche penitenziarie nazionali capaci di una seria ed organica analisi delle cause del sovraffollamento e per la conseguente incapacità di predisporre adeguate e razionali scelte sul piano legislativo. Proprio tale consapevolezza da parte dei giudici europei, più che le concrete condizioni detentive del ricorrente, sembra aver giocato un ruolo decisivo ai fini della condanna del nostro Paese sotto il più stigmatizzante profilo dell'art. 3 Cedu.

A conferma di ciò, possono riprendersi le parole espresse nell'opinione concordante dal giudice Sajó, che, pur condividendo in pieno le conclusioni cui è giunta la Corte, ha ritenuto, tuttavia, di dover meglio precisare il motivo per cui la flagrante mancanza di spazio personale ha costituito, per il ricorrente, un trattamento inumano o degradante: «Nelle particolari circostanze del caso, l'inumanità della situazione risiede nel fatto che lo Stato non ha dimostrato di avere adottato misure compensative supplementari per attenuare le condizioni estremamente gravose derivanti dalla sovrappopolazione del carcere»⁴⁰.

Più di recente, in due giudizi contro la Polonia⁴¹, la Corte europea è tornata di nuovo sul problema del sovraffollamento delle carceri. Nel dispositivo della sentenza, il Giudice europeo ha direttamente invitato lo Stato convenuto all'adozione di misure di carattere generale, oltre che individuale, per far fronte in maniera risolutiva al problema della sovrappopolazione carceraria. Ha affermato, in particolare, che spetta al governo convenuto organizzare il proprio sistema penitenziario in modo tale da garantire il rispetto della dignità dei detenuti, a prescindere dalla difficoltà finanziarie o logistiche cui lo stesso deve fare fronte e che, ove non sia in grado di garantire che le condizioni di detenzione siano conformi ai requisiti di cui all'art. 3 della Convenzione, abbandoni la propria rigorosa politica criminale, al fine di ridurre il

³⁹ CFr C. Edu, sez. II, sent. 28 marzo 2006, Melnik c. Ucraina.

⁴⁰ ...e ancora: «Esso (lo Stato, *ndR*) avrebbe potuto prestare particolare attenzione alla situazione, ad esempio concedendo altri vantaggi ai detenuti. Ciò sarebbe servito a far passare loro il messaggio che lo Stato, pur dovendo far fronte ad un'improvvisa crisi carceraria, non era indifferente alla sorte dei detenuti e intendeva creare condizioni detentive che, tutto sommato, non facessero pensare al detenuto come a nient'altro che un corpo da dover sistemare da qualche parte. Nel caso di specie, la mancanza di attenzione da parte dello Stato aggiunge una punta d'indifferenza all'acuta sofferenza causata dalla punizione, sofferenza che andava già quasi oltre l'inevitabile».

⁴¹ V. C. Edu, sez. IV, sent. 22 ottobre 2009, Orchowski c. Polonia; sez. IV, sent. 22 ottobre 2009, Sikorski c. Polonia.

numero delle persone in carcere ovvero realizzi un sistema di misure alternative alla detenzione⁴².

Ci sembra che tali ultime affermazioni debbano essere, per il futuro, tenute in massima considerazione da parte delle autorità politiche italiane, perché né mancanza di risorse finanziarie né politiche criminali orientate a forti risposte punitive potranno giustificare la perdurante violazione dei diritti e della dignità dei detenuti. Altrimenti, la prossima condanna per l'Italia è già scritta.

3. Le cause del sovraffollamento e i danni prodotti al sistema dell'esecuzione penale in Italia

Le dimensioni drammatiche assunte dalla sovrappopolazione penitenziaria in Italia induce a chiedersi come sia stato possibile arrivare a questo punto; quali siano state le cause che hanno determinato la situazione allarmante di questi giorni.

Il problema invero è complesso perché non si tratta di un fenomeno venuto alla luce negli ultimi anni ma risalente nel tempo e dovuto a una molteplicità di fattori che via via hanno concorso ad ingigantirlo. All'epoca della riforma penitenziaria del 1975 il carcere ne soffre già. La composizione della popolazione penitenziaria è comunque abbastanza omogenea e si ritiene che le nuove norme calate in quella realtà potranno ridurre l'entità attraverso il ricorso alle misure alternative alla detenzione, la novità più significativa contenuta nella legge. C'è inoltre la convinzione che il quadro complessivo delle riforme penali in cantiere produrrà un forte ridimensionamento del problema⁴³.

Così non fu. Sono note le difficoltà che emersero nel procedere sulla strada delle riforme della parte restante del sistema penale complessivo. Il nuovo codice di procedura penale vedrà la luce solo nel 1988 e la riforma del codice penale è ancora di là da venire. Questa mancata riforma fu l'elemento che – impedendo di rimuovere gli ostacoli costituiti dal primato riconosciuto alla pena detentiva nel nostro sistema sanzionatorio – determinò a monte (e continuerà a determinare nel tempo, fino ai nostri giorni) le sorti in negativo della politica penitenziaria italiana, soffocata dal flusso di entrata in carcere di condannati a pene detentive anche di lieve entità, per i quali altri avrebbero dovuto essere gli strumenti sanzionatori.

Soprattutto per questo motivo le sorti dell'esecuzione penale sono state accompagnate costantemente dal fenomeno del sovraffollamento carcerario e, a tal punto le

⁴² C. Edu, sent. Orchowski c. Polonia e Sikorski e Polonia, cit.

⁴³ L'emanazione dell'ordinamento penitenziario avrebbe dovuto inserirsi in un quadro organico di riforme di tutto il sistema penale: la riforma del libro I del codice penale, all'epoca in discussione davanti alla Commissione giustizia della Camera e l'approvazione della legge-delega per il nuovo codice di procedura penale.

scelte legislative ne sono state condizionate – in maniera più o meno mascherata – da derivarne lo stravolgimento dell'originaria impalcatura del sistema, nel quale il carcere avrebbe dovuto perdere la sua centralità. Secondo le linee della riforma appena attuata la detenzione, infatti, avrebbe dovuto diventare il punto di partenza di un percorso controllato e assistito, progressivamente aperto a spazi sempre maggiori di libertà e con contatti sempre più frequenti con la società libera. Da lì avrebbe dovuto iniziare quella cooperazione fra condannato e istituzione, finalizzata al reinserimento sociale del medesimo, al quale si sarebbe dovuti pervenire attraverso la predisposizione di un programma trattamentale individualizzato, a sua volta basato sui risultati dell'osservazione della personalità e il criterio della progressione nella fruizione dei cosiddetti benefici penitenziari (art. 13 ord. penit.).

La realizzazione di un progetto del genere, sicuramente ambizioso, ma pienamente rispondente alle direttive internazionali dell'epoca, che poneva come condizione del buon risultato della metodologia abbracciata l'esiguità numerica dei suoi destinatari⁴⁴, che sottolineava la dannosità di influenze nocive fra detenuti, che aveva fatto proprio il principio della separazione fra imputati e condannati, si scontrò invece con una realtà penitenziaria sovraffollata e promiscua, decisamente impreparata a riceverlo. I mutamenti sociali di quel periodo concorsero a mettere ulteriormente in crisi quel sistema. L'espandersi della criminalità per reati collegati all'uso degli stupefacenti, l'ondata di terrorismo a cui seguirà di lì a poco l'esplosione della criminalità organizzata sono fenomeni che incideranno ancora di più sia sull'aumento della popolazione penitenziaria che sulla sua tipologia che tenderà a diversificarsi in maniera sempre più marcata⁴⁵.

Questa situazione verrà peraltro affrontata dal legislatore in maniera del tutto inadeguata; nella gestione del fenomeno, raramente si affiderà a scelte derivanti da una seria e organica analisi delle cause del sovraffollamento medesimo; più frequentemente si lascerà trascinare dall'onda emotiva, scaturita nell'opinione pubblica da situazioni contingenti e che porteranno ad un alternarsi di aperture e chiusure, di riforme e controriforme che finiranno per produrre gravi danni sia nell'ambito dei percorsi trattamentali volti al reinserimento sociale dei condannati che sulle condizioni di vita delle persone a qualunque titolo detenute.

Quanto alle aperture si è trattato di una politica penitenziaria per lo più portata avanti con una funzione di supplenza nei confronti di una politica criminale disorganica e irrazionale, che da un lato persegue fino all'eccesso la strada della penalizzazione e dall'altro lascia immutato il quadro di riferimento sanzionatorio⁴⁶. Tanto la c.d.

⁴⁴ L'ordinamento penitenziario prevede un limitato numero di detenuti all'interno degli istituti, tale da favorire l'individualizzazione del trattamento (art. 14, comma 1, ord. penit.).

⁴⁵ Se nel quinquennio 1971-1975 la popolazione penitenziaria si era mantenuta nell'ordine delle 26.000 unità, prima dell'amnistia del 1978 raggiunge le 35.000.

⁴⁶ L'unico provvedimento legislativo in tema di depenalizzazione e decarcerizzazione varato in

legge Gozzini (n. 663/1986) che la legge Simeone-Saraceni (n. 165/1998) si inquadrano nell'ottica di una deflazione carceraria, sotto certi versi addirittura sconcertante, proprio perché con difficoltà si riesce a ricondurla nei binari di una premialità applicata conseguentemente alla verifica di un processo di "rieducazione" in atto piuttosto che a una premialità *tout court*, finalizzata, seppure in maniera indiretta e mascherata, dall'esigenza di alleggerimento della popolazione ristretta. Così è per le disposizioni della legge 663/86 che sensibilmente estendono l'area di applicazione delle misure alternative – da quel momento, entro certi limiti, fruibili anche dalla libertà – e rimuovono i residui elementi di rigidità normativa che precedentemente si opponevano alla utilizzabilità di tali strumenti; allo stesso modo si verifica per la norma che modifica la disciplina della liberazione anticipata aumentando notevolmente lo sconto di pena semestralmente fruibile dal condannato che tenga una condotta regolare⁴⁷. Lo stesso dicasi per le modifiche introdotte dalla legge 165/98, con la quale la scelta deflativa – in ragione della intollerabile situazione di sovraffollamento ancora una volta raggiunta – cresce ulteriormente e in maniera discutibile, nei casi in cui a dover essere eseguite siano pene detentive di durata medio-breve (tre anni in genere, quattro per i tossico e alcool-dipendenti). L'applicazione anticipata delle misure alternative rispetto all'inizio dell'esecuzione della pena, viene infatti ancorata a un meccanismo che rende obbligatoria, salve rare eccezioni, la sospensione dell'ordine di esecuzione fino a quando il tribunale di sorveglianza non avrà deciso di concedere o meno la misura alternativa richiesta dalla libertà (art. 656, comma 5, c.p.p.). Ulteriormente allargato è anche l'ambito di operatività delle misure stesse, fra le quali la detenzione domiciliare spicca per l'esteso uso che ne viene fatto tanto per finalità umanitarie che specialpreventive (art. 47 *ter*; commi 1, 1 *bis*, 1 *ter*; ord. penit.).

Da queste riforme, delle quali peraltro non vanno dimenticati i contenuti qualificanti sotto altri profili⁴⁸, il sistema dell'esecuzione penale, proprio perché inquinato

quegli anni è la legge n. 689 del 1981, che oltre a depenalizzare alcuni reati, introdusse per le pene detentive brevi, le sanzioni sostitutive della semidetenzione, della libertà controllata e della pena pecuniaria, di portata particolarmente modesta, perché operanti rispettivamente nell'ambito di sei mesi, tre mesi e un mese di pena detentiva ritenuta irrogabile dal giudice. Questi limiti sono stati innalzati e portati rispettivamente a due anni, un anno e sei mesi con la legge n. 134/2003.

⁴⁷ È nel contesto di quella legge che viene introdotta la detenzione domiciliare (art. 47 *ter* ord. penit.); che si riscrive la disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari (art. 47 *bis* ord. penit.); che la fruibilità dell'affidamento in prova al servizio sociale viene portata da pene non superiori a due anni e sei mesi a tre anni (art. 47 ord. penit.); che vengono introdotti i permessi premio (art. 30 *ter* ord. penit.), che ne viene consentita, come per la semilibertà per pene fino a sei mesi e per la detenzione domiciliare, la concessione dalla libertà; che vengono eliminati i reati ostativi alle misure alternative; che le riduzioni di pena ai fini della concessione della liberazione anticipata passano da 20 a 45 gg. per ogni semestre di pena espiata (art. 54 ord. penit.); che gli ergastolani sono ammessi a fruire dei permessi premio, della semilibertà, della liberazione anticipata ai fini della fruizione della liberazione condizionale.

⁴⁸ La coraggiosa accentuazione del carattere flessibile della pena non solo ai fini rieducativi, ma

dall'esigenza di dare una risposta urgente al problema del sovraffollamento⁴⁹, non è mai uscito rafforzato ma anzi fortemente indebolito, in particolar modo sul piano del consenso da parte dell'opinione pubblica, perché è risultato sempre meno credibile circa la sua idoneità ad assicurare da un lato la certezza della pena e dall'altro la sicurezza della collettività.

Anche altri provvedimenti, storicamente rivolti ad alleggerire il carico della popolazione penitenziaria, quali l'indulto, hanno contribuito, in un contesto del genere, a rafforzare l'idea dell'incertezza e della inefficacia della pena. L'abuso che se ne fece, dalla nascita dell'ordinamento penitenziario fino al 1990⁵⁰, fu decisamente al di fuori del carattere di eccezionalità che simili provvedimenti dovrebbero rivestire, anche tenuto conto del fatto che, dal punto di vista prettamente giuridico, la dichiarata natura clemenziale, e di portata generale, del beneficio, di per sé mal si attaglia alla logica individualizzata e promozionale del trattamento rieducativo, che vorrebbe premiati, con modifiche sia dell'*an* che del *quantum* della pena detentiva irrogata, solo coloro che se ne siano resi meritevoli per i comportamenti positivi assunti dopo la commissione del reato. Dopo di allora si ignorerà per lungo tempo un simile strumento di deflazione carceraria⁵¹. Tale inerzia legislativa va peraltro in gran parte ricondotta al timore delle forze politiche di urtare l'opinione pubblica, soprattutto ai fini del consenso elettorale. Quando, nel 2003, il carcere è ormai sull'orlo del collasso per il gran numero di detenuti, il legislatore sarà costretto a riproporne una edizione "camuffata" che prese nome di "sospensione condizionata della parte finale della pena detentiva nel limite di due anni" (c.d. indultino)⁵² e solo nel 2006, a fronte di una nuova situazione emergenziale, si riuscirà a fare approvare un nuovo indulto, non più procrastinabile per ragioni più che condivisibili sul piano della legalità e dell'umanità, per la situazione di grande sofferenza fisica e morale inflitta ai detenuti⁵³. Non si approfitta

anche per rispondere ad esigenze di tutela di altri diritti costituzionalmente garantiti, l'ulteriore giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale ne sono un esempio.

⁴⁹ Nel 1990 la popolazione penitenziaria raggiunge il minimo storico dal dopoguerra con 26.000 detenuti.

⁵⁰ Cfr. i D.P.R. n. 413/1978; n. 744/1981, n. 865 /1986; n. 75/1990.

⁵¹ Una tale inerzia, nonostante le molteplici sollecitazioni, da più parti ricevute, è in parte addebitabile all'alto *quorum* necessario per l'approvazione degli atti di clemenza a seguito della modifica con la legge costituzionale n. 1/1992, che richiede la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti di ciascun ramo del Parlamento, su ogni articolo e nella valutazione finale.

⁵² Si trattò di un beneficio caratterizzato originariamente dalla automaticità della concessione, in presenza di determinate condizioni oggettive, e che solo a seguito di quanto deciso da Corte cost. n. 255/06, è valutabile discrezionalmente dal magistrato di sorveglianza in relazione alla sua valenza sotto il profilo rieducativo. Seppur fruibile esclusivamente dalle persone detenute in esecuzione di pena o in attesa di esecuzione alla data del 22 agosto del 2003, è applicabile in qualunque momento successivo; è altresì sottoposto all'osservanza di specifiche prescrizioni nella fase esecutiva.

⁵³ A seguito del provvedimento di indulto varato con la l. 241/06, la popolazione detenuta passa dalle 60.710 persone presenti negli istituti di pena al 31 luglio alle 38.326 del 30 settembre.

tuttavia, in tale occasione, della grande opportunità offerta dal ridimensionamento del numero dei detenuti ristretti che ne deriva: varare quella riforma della parte generale del codice penale, che ormai completata e condivisa dai più, giace in attesa della sua approvazione formale⁵⁴; né si tenta di avviare una completa ristrutturazione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria.

È invece dai malesseri ingenerati in particolare dalle elucubrazioni sulla incertezza e ineffettività della sanzione penale, ritenute la fonte principale dell'insicurezza sociale, che prenderà spunto ogni volta la politica del dissenso per intervenire e cambiare ancora, restringendo le maglie ritenute "troppo larghe" della normativa penitenziaria, sottoponendo il sistema a decise svolte involutive. Invece di incrementare gli strumenti funzionali alla realizzazione degli scopi connaturati al sistema, quasi sempre se ne modificheranno gli obiettivi.

In questo senso vanno i provvedimenti introdotti tra il 1991 e il 1992, nati come decreti-legge, più volte reiterati e successivamente convertiti⁵⁵, con i quali si cerca di porre un freno alla nuova ondata di criminalità organizzata emergente, soprattutto di tipo mafioso e camorristico. Tali interventi abbracciano tutto l'arco del sistema penale complessivo e, per quanto riguarda l'ordinamento penitenziario, si risolvono in una differenziazione di trattamento fra autori di reati c.d. comuni e autori di tipologie ritenute particolarmente gravi, per i quali si neutralizza in tutto o in parte, a seconda delle circostanze, l'accesso agli istituti rieducativi ovvero se ne differenzia il regime probatorio funzionale alla loro fruizione. Entra a far parte della normativa penitenziaria l'articolo 4 *bis*, disposizione complessa sia sotto il profilo interpretativo che applicativo, più volte sottoposta, nel corso degli anni, a revisione legislativa e costituzionale, molto discussa e discutibile ma confermata nel tempo come norma cardine di un sistema ormai orientato a una sorta di doppio binario trattamentale. In tempi successivi, la pressoché totale inoperatività nel contesto di tale disposizione dei principi dell'individualizzazione e della flessibilità della pena, porterà il legislatore a ricorrere spesso a questa norma, incrementandone le tipologie criminose ivi contemplate, riservando così a sempre più ampie categorie di autori di reato, dalle condotte ritenute di spiccato allarme sociale, i regimi trattamentali differenziati ivi disciplinati⁵⁶. Superfluo

⁵⁴ V. lo schema di disegno di legge delega per la riforma della Parte generale del codice penale redatta dalla Commissione Pisapia nel corso della XV legislatura in cui si prevede nell'ambito del trattamento sanzionatorio il ricorso a pene alternative di natura interdittiva, riparativa e pecuniaria e che riserva il carcere, quale estrema *ratio*, agli autori dei reati più gravi.

⁵⁵ L'*iter* ha inizio con il d.l. 152/91 conv. l. n. 203/91 e termina con la l. 356/92 di conversione del d.l. n. 306/92.

⁵⁶ Così si verifica per l'inserimento nel testo di quella norma, successivamente al 1992, di alcune ipotesi aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, della fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p., finalizzata alla commissione di reati in tema di immigrazione clandestina, di prostituzione e pornografia minorile, di violenza sessuale, nonché per dei delitti contro la libertà individuale e contro la libertà sessuale ecc.

dire come ad ogni occasione di “nuova entrata”, corrisponderà un aumento della popolazione detenuta.

Gli stessi effetti produrranno sia sul piano dei numeri che dei contenuti altri provvedimenti restrittivi di questi ultimi dieci anni, inquadrabili in un contesto allarmistico di controffensiva a una criminalità dilagante, peraltro di matrice riconducibile perlopiù alle fasce socialmente più deboli della popolazione come i tossici e gli immigrati, i “comunque diversi” che sembrano mettere in pericolo la sicurezza sociale. Peraltro più che colpire manifestazioni di criminalità, questa politica tende soprattutto a criminalizzare condotte che sono solo espressione di disagio e precarietà sociali, che potrebbero e dovrebbero essere regolate, attraverso un forte impegno e solidi interventi a livello sociale, in maniera diversa dalla prisonizzazione di coloro che le pongono in essere.

L'accrescimento della popolazione penitenziaria che deriverà dall'entrata in vigore delle leggi sull'immigrazione (l. Bossi-Fini) del 2002, sulla recidiva (l. ex Cirielli) del 2005, sugli stupefacenti (l. Fini-Giovanardi) del 2006, sarà vertiginoso⁵⁷, senza che le stesse abbiano apportato giovamenti di rilievo sia sul piano della diminuzione del crimine, che su quelli dell'ordine pubblico e della sicurezza.

A questo aumento spropositato hanno contribuito infine quei provvedimenti emanati nel corso del 2009 con l'etichetta di “Pacchetto sicurezza”, frutto di un clima altrettanto allarmistico, con i quali si è allargato il ricorso obbligatorio all'arresto e alla custodia cautelare in carcere⁵⁸, si sono introdotti altri reati⁵⁹, si è allargato per una ulteriore serie di reati, attraverso la loro sottoposizione al regime dell'art. 4 *bis* ord. penit., il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656 comma 5, c.p.p.⁶⁰.

Così, indifferentemente, tossici, immigrati, recidivi, imputati o condannati in via definitiva, con pena breve o lunga da scontare, sono diventati gli ospiti privilegiati di un carcere che è diventato sempre di più un mero contenitore sociale per molti e sempre di meno il primo passo verso quel percorso “rieducativo” di pochi che il legislatore penitenziario ha normativamente disciplinato nel rispetto dell'art. 27, comma 3, Cost.

⁵⁷ A questo devastante fenomeno ha posto un freno, peraltro del tutto temporaneo, solo l'ultimo provvedimento di indulto del 2006 (a sua volta tacciato tuttavia di essere fonte di effetti criminogeni e di insicurezza sociale di elevatissima portata), ma poi il numero delle persone detenute ha ripreso a salire fino alle cifre preoccupanti dei nostri giorni.

⁵⁸ Ci si riferisce in particolare al d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009 n. 38, con il quale sono state apportate in tal senso modifiche agli artt. 275 e 380 c.p.p. nonché alla l. n. 94 del 2009.

⁵⁹ V. l'introduzione del reato d'immigrazione clandestina e la riproposizione del reato di oltraggio a P.U. (l. n. 94/09).

⁶⁰ Con il d.l. 23 febbraio 2009 n.11 conv. in l. 23 aprile 2009 n. 38 si è anche riscritto l'art. 4 *bis* ord. penit., inserendovi nuovi reati per i quali non è consentito pertanto a chi ne sia condannato fruire della sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

Dalla lettura della normativa testé richiamata, sempre più volta alla carcerizzazione, sotto il duplice profilo del ricorso tanto alla custodia cautelare che all'esecuzione penale⁶¹, è facile capire perché a proposito degli immigrati si sia prodotto il c.d. effetto "porta girevole" (ingresso e uscita dal carcere nell'arco di pochi giorni) e come questo fenomeno, congestionando ormai da tempo il sistema penitenziario, non abbia altra funzione, che quello della mera accoglienza, a scapito dell'ordinario svolgimento delle diverse attività trattamentali le cui risorse saranno in tal modo sempre più minate.

Altre responsabilità circa l'alta percentuale di detenuti stranieri vanno rintracciate nel fallimento degli strumenti deflativi predisposti dalla legge Bossi-Fini. L'espulsione dal territorio dello stato a titolo di sanzione alternativa alla detenzione, prevista per condannati in via definitiva, in presenza di determinati presupposti, fra i quali la clandestinità, l'identità certa e un residuo pena non superiore a due anni, non ha funzionato. La concreta esecuzione dei provvedimenti in tal senso emessi dalla magistratura di sorveglianza, è resa difficoltosa, se non addirittura, impossibile da una serie di motivi contingenti fra i quali la mancanza di accordi bilaterali con i Paesi di origine dei detenuti stranieri. Le persone colpite dal provvedimento restano dunque detenute e concorrono in grande misura a formare quella percentuale del 37,5 % (di cui il 70% circa risulta concentrata nei grandi istituti metropolitani) rappresentativa degli stranieri attualmente ristretti nei nostri istituti.

Quanto ai tossicodipendenti, sebbene in virtù della normativa contenuta nel T.U. n. 309/90, godano di un trattamento specificamente più favorevole, orientato al loro recupero sociale attraverso opportunità terapeutiche offerte in alternativa alla detenzione⁶², è difficile negare che la risposta più frequente nei loro confronti sia tornata ad essere il carcere pur se applicato in via indiretta, ossia per reati ad esso correlati. Queste sono, in particolare, le conseguenze della legge Fini-Giovanardi. In una recente pubblicazione, che tratta degli effetti di questa normativa sul sistema penale-penitenziario si possono leggere dati illuminanti in proposito⁶³. Delle 92.800 persone entrate in carcere nel 2008, 30.528 appartengono a questa categoria (numero mai così elevato, sia in termini assoluti che in percentuale rispetto al totale degli ingressi) e che 28.795 vi sono entrate per reati previsti dal Testo Unico sugli stupefacenti (anche questo numero risulta mai raggiunto prima). Nel 2008 gli ingressi in carcere per i reati che conseguono alle politiche proibizioniste, ovvero i reati di spaccio e gli altri reati

⁶¹ La custodia cautelare, che dovrebbe avere carattere eccezionale, sia per inefficienze del sistema che per deliberate scelte politiche, ha ormai raggiunto percentuali che si attestano intorno al 55% delle presenze e colpisce in numero rilevante soprattutto i soggetti socialmente più deboli.

⁶² La sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 90, l'affidamento in prova in casi particolari, disciplinato dall'art. 94 sono le scelte d'elezione per un trattamento extramurario del tossicodipendente.

⁶³ Cfr. *Libro bianco sull'applicazione della legge Fini-Giovanardi*, a cura di Antigone e Forum droghe, ult. ed. novembre 2009.

commessi dai tossicodipendenti per sostenere la propria dipendenza, rappresentano da soli circa la metà. Viene inoltre riportato il dato relativo all'andamento delle misure alternative. Dopo l'indulto, il numero di quelle in corso, come era prevedibile, è fortemente scemato ma, a differenza del numero dei detenuti, non torna a crescere. A fronte degli oltre 14.700 tossicodipendenti ristretti alla fine del 2008, nello stesso periodo quelli in affidamento terapeutico erano poco più di 1.200, meno di un terzo rispetto all'inizio del 2006. La legge ex-Cirielli, ha inoltre fortemente depotenziato la fruibilità di misure extra carcerarie da parte di questi soggetti a causa della loro alta propensione alla recidiva.

Gli effetti negativi di quella legge sul piano del sovraffollamento vanno peraltro ben oltre le ripercussioni constatate sulla fruibilità delle misure alternative da parte di questi particolari soggetti. A seguito dell'entrata in vigore della stessa, opera infatti un divieto generale di sospensione dell'ordine di esecuzione (prevista dall'art. 656, comma 5, c.p.p.), nei confronti di tutti coloro a cui sia stata applicata la recidiva ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. (art. 656, comma 9, lettera c) c.p.p.); sono stati innalzati, per questi medesimi soggetti, i limiti di pena che deve essere stata espia ai fini della concessione dei permessi-premio (art. 30 *quater* ord. penit.), della detenzione domiciliare concedibile ai sensi dell'art. 47 *ter*; comma 1.1, ord. penit., della semilibertà (art. 50 *bis* ord. penit); sussistono ora nei confronti dei condannati i nuovi divieti di concessione della detenzione domiciliare *ex* art. 47 *ter*; comma 1 *bis*, ord. penit.) e di benefici in genere ai sensi dell'art. 58 *quater*; comma 7 *bis*, ord. penit.

Fra le ragioni di questa paralisi del sistema delle misure alternative, nel momento in cui ne se ne dovrebbe fare maggiore uso per decongestionare le carceri, va dunque annoverata anche la crescente diffidenza del legislatore nei confronti delle stesse. Diffidenza peraltro del tutto ingiustificata perché è statisticamente dimostrato che i tassi di recidiva per chi sconta la propria pena in misura alternativa sono molto più bassi (19%) rispetto a quelli di chi espia tutta la pena in detenzione (68%), ed i costi di gestione del sistema delle misure alternative sono molto inferiori a quelli del sistema penitenziario.

In questo contesto la pena detentiva rimane sostanzialmente l'unica pena applicabile al condannato e il passaggio dal carcere è tornato ad essere oggi un momento obbligatoriamente previsto dalla legge per tutta una serie di tipologie di reato. Né alcun progetto di modifiche legislative collegate a programmi di effettivo reinserimento sembra attualmente profilarsi all'orizzonte.

Questa politica criminale, orientata ad una logica antitetica a quella di un diritto penale minimo e mite che non riempia le carceri di negletti, ma lo riserva a chi risulti effettivamente pericoloso per la società libera, ha dato i suoi frutti: un carcere sovraffollato oltre il limite di ogni tolleranza e quel che più conta, da giovani fra i diciotto e i venticinque anni, il più delle volte in custodia cautelare per fatti di lieve entità o in espiazione di pene che vanno dai sei mesi ai due o tre anni, che passano, spesso stipati in una cella, senza niente fare, la maggior parte della loro giornata.

I danni prodotti dal fenomeno del sovraffollamento sono dunque sotto gli occhi di tutti, in primo luogo sul piano del c.d. "trattamento rieducativo", che rimane pur sempre l'opzione che il nostro legislatore, sia costituzionale che ordinario, ha assegnato all'esecuzione penale e che la giurisprudenza della Corte costituzionale continua ad affermare che sia.

Vi sono peraltro anche i danni che si ripercuotono sul rispetto di altri rilevanti principi costituzionali, come quelli che impongono la tutela della salute della persona ristretta, dei suoi rapporti familiari e sociali, del diritto-dovere al lavoro. Sono evidenti le ripercussioni che una situazione del genere provoca ogni giorno sulla salute dei detenuti per i ritardi che si verificano nei tempi di intervento tanto nei casi di conclamate compromissioni della medesima quanto nei casi in cui la segnalazione ancora sintomatica di una patologia rende necessario contare su una tempestiva diagnosi ovvero quando la recente diagnosi rende necessario apprestare con sollecitudine le cure del caso. Altrettanto manifesti sono i danni derivanti dalla quotidiana violazione del principio della territorializzazione della pena, che imporrebbe all'amministrazione penitenziaria di detenere la persona ristretta in prossimità dei luoghi di residenza dei familiari. Troppi trasferimenti, avvenuti per alleggerire il carico di molti istituti hanno determinato una sorta di sradicamento per il detenuto dagli affetti e dai propri interessi con conseguenti problemi per i colloqui con i familiari o con il proprio difensore. Sono poi da sottolineare le violazioni che costantemente si perpetrano della normativa in tema di lavoro penitenziario, che ne imporrebbe l'obbligo per i condannati (art. 20, comma 3, ord. penit.), senza dire delle condizioni di lavoro che dovrebbero essere garantite al personale penitenziario (inadeguato sia sotto il profilo del numero che della formazione professionale) e che proprio a causa della sovrappopolazione che si trova a dover gestire si rivelano ogni giorno di più gravose, pericolose e stressanti.

Da decenni assistiamo al fallimento dell'ordinamento penitenziario, "primo testo di legge ordinaria sul carcere", per il ruolo negativo giocato dal sovraffollamento sul piano della "pena rieducativa"; la sentenza della Corte Edu, ci costringe a prendere coscienza che questo fenomeno – non solo mai risolto, ma portato all'esasperazione da scelte legislative scriteriate e demagogiche, a cui in gran parte abbiamo accennato – sta annientando giorno dopo giorno, sempre di più, la dignità delle persone detenute, sottoponendo le medesime a condizioni di vita, formalmente riconosciute come trattamenti inumani e degradanti. Il sovraffollamento penitenziario si è trasformato in una emergenza umanitaria. Anche per questo motivo una soluzione razionale e organica del problema non può più essere ulteriormente rinviata.

4. I rimedi per uscire dall'emergenza

Di questo stato delle cose sembra essersi reso conto, finalmente, anche il Governo che, con un provvedimento del tutto inusitato⁶⁴, all'inizio del 2010, ha riconosciuto formalmente lo stato di emergenza per le carceri fino al 31 dicembre 2010⁶⁵. Già nel febbraio 2009, resistendo alle forti pressioni che reclamavano soluzioni ben più immediate, era stato predisposto, sempre dal Governo attualmente in carica, il c.d. "piano carceri Alfano" (dal nome del Ministro). Non risulta che questo progetto, peraltro mai ufficialmente presentato, fosse in grado di affrontare concretamente la grave situazione carceraria italiana, mediante la predisposizione di mezzi e interventi adeguati allo scopo. Infatti, la soluzione prospettata sembrava andare tutta nella direzione della costruzione di nuovi istituti penitenziari.

Posto che interventi di questa natura sono comunque necessari al fine di garantire ai detenuti condizioni di vita nel rispetto della loro dignità, un mero piano d'edilizia penitenziaria – oltre a non risolvere la situazione emergenziale venutasi a creare – dati anche i tempi necessariamente lunghi richiesti per la sua realizzazione e le difficoltà già manifestatesi nel reperimento delle risorse finanziarie necessarie – avrebbe avuto soltanto effetti deleteri sul nostro sistema penale, potendosi constatare facilmente, anche alla luce delle molte esperienze a livello europeo, come l'aumento della capienza carceraria, non sostenuta da una politica penitenziaria mirata al recupero del condannato – attraverso l'impiego di misure alternative alla detenzione – tenda inevitabilmente a risolversi in una parallela crescita della popolazione detenuta. Né può essere dimenticato che con una simile scelta non si tiene conto del principio rieducativo che nel nostro ordinamento regola l'esecuzione della pena e per la cui realizzazione è necessario che i programmi trattamentali risultino funzionali allo scopo, che le misure alternative trovino effettiva applicazione e che, infine, siano approntati strumenti di reinserimento sociale e lavorativo adeguati⁶⁶.

L'evolversi della situazione all'interno degli istituti nel senso estremamente drammatico di cui si è detto, ha portato, nel frattempo, al superamento o quanto meno all'accantonamento momentaneo del medesimo piano, sostituito dal nuovo progetto "emergenza carceri" che, allo stato, si sostanzia nell'attribuzione all'attuale capo del

⁶⁴ Richiamandosi alla disposizione di cui alla l. n. 225/1992, art. 5, comma 1, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, che prevede la possibilità di dichiarare lo stato di emergenza in occasione del verificarsi di eventi di particolare gravità.

⁶⁵ Cfr. Decreto presidente del Consiglio del 13 gennaio 2010, recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale".

⁶⁶ Si pensi, tanto per fare qualche esempio, alle difficoltà che attualmente si riscontrano nella concessione di misure alternative alla popolazione detenuta di origine extracomunitaria e a quei soggetti condannati per pene detentive brevi per i quali il ricorso alle misure alternative è ostacolato da preclusioni normative.

Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (già nominato Commissario straordinario per l'edilizia penitenziaria con riferimento al "Piano carceri" a cui si è appena fatto riferimento) di poteri di Commissario delegato e nella programmata costruzione di 47 padiglioni da affiancare agli istituti già esistenti, nell'attesa di espletare le procedure burocratiche per la realizzazione, a partire dal 2011, di nuovi istituti penitenziari, a cui dovrebbe accompagnarsi l'adeguamento degli organici del personale penitenziario, mediante l'assunzione di circa duemila nuovi agenti. Nello stesso piano, è stata prevista l'introduzione di misure deflative, consistenti nella possibilità, per i detenuti condannati per reati meno gravi, di scontare l'ultimo anno di pena residua in detenzione domiciliare e per gli imputati per reati presumibilmente puniti con una pena non superiore a tre anni, nell'applicazione dell'istituto della "messa alla prova" – già vigente in ambito minorile – impiegando allo stesso tempo i medesimi soggetti in lavori di pubblica utilità, con conseguente sospensione del processo a loro carico.

Questo nuovo piano, dunque, prospetta una volontà del Governo di accedere anche a soluzioni di carattere extramurario – seppure manifestata in una forma allo stato estremamente vaga – ed ha già trovato il consenso di un ramo del Parlamento che ha in conseguenza impegnato lo stesso ad assumere, fin da subito, iniziative anche di tipo normativo in tal senso rivolte.

Accanto al piano del Governo, hanno meritato l'attenzione della Camera anche alcune iniziative promosse trasversalmente da parte di diversi gruppi parlamentari. La stessa, infatti, ha approvato, a seguito di un'ampia discussione, alcune delle mozioni – contenenti soluzioni di vario genere – volte a sollecitare l'ormai improcrastinabile intervento riformatore del legislatore⁶⁷. È stato così votato un provvedimento di indirizzo favorevole, oltre che ad una revisione della disciplina della custodia cautelare – richiamando al rispetto del principio che la stessa deve realizzarsi solo come *extrema ratio*, allorché ogni altra misura risulti inadeguata allo scopo e sostenendo, conseguentemente, un maggiore utilizzo della misura degli arresti domiciliari –, all'introduzione dell'istituto della messa alla prova anche nel processo penale a carico di adulti, ad un ampliamento del ricorso alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, all'applicazione della detenzione domiciliare quale misura di maggiore utilizzo per i condannati a reati di minore gravità – anche attraverso l'attivazione di efficaci mezzi di controllo a distanza – e all'istituzione di altre misure extracarcerarie specifiche per immigrati e tossicodipendenti, proponendo, a tal proposito, la creazione, per i primi, di centri d'accoglienza presso i quali scontare condanne in regime alternativo alla tradizionale detenzione in carcere e, per i secondi, la realizzazione di istituti c.d. «a custodia attenuata».

Nella prospettiva di migliorare le condizioni di vita dei detenuti, la Camera si è

⁶⁷ V. le mozioni C. 1/00288, Bernardini (PR); C. 1/00240, Vietti (UDC); C. 1/00301, Di Stanislao (IDV); C. 1/00302, Franceschini (PD); C. 1/00309, Vitali (PDL) discusse alla Camera nelle sedute dell'11 e 12 gennaio 2010.

mostrata altresì favorevole all'introduzione di meccanismi volti a garantire il rispetto del principio di umanizzazione della pena e la sua finalità rieducativa e che, allo stesso tempo, assicurino al detenuto un'adeguata tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei suoi diritti; ha anche approvato l'istituzione della figura del garante dei diritti dei detenuti (già presente in ambito regionale) a livello nazionale. Sempre nell'ottica di dare effettiva attuazione ai principi contenuti nell'art. 27, comma 3, Cost., è stata sostenuta, infine, la richiesta di aumenti del personale di polizia penitenziaria, degli educatori, degli assistenti sociali e degli psicologi nonché quella di risolvere le disfunzioni del servizio sanitario penitenziario, così da neutralizzare, o quanto meno ridurre, le cause dell'elevato numero di morti, di suicidi e i fenomeni di autolesionismo. Nella stessa sede, è stato infine richiamato il doveroso rispetto del principio della territorializzazione della pena, a proposito del quale il Governo ha già assunto formali impegni. Sono state invece respinte le proposte di modifica riguardanti la normativa della legge ex Cirielli relative alla recidiva nonché quelle proposte con riferimento al T.U. n. 309/90 in materia di stupefacenti.

Alle misure approvate alla Camera, rappresentative dell'attenzione che viene finalmente rivolta al problema del sovraffollamento carcerario e alle violazioni dei principi posti a tutela della dignità della persona e della umanità della pena che ne conseguono – e per le quali appunto la Corte Edu ha condannato il nostro Paese –, dovrebbero e potrebbero accompagnarsi altri rimedi, che in altri contesti sono stati elaborati e suggeriti a superamento dell'emergenza carceri. Così è, ad esempio, per la proposta di eliminazione del divieto di concessione della detenzione domiciliare attualmente previsto per i recidivi reiterati ai sensi dell'art. 47 *ter*, comma 1 *bis*, secondo periodo, ord. penit., che lascerebbe alla magistratura di sorveglianza la discrezionalità di decidere caso per caso in merito alla concessione della misura sulla base di una pericolosità sociale valutata di volta in volta e non per legge presunta⁶⁸; allo stesso modo è per il proposto ampliamento fino a tre anni dei limiti temporali attualmente fissati per la concessione della detenzione domiciliare in alternativa all'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 *ter*, comma 1 *bis*, primo periodo, ord. penit.)⁶⁹; così è, infine per un'interessante proposta di legge riguardante l'introduzione di una nuova misura alternativa definita "patto per il reinserimento e la sicurezza sociale"⁷⁰. Né sono da sottovalutare le proposte e l'impegno assunti dall'Unione delle Camere Penali,⁷¹ ai fini di una riforma sia della custodia cautelare sia delle misure

⁶⁸ Cfr. G.M. PAVARIN, *Le riforme e la realtà della condizione penitenziaria: proposte e fattibilità*, relazione presentata al 42° Convegno SEAC, Roma, 19-21 novembre 2009, inedita.

⁶⁹ Cfr. G.M. PAVARIN, *op. cit.*

⁷⁰ La proposta di legge in questione, messa a punto dalla redazione di Ristretti orizzonti con la consulenza del dott. A. MARGARA può essere letta sul sito www.ristretti.it.

⁷¹ Cfr. UCPI, Congresso straordinario Torino 2-4 ottobre 2009, *Chi ha paura della riforma?*, III sezione di lavoro: "La questione carcere", *Documento dell'osservatorio carcere*, in www.camerepenali.it.

alternative alla detenzione sia del trattamento sanzionatorio previsto dal codice penale, per contrastare il sovraffollamento carcerario con mezzi ritenuti più idonei e immediati rispetto ad interventi di edilizia penitenziaria.

Un tale piano di riforme renderebbe il nostro Paese in linea con le direttive a suo tempo impartite da Consiglio d'Europa attraverso la Raccomandazione "No. R (99) 22 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri riguardante il sovraffollamento penitenziario e l'aumento della popolazione carceraria", la quale, già nel 1999, aveva enucleato i principi generali sul corretto utilizzo della custodia cautelare, sulla finalità della pena detentiva e sul rispetto della dignità delle persone detenute, ma che lo Stato italiano ha fino ad oggi disatteso⁷².

⁷² A riprova che il problema del sovraffollamento è un problema anche europeo, merita di essere segnalata la XV Conferenza dei Direttori delle amministrazioni penitenziarie (CDAP), sul tema "Prigioni sovraffollate: cercando soluzioni", tenutasi nel settembre scorso a Edimburgo e promossa dal Consiglio d'Europa. Le due sessioni plenarie previste hanno riguardato: a) la custodia dei detenuti stranieri; b) la gestione degli istituti penitenziari in condizioni di sovraffollamento, incluso il trattamento, dei detenuti condannati a pena di lunga durata o all'ergastolo e cooperazione con servizi esterni per preparare la liberazione anticipata ed il reinserimento. Inoltre, sono stati svolti seminari su specifiche tematiche riguardanti la custodia cautelare, i detenuti stranieri e quelli condannati a pene di lunga durata o all'ergastolo.

dott. PIERPAOLO MARTUCCI

Ricercatore nell'Università di Trieste

SE IL BOSS SI DEPRIME.
LA TUTELA DELLA SALUTE (ANCHE) PSICHICA,
FRA DIRITTI DEI DETENUTI ED ESIGENZE SECURITARIE

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il singolare caso del boss depresso. – 2. Depressione e carcere duro. – 3. Mafia e depressione. – 4. In conclusione.

1. Introduzione. Il singolare caso del boss depresso

Recentissimi fatti di cronaca hanno ancora una volta riproposto l'annosa questione delle condizioni di vita negli istituti di pena italiani.

L'apparente eccezionalità di certi eventi si limita a far emergere una "normalità" che di solito le cronache non riportano: nelle nostre carceri ogni anno muoiono oltre 100 detenuti per esiti di malattie (croniche od acute), di scioperi della fame o in conseguenza di suicidi. Esauritisi completamente gli effetti dell'indulto, nel 2009 vi è stato un incremento di oltre il 20% dei decessi rispetto all'anno precedente (173 contro 142), buona parte dei quali (72-41,6%) dovuti a suicidi, anch'essi in forte aumento (ben il 56%) rispetto alle morti registrate nel 2008 (46).

Proprio una decisione giudiziaria relativa alle conseguenze della carcerazione ha sollevato di recente violente – anche se prevedibilmente brevi – polemiche, determinate dall'identità del personaggio coinvolto.

Il 3 giugno 2009 la terza sezione del Tribunale penale di Catania concedeva infatti la sostituzione della misura cautelare della detenzione in carcere con quella degli arresti domiciliari, motivandola con l'affermata incompatibilità delle condizioni del detenuto rispetto al regime speciale di cui all'art. 41 *bis*, al quale era sottoposto. Proprio l'identità del beneficiario è stata all'origine delle critiche: si trattava di Giacomo Maurizio Ieni, 52 anni di età, indicato come il reggente della cosca mafiosa dei Pillera, a loro volta storici alleati della famiglia Santapaola. L'uomo, detenuto in regime di massima sicurezza nella clinica medica del carcere di Parma, era stato arrestato il 30 maggio del 2006 nell'ambito dell'inchiesta denominata "Atlantide", condotta dalla Direzione dipartimentale antimafia della Procura catanese.

La vicenda ha suscitato reazioni vivacissime da parte delle forze politiche e dei sindacati di polizia, con interrogazioni parlamentari e richieste di intervento rivolte al Ministro della Giustizia. In realtà non sussistevano margini per un'iniziativa ministeriale poiché – diversamente da certe improprie rappresentazioni della notizia – non vi era stata una revoca del c.d. "carcere duro" a favore di un soggetto condannato (caso questo di competenza del tribunale di sorveglianza), ma una sostituzione con gli arre-

sti domiciliari della misura cautelare della detenzione in carcere di un imputato non condannato in via definitiva, decisa in sede di tribunale del riesame.

La vicenda merita di essere valutata con qualche considerazione più approfondita.

All'origine della decisione dei giudici etnei vi era stata l'ennesima istanza dell'avvocato difensore di Ieni, corredata dalla consulenza di uno psicologo (autorizzato a visitare il paziente), secondo il quale l'uomo presentava un grave stato depressivo, incompatibile con il regime carcerario.

In una precedente udienza di uno stralcio del processo "Atlantide", nel corso di un collegamento in videoconferenza con il centro clinico del carcere di Parma, Giacomo Ieni era scoppiato in lacrime davanti ai giudici sostenendo di "essere fortemente depresso e di non riuscire a stare in carcere".

Secondo quanto riferito dagli organi di stampa, nel motivare l'accoglimento della richiesta del difensore del presunto boss, i giudici del riesame hanno "escluso atteggiamenti simulatori", sulla base di una "lunga osservazione e numerosi accertamenti", sottolineando come "il fatto che in tre anni ci sia stata una cronicizzazione del disturbo dà la misura della insufficienza della struttura carceraria a superare la condizione di patologia". Rilevano ancora i giudici che "la cronicizzazione della malattia è più che un aggravamento", tanto da ritenere inutile "un ulteriore accertamento perché confermerebbe quanto ripetutamente acclarato" e da affermare che per superare la depressione "l'ambiente familiare appare allo stato insostituibile". In effetti la decisione dei magistrati della terza sezione del tribunale di Catania si è basata sostanzialmente sull'esame del diario clinico, senza disporre altre perizie, come peraltro lamentato dalla Procura etnea¹.

Al di là delle violente critiche giunte da più parti, spesso connotate da forte emotività, non vi è dubbio che la decisione dei magistrati catanesi sollevi problemi complessi, anche nella prospettiva di possibili, futuri provvedimenti analoghi. Ritengo che una riflessione spassionata in merito debba affrontare tre passaggi salienti:

- valutare l'effettiva gravità e pericolosità di una patologia depressiva in rapporto allo stato di detenzione, nello specifico quello del c.d. "carcere duro";
- considerare se sia probabile e comunque verosimile lo sviluppo di gravi disturbi depressivi in soggetti particolari, quali sono gli appartenenti di spicco alle organizzazioni criminali di stampo mafioso;
- infine, alla luce dei due punti precedenti, valutare la congruità e opportunità della scelta operata dal tribunale del riesame di Catania.

¹ La Procura di Catania, che ha proposto ricorso avverso la decisione del Tribunale, si era detta "estremamente sorpresa e sgomenta", sia "per la pericolosità sociale del soggetto", sia per il fatto che "nella perizie redatte non ce n'era alcuna che stabilisse che il suo stato di salute sia incompatibile con la detenzione in un centro medico, così come si trovava ristretto".

2. *Depressione e carcere duro*

Poiché nell'uso corrente si fa assai spesso un uso improprio e superficiale del termine "depressione" è bene ricordare – ai fini che qui rilevano – che si deve fare riferimento a un quadro grave di Depressione Maggiore, inquadrabile fra i Disturbi dell'Umore secondo la classificazione del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM IV-TR) e ben lontano da un normale stato di tristezza e caduta dell'umore, che può costituire una fisiologica e frequente reazione al trauma dell'arresto.

Secondo la nosografia psichiatrica corrente, la caratteristica essenziale di un Episodio Depressivo Maggiore è un periodo di almeno due settimane durante il quale si manifestano depressione dell'umore o perdita di interesse o di piacere per quasi tutte le attività. L'individuo deve anche presentare almeno altri quattro sintomi di una lista che includa alterazioni dell'appetito o del peso, del sonno e dell'attività psicomotoria; ridotta energia; sentimenti di svalutazione o di colpa; difficoltà a pensare, concentrarsi o prendere decisioni; oppure ricorrenti pensieri di morte o ideazione suicidiaria, pianificazione o tentativi di suicidio. Si deve trattare di sintomi di nuova comparsa o nettamente peggiorati, rispetto allo stato premorbo del soggetto e devono persistere per la maggior parte del giorno, quasi ogni giorno, per almeno due settimane consecutive. Occorre distinguere un quadro depressivo grave che si presenta in risposta a un evento stressante psicosociale da un Disturbo dell'Adattamento con un Umore Depresso. Per esempio, dopo un lutto si potrà parlare di Depressione Maggiore solo se i sintomi perdurino per più di due mesi o includano una compromissione funzionale marcata, preoccupazioni patologiche di autosvalutazione, ideazione suicidiaria, sintomi psicotici o rallentamento psicomotorio².

Senza dubbio la seria depressione comporta, fra le patologie psichiatriche, il rischio autolesivo più reale ed elevato: fino al 15% degli individui con un Disturbo Depressivo Maggiore grave muore per suicidio³. Le condizioni di prigionia moltiplicano questo esito estremo, considerando che quasi il 10% della popolazione detenuta presenta sintomatologie di tipo depressivo: l'incidenza dei suicidi nell'ambito carcerario è 19 volte più elevata rispetto a quella che si riscontra fra i soggetti liberi.

È noto che i suicidi riusciti e tentati vengono posti in essere soprattutto da detenuti in attesa di giudizio, in accordo con la circostanza che lo stato depressivo raggiunge un livello significativamente più alto nei detenuti che sono in carcere da non più di 4 mesi, mentre l'entità media dello stato depressivo non varia in misura significativa tra i detenuti con periodo di reclusione medio (da 5 mesi a 2 anni) e quelli con periodo

² AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV-TR Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, IV ed. italiana, Masson, Milano, 2001, 379 s.

³ *Ibidem*. Cfr. anche C. SERRA, *Aspetti psicologici della detenzione*, in *Salute e stato detentivo*, Atti del Convegno di Studi (Martina Franca, 21-22 novembre 1997), Università di Bari, Martina Franca, 1998, 103.

di detenzione lungo (oltre i 2 anni)⁴.

A questo proposito appare chiaro il significato dirompente che la rottura col mondo esterno e l'ingresso in un'"istituzione totale" possono comportare per un individuo, soprattutto se si tratta della prima esperienza; particolarmente efficace risulta l'espressione "choc da carcerazione", utilizzata in proposito da Giusti⁵. Proprio la consapevolezza di quanto sia delicata la fase dell'ingresso nel mondo carcerario ha portato, alla fine del 1987, a istituire nei penitenziari italiani il Servizio Nuovi Giunti, presidio psicologico che mira a prevenire e combattere il suicidio e gli atti di violenza posti in essere dai detenuti e dagli internati a danno di altri compagni.

Per quanto riguarda il recente aumento dei suicidi, non sembra certo inverosimile ritenere che a esso abbia contribuito anche il peggioramento delle condizioni di vita, con il sovraffollamento delle celle e la fatiscenza di molte strutture, tutti aspetti che esasperano le difficoltà dell'adattamento.

Rispetto alle patologie depressive e al rischio suicidiario, come si pone il regime applicativo dell'art. 41-*bis* ord. pen.?

Ricordiamo che quello che sovente (e impropriamente) viene definito "carcere duro" è in realtà un regime di sorveglianza particolare, con la possibilità di sospendere alcune regole trattamentali in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza o (il caso di cui qui si discute) nei confronti di appartenenti alla criminalità organizzata per i quali non sia stata dimostrata l'elisione dei contatti con l'associazione di appartenenza. In concreto, nella formulazione disegnata dopo le rimodulazioni introdotte con la legge n. 279 del 2002, le limitazioni previste dall'art. 41-*bis* rispetto al normale regime penitenziario riguardano l'isolamento dagli altri reclusi, il numero e le modalità dei colloqui concessi al detenuto (non più di due al mese e solo con familiari o conviventi), la permanenza all'aperto, la sottoposizione a censura della corrispondenza, le limitazioni nella ricezione di oggetti e di somme di denaro. Le restrizioni non possono riguardare il vitto, l'assistenza medica, l'igiene, il vestiario e soprattutto la lettura di libri e periodici.

Proprio in rapporto alla vicenda del presunto boss catanese, vi è stato chi ha polemicamente sostenuto che il regime dell'art. 41-*bis* comporterebbe per il detenuto condizioni di vita nei fatti migliori rispetto a quelle del "normale" penitenziario: infatti la collocazione in una cella singola, generalmente in strutture più moderne, per ragioni di sicurezza, costituirebbe una sorta di privilegio in confronto alla forzata promiscuità subita in ambienti intollerabilmente sovraffollati. Questa osservazione può avere qualche fondamento se riferita a un periodo iniziale e breve ma diviene assai discutibile se riportata a una più lunga durata di applicazione dei "vantaggi" del regime speciale:

⁴ C. MACRÌ, *Ricerca sull'insorgenza degli stati depressivi*, in "Salute e stato detentivo", Atti del Convegno di Studi (Martina Franca, 21-22 novembre 1997), Università di Bari, Martina Franca, 1998, 113.

⁵ Citato in MACRÌ, *op. cit.*, 114.

“Si tratta invece di costringere il condannato differenziato a vivere una vita priva di relazioni sociali. Ora d’aria in minuscoli cortili da solo, con non più di due compagni. Colloqui con i familiari rarefatti, anche per le distanze e il costo del viaggio. Corrispondenza consegnata in ritardo. Talora vi è anche di peggio”⁶. In realtà la solitudine, l’impossibilità di qualunque contatto con gli altri detenuti, la lontananza fisica e psicologica da familiari e amici, l’assenza di prospettive e progettualità per il futuro⁷, sono tutti fattori idonei a indurre uno stato depressivo. Se taluno ha provocatoriamente proposto la metafora del carcere come “salubre fabbrica della malattia”⁸, forse non è eccessivo segnalare il carcere di massima sicurezza come terreno privilegiato del disagio psichico.

Il punto cruciale è che – a proposito del regime di cui all’art. 41-*bis* – non manca chi afferma senza perifrasi che “è doveroso convenire, sulla base delle premesse ideologiche che sostengono la riforma del 1975, che il cosiddetto carcere duro contrasta, fino ad annullarla, l’ideologia del trattamento, tessuta di diritti soggettivi azionabili da parte di ciascun detenuto”. E a dissiparne le ombre certo non sono bastate le caute rassicurazioni della Corte costituzionale⁹ né tanto meno le parziali censure in più occasioni espresse dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁰.

3. Mafia e depressione

Se l’ambiente carcerario in generale (e quello di massima sorveglianza in particolare) è senz’altro coerente con l’insorgenza di stati depressivi e di agiti autolesivi, ci si può chiedere come si pongano le diverse categorie di detenuti (e fra loro quelli di estrazione mafiosa) in rapporto a questo specifico rischio.

⁶ F. S. FORTUNA, *Il carcere duro, negazione dell’ideologia penitenziaria*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 2004, 1, 74. Per un interessante testimonianza “interna”, si veda il libro-diario pubblicato da A. PERRONE, dopo 12 anni di detenzione a Napoli “in regime di 41*bis*”: *Vista d’interni*, Mani, Lecce, 2003.

⁷ Gli addetti ai lavori non ignorano come, quando il detenuto non decida di collaborare (divenendo un “pentito”), la dimostrazione del venir meno dei legami col crimine organizzato si traduca in una sorta di *probatio diabolica*, che rende la revoca del regime di cui all’art. 41-*bis* quanto mai remota ed aleatoria, specialmente ove si consideri che, ai fini del giudizio sulla permanenza dei contatti con le organizzazioni criminali di origine, risultano importantissimi i pareri degli organi investigativi esterni, la cui valutazione oggettiva è di fatto impossibile. Ciò aveva portato, anni fa, il Tribunale di sorveglianza di Napoli ad affermare che se, dopo sedici anni di carcere duro, il decreto di applicazione espone come ancora in essere i contatti di indole mafiosa, questo allora significa che il regime non è in grado di produrre i risultati attesi (Trib. sorv. Napoli, 30 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2003, 2.)

⁸ G. MOSCONI, *Il carcere come salubre fabbrica della malattia*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 2005, 1, 59.

⁹ Cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Foro it.*, 1998, I, 5.

¹⁰ Vedi in particolare Corte europea, Sez. III, 10 novembre 2005, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, 2006, 1, 205; Corte europea, Sez. IV, 26 luglio 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1449.

L'esperienza ha mostrato che ladri, spacciatori e rapinatori abituali, coloro i quali provengono dal mondo della piccola delinquenza professionale, generalmente considerano l'incarcerazione alla stregua di una sorta di "infortunio sul lavoro", un rischio calcolato e in gran parte la vivono con un buon spirito di adattamento. Al contrario, per i soggetti provenienti da fasce sociali "normali" o addirittura "alte" (politici, imprenditori, colletti bianchi), il trauma dell'arresto – vissuto come evento eccezionale – è particolarmente severo e – soprattutto nel primo periodo e in custodia cautelare – risultano elevati l'incidenza di reazioni depressive e il pericolo di gesti estremi.

Per gli esponenti di spicco delle organizzazioni criminali di tipo mafioso l'analisi è ancora diversa, e deve tenere conto dei mutamenti maturati negli ultimi decenni. Sino alla fine degli anni Ottanta in Italia i mafiosi evitavano il carcere oppure lo subivano per qualche anno al massimo, in condizioni di assoluto privilegio, con un trattamento di riguardo da parte del personale penitenziario e il rispetto sottomesso di tutti gli altri detenuti. Dalla prigione i boss continuavano senza problemi a dirigere le attività delle loro cosche e le parentesi delle "villeggiature" potevano divenire motivo d'orgoglio, una dimostrazione di forza e della capacità di vincere ogni avversità.

Dopo la reazione dello Stato alle stragi dei primi anni Novanta, gli inasprimenti legislativi, le crepe aperte dal pentitismo, i successi investigativi, le cose sono cambiate. Oggi per un mafioso il rischio di una lunga condanna detentiva o addirittura dell'ergastolo è concreto ed egli si può trovare a scontare la pena in una solitudine che non soltanto smantella la rete delle relazioni ma rende impossibile esprimere il proprio *status*, manifestare la propria immagine, ciò che in definitiva è uno dei veri fondamenti del potere della mafia, la quale, come organizzazione, produce incessantemente *immaginario* e di esso si alimenta. Separato dal suo territorio, privato della sua cosca, dei suoi privilegi e della sua clientela, il mafioso si ritrova improvvisamente a essere ciò che più teme: *nuddu miscatu cu nenti* ("nessuno mischiato con niente")¹¹.

Non vi è dubbio che dalla fine dello scorso secolo la tradizionale cultura mafiosa sia entrata in crisi, in conseguenza dell'azione degli inquirenti, del pentitismo, ma anche dell'evoluzione sociale globale in atto, tutti fattori che hanno contribuito a logorare il *senso* e il *significato* dell'appartenenza a una cosca. Non è un caso che pure nella realtà (e non solo nelle *fiction* hollywoodiane come *Terapia e pallottole*) viene segnalato che, a partire dalla metà degli anni Novanta, diversi membri di famiglie mafiose – di solito mogli e figli di esponenti criminali – abbiano chiesto aiuto a psicoterapeuti in strutture pubbliche e (più raramente) private. Questa scelta di ricercare assistenza all'esterno contrasta radicalmente con il codice di segretezza e isolamento tipico di Cosa Nostra e testimonia l'evidente incapacità delle tradizionali reti familiari a gestire e controllare i cambiamenti che si trovano ad affrontare, primo fra tutti il declino dei miti di invulnerabilità e onnipotenza. Ne deriva talvolta una crisi di identità, innescata

¹¹ F. DI MARIA, *Il segreto e il dogma. Percorsi per capire la comunità mafiosa*, Franco Angeli, Milano, 1998.

dallo sfaldarsi della figura del padre o marito, non più eroe omerico protetto dalla forza e dalla fedeltà del clan, ma uomo come tutti, arrestato, condannato, tanto fragile e solo da essere disposto a tradire e a collaborare con i nemici¹².

Le tipologie di disagio più diffuse sono legate alla depressione e ai disturbi di identità e ciò non può stupire, anche alla luce delle considerazioni di quanti interpretano il *sentire mafioso* come una vera *sindrome depressiva etnica*, la quale caratterizza le relazioni interpersonali e sociali di una collettività¹³. Se si considera la depressione come una condizione di blocco, di impotenza, di incapacità progettuale rispetto alle prospettive di creazione e cambiamento, si può affermare che, dal punto di vista della soggettività collettiva, la sindrome depressiva si configura come carenza di uno spazio mentale sociale di significazione, in un gruppo nel quale la capacità di interpretare le cose e attribuire loro un significato è costantemente inibita e soffocata dal peso di una realtà esterna vissuta come immutabile.

Peraltro non si può dimenticare che, se la detenzione è ormai la palese dimostrazione del fallimento e della mancanza di potere, ne consegue che uscire dal carcere è di vitale importanza per l'esponente del crimine organizzato. Pure la malattia "al pari degli altri mezzi che le norme consentono, può diventare un mezzo per ottenere il riconoscimento del proprio potere. Perciò, se il mafioso potrà ottenere il trasferimento dal carcere all'ospedale per un motivo qualsiasi, egli farà il possibile per rimanervi o per ottenere gli arresti domiciliari per ragioni di salute"¹⁴. Anche perché è comunque complesso l'accertamento della "veridicità" di una affermata depressione, in quanto ci si trova di fronte "a un quadro clinico in cui la diagnosi deriva – in larga parte – dal riferito del paziente, dal suo modo di vedere il mondo e dalla sua personale risposta al 'dolore'; ovvero dal vissuto di una condizione soggettiva difficilmente misurabile e non facilmente oggettivabile"¹⁵.

Tutto questo senza neppure sfiorare l'ambigua questione della "fuga nella malattia", vale a dire del caso in cui sintomi inizialmente simulati divengono poi "reali".

¹² Cfr. G. LO VERSO, G. LO COCO, S. MISTRETTA, G. ZIZZO (a cura di), *Come cambia la mafia. Esperienze giudiziarie e psicoterapeutiche in un paese che cambia*, Franco Angeli, Milano, 1999; U. SANTINO, *Dalla mafia alle mafie. Scienze sociali e crimine organizzato*, Rubettino, Soveria Manelli (CZ), 2006.

¹³ F. DI MARIA, R. MENARINI, G. LAVANCO, *Sindromi depressive etniche e 'sentire mafioso'. Un modello esplicativo gruppoanalitico*, in *Archivio di Psicologia, Neurologia, Psichiatria*, 1995, 6, 587.

¹⁴ G. GIUSTI, M. BACCI, *Patologia del detenuto e compatibilità carceraria*, Giuffrè, Milano, 1991, 88-89.

¹⁵ C. CIALELLA, R. RINALDI, *Simulazione e dissimulazione di malattia mentale*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, II edizione, Cedam, Padova, 2009, 564.

4. *In conclusione*

Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare dunque non solo possibile ma del tutto verosimile che l'appartenente a una cosca mafiosa maturi uno stato depressivo, anche grave. Ma, nel caso specifico, come valutare la decisione dei giudici della terza sezione del Tribunale penale di Catania?

In linea generale, è sempre risultato assai problematico stabilire l'incompatibilità del regime carcerario in rapporto a forme di disagio psichico sopravvenute nel detenuto. A questo riguardo ricordiamo che l'orientamento della Corte di cassazione si è mantenuto particolarmente cauto in proposito. Nel regime precedente al nuovo rito processuale penale si tendeva a escludere che un disturbo mentale, ancorché tale da scemare la capacità di intendere e di volere del soggetto, potesse essere incompatibile col regime detentivo e addirittura si affermava – relativamente alle condizioni di salute che consentivano la concessione del beneficio della libertà provvisoria – che esse “non potevano identificarsi con uno stato morboso di carattere psichico, specie se esso trova origine nella stessa condizione carceraria”¹⁶. La successiva giurisprudenza di legittimità non è stata univoca in materia di situazioni patologiche rapportabili allo stato detentivo, affermando, da un lato, la loro rilevanza anche quando la reclusione fosse fattore causale o concausale della malattia¹⁷, dall'altro, l'esclusione delle sindromi ansioso-depressive connaturali alla privazione della libertà personale ed eliminabili solo con la sua cessazione¹⁸. Comunque la valutazione deve essere particolarmente attenta, anche considerando che non esistono presunzioni legali di incompatibilità neppure per patologie particolarmente gravi, incluse quelle connesse all'infezione HIV.

Vi è poi il dato testuale dell'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p., il quale stabilisce che la custodia cautelare in carcere non può essere mantenuta se l'imputato è affetto da “malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere”. Il successivo comma 4-*ter* precisa però, a tale proposito, che “se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato (...) il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza” (e in effetti sembra questo il caso del presunto boss catanese).

Tornando al merito della vicenda di Giacomo Ieni, la decisione di procedere sulla base del diario clinico e del materiale già disponibile, senza disporre ulteriori accertamenti *ad hoc*¹⁹, senz'altro legittima in linea di principio, pare essere stata perlomeno

¹⁶ Cass. pen., sez. II, 6 giugno 1984, n. 1945.

¹⁷ Cass. pen., sez. VI, 7 settembre 1995, CED n. 202643.

¹⁸ Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 2000, CED n. 215860; Id., sez. I, 10 gennaio 1992, CED n.188853.

¹⁹ In seguito al ricorso proposto dalla Procura, Il Tribunale del Riesame di Catania ha successi-

incauta nella circostanza concreta, considerata la pericolosità del soggetto, la natura della malattia, gli orientamenti giurisprudenziali restrittivi e il rischio effettivo di simulazioni o perlomeno di esagerazioni da parte dell'interessato. Tuttavia, ciò che veramente sconcerta nella risoluzione adottata dal Tribunale del riesame non è di per sé la concessione degli arresti domiciliari, quanto l'aver completamente disatteso le indicazioni dell'art. 275 c.p.p., comma 4^{ter}, sul dichiarato presupposto che nessun centro sanitario potesse considerarsi idoneo a "consentire cure adeguate" alla sindrome depressiva lamentata dallo Ieni (il quale, ricordiamolo, era già ospitato presso la clinica medica del carcere di Parma), e che per salvaguardare la salute di costui l'unica soluzione rimaneva dunque la restituzione "all'ambiente familiare". In questo i giudici sembrano avere ignorato che le prospettive cliniche di cura dei disturbi dell'umore, anche gravi, sono attualmente molto buone: nella grande maggioranza dei casi un approccio combinato di trattamento farmacologico e di psicoterapia assicura – se non la piena remissione – una significativa attenuazione dei sintomi e questo anche (e forse meglio) in contesti diversi da quello dell'abitazione familiare.

Per quanto poi riguarda le esigenze cautelari di recidere i contatti con la rete criminale di affiliazione, è palese che il ritorno dell'imputato al suo contesto di vita risulta quanto di più rischioso vi possa essere.

In conclusione, la scelta operata dai magistrati catanesi per affrontare il problema della salute psichica del presunto boss appare quanto meno superficiale e singolarmente imprudente, anche sotto il profilo del rischio di emulazione da parte di tanti altri detenuti, a "regime speciale" e non.

Tuttavia l'incongruità della vicenda catanese non deve oscurare il problema *reale* della tutela della salute (anche) mentale dei tanti (troppi?) detenuti italiani, della diffusione *reale* di sindromi depressive gravi, della conseguente, incontrovertibile, *reale* incidenza di suicidi.

Penso non si possa negare che i principi costituzionali e internazionali, posti alla base dell'attuale ordinamento penitenziario, o costituiscono un valore assoluto da applicare (piaccia o non piaccia) a *tutti* i detenuti, mafiosi inclusi, oppure si riducono a categorie relative, modellabili sulle necessità contingenti del sistema. In questo senso, fra l'altro, occorrerebbe superare le ipocrisie istituzionali e riconoscere che rimane sempre sullo sfondo il vero e proprio "buco nero" del regime carcerario ex art. 41-*bis* ord. pen., in evidente contrasto con i fondamenti ispiratori del sistema creato nel 1975 ma che la ragion di Stato ha mantenuto sinora sostanzialmente intoccabile²⁰.

vamente disposto la nomina di tre periti per accertare le condizioni di salute psichica del presunto boss Giacomo Ieni.

²⁰ P. MARTUCCI, *I diritti dei detenuti*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona*, IV, Utet, Torino, 2005, 1091.

Antologia

dott. ALESSANDRO CORDA

dottorando di ricerca in Giustizia penale, Giustizia internazionale e
Diritti fondamentali nell'Università di Pavia

LEGISLAZIONE ANTITRUST E DIRITTO PENALE: SPUNTI PROBLEMATICI IN AMBITO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa: oggetto e traiettoria dell'indagine. – 2. Ambientamento. L'esperienza europea in materia *antitrust*: dalla "cultura della tolleranza" alla emersione della nozione di "*cartel delinquency*". – 3. L'ordinamento italiano: la l. n. 287/1990 e la rinuncia allo strumento penalistico. – 3.1. Le ragioni della scelta operata e il dibattito recente – 4. L'ordinamento francese: dall'art. 419 del *Code pénal* napoleonico all'art. L. 420-6 del *Code de commerce*. - 4.1. Le pratiche anticoncorrenziali vietate. - 4.2. La necessità di una condotta *personnelle, déterminante e frauduleuse*. - 4.3. Il problema della responsabilità penale delle *personnes morales*. - 4.4. I nodi irrisolti: verso una depenalizzazione o una razionalizzazione? – 5. L'ordinamento britannico: la *cartel offence* introdotta dall'*Enterprise Act* del 2002. - 5.1. Le tipologie di attività proibite. - 5.2. Il concetto di "*agreement*". - 5.3. Il requisito della "*dishonesty*" e il c.d. *Ghosh test*. - 5.4. I problemi attuali. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: oggetto e traiettoria dell'indagine

Quasi tre decenni or sono, in uno dei suoi pionieristici studi dedicati al rapporto tra legislazione *antitrust* e diritto penale nel contesto europeo, Klaus Tiedemann osservava che «la stretta connessione tra la concezione e la tutela della concorrenza, da un lato, e la politica economica di uno Stato, dall'altro, contribuisce certamente al carattere fortemente relativo e artificiale di questa parte del diritto penale economico. Ad una prima occhiata, perciò, sembrerebbe un settore poco promettente per un'indagine di diritto penale comparato»¹.

All'epoca tale riflessione corrispondeva senza dubbio a verità. Ben pochi Paesi europei, infatti, erano dotati di una compiuta legislazione *antitrust*, ed un numero ancora più ristretto tra questi aveva scelto di presidiare tali norme con lo strumento penalistico, con modalità peraltro assai differenti tra loro. Oggi, però, la situazione appare notevolmente mutata.

L'accelerazione del processo di integrazione europea, fondato in primo luogo sulla unificazione dei mercati nazionali informata al principio della libertà di concorrenza tra le imprese², ha influito profondamente sulla cultura giuridica – prima ancora che

¹ K. TIEDEMANN, *Antitrust Laws and Criminal Policy in Western Europe*, in L.H. LEIGH (ed.), *Economic Crime in Europe*, London, 1980, p. 39.

² Sul punto cfr. G. MONTANI, *L'economia politica dell'integrazione europea: evoluzione di una democrazia sovranazionale*, Torino, 2008, p. 64 ss.; G. VITALI, *Imprese e integrazione economica europea: una lettura di lungo periodo (1957-2005)*, in *Comunità internaz.*, 2005, p. 37 ss.; cfr. anche V. DONATI-VI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, I, p. 352 ss.

sulle riforme legislative – degli Stati membri, tanto attuali che potenziali. La promozione e la tutela della concorrenza sono così divenute obiettivi primari all'interno di tutti gli ordinamenti dell'area comunitaria. Conseguentemente, in prospettiva politico-criminale, una volta raggiunta una uniformità di vedute quanto agli *scopi* da raggiungere, la riflessione si è potuta concentrare sugli *strumenti* da utilizzare per il raggiungimento di tali scopi³.

In anni recenti in molti sistemi giuridici europei il diritto penale ha progressivamente assunto un ruolo significativo all'interno della normativa posta a tutela della concorrenza⁴, in accoglimento tardivo di isolata ma autorevole dottrina che si era da tempo espressa in tal senso⁵. Questa recente 'scoperta' dello strumento penalistico nel settore *antitrust* non deve stupire: la realtà economica, infatti, «si distingue rispetto ad altri contesti per la sua marcata tendenza ad essere soggetta a mutamenti», ragion per cui rispetto ad altri settori del diritto penale «i suoi modelli di riferimento hanno necessariamente una minore stabilità nel tempo»⁶.

Muovendo da una descrizione dell'evoluzione dell'«approccio europeo» al tema delle intese restrittive della concorrenza, si procederà poi ad una ricognizione delle caratteristiche di tre diversi ordinamenti: quello italiano, che, all'atto di dotarsi di una legge *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), ha optato per il ricorso in via esclusiva alla sanzione amministrativa sul piano del *public enforcement* delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato; quello francese, che per primo, ed in epoca assai risalente, ha conosciuto una legislazione penale *ad hoc*, oggi confluita nel *Code de commerce*; ed, infine, quello britannico, che nel 2002 si è dotato, per la prima volta nella sua storia, di un articolato sistema di repressione penale incentrato sulla fattispecie disciplinata nelle Section 188 e ss. dell'*Enterprise Act* sotto la rubrica «*cartel offence*».

Alla luce delle problematiche e degli spunti emersi dall'analisi dei diversi sistemi, si cercherà, infine, di trarre alcune indicazioni utili in prospettiva *de lege ferenda*.

³ La chiara distinzione tra i due 'momenti' in cui può essere considerata la politica criminale è operata da P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 5; cfr. anche H. ZIFF, *Kriminalpolitik*², Heidelberg, 1980, trad. it. *Politica criminale*, Milano, 1989, p. 155.

⁴ Per un primo sguardo d'insieme, cfr. K.J. CSERES - M.P. SCHINKEL M.P. - F.O.W. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, Cheltenham-Northampton, 2006.

⁵ Come già evidenziato, grande è il debito che queste brevi riflessioni hanno nei confronti dell'opera di K. TIEDEMANN. Oltre al lavoro cit. alla nt. 1, dello stesso A. cfr. *Kartellrechtsverstöße und Stafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976; *Derecho sobre los monopolios y derecho penal del monopolio*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1978, p. 363 ss.; *El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico*, in *Rev. chil. derecho*, 1983, in part. p. 62 ss.

⁶ K. TIEDEMANN, *Tecnica legislativa nel diritto penale economico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 1.

2. Ambientamento. L'esperienza europea in materia antitrust: dalla "cultura della tolleranza" alla emersione della nozione di "cartel delinquency"

Al fine di comprendere il peculiare approccio europeo alla disciplina *antitrust*, pare opportuno ripercorrere preliminarmente ed in estrema sintesi le vicende che hanno portato all'emanazione di una specifica legislazione in materia nell'ordinamento statunitense, patria indiscussa della normativa posta a tutela della concorrenza.

Negli Stati Uniti l'adozione di una legge *antitrust* è avvenuta in risposta al profondo e diffuso malcontento causato dagli effetti di una spregiudicata pratica industriale escogitata nella seconda metà del XIX secolo da una categoria di capitalisti d'assalto conosciuti al tempo come *Robber Barons*. Tale pratica era fondata sull'antichissimo istituto anglosassone del *trust*, ossia l'assegnazione ad un fiduciario dei propri diritti. In forza di tale istituto, i consiglieri di amministrazione delle imprese che aderivano ad un accordo anticoncorrenziale si concedevano vicendevolmente il diritto di partecipare e votare nei rispettivi *board of directors*. In questo modo, pochissime persone erano in grado di concordare le strategie di un elevato numero di imprese operanti in un determinato mercato, tra le quali non vi era più effettiva concorrenza. Le grandi industrie organizzate in *trust* misero così a dura prova non soltanto la *middle class* americana ma anche e soprattutto i piccoli ed i medi imprenditori – agricoltori e commercianti su tutti – i quali si vedevano costretti a dover pagare prezzi più alti per quello che acquistavano e ad ottenere prezzi più bassi per ciò che vendevano⁷. A livello legislativo, questo diffuso *idem sentire* condusse all'emanazione dello *Sherman Antitrust Act* del 1890, le cui prime due Sezioni prevedono severe sanzioni penali per chi prenda parte ad accordi anticoncorrenziali a carattere collusivo o ponga in essere pratiche di monopolizzazione⁸.

La normativa *antitrust* nordamericana viene dunque emanata quale strumento per combattere i potenziali eccessi del potere economico privato⁹: era infatti ben radicata nella società una «costante avversione non solo nei riguardi dei grossi raggruppamenti monopolistici di vario genere e dimensione, ma anche nei riguardi di quelle combina-

⁷ Cfr. M. JOSEPHSON, *The Robber Barons*, New York, 1934, trad. it. *Capitalisti rapaci*, Milano, 2004.

⁸ La Section 1 dello *Sherman Act* reprime penalmente gli accordi collusivi "*in restraint of trade or commerce*" conclusi in forma di contratto, *trust*, *conspiracy* o in altro modo (i c.d. *cartelli*); la Section 2 criminalizza, invece, le concentrazioni che creano, o sono dirette a creare, strutture di mercato monopolistiche, con particolare riguardo alle c.d. *pratiche predatorie* poste in essere da parte di alcune imprese, consistenti nel tenere artificiosamente bassi i prezzi per un certo periodo fino a costringere i concorrenti più deboli a lasciare il mercato, per poi tornare ad aumentare i prezzi una volta che si sia realizzata una posizione di monopolio. Nella letteratura statunitense, cfr., in via di prima approssimazione, J. SHEPARD WILEY JR, *Economic Crime: Antitrust Offenses*, in *Encycl. Crime & Justice*², Vol. 2, New York, 2002, p. 590 ss., e bibliografia *ivi* citata.

⁹ G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*², Roma-Bari, 2000, p. 7.

zioni o accordi che mirassero a restrizioni della concorrenza posti in essere da imprenditori di piccolo e medio calibro»¹⁰.

Notevolmente diversa, per converso, era la situazione in Europa, in cui nella seconda metà del XIX secolo non esisteva alcun tipo di mercato comune. Il territorio europeo era infatti suddiviso in Stati nazionali sovrani, tra i quali si annoveravano tre delle quattro maggiori potenze economiche mondiali (Francia, Germania e Gran Bretagna). Questi Paesi «avevano tutto l'interesse – secondo una medesima visione “imperialistica” – ad una crescita economica avente come obiettivo il controllo di nuovi sbocchi per il commercio delle “proprie imprese” anche e soprattutto a discapito delle imprese degli altri Stati»¹¹. È proprio in questa fase di *'imperialismo gareggiante'*¹² che sorge in Europa il fenomeno dei c.d. *cartelli industriali*. Tale espressione adatta all'ambito economico un termine – “cartello”, appunto – fino ad allora utilizzato nel lessico del diritto internazionale per indicare l'accordo tra belligeranti finalizzato allo scambio o al riscatto di prigionieri. Alla base della nozione vi è dunque l'idea di una sospensione delle ostilità¹³.

La grande impresa, organizzata in *concentrazioni*, instaura «un rapporto di densa collaborazione con gli Stati nazionali, dei quali certamente contribuisce ad esasperare l'orientamento nazionalistico e dei quali contribuisce a favorire il rafforzamento o la stessa formazione. La grande industria, in particolare, in questa prima fase ha bisogno per il suo sviluppo di uno Stato forte, che l'aiuti nella competizione per l'acquisizione di sbocchi sul piano coloniale»¹⁴. Nel quadro di una così serrata competizione tra nazioni, i cartelli svolgono il ruolo di «organizzazioni industriali di lotta contro la concorrenza straniera». Un siffatto contesto rendeva impossibile una obiettiva considerazione delle conseguenze negative che i cartelli producevano sulla popolazione: «l'utilità dei cartelli veniva in considerazione, in primo luogo per lo Stato, per l'economia e i grossi gruppi di interesse; solo in secondo luogo la situazione derivante dai cartelli veniva in considerazione per la sfera giuridica di tutti quelli che fecero dolorose esperienze con essi»¹⁵.

Breve: «nel giudizio sui cartelli il diritto doveva confrontarsi con la *Realpolitik*»¹⁶.

Tale approccio alla problematica del rapporto tra cartelli industriali, Stato naziona-

¹⁰ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, pp. 26-27.

¹¹ L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 11.

¹² In argomento, cfr. E.J. HOBBSAWM, *The Age of Empire (1875-1914)*, trad. it. *L'età degli imperi (1875-1914)*, Roma-Bari, 2005.

¹³ C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003, pp. 12-13.

¹⁴ S. PROSDOCIMI, *Democrazia, poteri economici, diritto penale. Brevi spunti di riflessione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 648.

¹⁵ L.F. PACE, *I fondamenti*, cit., p. 13.

¹⁶ *Ibidem*.

le e tutela dell'economia rimase sostanzialmente immutato fino al secondo dopoguerra¹⁷. Non deve perciò stupire il fatto che la prima normativa *antitrust* in Europa sia stata di provenienza sovranazionale, vale a dire quella contenuta nel Trattato di Roma del 1957, e che la prima disciplina *antitrust* a livello nazionale, quella della Repubblica Federale di Germania, sia entrata in vigore il medesimo giorno della disciplina comunitaria, ossia il 1° gennaio 1958.

Se, dunque, negli Stati Uniti sono le formazioni monopolistiche private a rappresentare «i nemici dichiarati della libera concorrenza», considerate quale «ostacolo insuperabile per l'esplicazione di quella attività industriale che, soprattutto in un Paese politicamente ed economicamente giovane, avrebbe dovuto prosperare o fallire solamente in relazione ai meriti o ai demeriti di ciascun cittadino», in Europa invece «il mantenimento della libera concorrenza si è posto, in primo luogo, quale alternativa ad un intervento statale nell'economia»¹⁸, senza però includere «almeno nelle sue formulazioni iniziali, il rigetto dei controlli monopolistici di carattere privato»¹⁹. Alla base di una siffatta visione vi era l'assiomatica convinzione, sostenuta dal pensiero economico allora dominante, in forza della quale in un sistema che ammette l'iniziativa privata, «a fronte di fattori restrittivi e distorsivi, le stesse forze del mercato provvederanno a mettere in azione i necessari meccanismi di auto-correzione»²⁰.

In modo coerente con queste premesse teoriche, fino alla seconda metà del XX secolo «i vari legislatori nazionali non si sono preoccupati di emanare norme volte ad impedire che la libertà di concorrenza finisse con l'autodistruggersi, a seguito di restrizioni poste in essere dai privati»²¹, ma anzi «le poche proclamazioni che videro la luce in tema di monopoli, vennero in realtà a trasformarsi in strumenti volti a pianificare il supremo sacrificio della libera concorrenza mediante la previsione, e sovente l'incoraggiamento, di consorzi obbligatori»²².

La descrizione che precede consente di comprendere perchè in ambito europeo non si siano sviluppati e diffusi – al pari di quanto invece avvenuto negli Stati Uniti – né un chiaro sentimento di *condanna morale* rispetto alle pratiche restrittive della concorrenza²³, né una consapevolezza circa le gravi conseguenze economiche e sociali da

¹⁷ Per una dettagliata trattazione della problematica in senso diacronico, cfr. L.F. PACE, *I fondamenti*, cit., p. 17 ss. e p. 32 ss.

¹⁸ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., pp. 26-27.

¹⁹ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 24.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 29.

²² G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., pp. 24-25. Basti qui ricordare la celebre sentenza del *Reichsgericht* tedesco del 4 febbraio 1897 *B. v. den Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband* (RGZ 38, 155), che stabilì che la libertà di impresa includeva anche la possibilità di stipulare accordi di cartello tra concorrenti, giudicando l'accordo principale e le clausole penali accessorie meritevoli di riconoscimento e tutela in sede giudiziaria.

²³ C. HARDING, *Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels*, in *Crit. Criminol.*, 14(2), 2006, p. 186, sottolinea come «la condanna

queste derivanti²⁴. L'esperienza europea si è invece caratterizzata per una marcata dose di *ambiguità* ed *ambivalenza* rispetto al fenomeno dei cartelli e delle monopolizzazioni²⁵. Come è stato osservato, tale atteggiamento «è stato – e per certi versi continua ad essere – *agnostico*, caratterizzato sia da una maggiore *tolleranza morale*, sia da una maggiore propensione a prendere in considerazione *argomentazioni economiche favorevoli ai cartelli*»²⁶. Emerge così in modo molto chiaro quella che è stata icasticamente definita “*cultura della tolleranza*”²⁷.

Le cose iniziano però a mutare, come già si è avuto modo di accennare, nel secondo dopoguerra, allorché in Europa si assiste alla lenta ma progressiva affermazione di un nuovo ‘*Stato regolatore*’, espressione in parte della volontà dei singoli ordinamenti di mettersi in pari con i principî del *New Deal* statunitense degli anni trenta, e in parte di un innovativo fenomeno plasmato dalle istituzioni comunitarie attraverso l'imposizione di standard di regolamentazione agli Stati membri²⁸. Ai nostri fini si tratta di una evoluzione decisiva.

Lo Stato regolatore rifugge tanto la visione – di matrice *Hyekiana* – dello Stato quale ‘*guardiano notturno*’ sistematicamente astensionista, quanto quella dello Stato interventista. In particolare, diversamente dallo Stato minimo, questa nuova forma statutale «si ispira al principio secondo cui le attività economiche vanno in misura minore o maggiore controllate, con riguardo tanto alla loro *dinamica* interna quanto ai loro *effetti esterni*. La loro autonomia viene tuttavia rispettata, né si pretende di crearle *ex nibilo*, o di alterarne radicalmente (salvi casi eccezionali) l'andamento»²⁹. Rispetto allo Stato interventista, invece, lo Stato regolatore si distingue e caratterizza in quanto «“governa” la società», privilegiando (...) la statuizione esterna di regole, secondo una certa visione dell'interesse pubblico e del benessere collettivo, anziché la

delle pratiche anti-concorrenziali quali ‘*cospirazioni*’ ed ‘*associazioni a delinquere*’ contenuta nello *Sherman Act* del 1890 sia stata molto più categorica e risoluta che in qualunque legislazione europea anteriore all'ultima parte del ventesimo secolo».

²⁴ Per un innovativo approccio in tal senso, cfr. invece F. BRICOLA, *Conseguenze economiche e sociali del delitto: nuovi appelli alla ricerca ed alla pianificazione*, in *Ind. pen.*, 1975, pp. 365-370. L' A., dopo aver osservato come in Italia sia assai raro un approccio di tipo economico al fenomeno della criminalità, sia perché la dottrina penalistica si fonda «su schemi prevalentemente tecnico-giuridici» sia perché la criminologia è «ancorata a premesse cliniche più che sociologiche», affronta il tema del “costo della criminalità”, scomponendo quest'ultimo in quattro categorie: costo del reato per le finanze pubbliche; costo del reato per le imprese e i singoli; costo del reato per la società; profitto del reato.

²⁵ Sulla ‘*ambiguità morale*’ connessa e suscitata dai crimini economici, cfr., da ultimo, S.P. GREEN, *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford-New York, 2006, trad. it. *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Milano, 2008, *passim*.

²⁶ C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, cit., p. 52 (corsivi aggiunti).

²⁷ Cfr. C. HARDING, *Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation*, in *Maastricht JECL*, 9(4), 2002, p. 406.

²⁸ J. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *Brit. J. Criminol.*, 40(2), 2000, 40, p. 224.

²⁹ A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 34 (corsivi aggiunti).

gestione diretta o la creazione *ex novo* di sfere di attività»³⁰. Lo Stato Regolatore, nella sua versione più 'pura', somma e rielabora in sé i cardini del pensiero liberale à la *Smith* con una concezione dell'attività di *governance* di stampo *Keynesiano*, dando così vita ad una nuova 'combinazione' di stampo *neo-liberale*, in cui attori privati si confrontano in un mercato informato al principio della concorrenza, disciplinato 'a distanza' da forme di regolamentazione statale³¹.

Una 'scelta ordinamentale' tanto netta presuppone una raggiunta consapevolezza circa la natura intrinsecamente *artificiale* e *giuridica* del metodo competitivo. Come è stato osservato, «il metodo competitivo non è *in rerum natura*. Il diritto non registra né descrive lotte esterne, ma *sceglie* e *costituisce* un metodo di lotta»³². E ancora: «la lotta tra imprenditori, che offrono merci (...), non costituiscono il lato patologico, ma l'essenza propria del metodo competitivo». In un simile contesto, il diritto è perciò «chiamato a garantire le condizioni della lotta»³³, reprimendo in modo deciso tutte le condotte volte a sovvertire le 'regole del gioco'³⁴.

Questo *cambio di prospettiva* ha imposto un corrispondente *mutamento di paradigma* anche agli studiosi della scienza criminologica e penalistica del vecchio continente, che fino ad allora avevano a lungo e colpevolmente trascurato le problematiche connesse all'attività d'impresa in generale³⁵ e alle aggregazioni societarie in particolare³⁶.

³⁰ A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 27. In relazione alle caratteristiche *dinamiche* della regolazione, cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.

³¹ Cfr. J. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State*, cit., p. 226. Per ulteriori implicazioni sul piano penalistico connesse al passaggio ad uno Stato *post-keynesiano*, cfr. G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, relazione tenuta a Milano il 6 novembre 2006 nell'ambito del ciclo di seminari "L'Uomo e il denaro", in *Quaderno n. 15*, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, pp. 38-39.

³² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 135 (corsivi aggiunti), il quale osserva inoltre (p. 35) che «l'economia di mercato e la libera concorrenza non esprimono *di per sé* discipline giuridiche che siano applicabili ad ogni bene e situazione storica, ma agiscono come principi, su cui si modella la pluralità degli statuti normativi».

³³ N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 134.

³⁴ Sulle capacità 'regolative' del diritto penale, cfr. l'interessante contributo di N. LACEY, *Criminalization as Regulation: The Role of Criminal Law*, in C. PARKER - C. SCOTT - N. LACEY - J. BRAITHWAITE (eds.), *Regulating Law*, Oxford, 2004, p. 144 ss.: l'A. considera un "falso mito" la concezione puramente 'gerarchica' del diritto penale fondata sul modello '*command and control*', definita come il portato di una erronea visione del diritto penale quale 'componente' isolata rispetto ai contesti regolativi in cui viene ad essere collocato, interpretato ed applicato (p. 149).

³⁵ Il rilievo di G. SLAPPER - S. TOMBS, *Corporate Crime*, London, 1999, p. 227, viene ripreso e condiviso da C. HARDING, *Business Collusion*, cit., p. 198.

³⁶ Nella letteratura italiana, cfr. le osservazioni di V. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 367 ss.; molto interessanti, per il loro carattere anticipatore, le riflessioni di F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 453 ss., con particolare riferimento al tema della tutela della libera concorrenza ed ai rapporti di questa con la «tutela indiretta» del consumatore.

Un *gap* epistemologico notevole dunque, se si pensa che Sutherland già alla fine degli anni quaranta del secolo scorso dedicava alle “*restrizioni della concorrenza*” poste in essere da imprese colluse un intero capitolo della sua fondamentale opera sul crimine dei ‘*colletti bianchi*’, documentando meticolosamente gli effetti devastanti da queste prodotti sul sistema economico e sugli attori in esso operanti³⁷.

Alla “lenta conversione” degli ordinamenti europei verso una piena consapevolezza circa l’intrinseca natura criminale delle pratiche restrittive della concorrenza, specie nelle forme più aggressive e dannose, hanno contribuito non poco due ulteriori fattori, che hanno favorito una più attenta riflessione sul ruolo da riservare alla sanzione penale in materia *antitrust*. Da un lato, la campagna di pressione attuata a partire dai primi anni novanta dal *Department of Justice* statunitense nei riguardi dei *policy makers* dei maggiori Paesi industrializzati – europei e non – finalizzata a sensibilizzare gli attori istituzionali in merito all’enorme carica di offensività insita nelle c.d. *cartel offences*³⁸. Dall’altro, l’importante ruolo giocato dall’OCSE nel promuovere a livello internazionale un movimento di riforma finalizzato all’adozione da parte degli Stati membri di “sanzioni *effettive*, di *tipologia e livello adeguato* tali da *dissuadere persone fisiche e giuridiche* dal prendere parte ai c.d. *hard-core cartels*”, vale a dire le *intese orizzontali* aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi (*price fixing*), la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento (*market sharing*) od offerte concordate in occasione di gare d’appalto (*bid rigging*)³⁹.

L’influenza di tali fattori non ha mancato di attirare le critiche di parte della dottrina penalistica. In particolare, vi è chi annovera la progressiva criminalizzazione della materia *antitrust* tra le più caratteristiche manifestazioni del processo di ‘*americanizzazione*’ del diritto penale economico europeo⁴⁰. Un simile ‘*neo-colonialismo penale*’ – si sostiene – rischierebbe di provocare una forte ‘*crisi di identità*’ della politica criminale all’interno dei Paesi del vecchio continente, con relativi conseguenti sbandamenti. Primo tra tutti, il pericolo di incorrere in quello che viene individuato quale il tratto più tipico del diritto penale economico di matrice nordamericana, ossia il ricorso alla

³⁷ E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven-London, 1983, trad. it. a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 77 ss.

³⁸ C. HARDING, *Business Collusion*, cit., pp. 194-195. Cfr. anche W.P.J. WILS, *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, in *World Competition*, 28(2), 2005, p. 122 ss.

³⁹ Cfr. OCSE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/FINAL, adottata a Parigi il 27-28 aprile 1998 e *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005, entrambi reperibili alla seguente URL: <http://www.oecd.org>. Sul ruolo dell’OCSE quale attore-chiave nel processo di convergenza della *competition policy* a livello internazionale, cfr. J. BRAITHWAITE - P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000, pp. 189-190. Sul processo di progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali alla luce della globalizzazione economica, v. anche le considerazioni svolte da M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3 ss.

⁴⁰ A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, in *Revista Penal*, n° 19, 2007, pp. 124-125.

sanzione criminale quale mero strumento di lotta⁴¹, di *law enforcement*⁴², prescindendo totalmente dalla funzione critica e selettiva del bene giuridico quale «*condicio sine qua non* per la legittimazione del ricorso al diritto penale»⁴³.

Se, dunque, si può oggi affermare che nel contesto europeo sia ormai emersa una nozione sufficientemente definita di “*cartel delinquency*”, riconoscibile nelle forme e negli effetti, non si può però allo stesso tempo negare che le istanze di criminalizzazione delle forme più gravi di *business collusion* muovano dall’alto verso il basso e non viceversa⁴⁴. In altre parole, la “chiamata in scena” del diritto penale viene caldeggiata principalmente a livello sovranazionale ad opera di ‘attori istituzionali’ (organizzazioni internazionali e governi di singoli Paesi), piuttosto che affondare le proprie radici in un diffuso consenso sociale tale da legittimare il ricorso al rigore repressivo e allo stigma morale che il diritto penale reca con sé. Allo stato attuale, gli illeciti – anche i più gravi – in materia *antitrust* vengono ad essere relegati dalla popolazione tra quei settori *marginali* e *specialistici* rispetto ai quali «la sensazione di minaccia e la riprovazione etico-sociale si dileguano nella nebbia dell’ignoranza, del disinteresse e dell’incomprensione»⁴⁵. Se, infatti, da una lato, «l’eliminazione della concorrenza esige logicamente l’annientamento delle imprese che rifiutino di cooperare in tali pratiche»⁴⁶, dall’altro, i consumatori – anch’essi vittime designate ma largamente inconsapevoli – «insoddisfatti del prezzo di un prodotto, possono ignorare per molti anni che esso è stato artificiosamente fissato per mezzo di accordi tra gli industriali»⁴⁷.

⁴¹ Questa tendenza è sottolineata anche da M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, n. 2/2007, p. 60, il quale, con riferimento ai campi di intervento della “giustizia penale” dell’Unione Europea – «dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale» – non esita a parlare di «“normalizzazione”» del diritto penale di lotta: «da diritto dell’emergenza a tratto saliente della legislazione comunitaria in materia di giustizia penale. L’attuale diritto penale di lotta non si presenta affatto come un diritto eccezionale, ma come il diritto penale normale della politica criminale europea: se gli interessi in gioco sono di rilevanza comunitaria, il diritto penale che li tutela è di lotta».

⁴² Sulle difficoltà insite nella traduzione del termine “*enforcement*” nel linguaggio giuridico degli ordinamenti di *civil law*, cfr. J. DERRIDA, *Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”*, in 11 *Cardozo L. Rev.*, 1990, p. 925.

⁴³ A. NIETO MARTÍN, *¿Americanización o europeización*, cit., p. 135. Nella letteratura italiana, cfr. F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.

⁴⁴ C. HARDING, *Business Collusion*, cit., p. 200.

⁴⁵ K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, p. 37.

⁴⁶ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 104.

⁴⁷ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 295. Nella letteratura criminologica recente, cfr. H. CROALL, *Community Safety and Economic Crime*, in *Criminol. & Crim. Just.*, 9(2), 2009, p. 165 ss.; EAD., *White collar crime, consumers and victimization*, in *Crime Law Soc. Change*, 51(1), 2009, p. 127 ss.

Ecco, dunque, riemergere con forza gli annosi *problemi strutturali* connessi al processo di criminalizzazione dei comportamenti economici devianti: (i) la scarsa *visibilità sociale* di questi, anche da parte delle vittime; (ii) l'enorme difficoltà rispetto alla coagulazione di un consenso sociale, che, anche laddove si forma, «resta *labile e fluido*»; (iii) le difficoltà della legislazione penale «ad *orientarsi ai risultati*», poiché «questi sono *difficilmente controllabili*, e di fatto assai *poco controllati dai beneficiari*». E ciò tanto in relazione ai “beneficiari-destinatari (ossia il ceto degli imprenditori economici)”, i quali «non sono *interessati ai risultati*», quanto ai “beneficiari *reali* (cioè l'intera collettività ed i suoi membri *uti singuli*)”, che «non si *riconoscono come interessati ai risultati* stessi per difetto di visibilità vittimologica, nonché di adeguata cultura ‘tecnica’»⁴⁸.

Il discorso non sembra peraltro destinato a mutare negli esiti neppure alla luce di un recente studio che ha evidenziato la progressiva affermazione di una più spiccata consapevolezza dello *status* di ‘vittime potenziali’ in capo agli attori ‘deboli’ del mercato, si tratti di imprese o consumatori. Prima “fase” di quella che viene definita “*sindrome dell'anomia del mercato*” (*Syndrome of Market Anomie*)⁴⁹ – modello ‘reattivo’ rispetto alla c.d. “*anomia istituzionale del mercato*” (*Institutional Market Anomie*)⁵⁰ – sarebbe, infatti, la *percezione* dello ‘squilibrio di forze’ esistente porterebbe ad una condizione di *insicurezza e vulnerabilità* tale da indurre nelle potenziali vittime un atteggiamento di profonda *sfiducia e scetticismo* nei riguardi delle norme giuridiche, incluse quelle penali, avvertite come inadeguate ed incapaci di orientare i comportamenti economici degli attori ‘forti’ del mercato, volti al perseguimento del profitto ad ogni costo⁵¹. Ad una maggiore ‘consapevolezza vittimologica’ parrebbe perciò non corrispondere un maggiore coagulo di consenso, ma, anzi, sembrerebbero seguire inattesi “effetti collaterali”.

A fronte di questa palese *crisi di legittimazione* del ricorso al diritto penale, l'unico ‘rimedio’ possibile «non può dunque che essere una *legittima induzione di consenso sociale* da parte del legislatore: in prima battuta, sull'opzione incriminatrice; come obiettivo finale, sulle aspettative comportamentali con la pena così stabilizzate»⁵².

⁴⁸ C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 916. Sul progressivo processo di ‘trasformazione qualitativa’ della pubblica opinione in relazione alla criminalizzazione ed al perseguimento degli illeciti economici verificatosi negli ultimi decenni negli Stati Uniti, cfr. F.T. CULLEN - J.L. HARTMAN - C. LERO JONSON, *Bad guys: Why the public supports punishing white-collar offenders*, in *Crime Law Soc. Change*, 51(1), 2009, p. 31 ss.

⁴⁹ S. KARSTEDT - S. FARRALL, *The Moral Economy of Everyday Crime. Markets, Consumers and Citizens*, in *Brit. J. Criminol.*, 46(6), 2006, pp. 1017-1018.

⁵⁰ Cfr. R. ROSENFELD - S.F. MESSNER, *Markets, Morality, and an Institutional-Anomie Theory of Crime*, in N. PASSAS - R. AGNEW (eds.), *The Future of Anomie Theory*, Boston, 1997, p. 207 ss.; sul concetto di “anomia”, cfr. il basilare contributo di R.K. MERTON, *Social Structure and Anomie*, in *Am. Sociol. Rev.*, 3(5), 1938, p. 672 ss.

⁵¹ Cfr. S. KARSTEDT - S. FARRALL, *The Moral Economy*, cit., p. 1018.

⁵² C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 917; nello stesso senso anche C. HARDING, *Business Collusion*, cit., pp. 200-201.

3. L'ordinamento italiano: la l. n. 287/1990 e la rinuncia allo strumento penalistico

In Italia l'affermazione della "filosofia *antitrust*" è avvenuta in modo alquanto tardivo rispetto a quanto accaduto in altri ordinamenti europei. Nel secondo dopoguerra, infatti, nel nostro Paese ha dominato per decenni «una cultura collettiva tutta strutturata su ingredienti diversi dalla concorrenzialità, dal rischio individuale, dalla competitività. Una mentalità intessuta di aspettative riposte più sullo Stato che non sul mercato»⁵³. Come è stato efficacemente osservato, «l'Italia aveva scoperto una formula nuova di capitalismo: il "*capitalismo senza mercato*"»⁵⁴.

Così, nonostante sin dagli anni cinquanta si fosse assistito al proliferare di un gran numero di disegni e proposte di legge in materia⁵⁵, la legge *antitrust* italiana ha visto la luce solo nel 1990 (l. 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme sulla tutela della concorrenza e del mercato")⁵⁶, esattamente un secolo dopo lo *Sherman Antitrust Act* statunitense e oltre trent'anni dopo la normativa comunitaria e quella della Germania Federale. Un simile ritardo riflette non solo una minore attenzione ai problemi di funzionamento dei mercati, ma anche e soprattutto un diverso sviluppo culturale e politico del nostro Paese, in cui il legislatore si è caratterizzato per un approccio «assolutamente lacunoso nel settore del diritto dell'economia»⁵⁷, che ha portato per lungo tempo a privilegiare il ruolo dello Stato *gestore e imprenditore*. La normativa *antitrust* del 1990 può dunque essere, considerata quale espressione di un *nuovo modello di statualità*⁵⁸ che recepisce la 'decisione di sistema' volta a conformare l'economia ai principi del libero mercato e della concorrenza tra imprese derivanti dai trattati europei, i quali esprimono una dimensione *orizzontale* dell'agire economico, strutturalmente diversa da quella *verticale* accolta nell'art. 41 Cost. laddove sancisce la *libertà di iniziativa economica*: quest'ultima, infatti, «designa la garanzia di un agire individuale, non la disciplina di relazioni tra soggetti economici»⁵⁹.

Le violazioni della libertà di concorrenza disciplinate dalla l. n. 287/1990 afferiscono a tre *macro-categorie* di derivazione comunitaria (artt. 81 e 82 Tr. CE): *a) le intese restrittive della libertà di concorrenza* (at. 2); *b) l'abuso di posizione dominante* (art. 3),

⁵³ Così G. AMATO, *Il gusto della libertà*, cit., p. 141.

⁵⁴ G. ROSSI, *L'Antitrust di Mani Pulite*, in *MicroMega*, n. 1/2002, p. 179 (corsivi aggiunti).

⁵⁵ Per un quadro riassuntivo, cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 297; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato*, cit., p. 433 ss.

⁵⁶ Un'ampia analisi ricognitiva della disciplina *antitrust* contenuta nella l. n. 287/1990 è effettuata da A. BERNARDI - C. GRANDI, *Diritto della concorrenza nell'esperienza italiana. Profili penali e penal-amministrativi*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur.*, Vol. XV, 2001, p. 1 ss.

⁵⁷ Così, nettamente, si esprime G. ROSSI, *L'Antitrust di Mani Pulite*, cit., p. 182.

⁵⁸ Cfr. G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, pp. 591-592.

⁵⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 137-138 (corsivi aggiunti).

e c) le operazioni di concentrazione (art. 5).

La nozione di “*intesa*” esprime un concetto di «genere» che ricomprende in sé tre «specie» di condotte: gli *accordi*, le *pratiche concordate* e le *deliberazioni di associazioni di imprese*⁶⁰. Il divieto sancito per legge colpisce quelle intese che abbiano per *oggetto* – l’obiettivo rispetto al quale l’intesa risulta essere funzionale – o per *effetto* – le conseguenze che l’intesa produce sull’assetto concorrenziale del mercato – quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. In relazione a queste ipotesi si è soliti utilizzare, come si è detto, il termine *cartello*, che designa quelle intese che tradizionalmente si estrinsecano in attività quali la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento, ovvero l’alterazione del regolare funzionamento di gare pubbliche. Gli *abusi di posizione dominante* sono, invece, quelle «condotte commerciali poste in essere unilateralmente da imprese dotate di un *significativo potere di mercato*, tese esplicitamente a escludere i concorrenti con l’intento di monopolizzare il mercato a danno dei consumatori (abusi da esclusione), oppure a estrarre profitti sopracompetitivi nei confronti dei clienti (abusi da sfruttamento)»⁶¹. Infine, le *operazioni di concentrazione*. Con tale espressione ci si riferisce ad un processo di aggregazione di diverse imprese, tale da costituire o rafforzare una posizione dominante sul mercato che elimini o riduca in modo sostanziale e durevole la concorrenza⁶².

La concreta operatività della normativa posta a tutela della concorrenza è affidato ad un’apposita *autorità amministrativa indipendente*⁶³, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dotata di poteri di «vigilanza, controllo e correzione delle operazioni che possono avere effetti distorsivi della concorrenza»⁶⁴. Essa si caratterizza, rispetto alle altre Autorità di vigilanza previste nel nostro ordinamento per non essere né «preposta ad un particolare settore di attività economica», né «investita di poteri di amministrazione attiva finalizzati al perseguimento di specifici interessi pubblici», in quanto «il suo mandato concerne esclusivamente le esigenze tecniche di disciplina del mercato»⁶⁵.

⁶⁰ F. GHEZZI, *Art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, Padova, 2007, p. 2728.

⁶¹ M. TODINO, *Art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 2770.

⁶² Cfr. G. MANGIONE, *Artt. 5, 6, 7, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 2796 ss.

⁶³ Per un inquadramento del tema, cfr. A. PREDIERI, *L’erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; G. GIRAUDI - M.S. RIGHINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell’efficienza*, Roma-Bari, 2001.

⁶⁴ V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 287*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 647.

⁶⁵ S. SEMINARA, *L’impresa e il mercato*, in C. PEDRAZZI - A. ALESSANDRI - L. FOFFANI - S. SEMINARA - G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*², Bologna, 2000, p. 683.

Sul versante *sanzionatorio*, la l. n. 287/1990 si caratterizza per una completa rinuncia allo strumento penalistico. L'apparato repressivo della legge *antitrust* si fonda, infatti, sul ricorso in via esclusiva alla sanzione amministrativa, contemplando, da un lato, sanzioni poste direttamente *a tutela della concorrenza*, e, dall'altro, sanzioni poste *a tutela dei poteri di controllo dell'Autorità*⁶⁶.

In relazione alle prime, la repressione si caratterizza per la sua notevole prudenza e cautela: l'art. 15, co. 1, infatti, attua una sorta di '*procedimentalizzazione*' dell'apparato sanzionatorio. Sia con riferimento ai divieti concernenti le *intese restrittive della concorrenza*, sia in relazione agli *abusi di posizione dominante*, «la condotta, pur certamente offensiva dei beni protetti, non viene come tale assoggettata a sanzione alcuna, limitandosi l'intervento dell'Autorità ad imporre la rimozione della situazione illecita»⁶⁷. Il legislatore, quindi, ha così costruito «una fattispecie *semplice non punibile*, dalla quale deriva un semplice obbligo di osservanza del provvedimento dell'Autorità garante che impone la rimozione della situazione anti-giuridica»⁶⁸, stabilendo l'assoggettabilità *in prima battuta* ad una sanzione amministrativa pecuniaria "fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida" solo in relazione alle ipotesi di "infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione"⁶⁹. In base all'art. 15, co. 2, nei casi non ritenuti gravi *ab origine*, verrà invece applicata la sanzione amministrativa pecuniaria "fino al dieci per cento del fatturato, ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al co. 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al co. 1" qualora vi sia una *inottemperanza* da parte dell'impresa rispetto alla diffida per l'eliminazione delle infrazioni emanata dall'Autorità garante.

L'inottemperanza alla diffida si caratterizza, dunque, per un *duplice disvalore*: «da un lato quello consistente nella, per così dire, "oggettiva permanenza" nell'infrazione e, dall'altro, quello "soggettivo", rappresentato propriamente dalla "disobbedienza" al provvedimento dell'Autorità»⁷⁰. Nei casi di *reiterata inottemperanza*, l'Autorità può anche disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni. Questa sanzione a contenuto interdittivo non risulta, peraltro, essere mai stata applicata nei primi diciannove anni di vigenza della normativa *antitrust*⁷¹.

⁶⁶ S. SEMINARA, *L'impresa e il mercato*, cit., p. 685; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato*, cit., p. 645.

⁶⁷ F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 613.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, cit., pp. 613-614, il quale sottolinea, con forte accento critico, l'estrema vaghezza di tale criterio commisurativo.

⁷⁰ F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "antitrust"*, cit., p. 615.

⁷¹ Per un quadro analitico delle sanzioni comminate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. i dati reperibili alla seguente URL: <http://www.agcm.it>.

Nel 2006 è stato introdotto un co. 2-*bis* nell'art. 15, che attribuisce all'Autorità garante il potere di definire con proprio provvedimento generale "i casi in cui, in virtù della *qualificata collaborazione* prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere *non applicata* ovvero *ridotta*". In base ad esso, l'Autorità garante ha diffuso in data 15 febbraio 2007 una "Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni" relativa alle "*intese orizzontali segrete*, anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, con particolare riguardo a quelle consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella limitazione della produzione o delle vendite e nella ripartizione dei mercati". Il *programma di clemenza* così varato è ispirato al principio del "*winner takes all*": il par. 2 della comunicazione prevede infatti la *non imposizione delle sanzioni* previste dall'articolo 15, co. 1, l. n. 287/1990 per la violazione dell'art. 2 della medesima all'impresa che *per prima* fornisca *spontaneamente* all'Autorità informazioni o prove documentali in ordine all'esistenza di un'intesa qualora sussistano cumulativamente determinate condizioni. Una riduzione non superiore al cinquanta per cento delle sanzioni applicabili può invece essere accordata alle imprese che forniscono materiale probatorio in grado di rafforzare "in misura significativa" l'impianto probatorio di cui l'Autorità già dispone, contribuendo così in modo "apprezzabile" alla capacità di fornire la prova dell'infrazione⁷².

Con riferimento alle sanzioni poste a *tutela dei poteri di controllo dell'Autorità*, in relazione alle intese ed agli abusi di posizione dominante, l'art. 14, co. 5 della l. n. 287/1990 contempla la possibilità per l'Autorità garante di irrogare nei confronti dei soggetti richiesti – persone fisiche o giuridiche – una sanzione amministrativa pecuniaria se questi rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o di esibire documenti ovvero se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri, salve – in ogni caso – le diverse sanzioni previste dall'ordinamento. Infine, per quanto riguarda le concentrazioni, l'art. 19 della legge *antitrust* prevede la possibilità per l'Autorità garante di infliggere alle imprese che realizzino una operazione di concentrazione in violazione del divieto comunicato loro dallo stesso organo di vigilanza *ex art. 18*, co. 1 o che non ottemperino alle prescrizioni del co. 3 del medesimo articolo, una sanzione amministrativa pecuniaria "non inferiore all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione" medesima. Sanzioni amministrative pecuniarie "fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione, in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili" possono invece essere comminate, in base a quanto previsto dall'art. 19, co. 1, alle imprese che non ottemperino agli obblighi di comunicazione preventiva all'Autorità delle operazioni di concentrazione *ex art. 16*, co. 1.

⁷² In argomento, cfr. *amplius* V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Mercato conc. reg.*, 2007, p. 201 ss.; V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 677 ss.

3.1. Le ragioni della scelta operata e il dibattito recente

La mancata previsione di sanzioni penali nella legge *antitrust* del 1990 può essere ricondotta ad un ordine assai variegato di ragioni. In primo luogo, la dottrina ha sottolineato la forte tensione con il principio di legalità. La descrizione di una fattispecie in materia di concorrenza presenterebbe infatti «margini di vaghezza difficilmente compatibili con un rispetto non formalistico della tassatività e della determinatezza dell'illecito penale»⁷³.

Più in dettaglio, una tipizzazione incentrata sulla condotta è considerata foriera del rischio di una «definizione tanto onnicomprensiva quanto troppo generica» alla luce della vastità e della complessità della disciplina sottostante⁷⁴. Per ovviare a tale inconveniente, vi è chi ha proposto «l'ingresso in fattispecie di una specificazione in chiave esemplificativa tracciata sul modello delle c.d. *per se violations* della normativa comunitaria, ricavata a sua volta (...) dalla lunga e positiva esperienza statunitense»⁷⁵. Per converso, una definizione eccessivamente casistica, «ove si ponga mente alla molteplicità e variabilità delle ipotesi di collusione e di abuso in cui può risolversi la pratica monopolistica»⁷⁶, potrebbe comportare il rischio opposto di norme penali «elefantache e, ciononostante, lacunose»⁷⁷. Il dibattito si è dunque arenato di fronte a due soluzioni considerate entrambe insoddisfacenti: «da un lato, le generalizzazioni dall'estensione eccessiva, dall'altro, le casistiche inevitabilmente frammentarie e incomplete»⁷⁸.

Non maggiormente convincente è stata considerata la «terza via» proposta, ovvero l'opzione della tipizzazione «fondata sui risultati di turbamento delle condizioni di mercato, e sugli effetti del monopolio anziché sui possibili modi di attuazione di esso»⁷⁹. In quest'ultima ipotesi, infatti, il rischio di un «effetto paralisi» connesso al

⁷³ V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 646. Sul punto, cfr. anche M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in C. PEDRAZZI - G.S. COCO (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 203, il quale afferma peraltro che «non si tratta (...) di difficoltà insuperabili». Nello stesso senso F. STELLA, *Intervento*, in A. TOFFOLETTO - L. TOFFOLETTI (a cura di), *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996, pp. 170-171.

⁷⁴ Cfr. C. PEDRAZZI, *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, ora in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, pp. 50-51, il quale sottolinea come i concetti economici, a cui si fa ricorso per «caratterizzare la sostanza stessa della condotta criminosa, per descriverne la dinamica», costituiscano un «contributo assai impegnativo alla costruzione della fattispecie» in quanto «tra il punto di vista economico e quello giuridico intercorre un rapporto che è, insieme, di contiguità e di divergenza: rapporto, quindi, ambiguo, potenziale generatore di equivoci».

⁷⁵ M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203.

⁷⁶ G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 484.

⁷⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano, 2009, p. 50.

⁷⁸ C. PEDRAZZI, *Odierna esigenze economiche*, cit., p. 54.

⁷⁹ G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 484; M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203, si mostra invece favorevole alla previsione di un'unica fattispecie «di ampia portata»

‘gigantismo’ delle fattispecie, in cui «l’evento di danno o di pericolo assume proporzioni smisurate» sarebbe inevitabile, «a ovvio scapito dell’efficacia pratica e quindi dell’importanza delle norme medesime»⁸⁰. Come è stato sottolineato, «l’esperienza insegna che, nell’ottica penalistica, il ricorso a concetti e valori economici (se non, più esattamente, macroeconomici) per costruire direttamente su di essi degli schemi di fattispecie, troppo spesso corre il rischio di risolversi nella elaborazione di norme soltanto emblematiche e quindi in sostanza inapplicabili, a meno di voler in certo senso delegare totalmente al giudice penale un ruolo di interpretazione dei fenomeni economici, che potrebbe in realtà risolversi in un ruolo di c.d. super-gestione dell’economia»⁸¹.

Un secondo ordine di ragioni si fonda su valutazioni di carattere politico-criminale. In primo luogo, l’impiego in via esclusiva della sanzione amministrativa è stato argomentato alla luce della sua maggiore efficacia e duttilità rispetto a quella penale⁸². Oltre a questo, sono state espresse preoccupazioni rispetto all’incompetenza «tecnica» del giudice penale e ad una sua possibile “*impuissance psychologique*” in relazione ad una materia inscindibilmente connessa a complesse nozioni economiche⁸³. E ancora: è stata poi evidenziata la necessità di «evitare sovrapposizioni e ambiguità nel rapporto fra rischio di impresa e rischio penale»⁸⁴.

Infine, all’epoca della discussione sulla natura dell’apparato repressivo da introdurre nella legge *antitrust*, due ulteriori fattori militavano in senso contrario al ricorso alla sanzione penale. Anzitutto l’ordinamento italiano si caratterizzava per una non ancora compiuta riflessione – con la conseguente assenza di una disciplina extrapenale *ad hoc* – in merito al complesso fenomeno delle *aggregazioni societarie*, in grado di assumere sul versante penalistico una veste «affatto ambivalente» sia «come contesto o strumento di frode e di elusione della legge», sia, all’opposto, quale «fattore oggettivo di giustificazione (o, quantomeno, fattore soggettivo di scusa) del comportamento delle persone fisiche operanti al loro interno»⁸⁵. *Last but not least*, un forte argomento

incentrata sulla «concretizzazione» del comportamento illecito, ossia sulla «esplicitazione della natura degli effetti provocati dall’accordo e dalla loro misura e rilevanza».

⁸⁰ C. PEDRAZZI, *Delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 281. Cfr. anche G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, p. 103 ss.

⁸¹ G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 484.

⁸² Sulle indicazioni e i limiti di impiego della sanzione amministrativa in materia economia, cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1027 ss.; F.C. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 224 ss.

⁸³ S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 352.

⁸⁴ G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 474. In argomento cfr. anche C. PEDRAZZI, *Il giudice e l’economia*, in *Giust. cost.*, 1983, ora in *ID.*, *Diritto penale*, cit., p. 184.

⁸⁵ L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di “parte-*

ostile – questa volta di carattere prettamente dommatico – era rappresentato dalla allora indiscussa vigenza nel nostro ordinamento del principio “*societas delinquere non potest*”, tale da rendere obbligata la scelta di mantenere sul terreno extrapenale le forme di responsabilizzazione diretta della persona giuridica sul piano sanzionatorio⁸⁶.

A fronte delle ragioni esposte, la sanzione amministrativa pecuniaria rivolta alle imprese era, dunque, pressoché unanimemente ritenuta l’opzione sanzionatoria ottimale in termini di deterrenza per la repressione *diretta* delle fattispecie anticoncorrenziali vietate, tanto sotto il profilo della *praticabilità* che della *effettività*⁸⁷. L’unico “spazio utile” per l’impiego della sanzione penale in materia *antitrust* era ravvisato con riferimento alle ipotesi di inosservanza dei provvedimenti “individualizzati” emanati dall’Autorità garante⁸⁸.

La scelta operata dal legislatore del 1990 non ha però mancato di suscitare perplessità. Autorevole dottrina – dopo aver osservato che «a livello di sistema – di mercato – lo statuto di libertà non equivale a vuoto di disciplina» ma «anzi postula una difesa contro turbative capaci di sconvolgere le regole del gioco»⁸⁹ – non ha esitato nel definire «timido» l’intervento penalistico a sostegno della competizione concorrenziale nel nostro ordinamento⁹⁰.

Altri autori hanno poi evidenziato i possibili effetti negativi di un sistema sanzionatorio incentrato *esclusivamente* sulla sanzione amministrativa pecuniaria in termini di *traslazione dei costi* su soggetti terzi. Una tale opzione repressiva reca, infatti, con sé «il rischio che il costo economico della sanzione amministrativa pecuniaria finisca per essere ‘scaricato’ su dipendenti e consumatori, più che gravare sugli effettivi responsabili delle illecite scelte di impresa, ovvero, per converso, che la constatazione di un siffatto rischio, anche in considerazione del livello decisamente ragguardevole che la sanzione in esame potrebbe assumere, sulla base del legame percentuale con il fatturato, finisca per indurre l’Autorità ad una certa tolleranza – ovvero ad un impiego

cipazione rilevante”, “collegamento”, “controllo” e “gruppo”, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 122. Cfr. anche G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 472.

⁸⁶ Cfr. V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 647, il quale, in relazione alle fattispecie descritte nella legge *antitrust*, così scriveva: “Appare tuttavia quantomeno dubbio che nelle ipotesi ricordate le sanzioni penali riescano più incisive di quelle amministrative, a causa dell’ancoraggio del nostro ordinamento al principio della non responsabilità penale delle persone giuridiche”. Sul punto, cfr. anche ID., *La responsabilità penale dell’impresa e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, pp. 113-114.

⁸⁷ Per l’inquadramento dell’*effettività* nella sistematica dei principi di politica criminale, cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 447 ss.

⁸⁸ In questo senso, cfr. M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., p. 203-204; L. FOFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 883 ss.

⁸⁹ C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 653-654.

⁹⁰ C. PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari*, cit., p. 654.

particolarmente cauto degli strumenti sanzionatori a disposizione – proprio nei confronti di quelle infrazioni di maggiore lesività e rilievo economico per le quali potrebbe apparire giustificata anche una reazione di natura specificamente penale»⁹¹.

Questi, dunque, i termini del dibattito in tema di sanzioni in materia *antitrust* in epoca antecedente ed immediatamente successiva all’emanazione della l. n. 287/1990.

Dopo circa dieci anni di assopimento, l’attenzione sul tema si è però via via andata risvegliando. In tempi recenti, infatti, alcune voci si sono timidamente levate in favore della criminalizzazione delle più gravi forme di illecito in materia di concorrenza. La vera novità rispetto al passato è che tale tendenza è emersa soprattutto dalla letteratura extra-penale di ‘estrazione’ giuscommercialistica, alla ricerca di nuovi modelli di *enforcement* capaci di assicurare una maggiore deterrenza nel settore *antitrust*, alla luce delle carenze evidenziate da quelli tradizionali, tanto sul versante pubblicistico che su quello privatistico⁹².

Partendo da quest’ultimo, sul piano del *private enforcement* sono stati sottolineati i limiti derivanti dalla persistente assenza nel nostro ordinamento dell’istituto della *class action*⁹³. In mancanza di una disciplina civilistica dell’azione di classe⁹⁴, negli ultimi tempi si è assistito alla nascita di una «creatura tutta italiana»: la «*class action* penale»⁹⁵, attuata mediante la costituzione di parte civile ‘in blocco’, a mezzo di un uni-

⁹¹ Così, molto chiaramente, L. FOFANI, *Legislazione antitrust*, cit., p. 884. Sui limiti della sanzione pecuniaria quale tecnica di controllo dei *corporate crimes*, cfr. C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.

⁹² Cfr. A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L’insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*. Public and private enforcement, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 111 ss. e, con particolare riferimento alle sanzioni penali, pp. 129-130; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi nell’enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1430, nt. 91.

⁹³ Come osserva S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 275: «Neppure può dubitarsi della necessità di una sollecita soluzione dell’ormai annoso problema della *class action* che, oltre ad apprestare più efficaci modalità di risarcimento a tutela delle persone danneggiate dal reato, eviterebbe la loro costituzione di parte civile e così l’ingresso nel procedimento penale di istanze non necessariamente mirate alla sua più rapida definizione e all’individuazione delle reali responsabilità penali».

⁹⁴ Il 1° gennaio 2010 entrerà in vigore l’art. 140-bis del Codice del consumo, rubricato “*Azione di classe*” – concernente anche i comportamenti commerciali contrari alle norme sulla concorrenza – in una versione radicalmente modificata, ad opera dell’art. 49, l. n. 99/2009, rispetto a quella originariamente introdotta dall’art. 2, co. 446, l. n. 244/2007, mai entrata in vigore a causa dei continui rinvii succedutisi. Il nuovo testo ha già attirato le critiche della dottrina, in quanto il modello prescelto abbandona l’interesse collettivo quale fulcro della tutela risarcitoria per abbracciare una dimensione di matrice individualistica ritenuta inidonea al perseguimento degli obiettivi di deterrenza e riparazione. Sul tema, cfr. C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 ss.; in generale sul tema delle *class actions*, cfr., per tutti, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

⁹⁵ L’espressione è di M. ZANCHETTI, *Crisi del mercato e diritto penale dell’economia*, in *Liuc Papers*, suppl. n. 198, gennaio 2007, p. 28, il quale sottolinea: «Nella perdurante carenza di una discipli-

co difensore, da parte di decine di migliaia di consumatori o risparmiatori danneggiati in recenti importanti processi per reati economici. Forse, però, a pesare ancora di più è la già assodata impossibilità di 'importare' nel nostro ordinamento la disciplina dei c.d. *punitive damages*, che tanto hanno contribuito alla complessiva efficacia deterrente della normativa *antitrust* statunitense, a causa del contrasto con l'ordine pubblico⁹⁶. Riemerge così la problematica delle "promesse non mantenute" sul versante delle alternative di tutela di natura civilistica, la cui valorizzazione era stata anni or sono autorevolmente invocata dalla dottrina penalistica⁹⁷.

Sul piano del *public enforcement*, è stata invece sottolineata l'esigenza di introdurre una gamma di sanzioni rivolte direttamente agli amministratori e ai dirigenti coinvolti nelle pratiche illecite⁹⁸. Una simile estensione soggettiva delle sanzioni, si afferma, produrrebbe un «duplice vantaggio»: da un lato, «ridurrebbe i costi di monitoraggio delle imprese nei confronti dei propri dipendenti»⁹⁹; dall'altro, «offrirebbe una solida motivazione a quegli esponenti aziendali che intendessero resistere ad eventuali pressioni dei vertici dell'impresa (o degli azionisti) affinché essi pongano in essere accordi di cartello». Inevitabilmente, però, la previsione di una sanzione individuale pecuniaria sconterebbe gli stessi problemi concernenti le sanzioni della medesima natura rivolte alle imprese «in termini di capacità contributiva e di proporzionalità, con l'aggravante che l'eventuale effetto deterrente potrebbe essere eliminato o coperto mediante strumenti contrattuali»¹⁰⁰.

Ecco, allora, che «l'unica soluzione atta a risolvere il problema della deterrenza sarebbe quella di introdurre sanzioni di natura penale, quantomeno per le violazioni più gravi. La minaccia di una sanzione penale (...) ha infatti un effetto deterrente

na civilistica della azione di classe, gli obbligazionisti si sono raggruppati presso alcuni difensori, e si sono costituiti tutti assieme parte civile. Nel processo Parmalat le parti civili costituite sono oltre trentacinquemila, di cui trentaduemila con un solo avvocato, nel processo Cirio sono oltre cinquemila». Sul tema, cfr. anche le pionieristiche riflessioni di F. BRICOLA, *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *Quest. crim.*, 1976, p. 7 ss.

⁹⁶ Cfr. Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981, con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; App. Trento sez. distaccata Bolzano, 16 aprile 2008, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 523, con nota di P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*.

⁹⁷ Il riferimento è a F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 71 ss.

⁹⁸ Cfr. OCSE, *Cartels: Sanctions Against Individuals*, in *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 9(3), 2009, p. 9 ss.

⁹⁹ F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 548-549. In argomento, cfr. anche W.P.J. WILS, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require not only Fines on Undertakings but also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?* in ID., *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law and Economics*, The Hague, 2002, p. 188 ss.

¹⁰⁰ F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 549.

molto forte sui dirigenti delle imprese e ciò potrebbe consentire di fissare le sanzioni pecuniarie a livelli meno elevati, mantenendo un livello di deterrenza ottimale¹⁰¹. Circa la *tipologia* di tali sanzioni penali, l'opzione per quella detentiva pare preferibile, in quanto gli effetti di quelle pecuniarie e a contenuto interdittivo potrebbero rispettivamente «essere *eliminati* (attraverso una *indemnification* da parte della società) o *aggirati* (ad esempio, per il tramite di un contratto di consulenza)»¹⁰², con evidenti ricadute sulla loro portata general-preventiva. Entro il quadro delineato «per un verso, verrebbero dunque eliminati i problemi di capacità contributiva e di proporzionalità della sanzione e si risolverebbero i problemi di monitoraggio delle imprese. Per altro verso, gli stessi *manager* avrebbero molte più armi per «resistere» alla tentazione o alle pressioni per partecipare ad un cartello, non essendo adeguatamente risarcibile o assicurabile il danno derivante dalla sottoposizione a pene detentive»¹⁰³. In tal modo, quindi, la presenza di sanzioni penali «limiterebbe i casi di *over-enforcement* e risponderebbe a criteri di *distributive justice*»¹⁰⁴.

Ciò che sembra dunque emergere è una preferenza per un sistema repressivo in cui sanzioni rivolte alle persone fisiche si affianchino a quelle rivolte direttamente alle imprese. In relazione a queste ultime, nuove prospettive sono state aperte dal superamento del principio “*societas delinquere non potest*”, avvenuto nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. n. 231/2001, che ha reso obsolete le obiezioni di ordine dommatico fondate sulla impossibilità di considerare la persona giuridica quale destinatario diretto di sanzioni a contenuto ‘criminale’¹⁰⁵.

Pur a fronte dell'emersione di tali istanze, le posizioni espresse recentemente nella letteratura penalistica si sono caratterizzate per la loro estrema cautela.

Chi, in prospettiva *de lege ferenda*, ha auspicato l'introduzione nella parte speciale del codice penale di un apposito capo dedicato ai «*delitti contro la concorrenza*» – ritenendo «raccomandabile e opportuno» un circoscritto “riconoscimento penalistico” di tale bene giuridico, attraverso la previsione di «nuove fattispecie incriminatrici della corruzione nel settore privato»¹⁰⁶ – ha però contestualmente affermato che la prote-

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 551 (corsivi aggiunti).

¹⁰³ F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 549.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Su questo epocale passaggio, cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 326 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571 ss.; C.E. PALIERO, *il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss.

¹⁰⁶ L. FOFFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 761. Si deve peraltro osservare che il sistema tedesco, indicato come modello di riferimento dall'A., ha introdotto con la l. 13.8.1997 per la lotta alla corruzione (BGBI., I, 2038) il § 298 StGB, rubricato “*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*”, che incrimina gli accordi restrittivi della concorrenza nelle gare di appalto (c.d. *bid rigging*).

zione di tale bene giuridico debba «anche nel futuro continuare a fondarsi essenzialmente su strumenti e modalità extrapenali, affidati alla gestione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato»¹⁰⁷. A tale proposta sono seguite argomentate obiezioni, limitate però alla *pars destruens*. Come potrebbe il nostro legislatore – è stato sottolineato – «giustificare la scelta di criminalizzare fatti di corruzione privata, quali fonti di *possibile, remoto, presunto* pericolo per la tenuta concorrenziale del mercato, ove si continui invece a relegare nel penalmente irrilevante vicende ben più massicciamente, corposamente, seriamente, direttamente offensive della concorrenzialità dei mercati, quali quelle descritte nella cosiddetta legge *antitrust*? Cosa c’è in una corruzione privata che, nell’ottica del modello della concorrenza, ne giustifichi l’incriminazione, e che non si rinviene, invece, in un’intesa restrittiva della libertà di concorrenza (art. 2, l. n. 287/1990) o in un abuso di posizione dominante (art. 3, l. n. 287/1990)?»¹⁰⁸. La risposta non sembra risiedere in una maggiore lesività di tale condotta «poiché, anzi, un’intesa limitativa o un abuso di posizione dominante – essendo vicende che, per definizione, sono capaci di ledere direttamente, o di mettere in serio pericolo, la struttura concorrenziale di un certo settore di mercato – sono portatrici di una carica offensiva di gran lunga più consistente rispetto a quella, remota ed eventuale, insita in una corruzione privata»¹⁰⁹. Alla luce di quanto esposto, «più ragionevole sarebbe, allora, che il nostro legislatore si ponesse innanzitutto il problema di una eventuale incriminazione (in forme e limiti tutti da verificare) di condotte riconducibili a qualcuno dei tipi di offesa presi in considerazione dalla legge *antitrust*»¹¹⁰.

Alcune considerazioni merita, infine, il tema della tutela delle funzioni dell’Autorità garante, indicata a suo tempo da buona parte della dottrina quale “via maestra” per un possibile ingresso della sanzione penale nella materia *antitrust*. In prospettiva *de lege lata*, la fattispecie delittuosa di cui all’art. 2638 c.c., introdotta ad opera del d.lgs. n. 61/2002, sembra attualmente assicurare una protezione penale ad ampio spettro all’attività funzionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato¹¹¹: risolta positivamente la questione relativa all’inclusione di questa nel novero delle “autorità pubbliche di vigilanza”¹¹², le «condotte illecite che si inseriscono nello svol-

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, pp. 834-835.

¹⁰⁹ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 835.

¹¹⁰ A. SPENA, *Punire la corruzione privata?*, cit., p. 836.

¹¹¹ A.F. TRIPODI, *Diritto penale e disciplina antitrust. Le indicazioni provenienti dall’analisi economica del diritto e la prospettiva aperta dall’art. 2638 c.c.*, in P. SIRACUSANO (a cura di), *Scritti di diritto penale dell’economia*, Torino, 2007, p. 165.

¹¹² In tal senso, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 601. Dello stesso avviso anche A. ALESSANDRI, *Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 257, il quale peraltro critica il dato testuale dell’art. 2638 c.c., giudicato «troppo laconico e intrinsecamente generico».

gimento del rapporto *informativo*» sarebbero, infatti, sanzionate penalmente ad opera primo comma, mentre le «condotte di *inottemperanza* al potere precettivo dell'Autorità» ai sensi del secondo comma¹¹³.

Sembrerebbe dunque essersi venuta a creare – in assenza di una qualsivoglia adeguata riflessione preliminare «circa i rapporti fra sanzione amministrativa e sanzione penale e circa le rispettive sfere di illecito» – una situazione assai singolare in una materia come quella *antitrust* rispetto alla quale «il legislatore aveva sino ad oggi totalmente escluso l'opzione penale dal novero di quelle presenti nel repertorio sanzionatorio della disciplina di riferimento» anche in relazione alla tutela delle funzioni dell'Autorità amministrativa indipendente di riferimento¹¹⁴.

Ciò premesso, non si può omettere di sottolineare come l'*appeal* di questo modello di tutela penale¹¹⁵ sia stato fortemente offuscato a seguito delle *débâcles* verificatesi negli ultimi anni. Come è stato osservato, «le grandi crisi statunitensi, inglesi e italiane hanno mostrato un clamoroso *fallimento dei mercati e dei controlli*, ovvero una grave incapacità di tempestiva correzione dall'esterno e dall'interno delle distorsioni che si andavano da anni determinando»¹¹⁶. Nelle vicende di casa nostra, in particolare, «è venuta allo scoperto una sconsolante inefficienza di tutte le istanze di vigilanza e controllo, a qualunque livello»¹¹⁷. Entro questa prospettiva, non può dunque che uscire ridimensionata la grande – e forse eccessiva – fiducia riposta nei *gatekeepers* istituzionali¹¹⁸, a lungo considerati quali «nuove Maestà» alle quali rendere il «dovuto tributo penalistico»¹¹⁹.

¹¹³ A.F. TRIPODI, *Diritto penale e disciplina antitrust*, cit., pp. 165-166 (corsivi aggiunti).

¹¹⁴ L. FOFFANI, *La tutela delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti: il ruolo attuale dello strumento penale*, relazione tenuta all'incontro di studio su "Il rapporto fra giudici e Autorità indipendenti nella regolazione dei mercati", Roma, 9-11 maggio 2005, reperibile alla seguente URL: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/11620.pdf>, p. 7.

¹¹⁵ Cfr., per tutti, G.M. FLICK, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa all'alba del nuovo secolo. Il nodo dei beni protetti*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, p. 1326. In senso critico, cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; da ultimo, in generale, v. G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 167 ss.

¹¹⁶ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 567.

¹¹⁷ *Ibidem* (corsivi aggiunti).

¹¹⁸ M. ZANCHETTI, *Crisi del mercato*, cit., p. 26, in relazione alla Consob, sottolinea emblematicamente come il suo Presidente, sentito come testimone nell'ambito del processo Parmalat, abbia dovuto ammettere che la prima richiesta di chiarimenti rivolta alla società di Collecchio sia stata operata all'indomani della pubblicazione di un articolo sul quotidiano *La Repubblica*, che ne criticava l'eccessivo indebitamento.

¹¹⁹ S. RIONDATO - S. ZANCAN, *Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo amministrative*, in P. CAVALIERI - G. DALLE VEDOVE - P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, p. 137.

4. L'ordinamento francese: dall'art. 419 del Code pénal napoleonico all'art. L. 420-6 del Code de commerce

Nel panorama europeo l'ordinamento francese è senza dubbio quello che da epoca più risalente conosce una specifica repressione penale delle pratiche anticoncorrenziali. A seguito della Rivoluzione francese, la *Loi Chapelier* del 1791 introduce il delitto di *coalition*, divenuto poi l'art. 419 del Codice penale napoleonico del 1810¹²⁰. Tale delitto, nella sua formulazione originaria, puniva chi “mediante aggregazioni o intese tra i principali detentori di una stessa merce o prodotto, finalizzate ad impedirne la vendita del tutto o al di sotto di un certo prezzo, abbia causato il rialzo o il ribasso del prezzo di beni o merci al di sopra o al di sotto del prezzo che sarebbe stato determinato dalla concorrenza libera e naturale del commercio”. La sua applicazione viene ben presto estesa ad opera della giurisprudenza a tutte le ipotesi di speculazioni in ambito commerciale che abbiano l'effetto di alterare il prezzo fissato dal libero gioco del mercato¹²¹, e questo soprattutto a partire dalla fine del XIX secolo quando il fenomeno della c.d. *cartellizzazione* dell'economia inizia a prendere piede anche in Francia.

Le Corti francesi, se da un lato ampliano notevolmente la portata applicativa della norma, dall'altro, elaborano nel corso degli anni la distinzione tra «*bonnes*» e «*mauvaises*» *ententes* – ossia tra cartelli ‘buoni’ e cartelli ‘cattivi’ – temperando così il concreto rigore sanzionatorio della fattispecie: in tal modo non vigeva più, *de facto*, un divieto assoluto di intese tra i principali detentori di una medesima merce, in quanto ogni accordo veniva giudicato sulla base di un criterio di *ragionevolezza* – se possibile, ancor più incerto di quello richiesto dalla fattispecie – consistente nell'accertare se il prezzo praticato sul mercato, e conseguentemente il profitto che ne discendeva, fosse o meno «naturale» ovvero «normale»¹²².

La legge del 3 dicembre 1926 amplia notevolmente la portata dell'art. 419 C. pén.: la nuova fattispecie reprime in particolare la condotta di chi “esercitando o tentando di esercitare, sia individualmente sia in unione o coalizione, un'azione sul mercato allo scopo di procurarsi un guadagno non derivante dal gioco naturale dell'offerta e della domanda, provochi o tenti di provocare, direttamente o per interposta persona, l'aumento o il ribasso artificiale del prezzo delle derrate, delle merci o dei titoli pubblici o privati”. Anche in questa nuova formulazione, la norma si rivela insufficiente e inadeguata, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, epoca in cui la politica economica france-

¹²⁰ Cfr. K. TIEDEMANN, *Derecho sobre los monopolios*, cit., p. 364; G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, II, *Comunità europee e legislazione degli Stati membri*, Milano, 1963, p. 213.

¹²¹ V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 749.

¹²² Cfr. G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, cit., pp. 215-216, il quale sottolinea la singolare analogia tra questa giurisprudenza e l'evoluzione della *rule of reason* nell'interpretazione della normativa *antitrust* statunitense.

se vira in modo deciso da una impostazione fondata sul libero mercato ad un'altra a sfondo fortemente dirigista

Verso la fine degli anni cinquanta, il legislatore francese attua una penalizzazione mirata di talune pratiche anticoncorrenziali. Il decreto n. 58-548 del 24 giugno 1958, integra l'*ordonnance* n. 45-1483 del 30 giugno 1945 relativa ai prezzi con l'introduzione dell'autonoma incriminazione delle *intese illecite*, alla quale si aggiunge in un secondo momento quella dell'*abuso di posizione dominante* ad opera della l. n. 63-628 del 2 luglio 1963¹²³.

Questi due interventi normativi rappresentano l'occasione per un primo parziale allineamento del diritto interno alle disposizioni di ispirazione liberale in materia di concorrenza inserite nel Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea¹²⁴. Le due nuove incriminazioni si presentano nella forma delle c.d. *per se violations*, in quanto le condotte descritte nell'art. 50 dell'*ordonnance* del 30 giugno 1945 sono punite in quanto tali, prevedendo infatti la norma che esse "*abbiano ad oggetto o possano avere per effetto di impedire, ostacolare o falsare il regolare gioco della concorrenza*". Si prescinde così da una qualsivoglia lesione effettiva del bene tutelato, accontentandosi della semplice intenzione di lederlo o della mera possibilità del verificarsi della conseguenza lesiva.

Sulla scorta delle istanze comunitarie, si compie progressivamente in Francia una parabola che porta ad un ripensamento complessivo delle norme poste a tutela della concorrenza: le numerose proposte di riforma spingono infatti per il passaggio da un intervento di tipo esclusivamente penale ad un altro «sempre più attratto nell'orbita extrapenale del sistema amministrativo»¹²⁵. Si giunge così all'emanazione dell'*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, che attua una vasta depenalizzazione del diritto della concorrenza¹²⁶, affidando il ruolo principale nel sistema di *public enforcement* al neonato *Conseil de la concurrence* – ribattezzato nel 2008 *Autorité de la concurrence* – competente ad accertare e sanzionare le pratiche anticoncorrenziali vietate¹²⁷.

L'opera di depenalizzazione non è però assoluta: i redattori del testo del 1986 ritengono opportuno mantenere una 'quota' di tutela penale, destinata a svolgere una funzione residuale nell'opera di repressione e dissuasione delle pratiche anticoncorrenziali. L'art. 17 della predetta ordinanza introduce così una nuova fattispecie penale, divenuta, a seguito della *codification à droit constant* attuata con l'ordinanza del 18 settembre 2000, l'art. L. 420-6 del *Code de commerce*. Tale norma punisce con la reclusione fino a quattro anni e l'ammenda fino a 75.000 euro il fatto commesso da chi

¹²³ B. BOULOC, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale*, in *LPA*, 2005, n° 14, p. 11; V. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 753 ss.

¹²⁴ Cfr. M.-C. GUÉRIN, *Concurrence*, in *J.-Cl. Pén. des Affaires*⁵, fasc. 10, 2008, p. 4.

¹²⁵ V. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 795.

¹²⁶ Cfr. J. AZEMA, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, in *Rev. sc. crim.*, 1989, p. 651 ss.

¹²⁷ Sull'evoluzione avutasi nell'ordinamento francese, cfr. *amplius* A. DECOCQ - G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*³, Paris, 2008, p. 30 ss.

“svolge fraudolentemente un ruolo personale e decisivo nella concezione, organizzazione o attuazione delle pratiche vietate dagli articoli L. 420-1 e L. 420-2”. Il tribunale può inoltre disporre che la sentenza sia pubblicata integralmente o per estratti a spese del condannato.

Le componenti del delitto sono riconducibili a due ‘categorie’: da un lato, la “condizione preliminare” di esistenza del delitto (*condition préalable*), consistente nella sussistenza di determinate pratiche anticoncorrenziali; dall’altro, gli elementi costitutivi della fattispecie in senso proprio, vale a dire lo svolgimento di un ruolo *personale* e *decisivo* nel concepire, organizzare o attuare le pratiche vietate (*élément matériel*), sorretto da un’intenzione fraudolenta (*élément intentionnel*)¹²⁸.

4.1. Le pratiche anticoncorrenziali vietate

Le pratiche che possono costituire la “condizione preliminare” di esistenza del delitto di cui all’art. L. 420-6, sono le *intese illecite* (art. L. 420-1) e lo *sfruttamento abusivo di posizione dominante o dipendenza economica* (art. L. 420-2).

Le prime vengono definite come “azioni concertate, convenzioni, intese espresse o tacite, o coalizioni, che hanno ad oggetto o che possono avere come effetto di impedire, restringere o di falsare il gioco della concorrenza su un mercato” e ciò, in particolare, attraverso una delle modalità indicate dalla norma¹²⁹. Per quanto concerne la nozione di “intesa”, essa richiede la sussistenza di un accordo tra imprese distinte ed autonome tra loro. Un accordo tra la società madre ed una sua filiale, ad esempio – condotta che può ben integrare un abuso di dipendenza economica – non può in via di principio essere qualificato come “intesa”¹³⁰. Quanto alla forma, l’intesa può concretizzarsi in accordi *orizzontali* (conclusi tra imprese situate al medesimo stadio del processo produttivo) o *verticali* (conclusi tra imprese operanti a stadi differenti), in direttive emanate nell’ambito di ordini professionali miranti ad uniformare i prezzi praticati dagli aderenti o in accordi tra imprese in occasione dell’aggiudicazione di appalti pubblici¹³¹.

L’art. L. 420-2 concerne invece “lo sfruttamento abusivo da parte di una impresa o di

¹²⁸ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, Paris, 2009, p. 724.

¹²⁹ Art. L. 420-1 C. com.: «Sont prohibées même par l’intermédiaire direct ou indirect d’une société du groupe implantée hors de France, lorsqu’elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu’elles tendent à :

1° Limiter l’accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d’autres entreprises;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;

4° Répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement».

¹³⁰ Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*¹¹, Paris, 2004, p. 465.

¹³¹ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 725.

un gruppo di imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di esso” che abbia ad oggetto o che possa avere come effetto quello di restringere o di falsare il gioco della concorrenza su un mercato. È inoltre vietato, qualora sia suscettibile di compromettere il funzionamento o la struttura della concorrenza, “lo sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica in cui si trovi una impresa cliente o fornitrice”¹³². Se, dunque, la nozione di “posizione dominante” si fonda su un duplice criterio – il “mercato di riferimento” e la forma di egemonia posta in essere – l’abuso di dipendenza economica si realizza invece allorché un’impresa si trovi ad avere relazioni commerciali con un’impresa dominante che non offra soluzioni alternative e competitive nell’ipotesi in cui questa si rifiuti di contrarre alle condizioni imposte¹³³.

L’impiego dell’avverbio “notamment” sia nell’art. L. 420-1 che nell’art. L. 420-2 indica come in entrambi i casi il legislatore abbia fatto ricorso ad una mera esemplificazione delle modalità in cui le condotte possono estrinsecarsi: non si tratta, dunque, di una enunciazione esaustiva, e ciò non può che comportare una forte tensione con il principio di tassatività¹³⁴. Dal punto di vista della tecnica di redazione, invece, ci si avvicina a quella impiegata nelle c.d. *fattispecie miste alternative*, «adottata quando una pluralità di condotte è considerata dalla legge come elemento materiale di una fattispecie, benché il senso di questa venga già integrato anche dalla realizzazione di una sola delle varie condotte indicate»¹³⁵. Nonostante il dato normativo si accontenti, in relazione ad entrambe le macro-tipologie di infrazioni, di un effetto anticoncorrenziale meramente *potenziale*, la giurisprudenza tende a richiedere un ‘requisito supplementare’ rappresentato dal superamento di una non meglio definita «*soglia di sensibilità*», apprezzabile caso per caso in base agli effetti concreti prodotti o suscettibili di prodursi in esecuzione delle pratiche vietate¹³⁶.

¹³² Art. L. 420-2 C. com.: «*Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

¹³³ Cfr. M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*⁴, Paris, 2000, pp. 524-525.

¹³⁴ Ph. CONTE - P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*⁷, Paris, 2004, pp. 95-96; Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 466.

¹³⁵ Cfr. MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p. 753.

¹³⁶ Cfr. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Rapport annuel 1998*, p. 40 e giurisprudenza *ivi* citata. Il documento è reperibile alla seguente URL: <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/user/standard.php?id=rub=50>.

È altresì importante sottolineare come l'accertamento della sussistenza della "condizione preliminare" non costituisca una questione pregiudiziale: il giudice penale può perciò procedere autonomamente alla qualificazione di una pratica come "intesa" o "abuso di posizione dominante", anche qualora l'Autorità garante, investita della medesima questione, non si sia ancora pronunciata nel merito. Alla luce della complessità di tale accertamento, il giudice penale può però richiedere un parere all'*Autorité de la concurrence*, come previsto esplicitamente dall'art. L. 462-3. Tale parere non è vincolante, per cui il giudice può discostarsi da esso, giungendo a conclusioni differenti circa la natura della pratica venuta in rilievo. Nella prassi però il giudice penale mostra molta prudenza, richiedendo, attendendo e, nella pressoché totalità dei casi, recependo la qualificazione della pratica effettuata dall'Autorità garante, la cui attività di *amicus curiae* assume quindi una portata determinante ai fini all'accertamento della "componente preliminare" del delitto di cui all'art. L. 420-6¹³⁷.

L'analisi della giurisprudenza evidenzia come l'art. L. 420-2 sia stato raramente oggetto di cognizione del giudice penale, ed essenzialmente in relazione ad ipotesi di abuso di posizione dominante. Le ragioni di ciò sembrano risiedere nel fatto che – a differenza di quanto avviene per le intese, la cui portata lesiva, attuale o potenziale, può essere più facilmente apprezzata – la valutazione circa il carattere "abusivo" di una determinata condotta implica in primo luogo un complesso «giudizio di valore» che, se perfettamente attuabile in materia civile o commerciale, mal si adatta invece alla valutazione del giudice penale¹³⁸.

Sono, infine, previste tre speciali *cause di giustificazione*¹³⁹ disciplinate dall'art. L. 420-4, che non risultano però essere mai state applicate in materia penale¹⁴⁰. Si tratta delle ipotesi di pratiche anticoncorrenziali: 1) risultanti dall'*applicazione di un testo legislativo o regolamentare*; 2) aventi l'effetto di assicurare lo sviluppo del *progresso economico*; 3) oggetto di particolari *esenzioni per categorie* adottate con decreto assunto in seguito a parere favorevole dall'Autorità garante¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires*, cit., pp. 728-729 ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer*, in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, pp. 656-657.

¹³⁸ V. D. DE GILES, *Le droit pénal de la concurrence en Europe: Premier bilan et perspectives en France*, in *JPC E*, 2003, n° 1, pp. 21-22. Cfr. anche la vasta ed analitica rassegna giurisprudenziale in appendice all'articolo.

¹³⁹ Cfr. G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*⁶, Paris, 2006, p. 182.

¹⁴⁰ Cfr. D. DE GILES, *Le droit pénal de la concurrence en Europe*, cit., p. 23.

¹⁴¹ Cfr. Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 467 e M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., pp. 526-527, i quali sottolineano che se, da un alto, la legittimazione risultante da una legge, da un regolamento o da una autorizzazione amministrativa non pone particolari problemi interpretativi, dall'altro, lo stesso non può certo dirsi in relazione alla nozione di "progresso economico", che invece richiede una complessa analisi economica.

4.2. *La necessità di una condotta personale, déterminante e frauduleuse*

La volontà legislativa di depenalizzare il diritto della concorrenza ed il ruolo residuale assegnato all'art. L. 420-6 C. com. sono perfettamente espresse dalla frammentarietà della fattispecie. La norma, infatti, reprime penalmente non più le pratiche anticoncorrenziali in quanto tali, bensì soltanto quelle caratterizzate da un particolare 'peso specifico' in termini di disvalore, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo¹⁴². Muovendo dall'elemento materiale del reato, questo si 'scompon' a sua volta in tre requisiti.

È innanzitutto richiesta una condotta di "concezione", "organizzazione" o "attuazione" di una pratica vietata. Con questa formulazione i redattori della norma hanno inteso sanzionare tutti gli «stadi» che possono condurre alla concreta messa in opera della pratica vietata, dalla fase della ideazione a quella dell'esecuzione. Si deve sottolineare come l'enunciazione dei diversi comportamenti non sia cumulativa: ai fini dell'integrazione della fattispecie è infatti sufficiente avere preso parte ad una soltanto delle fasi indicate¹⁴³.

È poi necessario lo svolgimento di un "ruolo personale": tale requisito è stato previsto con la finalità di escludere in radice ipotesi di responsabilità dei dirigenti esclusivamente in ragione della qualità rivestita¹⁴⁴, consentendo così di poter sanzionare sia le condotte poste in essere da soggetti che non ricoprono posizioni apicali all'interno della struttura societaria, sia quelle realizzate da altri soggetti quali, ad esempio, esponenti di ordini professionali o componenti di commissioni aggiudicatrici di appalti pubblici¹⁴⁵.

Il ruolo giocato dal soggetto agente, infine, deve altresì essere "determinante". Si tratta senza dubbio del 'formante' più controverso e discusso dell'*élément matériel* della fattispecie, soprattutto, com'è intuibile, in materia di intese. Introdotto con il fine di restringere la portata repressiva della norma alle sole condotte che abbiano avuto «un'incidenza causale decisiva»¹⁴⁶, il requisito in parola ha dato luogo ad interpretazioni tra loro assai difformi. Da un lato, vi è chi interpreta tale requisito in modo molto rigoroso, ritenendo suscettibile di incriminazione esclusivamente la «mente» dell'organizzazione, ossia l'ideatore «avente autorità ed influenza sugli altri membri dell'intesa», dovendosi quindi escludere la rilevanza penale della condotta, ad esempio, del dirigente che, cedendo alle pressioni del *milieu* aziendale, si sia lasciato coin-

¹⁴² Cfr. M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 527.

¹⁴³ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 658-659.

¹⁴⁴ Cfr., da ultimo, B. MOUNIER-KUHN - E. DIENY, *Responsabilité des dirigeants et collaborateurs de l'entreprise dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles: perspectives*, in JCP E, 2008, n° 7-8, p. 21 ss.

¹⁴⁵ Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., p. 660; V. SÉLINSKY, *La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles en France*, in *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n° 85, suppl., p. 30.

¹⁴⁶ Ph. CONTE, *Diritto penale e concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 873.

volgere in un cartello concepito da altri. Secondo tale orientamento, il ruolo “decisivo” può altresì essere ricoperto solo allo ‘stadio genetico’ dell’accordo e non anche nelle fasi successive, in cui avviene l’adesione di ciascun partecipante¹⁴⁷. Dall’altro, vi è chi rifugge una interpretazione tanto restrittiva, ritenendo invece che il dettato normativo possa essere interpretato fino a ricomprendere anche le singole condotte di adesione ad una intesa già concepita da altri ma non ancora attuata¹⁴⁸.

Profili molto delicati presenta l’*élément intentionnel* della fattispecie. Il testo attualmente in vigore è il risultato di una “semplificazione deformante” che ha incomprendibilmente travisato quelle che erano le reali intenzioni del legislatore. Nella versione finale della norma, infatti, l’avverbio «*fraudolentement*» ha sostituito le parole «*mediante costrizione, abuso di autorità, dissimulazione od ogni altro mezzo fraudolento*» previste nella formulazione originaria del progetto di ordinanza. Quello che era stato concepito come un reato a forma vincolata – al fine di introdurre un ulteriore elemento di selezione delle condotte punibili – è divenuto, a seguito di questa maldestra opera di semplificazione linguistica, un reato a forma libera, per quanto, almeno apparentemente, ‘rinforzato’ sotto il profilo dell’elemento soggettivo¹⁴⁹.

A fronte di questa “svista” dei redattori della norma, due sono le posizioni che si confrontano. Una parte degli interpreti cerca di far “riemergere” la necessità dell’impiego di mezzi fraudolenti al fine di una completa integrazione dell’*élément matériel* del delitto attraverso una interpretazione in senso modale dell’avverbio «*fraudolentement*»: a fronte di ciò – si sostiene – la fattispecie di cui all’art. L. 420-6 non potrebbe dirsi integrata in assenza di “manovre fraudolente” caratteristiche di fattispecie quali la truffa (*escroquerie*)¹⁵⁰. Per converso, altra parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono invece che l’avverbio «*fraudolentement*» non possa che riflettersi esclusivamente sull’elemento soggettivo, esigendo non soltanto la sussistenza di un *dol général* ma anche quella di un più intenso ed ampio *dol spécial*¹⁵¹: oltre alla semplice coscienza e volontà di violare la legge, sarebbe perciò richiesta la

¹⁴⁷ B. BOULOC, *La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles*, cit., p. 13; ID., *Remarques en vue d’un aménagement du droit pénal de la concurrence*, in *Rev. Lamy conc.*, 2008, n° 14, p. 77.

¹⁴⁸ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L’inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 660-661.

¹⁴⁹ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L’inquiétant article L. 420-6*, cit., pp. 661-662.

¹⁵⁰ Cfr. Ph. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 469; A. DECOCQ - G. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, cit., p. 484.

¹⁵¹ Sulla distinzione, non sempre agevole perché spesso non esplicitata nella struttura della fattispecie, tra *dol général* e *dol spécial* (da non confondersi con la distinzione tra dolo generico e dolo specifico), cfr. B. BOULOC, *Droit pénal général*²¹, Paris, 2009, p. 244; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*¹⁷, Paris, 2008, pp. 472-473; R. MERLE - A. VITU, *Traité de Droit Criminel*¹, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, 1997, p. 727 ss. e 749 ss.; R. SICURELLA, *L’impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 947, sottolinea peraltro che «il panorama dottrinale francese (...) non consente di delineare una ben definita categoria dogmatica riferita alla colpevolezza, dato, questo, che riflette la più generale carenza di un’approfondita riflessione e teorizzazione sulle componenti dell’illecito penale».

necessaria presenza di una «reale mala fede (*mauvaise foi*) in capo all'agente, che si traduca in una deliberata partecipazione al cartello finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo delittuoso»¹⁵².

4.3. *Il problema della responsabilità penale delle personnes morales*

Il nuovo Codice penale, entrato in vigore nel 1994, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento francese la responsabilità penale delle *personnes morales*¹⁵³. Quanto alla estensione di tale responsabilità, il legislatore ha optato inizialmente per il *principe di specialità*. L'art. 121-2 disponeva infatti che «*le persone giuridiche, ad eccezione dello Stato, sono penalmente responsabili, in base alle distinzioni previste dagli articoli da 121-4 a 121-7 e nei casi previsti dalla legge o dal regolamento, dei reati commessi, per loro conto, da propri organi o rappresentanti*».

La c.d. «legge di adattamento» del sistema penale, l. n. 92-1336 del 16 dicembre 1992, aveva due anni prima introdotto l'art. 17-1 nell'*ordonnance* del 1° dicembre 1986 relativa alla concorrenza, sancendo così la possibilità di ritenere le *personnes morales* penalmente responsabili per il delitto in materia di intese ed abuso di posizione dominante. Ancora prima di entrare in vigore, questa norma venne però abrogata ad opera della l. n. 94-88 del 1° febbraio 1994. Alla base di questa fulminea respipiscenza del legislatore vi era la preoccupazione che la sanzione dell'ammenda rivolta alle imprese potesse rappresentare una sorta di «duplicazione» rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate – anteriormente, parallelamente o posteriormente – dall'allora *Conseil de la concurrence* all'indirizzo delle medesime¹⁵⁴.

In modo alquanto inaspettato, il problema si è riproposto a seguito della generalizzazione della responsabilità penale delle persone giuridiche attuata ad opera della c.d. *loi Perben II*, l. n. 2004-204 del 9 marzo 2004, il cui art. 54 ha abolito il principio di specialità enunciato nell'art. 121-2 C. pén., espungendo da tale norma la clausola «*nei casi previsti dalla legge o dal regolamento*». A partire dal 31 dicembre 2005, dunque, la responsabilità delle persone giuridiche è ammessa in relazione a qualunque reato, con le uniche eccezioni dei reati in materia di stampa e telecomunicazione, essendo state

¹⁵² Cfr. V. SÉLINSKY, *La répression pénale*, cit., p. 31; M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELA-GE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 528; si mostrano cauti e dubitativi M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., p. 666, i quali sottolineano come si tratti di un elemento soggettivo «fortemente sfumato (...) suscettibile di ricomprendere contenuti assai differenti tra loro».

¹⁵³ Cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 187 ss.; G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 211 ss.; da ultimo nella letteratura francese, v. B. BOULOC, *Les personnes responsables*, in *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n° 85, suppl., p. 4 ss.

¹⁵⁴ Cfr. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La responsabilité pénal des personnes morales à la lumière éphémère de l'article 17-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la concurrence*, in *JPC E*, 1994, I, p. 235 ss.

le imprese editoriali dichiarate penalmente irresponsabili in forza di una espressa previsione normativa (art. 55-III)¹⁵⁵.

La scelta di reintrodurre la responsabilità penale delle *personnes morales* anche in relazione al delitto previsto dall'art. L. 420-6 C. com. è stata aspramente criticata in modo pressoché unanime in ragione dell'inatteso quanto gravoso cumulo di sanzioni che l'impresa rischia di dover fronteggiare¹⁵⁶: oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'*Autorité de la concurrence* ai sensi dell'art. L. 464-2 (fino al dieci per cento del giro d'affari complessivo)¹⁵⁷ e alla pena dell'ammenda fino a 375.000 euro¹⁵⁸, la persona giuridica rischia di doversi fare carico anche di un'ulteriore sanzione, rappresentata dal pagamento dell'ammenda irrogata nei confronti dell'autore-persona fisica, in applicazione dell'art. L. 470-1 che così dispone: «*il giudice può condannare solidalmente le persone giuridiche al pagamento delle ammende pronunciate nei confronti dei suoi dirigenti*»¹⁵⁹.

Un simile cumulo, evidentemente poco meditato, «rimette in discussione l'equilibrio raggiunto con l'assetto previgente», che vedeva le persone fisiche destinatarie della sanzione penale e quelle giuridiche della sanzione amministrativa pecuniaria¹⁶⁰.

La principale incognita, nella vigenza dell'attuale quadro normativo, è che questo crescente rigore sanzionatorio possa condurre ad una disapplicazione dell'art. L. 420-6 finalizzata a prevenire il rischio che un siffatto *over-enforcement*, nel pur lodevole intento di meglio tutelare la concorrenza, sortisca invece il non poco paradossale effetto di eliminare uno o più concorrenti dal mercato¹⁶¹.

4.4. I nodi irrisolti: verso una depenalizzazione o una razionalizzazione?

L'intervento penale in materia *antitrust* nell'ordinamento francese si presenta, oggi più che mai, all'insegna del «paradosso» e della «complessità»¹⁶².

¹⁵⁵ Cfr. S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese* (Parte I), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 606-607. Nella letteratura francese, cfr. H. MATSOPOULOU, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. sociétés*, 2004, p. 283 ss.; C. MASCALA, *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales: la fin du principe de spécialité*, in *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 5 ss.

¹⁵⁶ F. PRUNET, *Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales: un effet inattendu de la loi Perben II*, in *Gaz. Pal.*, 16-17 nov. 2005, p. 3786 ss.; B. BOULOC, *Remarques*, cit., pp. 76-77.

¹⁵⁷ Sulle sanzioni irrogate dall'Autorità garante ed i relativi criteri di commisurazione, v. *amplius* PH. CONTE - J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 473.

¹⁵⁸ L'art. 131-38 C. pén. così dispone: «*Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.*

Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1.000.000 Euros.

¹⁵⁹ B. BOULOC, *Une repénalisation sornoise du droit de la concurrence*, in *Rev. Lamy. conc.*, 2005, n° 4, p. 54.

¹⁶⁰ Cfr. F. PRUNET, *Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales*, cit., p. 3787.

¹⁶¹ Cfr. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, cit., p. 675.

¹⁶² M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., p. 519.

Il *paradosso* risiede nel fatto che, pur a fronte della dichiarata volontà del legislatore di depenalizzare il diritto della concorrenza, specialmente negli ultimi anni si sono susseguiti interventi normativi di segno fortemente contrario, tant'è che la dottrina ha esplicitamente parlato di una «subdola ripenalizzazione del diritto della concorrenza»¹⁶³. Oltre alla generalizzazione della responsabilità penale delle *personnes morales*, di cui già si è dato conto, molto rilevanti sono stati gli interventi attuati in tema di prescrizione. La legge del 15 marzo 2001 ha infatti inserito nell'art. L. 420-6 C. com. un nuovo comma in base al quale gli atti finalizzati all'accertamento di pratiche anticoncorrenziali, interruttivi della prescrizione dinanzi all'*Autorité de la concurrence* ai sensi dell'art. L. 462-7, sono egualmente interruttivi della prescrizione del reato. Contestualmente, inoltre, il termine di prescrizione degli illeciti amministrativi – costituenti la *condition préalable* dell'illecito penale – è stato portato da tre a cinque anni.

Il secondo tratto distintivo che caratterizza attualmente il diritto penale francese in materia di pratiche anticoncorrenziali, vale a dire la *complexità*, discende invece dal ricorso a due “vie sanzionatorie”, l'una penale e l'altra amministrativa, in linea di principio reciprocamente indipendenti ma che, nei fatti, spesso interferiscono ed interagiscono tra loro¹⁶⁴.

L'art. L. 462-6 prevede la trasmissione di un *dossier* al Procuratore della Repubblica da parte dell'*Autorité de la concurrence* ogniqualvolta essa venga a conoscenza di fatti ritenuti di natura tale da giustificare l'applicazione della fattispecie di cui all'art. L. 420-6. Nonostante il tenore di questa norma non lasci all'Autorità garante alcuna discrezionalità in merito alla trasmissione di tali *dossier*¹⁶⁵, sempre più spesso negli ultimi anni questa sembra essersi – indebitamente – arrogata il ruolo di ‘filtro’ rispetto alle condotte meritevoli di perseguimento penale, e ciò non soltanto in base a parametri di gravità¹⁶⁶. Le ragioni di un simile *self restraint* da parte della *Autorité de la concurrence* sembrano, piuttosto, dover essere addebitate ad una evidente discrasia sul piano politico-criminale creatasi all'interno del vigente sistema ‘a doppio binario’: l'assenza di una norma penale *ad hoc* che garantisca l'immunità *sub specie* di causa sopravvenuta di non punibilità¹⁶⁷ oppure una forte riduzione di pena ai c.d. *delatori* –

¹⁶³ B. BOULOC, *Une repénalisation sournoise*, cit., p. 53.

¹⁶⁴ Cfr. C. LEMAIRE - D. BLANC, *Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence*, in *JPC E*, 2006, n° 45, in part. p. 1883 ss.

¹⁶⁵ L'art. L. 462-6 C. com., al di là del suo indiscutibile tenore letterale, costituisce una specificazione della più generale norma di cui all'art. 40 del *Code de procédure pénale*, che dispone che: «Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs».

¹⁶⁶ Cfr. C. LEMAIRE, *Le coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 33; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquiétant article L. 420-6*, cit., p. 673.

¹⁶⁷ In tema, cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*,

prevista invece dalla *procedura di clemenza* introdotta nel 2001 in relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie rivolte alle imprese¹⁶⁸ – rischia infatti di esporre alla sanzione penale soggetti che abbiano dato un contributo assai rilevante se non decisivo alla scoperta di “cartelli” altamente nocivi per la collettività, minando così alla radice la *leniency policy* attuata dall’Autorità garante¹⁶⁹.

L’*Autorité de la concurrence* tende dunque ad attuare – come si è visto, *contra legem* – una politica di ‘protezione’ dei c.d. pentiti, arrivando di recente addirittura a sostenere che «l’adesione ad un programma di clemenza rientra nel numero dei motivi legittimi che giustificano la mancata trasmissione alla Procura del *dossier* in forza del quale le persone fisiche, appartenenti all’impresa che ha beneficiato di un esonero dalle sanzioni pecuniarie, potrebbero essere perseguite penalmente»¹⁷⁰. Questa complessa situazione non ha però frenato la crescente applicazione dell’art. L. 420-6 avutasi negli ultimi anni, soprattutto con riguardo alle intese orizzontali. Questa progressiva riscoperta della norma ha indotto la dottrina a parlare di un vero e proprio «risveglio» della fattispecie¹⁷¹, nonostante in molti ne avessero già pronunciato l’epitaffio, definendola «un reato apparente, destinato a figurare nei testi senza ingombrare le aule di tribunale» in quanto recante in sé «i germi della sua stessa paralisi»¹⁷².

Attualmente, due sono le posizioni che si fronteggiano nella letteratura francese: da un lato, vi sono quanti sostengono con forza una nuova, e questa volta univoca, opera di depenalizzazione del settore *antitrust*; dall’altro, vi è chi, invece, invoca una razionalizzazione dell’intervento penale in materia.

I primi sottolineando l’ontologica inconciliabilità fra lo strumento penale e la regolamentazione della concorrenza, sia sul piano strettamente giuridico – in quanto il doveroso rispetto del principio di legalità mal si concilierebbe con la necessità di ‘imbriacare’ fenomeni di carattere eminentemente economico – sia su quello logico-struttu-

Milano, 1998, in part. p. 226 ss.; v. anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 354 ss.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1965, in part. p. 629 ss.

¹⁶⁸ Art. L. 464-2-IV C. com.: «Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d’autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement (...)».

¹⁶⁹ Cfr. L. IDOT, *Le droit des États membres de l’Union européenne*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 19.

¹⁷⁰ Cfr. CONSEIL DE LA CONCURRENCE, *Communiqué de procédure du 11 avril 2006: le programme de clémence français*, pp. 6-7, pt. n. 37, reperibile alla seguente URL: www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro-clemence.pdf.

¹⁷¹ C. DECOCQ, *Le droit pénal de la concurrence en pleine mutation*, in *Cab. dr. entr.*, 2006, n° 1, p. 64.

¹⁷² Così Ph. CONTE, *Diritto penale e concorrenza*, cit., pp. 873-874; nello stesso senso, cfr. anche J.-C. FOURGOUX, *De la survivance infinitesimale du droit pénal dans l’antitrust mis en oeuvre par le Conseil de la concurrence*, in *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 651 ss.

rale, essendo le istanze e le finalità sottese ai due ambiti troppo distanti tra loro¹⁷³. I fautori di tale soluzione sottolineano altresì l'inefficacia ed i 'costi' della sanzione penale, soprattutto se paragonati all'impiego della sanzione amministrativa pecuniaria ed al più rapido procedimento che conduce alla sua applicazione¹⁷⁴.

Sul versante opposto, vi è chi sostiene che la regolazione del mercato non rifugge «per sua natura o per principio» l'intervento penale, essendo questo però certamente bisognoso di essere attentamente calibrato in ragione della complessità della materia sottostante¹⁷⁵. È stata perciò evidenziata la necessità di ridefinire il campo di applicazione dell'art. L. 420-6, attualmente talmente ampio da risultare quasi "inquietante". Questo orientamento spinge affinché venga recepita a livello legislativo l'opera di *selezione giurisprudenziale* delle pratiche punibili¹⁷⁶, resa possibile dall'attuale "malleabilità" del testo dell'incriminazione. Una simile prassi è stata attuata attraverso una interpretazione teleologica della norma, che "paralizza" l'operatività della fattispecie nei casi meno gravi – rispetto ai quali la sanzione amministrativa appare quale strumento di tutela adeguato¹⁷⁷ – riservando invece l'applicazione dell'art. L. 420-6 alle c.d. «*ententes injustifiables*», in relazione alle quali la sanzione penale – in particolare quella detentiva – si dimostra particolarmente efficace, attestandosi ad un livello di deterrenza pressoché ottimale, in grado quindi di contribuire realmente al rafforzamento dell'osservanza delle regole della concorrenza¹⁷⁸.

La proposta che viene avanzata è perciò quella di dare compiuta attuazione a questo indirizzo politico-criminale – affermatosi a livello giurisprudenziale quale forma di "sussidiarietà *in action*" – limitando espressamente la prensione punitiva della fattispecie alle sole *intese orizzontali*, mediante l'eliminazione del riferimento all'art. L. 420-2, concernente condotte di non agevole valutazione e accertamento in quanto fondate su complesse analisi economiche¹⁷⁹.

Per ciò che riguarda invece l'*élément intentionnel*, l'ambiguità insita nell'avverbio «*frauduleusement*» prefigura due strade percorribili: da un lato, la sua soppressione,

¹⁷³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Que reste-t-il de la dépenalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986? Bilan et perspectives*, in *Contrats, conc., cons.*, Déc. 2006, p. 16 ss.

¹⁷⁴ Cfr. L. VOGEL, *L'intérêt des sanction civiles et pénales*, in *Gaz. Pal.*, 26-28 janv. 2003, p. 121 ss.; A. PERROT, *L'efficacité des sanctions pécuniaires*, *ivi*, p. 123 ss.; v. anche S. PORTELLI, *Les sanctions pénales en matière économique et financière*, in *LPA*, 2006, n° 9, p. 11 ss.

¹⁷⁵ G. PARLEANI, *La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles: Essai d'une problématique*, in *Concurrences*, n° 1-2008, p. 4.

¹⁷⁶ Cfr. le dettagliate tavole giurisprudenziali presentate da É. DAVID, *Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles: l'exemple de la France depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986*, in *Concurrences*, n° 2-2006, p. 175 ss.

¹⁷⁷ M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, cit., p. 674.

¹⁷⁸ Cfr. E. COMBE, *Quelle sanctions contre les cartels? Une perspective économique*, in *RID éco.*, 2006, in part. p. 34 ss.

¹⁷⁹ D. BLANC, *Droit de la concurrence: la dépenalisation n'est pas la solution*, in *AJ Pén.*, 2008, n° 2, p. 71; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC - C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'inquietant article L. 420-6*, cit., p. 680.

in quanto «l'esperienza insegna che analoghi avverbi, proprio nel diritto penale dell'economia, non hanno sortito effetti selettivi»¹⁸⁰; dall'altro, la sua sostituzione con l'espressione «*par des manoeuvres frauduleuses*», recuperando in tal modo l'originaria volontà dei redattori della fattispecie.

Veniamo, infine, al delicato tema dei c.d. *programmi di clemenza*. Anche in relazione ad essi, due sono le proposte avanzate, l'una di carattere processuale, l'altra di natura sostanziale: da un lato, l'introduzione di una norma che preveda che l'immunità concessa all'impresa dall'*Autorité de la concurrence* vincoli il giudice penale, non consentendogli di perseguire i c.d. delatori che per primi abbiano denunciato l'esistenza di un'intesa vietata¹⁸¹; dall'altro, la creazione di uno specifico statuto giuridico riservato a questi soggetti 'pentiti', ispirato – *mutatis mutandis* – alla specifica normativa prevista nel settore della criminalità organizzata¹⁸².

Pare opportuno concludere queste brevi riflessioni dedicate al sistema francese dando conto dei risultati del gruppo di lavoro sulla depenalizzazione della "*vie des affaires*", insediato in data 4 ottobre 2007 dall'allora Ministro della Giustizia Rachida Dati e presieduto dal Presidente onorario della Corte d'appello di Parigi Jean Marie Coulon. La commissione Coulon ha concluso i suoi lavori nel 2008, presentando un rapporto articolato in trenta proposte. Elenchiamo di seguito quelle avanzate al fine di migliorare il coordinamento tra l'azione della *Autorité de la concurrence* e l'intervento penale in materia *antitrust*: a) soppressione del cumulo tra le sanzioni penali e le sanzioni dell'Autorità garante; b) esclusione della responsabilità delle persone giuridiche per il reato preveduto dall'art. L. 420-6 del *Code de commerce*; c) previsione della 'omologazione' della procedura di clemenza dinanzi all'*Autorité de la concurrence* da parte del *Parquet*¹⁸³; ed infine, d) previsione della competenza esclusiva delle giurisdizioni interregionali specializzate – previste dagli artt. 704 ss. del *Code de procédure pénal*¹⁸⁴ – per le violazioni dell'art. L. 420-6¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Così M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 22. Sulle difficoltà interpretative relative al dolo di frode, dovute alla presenza dell'avverbio "fraudolentement", nella formulazione dell'art. 2621 c.c. antecedente alla riforma del 2002, cfr. i rilievi di M. GAMBARDILLA, *Significato e contenuto dell'avverbio «fraudolentement» nel reato di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.)*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2529 ss.

¹⁸¹ C. LEMAIRE, *Le coordination*, cit., p. 33, il quale peraltro si mostra scettico rispetto a questa soluzione, in ragione delle difficoltà che sorgerebbero qualora si ammettesse che una Autorità amministrativa indipendente possa vincolare il giudice penale in relazione alla procedibilità di un reato. Sul punto cfr. anche D. BLANC, *Droit de la concurrence: la dépenalisation n'est pas la solution*, cit., p. 72.

¹⁸² C. LEMAIRE, *Le coordination*, cit., p. 33.

¹⁸³ Nell'ordinamento francese, con il termine *Parquet* si indica l'insieme dei magistrati del Pubblico Ministero, organizzati in una struttura che ha al suo vertice il Ministero della Giustizia.

¹⁸⁴ Cfr. S. PORTELLI, *Les sanctions pénales*, cit., p. 18.

¹⁸⁵ Cfr. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, 2008, p. 106; v. anche p. 63 ss. e le statistiche giudiziarie in appendice, p. 116.

5. L'ordinamento britannico: la cartel offence introdotta dall'Enterprise Act del 2002

A differenza dell'ordinamento francese, il Regno Unito conosce solo da pochi anni una disciplina penale specificamente dedicata alle violazioni in materia *antitrust*, contenuta nelle Section 188 ss. dell'*Enterprise Act* del 2002 sotto la rubrica «*cartel offence*».

L'introduzione di questa norma incriminatrice ha rappresentato il culmine di un processo iniziato con la radicale inversione di rotta nella *competition policy* britannica avvenuta alla fine degli anni novanta. Prima di allora, infatti, la Gran Bretagna si distingueva per essere il sistema giuridico forse meno rigoroso tra quelli economicamente avanzati nella lotta alle pratiche anticoncorrenziali in generale e ai cartelli in particolare. Solo nel 1998 il Regno Unito ha, infatti, introdotto una organica regolamentazione della materia *antitrust* ad opera del *Competition Act*, entrato in vigore nel 2000, che nei Chapters I e II descrive le pratiche anticoncorrenziali vietate – modellate essenzialmente sugli artt. 81 e 82 Tr. CE – e disciplina l'apparato repressivo, rappresentato da sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'*Office of Fair Trading* (OFT)¹⁸⁶.

Nel 2001, il *White Paper* presentato dal governo pone quale ambizioso obiettivo quello della costruzione di un “*world class competition regime*” in Gran Bretagna, anticipando per la prima volta la volontà di introdurre sanzioni penali rivolte alle persone fisiche alla luce della insufficiente efficacia deterrente dimostrata dal sistema di *enforcement* basato esclusivamente sulle sanzioni pecuniarie rivolte alle imprese¹⁸⁷. La decisione di introdurre nell'ordinamento britannico una fattispecie penale in materia *antitrust* viene accolta positivamente dalla dottrina, non solo perché rappresenta una «significativa quanto necessaria estensione del diritto penale nel campo della regolamentazione dell'attività d'impresa» ma, ancor di più, perché rivela un «raggiunta consapevolezza in merito alla rilevante gravità di una peculiare forma di *business delinquency*»¹⁸⁸.

All'atto di forgiare la nuova fattispecie, non poche sono però le difficoltà che il legislatore britannico si trova a dover fronteggiare. Se univoca è la volontà di limitare la prensione punitiva della nuova norma agli “*horizontal agreements*” tra concorrenti, né

¹⁸⁶ Cfr. B.J. RODGER - A. MACCULLOCH, *Competition Law and Policy in the EC and UK*⁴, London-New York, 2008, p. 24 ss.

¹⁸⁷ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, (White Paper, 30 July 2001), reperibile alla seguente URL: <http://www.archive.officialdocuments.co.uk/document/cm52/5233/523303.htm>; cfr. anche D. GUY, *The UK's experience with criminal sanctions*, in K.J. CSERES - M.P. SCHINKEL M.P. - F.O.W. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, cit., p. 250.

¹⁸⁸ C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core: the Prospects for the Proposed Cartel Offence*, in *Crim. L.R.*, 2002, p. 934.

le soluzioni adottate in altri ordinamenti di area comunitaria, né la formulazione contenuta nello *Sherman Act* statunitense sembrano offrire indicazioni risolutive. Due sono le strade percorribili: da un lato, la creazione di una fattispecie incentrata sulla partecipazione ad un'intesa finalizzata all'attuazione di una delle pratiche descritte nell'art. 81 Tr. CE e nel Chapter I del *Competition Act*¹⁸⁹, sulla scorta del modello irlandese¹⁹⁰; dall'altro, la previsione di un reato fondato sulla "partecipazione disonesta" ad un accordo avente ad oggetto l'attuazione di una o più pratiche orizzontali vietate, specificamente descritte dalla norma incriminatrice¹⁹¹.

La prima opzione è stata oggetto di persuasive critiche da parte dell'*Hammond-Penrose Report*, studio indipendente commissionato dall'OFT, che sottolinea come il collegamento diretto ai divieti contenuti nell'art. 81 Tr. CE e nel *Competition Act* risulti troppo esteso, dovendo invece la fattispecie avere una portata più limitata, anche al fine di prevenire la sistematica deduzione di *defenses* fondate sulla potenziale riconducibilità dell'accordo ad una delle esenzioni previste dall'art. 81(3) Tr. CE o dalle Section 4, 6 e 10 del *Competition Act*¹⁹². L'autorevole *Report* si schiera pertanto apertamente in favore della definizione della fattispecie come "partecipazione disonesta" ad un'intesa finalizzata all'attuazione di «*hard core cartel arrangements*»¹⁹³.

In accoglimento di queste indicazioni, la nuova fattispecie punisce con la reclusione fino a cinque anni e con una pena pecuniaria stabilita dal giudice chi "disonestamente, si accorda con una o più persone per organizzare o attuare, o per fare in modo che sia organizzata o attuata, una pratica orizzontale vietata – tra quelle descritte nella Section 188(2) – coinvolgente almeno due imprese"¹⁹⁴. È importante sottolineare come la

¹⁸⁹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.29.

¹⁹⁰ Sul modello irlandese, cfr., per tutti, P. MASSEY, *Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience*, in *Comp. L. Rev.*, 1(1), 2004, p. 23 ss.

¹⁹¹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.31; cfr. anche J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposal to Criminalise Hardcore Cartel Conduct*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 23(5), 2002, p. 242.

¹⁹² A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK* (Report prepared for the Office of Fair Trading, November 2001), p. 4, § 1.9.

¹⁹³ A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, cit. p. 4, § 1.10. Cfr. anche M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, Oxford-Portland, 2004, pp. 15-16.

¹⁹⁴ *Enterprise Act 2002*, Section 188, *Cartel offence*:

«(1) *An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).*

(2) *The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would;*

(a) *directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service;*

(b) *limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service;*

(c) *limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product;*

nuova fattispecie si applichi esclusivamente alle persone fisiche e non anche a quelle giuridiche: le ragioni di tale scelta risiedono essenzialmente nella volontà di differenziare i piani del *public enforcement*¹⁹⁵.

5.1. *Le tipologie di attività proibite*

La Section 188(2) dell'*Enterprise Act*, anziché rimandare a norme extrapenali per l'individuazione delle pratiche vietate – come avviene nel sistema francese – contiene, invece, un elenco tassativo articolato in sei ipotesi, a loro volta riconducibili a quattro tipologie che ricalcano la classificazione proposta dall'OCSE nella già ricordata raccomandazione del 1998: 1) la *fissazione dei prezzi*; 2) la *limitazione dell'approvvigionamento o della produzione*; 3) la *ripartizione dei mercati* e 4) le *offerte concertate in occasione di gare d'appalto*¹⁹⁶. Inoltre, ai sensi della Section 189, ciascuna di queste attività deve coinvolgere almeno due imprese operanti allo stesso livello della catena della produzione o della distribuzione¹⁹⁷. Si è così scelto di attuare una tutela penale selettiva, limitando l'operatività della norma alle sole intese *orizzontali*¹⁹⁸.

Constatata dunque l'inadeguatezza strutturale dell'art. 81 Tr. CE a fungere da "matrice" per la fattispecie penale, si è scelto di percorrere una strada diversa, idonea a prevenire il rischio che i giudici o, *a fortiori*, i componenti delle giurie – sprovvisti di specifiche competenze in materia *antitrust* – siano chiamati a compiere complesse valutazioni economiche in relazione ai potenziali effetti anticoncorrenziali della pratica oggetto del processo¹⁹⁹. In relazione a tale ultimo profilo, il *White Paper* del 2001 aveva previsto una possibile soluzione, consistente nell'utilizzo come prova di decisioni già assunte dalla Commissione europea. Tale opzione non è però parsa soddisfacente, sia alla luce del più rigoroso standard probatorio richiesta in materia penale in relazione all'accertamento di ciascun elemento costitutivo del reato (*beyond a reasonable*

(d) *divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers;*

(e) *divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or*
(f) *be bid-rigging arrangements».*

¹⁹⁵ Sul punto, cfr. C. HARDING, *Criminal Enterprise. Individuals, organisations and criminal responsibility*, Portland, 2007, p. 124 ss.; sulla "capacità penale" delle *corporations* nel sistema inglese, cfr. R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, p. 109 ss.

¹⁹⁶ Per un'analisi specifica delle single intese orizzontali descritte nella Section 188, cfr. M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, cit., p. 31 ss.

¹⁹⁷ Cfr. C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 942.

¹⁹⁸ Cfr. *Explanatory Notes to Enterprise Act 2002*, Section 188, § 406, dove si afferma: «*These activities comprise the most serious forms of anti-competitive activity and as such are a sub-set of the practices for which undertakings may be pursued under the civil provisions of CA 1998*».

¹⁹⁹ Sia l'art. 81 Tr. CE che la Section 2(1)(a) del *Competition Act* richiedono, infatti, che le pratiche concordate "possano pregiudicare il commercio". Sul punto, cfr. J. JOSHUA, *The UK's new cartel offence and its implications for EC competition law: a tangled web*, in *Eur. L. Rev.*, 28(5), 2003, p. 622.

doubt), sia con riferimento alle possibili violazioni dei divieti di *hearsay evidence* e *opinion*, principi cardine della procedura penale inglese²⁰⁰.

Il legislatore del 2002, dunque, non soltanto ha optato per una tutela frammentaria ma ha anche adottato una formulazione autonoma delle pratiche vietate al fine di restringere l'operatività della *cartel offence* a ben definite ipotesi, e di meglio evidenziare il differente e peculiare scopo perseguito dalla sanzione penale rivolta alle persone fisiche in materia *antitrust*²⁰¹. Sotto il profilo del *legal drafting* la norma si caratterizza per il suo taglio certamente «analitico ed iperdefinitorio» – soprattutto se paragonato alla normazione sintetica che caratterizza gli ordinamenti di *civil law* e, nel campo che qui ci occupa, anche le disposizioni dello *Sherman Act* statunitense – ma, per converso, riesce ad assicurare un pieno rispetto dei principi di precisione e tassatività²⁰².

5.2. Il concetto di “agreement”

L'essenza dell'*actus reus* della *cartel offence* risiede nell'accordo (*agreement*) tra concorrenti finalizzato all'organizzazione o all'attuazione di una pratica orizzontale vietata. Nonostante una tale condotta evochi immediatamente, nell'ambito del *common law*, il reato di *conspiracy*²⁰³, il legislatore del 2002 ha optato per un termine più 'neutro' e senza dubbio meno connotato in termini di intrinseco disvalore.

È opportuno sottolineare che, tradizionalmente, il *common law* inglese non ha mai considerato le pratiche restrittive della concorrenza alla stregua di *criminal conspiracies*²⁰⁴, neppure nelle vesti di *conspiracy to defraud*, controversa figura dagli indefiniti contorni applicativi impiegata per reprimere «gli accordi tra due o più persone volti a ledere diritti altrui, con l'intento di causare una perdita economica alla vittima, attraverso l'impiego di mezzi fraudolenti»²⁰⁵. Questo dato non deve però trarre in inganno: la recente presa di coscienza avutasi nell'ordinamento britannico in relazione alla danosità dei cartelli – che ha portato, come si è visto, ad una compiuta regolamentazione della materia *antitrust* solo nel 1998 – e le costanti critiche rispetto all'impiego della

²⁰⁰ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *A World Class Competition Regime*, cit., § 7.45.

²⁰¹ Cfr. A. MACCULLOCH, *The Cartel Offence and the Criminalization of United Kingdom Competition Law*, in *J. Bus. L.*, 2003, p. 618; C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 942.

²⁰² Cfr. A. CADOPPI, *Civil law e common law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, pp. 102 e 113; dello stesso A., cfr. anche *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fior.*, 2007, II, p. 1161 ss.

²⁰³ Cfr., per tutti, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*⁶, Oxford, 2009, p. 448 ss.; nella letteratura italiana, v. M. PAPA, voce *Conspiracy*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 94 ss.; E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, Padova, 1993 e, da ultimo, C. MANCUSO, *Recenti tendenze di riforma del reato di conspiracy: ai confini della responsabilità penale nel diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 79 ss.

²⁰⁴ Cfr. J. LEVER - J. PIKE, *Cartel Agreements, Criminal Conspiracy and the Statutory “Cartel Offence” – Part. I*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 26(2), 2005, p. 91 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁰⁵ Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., pp. 397-398.

conspiracy to defraud non hanno certamente agevolato una simile prassi applicativa.

La scelta operata dal legislatore è stata fortemente criticata dalla dottrina, per quanto l'*Hammond-Penrose Report* contenesse un'esplicita indicazione in favore dell'impiego del termine "agree" rispetto a "conspire", in ragione di una non meglio precisata maggiore «semplicità» del primo rispetto al secondo²⁰⁶. In realtà, ben lungi dall'essere tale, l'impiego del concetto di "agreement" rischia di creare più ambiguità di quante non ne intendesse risolvere, soprattutto sul versante probatorio²⁰⁷. Laddove, infatti, la nozione di "conspiracy" esprime al meglio l'idea di segretezza e clandestinità sottesa ad un accordo che dà vita ad un cartello, il concetto di "agreement" appare invece idoneo ad incoraggiare interpretazioni "formalistiche" di derivazione civilistica²⁰⁸.

Cosa deve dunque intendersi in definitiva con il termine "agreement" in relazione alla organizzazione o attuazione di un cartello? Certamente – è stato sottolineato – non si potrà richiedere la prova di un accordo espresso e formale, concluso alla luce del sole «in quanto gli uomini d'affari sono ormai troppo scaltri per "accordarsi" nella tradizionale accezione della parola»²⁰⁹. Per quanto l'elemento dell'*agreement* sia generalmente considerato l'*actus reus* del reato di *conspiracy*, «costituendo l'accordo un passo ulteriore rispetto all'intenzione di ciascun cospiratore»²¹⁰, la ragione per cui il legislatore britannico non ha voluto utilizzare esplicitamente tale modello di incriminazione nella formulazione della *cartel offence* introdotta nel 2002 pare piuttosto risiedere nella ormai consolidata tendenza – affermatasi sia a livello giurisprudenziale che legislativo – orientata a limitare l'impiego della fattispecie in parola alle sole ipotesi di accordi diretti alla realizzazione di un fatto costituente reato. L'impiego del reato di *conspiracy* è stato dunque precluso poiché le violazioni in materia di concorrenza, in sé considerate, sono semplicemente "unlawful"²¹¹.

Nonostante ciò, al di là delle etichette utilizzate, il contesto criminologico in cui è stata calata la *cartel offence* sembra autorizzare una interpretazione sostanzialistica dell'*actus reus* della nuova fattispecie, che riconduca il concetto di "agreement" impiegato nella Section 188 dell'*Enterprise Act* nell'alveo applicativo del reato di *conspiracy*²¹². Nel contesto *antitrust*, infatti, la nozione di "conspiracy" «non integra una tradizionale ipotesi di *inchoate offence*, bensì viene utilizzata per esprimere l'essenza stessa della "collusione", penalmente rilevante in quanto caratterizzata dai tratti della segretezza e della clandestinità»²¹³. Non pare, dunque, necessario a fini probatori che l'accordo sia

²⁰⁶ A. HAMMOND - R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, cit., p. 11, § 2.7.

²⁰⁷ A. MACCULLOCH, *The Cartel Offence and the Criminalization*, cit., p. 619.

²⁰⁸ J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 244.

²⁰⁹ C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 940.

²¹⁰ M. PAPA, voce *Conspiracy*, cit., p. 102.

²¹¹ Cfr. la Section 1(1) del *Criminal Law Act 1977*. V. altresì A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 454.

²¹² In tal senso, cfr. C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 940.

²¹³ J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 243.

stato concluso rispettando particolari requisiti di forma, ben potendo l'esistenza dello stesso essere dedotta da condotte sintomatiche aventi le caratteristiche più disparate, come ad esempio ogniqualvolta si sia in presenza di un «consapevole parallelismo di azione» (*conscious parallelism*), cioè la realizzazione da parte di più imprenditori concorrenti di identici comportamenti commerciali, astrattamente non dannosi se posti in essere da un singolo imprenditore (ad esempio, aumento ingiustificato del prezzo di un bene) ma altamente profittevoli in quanto realizzati da più soggetti contemporaneamente»²¹⁴.

5.3. Il requisito della “dishonesty” e il c.d. Ghosh test

L'elemento più problematico e controverso della nuova fattispecie è, senza dubbio alcuno, quello della *dishonesty*. Il legislatore britannico, da sempre attento a forgiare norme penali suscettibili di una concreta ‘fruibilità processuale’²¹⁵, sembra questa volta avere realizzato l'esatto opposto, spinto dal pur lodevole intento di introdurre nella fattispecie un elemento in grado di proiettare sulla condotta un'adeguata componente di riprovevolezza morale. Il risultato finale rischia però di paralizzare in radice le notevoli potenzialità operative della nuova norma, riducendola così ad una sorta di “tigre di carta”. Ma procediamo con ordine.

Una delle maggiori preoccupazioni del legislatore britannico, come si è accennato, era quella di includere nella struttura del reato una componente capace di rendere facilmente comprensibile alle giurie la rilevante carica di disvalore sottesa alla creazione ed implementazione di un cartello, attività questa suscettibile di produrre gravi danni alla collettività ed all'intero sistema economico.

Sul piano tecnico, si è pensato di rispondere a queste esigenze ‘importando’ nella struttura della *cartel offence* il requisito della *dishonesty*, elemento centrale delle *property offences* contenute nel *Theft Act* del 1968²¹⁶. Se però tale concetto è facilmente desumibile dagli elementi che caratterizzano fattispecie delittuose diffuse nella prassi – com'è, ad esempio, per il raggio nella truffa – il suo accertamento diviene di gran lunga più complesso in relazione a fattispecie con cui giudici e giurie hanno poca familiarità. È questo sicuramente il caso dei reati economici e finanziari²¹⁷. La scelta operata nel 2002, dunque, non può che lasciare perplessi, tanto più alla luce delle recenti raccomandazioni della *Law Commission* inglese²¹⁸, che si è espressamente schierata a favore della eliminazione del requisito della *dishonesty* dagli elementi costitutivi della fattispecie ogniqualvolta, oltre a non aggiungere nulla in termini di disvalore, comporti

²¹⁴ M. PAPA, voce *Conspiracy*, cit., p. 103.

²¹⁵ Sul tema, cfr. il recente contributo di C. SOTIS, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come ‘programmi di azione’*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149 ss.

²¹⁶ Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 375.

²¹⁷ Cfr. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 377.

²¹⁸ Sulla *Law Commission*, cfr. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, cit., pp. 1177-1178.

altresi un ingiustificato aggravio dell'onere probatorio gravante sull'accusa²¹⁹.

La situazione è ulteriormente complicata dall'assenza di una definizione legale della nozione di "dishonesty". A questa mancanza ha sopperito la giurisprudenza, che nel *leading case* *R. v. Ghosh* del 1982²²⁰ ha elaborato un vero e proprio test probatorio articolato in *due fasi*.

Per poter ritenere provato l'elemento della *dishonesty*, la giuria deve: (a) valutare se, in conformità ai normali standard di condotta delle persone oneste e ragionevoli, ciò che è stato compiuto dall'imputato sia stato disonesto (*objective dishonesty*). Se la condotta dell'imputato non è qualificata come disonesta alla luce di tali standard, il test non può dirsi superato e la *dishonesty* provata; se, invece, la giuria valuta la condotta come oggettivamente disonesta in base a tali standard, essa dovrà altresì: (b) valutare se l'imputato si sia reso conto che ciò che stava compiendo era, in base ai succitati parametri, disonesto (*subjective dishonesty*).

Un simile test appare molto fragile ed equivoco se adattato alla *cartel offence*, sia in relazione al suo profilo oggettivo, che a quello soggettivo, tanto da essere stato addirittura definito «una benedizione per i difensori»²²¹.

Partendo dal primo aspetto, appare altamente problematico il riferimento agli "ordinary standards of reasonable and honest people" se posto in relazione con il fenomeno della c.d. "cartel delinquency". Per quanto il meccanismo sotteso alla creazione di un cartello non appaia di per sé particolarmente complesso, la prova della *dishonesty* rischia però di infrangersi sulle ambiguità connesse alla percezione e alla valutazione morale dei *white-collar crimes* da parte della pubblica opinione, per la quale non è sempre agevole distinguere condotte autenticamente criminose da pratiche affaristiche spregiudicate ma lecite²²². L'elemento della *dishonesty* risulta dunque decisivo al fine di stabilire la portata ed i limiti applicativi della fattispecie. Tutto dipenderà dalla valutazione compiuta dalla giuria chiamata a rispondere ad un interrogativo del seguente tenore: «un accordo tra concorrenti avente ad oggetto la fissazione dei prezzi di un determinato prodotto è qualificabile come condotta estranea ai "normali standard di comportamento" di un imprenditore onesto e ragionevole oppure rientra tra le manifestazioni di quel "rispettabile opportunismo" che ci si può aspettare da un

²¹⁹ Cfr. LAW COMMISSION, *Consultation Paper n° 155, Legislating the Criminal Code, Fraud and Deception*, April 27, 1999; sul punto, v. J. JOSHUA, *A Sherman Act Bridgehead in Europe*, cit., p. 243.

²²⁰ *R. v. Ghosh*, (1982) QB 1053, 75 Cr. App. R. 154 CA, 2 All ER, 689. Nella letteratura britannica, cfr. D.W. ELLIOT, *Dishonesty in Theft: A Dispensable Concept*, in *Crim. L.R.*, 1982, p. 395 ss.; E. GRIEW, *Dishonesty. The Objections to Feely and Ghosh*, in *Crim. L.R.*, 1985, p. 342 ss.; K. CAMPBELL, *The Test of Dishonesty in R. v. Ghosh*, in *Cam. L.J.*, 43(2), 1984, p. 349 ss.; A. HALPIN, *The Test for Dishonesty*, in *Crim. L.R.*, 1996, p. 283 ss.

²²¹ C. HARDING - J. JOSHUA, *Breaking Up the Hard Core*, cit., p. 939.

²²² Cfr. G. SCANLAN, *Dishonesty in Corporate Offences: a Need for Reform*, in *23 Comp. Law*, 2002, p. 114 ss.

uomo d'affari di successo?»²²³.

Non meno problematico appare il profilo soggettivo della *dishonesty*. Quale potrà essere, ad esempio, la valutazione delle giurie di fronte alla invocazione da parte dei difensori dell'imputato di un sorta di '*mistake of law*' o di quella che viene (peraltro impropriamente) definita '*Robin Hood*' defense, consistente nell'affermare che il cartello è stato posto in essere esclusivamente quale forma di reazione ad una fase di crisi al fine di prevenire il rischio di un fallimento e preservare l'occupazione²²⁴? In una simile eventualità provare la componente soggettiva della *dishonesty* potrebbe non essere affatto agevole per il *prosecutor*, a meno che questi non riesca ad inferire da quella che è stata definita "*spiral of delinquency*" – vale a dire la segretezza con cui si è concluso l'accordo, giustificata proprio dalla sua manifesta illiceità²²⁵ – la consapevolezza in capo a ciascun membro del cartello circa la natura fraudolenta dell'attività intrapresa.

5.4. I problemi attuali

Il quadro delineato non è certamente privo di ombre. Se, da un lato, è apprezzabile la scelta della formulazione autonoma delle pratiche anticoncorrenziali che possono costituire oggetto dell'accordo e, dall'altro, il concetto di "*agreement*" sembra poter essere ragionevolmente ricondotto nel più confacente alveo interpretativo della *conspiracy*, ben più problematiche sono le implicazioni connesse al requisito della *dishonesty*.

In aggiunta alle criticità già evidenziate, un duro colpo alla tenuta del 'formante oggettivo' del *Ghosh test* è stato inferto recentemente dalla sentenza pronunciata il 12 marzo 2008 dalla *House of Lords* nel caso *Norris v. United States*. La vicenda riguarda l'ex amministratore delegato di una società multinazionale con filiali in North Carolina e Pennsylvania, accusato di aver preso parte ad un cartello internazionale finalizzato alla fissazione dei prezzi dei derivati del carbonio, operante tra il 1989 e il 2000. Gli Stati Uniti inoltrano alle autorità britanniche la richiesta di estradizione di Mr. Norris, che, per essere accolta, deve soddisfare, tra gli altri, anche il requisito della doppia incriminazione (*dual criminality*)²²⁶. Non essendo all'epoca dei fatti in vigore nel Regno Unito alcuna norma penale in materia di *price fixing*, l'autorità inglese precedente – in accordo a quanto sostenuto da autorevole dottrina – qualifica il *cartel agreement* quale *conspiracy to defraud*. Come accennato, si tratta di una figura disciplinata esclusivamente dal *common law* che reprime anche l'accordo diretto alla com-

²²³ A. MACCULLOCH, *Honesty, Morality and The Cartel Offence*, in *Eur. Compet. L. Rev.*, 28(6), 2007, p. 359; ID., *The Cartel Offence and the Criminalization*, cit., p. 616.

²²⁴ A. MACCULLOCH, *Honesty, Morality and The Cartel Offence*, cit., p. 362. Cfr. anche O. BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge, 2005, cit., p. 127 ss.

²²⁵ C. HARDING - J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, cit., p. 51.

²²⁶ *Extradiction Act 2003*, Section 137(2)(b).

missione di un illecito civile «nella misura in cui comprenda l'utilizzo di mezzi disonesti e pregiudichi, ovvero comporti il rischio di pregiudicare, diritti altrui, essendo altresì le parti dell'accordo a conoscenza della illiceità di tale condotta»²²⁷.

In prima istanza, la *Divisional Court* respinge le istanze difensive dei difensori di Mr. Norris, ritenendo di poter pienamente inferire la componente oggettiva della *dis-honesty* dagli sforzi, ampiamente documentati, compiuti al fine di mantenere segreto il cartello. Le argomentazioni della Corte sono ben compendiate nel seguente passaggio: «tanto maggiori sono gli sforzi per mantenere la segretezza del cartello, quanto più facile è per una giuria inferire da ciò che la volontà degli aderenti al cartello fosse quella di preservare l'illusione che essi fossero impegnati in una normale concorrenza gli uni con gli altri (...) e che i partecipanti a tale intesa avessero una effettiva e disonesta consapevolezza che dalla loro condotta sarebbe potuto derivare un danno o il rischio di un danno per le imprese concorrenti non aderenti al cartello»²²⁸. La *House of Lords* in sede di appello ribalta però tale decisione, non ritenendo che un cartello finalizzato alla fissazione dei prezzi, per quanto clandestino possa essere, sia di per sé qualificabile come 'disonesto' «a meno che non sia accompagnato da elementi aggravanti, diversi ed ulteriori rispetto all'aver semplicemente occultato l'accordo, quali, ad esempio, false dichiarazioni o raggiri»²²⁹.

Una simile approccio interpretativo rischia di mettere definitivamente in crisi l'accertamento del requisito della *dis-honesty*, paralizzando di conseguenza la concreta operatività della *cartel offence*²³⁰. La decisione sul caso Norris non può che far ulteriormente aumentare le perplessità in merito alla scelta operata nel 2002 dal legislatore britannico, laddove, oltretutto, nessun altro ordinamento di *common law* che ha deciso di reprimere penalmente le più gravi violazioni in materia *antitrust* (segnatamente, Stati Uniti, Canada e Irlanda) ha optato per l'inserimento di un simile requisito tra gli elementi costitutivi della fattispecie²³¹.

Gli opposti orientamenti della *Divisional Court* e della *House of Lords* sul caso Norris evidenziano come la risalente tolleranza e l'«indifferenza morale» dell'ordinamento britannico in relazione al fenomeno delle pratiche restrittive della concorrenza

²²⁷ J. LEVER - J. PIKE, *Cartel Agreements, Criminal Conspiracy*, cit., p. 93.

²²⁸ *Norris v. Government of the United States of America and others* (2007) EWHC 71 (Admin), § 67, in <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2007/71.html>.

²²⁹ *Norris v. Government of the United States of America and others* (2008) UKHL 16, § 63, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080312/norris-1.htm>; per un commento, cfr. B. FISSE, *Price fixing and the cremation of dishonesty by the House of Lords* (14 march 2008), in <http://www.brentfisse.com/images/Implications-of-Norris-140308-5.pdf>; P. WHELAN, *Resisting the Long Arm of Criminal Antitrust Laws: Norris v The United States*, in *Modern L. Rev.*, 72(2), 2009, p. 272 ss.

²³⁰ Cfr. J. JOSHUA, *Dis-honesty after Norris. After the latest round in the Norris case, is the Cartel offence the phantom ship of antitrust?*, in *Competition Law Insight.*, 8 April 2008, p. 13 ss.

²³¹ Cfr. B. FISSE, *The Cartel Offence: Dishonesty?*, in 35 *Aus. Bus. L. Rev.*, 2007, p. 235 ss.

siano ancora lontane dall'essere pienamente superate²³². Al là di possibili interventi legislativi volti a modificare la formulazione della fattispecie – che peraltro attualmente non sembrano essere all'ordine del giorno – la situazione di apparente *impasse* venutasi a creare non può che essere superata attraverso un rafforzamento della *public attitude* nei confronti dei cartelli²³³. L'errore in cui è caduto il legislatore britannico, in definitiva, sembra essere stato quello di confondere il *mezzo* con lo *scopo*, costruendo intorno ad un concetto – quello di “*dishonesty*” – fruibile solo laddove rifletta un diffuso *idem sentire*, una fattispecie creata proprio al fine di costruire un ampio consenso – attualmente non riscontrabile in Gran Bretagna – in relazione all'intrinseco disvalore insito nei c.d. *hard-core cartels*²³⁴.

Infine, un'ultima quanto breve annotazione merita il tema della *leniency policy*. A differenza di quanto avviene in Francia, la Section 190(4) dell'*Enterprise Act* attribuisce all'OFT il potere di garantire l'immunità penale, attraverso il rilascio di una c.d. *no-action letter*, alle persone fisiche che ne facciano richiesta e che soddisfino i requisiti prestabiliti, consistenti essenzialmente in una piena ammissione di colpevolezza e nella fattiva collaborazione con l'Autorità nel corso delle indagini²³⁵. Una tale disposizione consente di «colpire i cartelli dall'interno o, meglio, di destabilizzare quella situazione di comunanza di obiettivi ed interessi che caratterizza le intese collusive, incentivando alla “deviazione” nella forma dell'abbandono e della (auto)denuncia dell'accordo collusivo e, al medesimo tempo, introducendo un fattore di incertezza sul comportamento dei partner, così da minare il grado di reciproca fiducia necessario per il raggiungimento degli obiettivi del cartello»²³⁶. Questa importante disposizione va così ad affiancarsi alla tutela dei c.d. *Whistleblowers* in senso stretto – vale a dire i

²³² Questo dato è stato recentemente confermato da una ricerca condotta nel marzo 2007 da A. STEPHAN, *Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain*, CCP Working Paper 07-12, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=993407>: dai dati raccolti emerge che, se da un lato oltre il 73% del campione riconosce la dannosità del *price fixing* e concorda circa la necessità di una sanzione per tale pratica, dall'altro, solo il 63% (di cui il 25% fortemente) ritiene l'elemento della “*dishonesty*” intrinsecamente connesso ad esse e solo l'11% considera opportuno l'impiego di pene detentive nei confronti delle persone fisiche.

²³³ A. STEPHAN, *The UK Cartel Offence. Lame Duck or Black Mamba?*, CCP Working Paper 08-19, in <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1310683>, p. 16 ss.

²³⁴ Cfr. P. WHELAN, *Morality and Its Restraining Influence on European Antitrust Criminalisation*, in 12 *Trinity College L. Rev.*, 2009, p. 60; O. BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, cit., p. 128. Nella letteratura italiana più recente, cfr. i rilievi di G. DE FRANCESCO, *Diritto penale e coscienza sociale diffusa: un breve sguardo d'insieme*, in *Dir. formaz.*, 2004, p. 599 ss.

²³⁵ Sul punto, cfr. *amplius Explanatory Notes to Enterprise Act 2002*, Section 190(4), § 413; OFFICE OF FAIR TRADING, *The cartel offence. Guidance on the issue of no-action letters for individuals*, April 2003, in <http://www.offt.gov.uk/shared-offt/business-leaflets/enterprise-act/offt513.pdf>, pp. 5-6. Nella letteratura, cfr. M. FURSE - S. NASH, *The Cartel Offence*, cit., p. 69 ss.

²³⁶ F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, cit., p. 895.

dipendenti di una società che denunciano ad appositi organismi interni o ad una pubblica autorità illeciti o gravi irregolarità, non necessariamente di carattere penale, rilevati durante lo svolgimento delle proprie mansioni professionali nell'ambito dell'organizzazione di appartenenza, in cui non sono direttamente coinvolti – contenuta nel *Public Interest Disclosure Act* del 1998²³⁷, che tutela questi soggetti da eventuali atti di ritorsione²³⁸.

6. Considerazioni conclusive

L'analisi compiuta ha messo in luce le non poche difficoltà tecniche insite nell'intervento del diritto penale in materia *antitrust*, ma ha, allo stesso tempo, evidenziato come il consenso a livello internazionale rispetto alla criminalizzazione di comportamenti volti a restringere la concorrenza sia in progressiva ascesa. Ciò premesso, le due principali questioni attengono essenzialmente all'*an* e al *quomodo* di un possibile impiego dello strumento penale.

In relazione al primo aspetto, in questo come in altri settori del *diritto dell'economia*, «un modello integrato di intervento penale e amministrativo – un *mix* equilibrato – sembrerebbe preferibile, rispetto ad una rinuncia generalizzata allo strumento penale e alla adozione di un modello che punti tutto sul rafforzamento dei poteri sanzionatori autonomi delle autorità indipendenti», e questo al fine di evitare «il rischio di attribuire a tali autorità una sorta di strapotere»²³⁹. Appare dunque auspicabile la previsione di una «quota di “eterotutela” penale (con le garanzie del processo, del sindacato di costituzionalità, ecc.), piuttosto che cadere in un eccesso di “autotutela” amministrativa. Un eccesso che potrebbe preludere a forme di “tecnocrazia sanzionatoria” che non sembrano affatto foriere di una crescita delle garanzie di libertà per il cittadino e per l'operatore economico»²⁴⁰.

Veniamo ora alle *modalità* di un eventuale intervento penale.

Il principale rischio da prevenire è innanzitutto quello di incorrere in una legislazione penale *simbolica* in senso stretto, «sostanzialmente innocua sotto il profilo della criminalizzazione secondaria»²⁴¹. Sembra perciò difficilmente ipotizzabile la creazione

²³⁷ Il testo del *Public Interest Disclosure Act* è reperibile alla seguente URL: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga-19980023-en-1>.

²³⁸ In argomento, cfr. R. RAGUÉS I VALLÈS, *¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal*, in *InDret*, N° 3/2006, in <http://www.indret.com/pdf/364.pdf>; in una prospettiva criminologica, cfr. G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di Blow the Whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 173 ss.

²³⁹ L. FOFFANI, *La tutela delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 9.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., pp. 891-892. Sul concetto di criminalizzazione *secondaria*

ne di una fattispecie fondata sui risultati di turbamento delle condizioni di mercato. Più praticabili – per quanto tutt’altro che esenti da profili problematici – appaiono le soluzioni adottate nell’ordinamento francese e in quello britannico. Alla luce dell’indagine svolta, si profila una *duplice alternativa*: (a) tra una tutela penale ‘*ad ampio spettro*’ e una tutela penale ‘*selettiva*’ in relazione alle pratiche anticoncorrenziali la cui pianificazione o attuazione può far sorgere la responsabilità; e (b) tra il rinvio alla normativa extrapenale per l’individuazione di tali pratiche e una formulazione autonoma a fini penali delle stesse. In entrambi i casi, a parere di chi scrive, il modello britannico introdotto nel 2002, sembra preferibile.

Quanto ai *oggetti responsabili*, nonostante le obiezioni emerse nel sistema francese e la scelta di non includere la *cartel offence* tra i reati-presupposto della *corporate criminal liability* operata dal legislatore britannico, la corresponsabilizzazione della persona giuridica sul piano penale appare auspicabile in quanto gli illeciti in materia *antitrust* si caratterizzano in primo luogo per essere espressione di una «patologia della crescita» dell’impresa²⁴².

Sofferamoci, infine, sulle *sanzioni*: accanto alla pena detentiva – eventualmente accompagnata da misure quali i *disqualification orders*²⁴³ – rivolta alle persone fisiche, con riferimento alle persone giuridiche, utile sarebbe la previsione di pene a contenuto interdittivo²⁴⁴. Le sanzioni pecuniarie – queste sì – potrebbero in materia *antitrust* continuare ad essere ‘dominio riservato’ dell’Autorità garante, e ciò non soltanto al fine di evitare i rischi connessi al fenomeno dell’*over-enforcement*²⁴⁵ ma anche per prevenire la sovrapposizione tra sanzione penale e sanzione amministrativa – foriera di violazioni del principio del *ne bis in idem* – situazione questa che richiederebbe la previsione di peculiari modelli di cumulo giuridico delle sanzioni²⁴⁶.

o *in concreto*, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 54-55.

²⁴² E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1499.

²⁴³ La Section 204 dell’*Enterprise Act 2002* prevede la possibilità dell’interdizione da incarichi direttivi fino a quindici anni per i dirigenti esecutivi che “*hanno contribuito ovvero non hanno impedito la realizzazione di una violazione della normativa antitrust comunitaria o interna*”. In argomento, cfr. OFFICE OF FAIR TRADING, *Competition disqualification orders*, 2009, in <http://www.offt.gov.uk/shared-offt/consultations/offt1111con.pdf>. Nella letteratura italiana, cfr., da ultimo, A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, p. 267 ss. e 281 ss.

²⁴⁴ In argomento, cfr. *amplius* A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, cit., p. 315 ss.; E. VENAFRO, *Funzione e disciplina delle sanzioni interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001*, in P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, p. 49 ss.

²⁴⁵ Per un’analisi sistematica del fenomeno, cfr. R.A. BIERSEBACH - A. STEIN, *Overenforcement*, in 93 *Geo. L.J.*, 2005, p. 1743 ss.

²⁴⁶ Si pensi alle norme di cui all’art. 187-*terdecies* del TUF italiano e all’art. L. 621-16 del *Code Monétaire et Financier* francese. In dottrina, cfr. S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 18; C. DUCOULOUX-FAVARD - F. PERNAZZA, *Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della direttiva europea*

Alcuni rilievi conclusivi. L'oggetto di queste note deve essere inserito nel quadro di una più generale riflessione sui rapporti tra liberalismo e diritto penale²⁴⁷: se si condivide l'idea che «l'economia liberale sia oggi uno dei pilastri della nostra società e che rappresenti una istituzione morale sostenuta da sentimenti di rispetto, onestà e soprattutto fiducia», si può giungere a definire il «corretto agire economico» quale «valore gerarchicamente superiore», non più dunque semplicemente quale *simulacro artificiale* costruito ad opera di un «diritto penale strumentalizzato»²⁴⁸. Entro queste coordinate, l'opzione ideologica favorevole alla aprioristica creazione di 'zone franche' rispetto ad alcune dinamiche dell'agire economico, per quanto complesse queste possano essere, rischia di favorire, più o meno consapevolmente, il programma di un diritto penale *neoliberista* piuttosto che *neoliberale*²⁴⁹.

Molto resta ancora da indagare sui rapporti tra diritto penale e disciplina *antitrust*, sia sul piano interno che, ancor di più, sul versante comparatistico. L'unica cosa che appare certa è che – a fronte della consapevolezza circa il carattere «non di rado scopertamente sperimentale» dell'intervento penale in materia economica²⁵⁰ – anche in un ambito tanto delicato qual è quello della tutela della concorrenza e del mercato, il diritto penale deve evitare «fughe in avanti o posizioni di retroguardia: entrambe controproducenti e pericolose, o per eccesso o per difetto»²⁵¹.

n. 6/2003, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. ss. 159 ss.; per un inquadramento sistematico del rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, cfr. da ultimo F. CONSULICH, "Materia penale" e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 65 ss.

²⁴⁷ In argomento, cfr. C. FRIED, *Libéralisme et droit pénal*, in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, 1997, p. 101 ss.

²⁴⁸ Y. MULLER-LAGARDE, *La dépenalisation de la vie des affaires ou...de la métamorphose du droit pénal*, in *AJ Pén.*, 2008, n° 2, p. 64.

²⁴⁹ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 817. Sulle tendenze in atto nel diritto penale dell'economia italiana, cfr. C. SOTIS, *La nouvelle politique criminelle italienne en droit pénal des affaires et les contraintes européennes*, in *Archives de politique criminelle*, n° 24, 2002, p. 235 ss.; G. FORTI, *Nei labirinti delle leggi di bronzo: evoluzioni e involuzioni del diritto penale societario italiano*, in L.D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società*, I, Padova, 2009, p. 3 ss.

²⁵⁰ C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 622. L'A. sottolinea, infatti, che «in un'epoca votata all'innovazione, nel campo della tecnica come in quello della finanza, nell'organizzazione delle imprese come nelle pratiche commerciali, il diritto penale dell'economia non può ambire alla stabilità delle grandi codificazioni».

²⁵¹ G.M. FLICK, *Gruppi e monopolio*, cit., p. 473.

dott. DARIO GUIDI
Assegnista di ricerca nell'Università di Siena

IL TENTATIVO PUNIBILE: MODELLI DI TIPIZZAZIONE E NODI INTERPRETATIVI

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Le principali teorie sul fondamento politico-criminale della punibilità del tentativo. – 3. I modelli di tipizzazione del tentativo astrattamente prospettabili e la scelta di fondo del codice Rocco. – 4. Il superamento delle ricostruzioni soggettivistico-procedurali dell'univocità e le moderne teorie oggettive. – 5. Direzione degli atti e grado di sviluppo della condotta. – 6. Il ruolo dell'idoneità nella struttura dell'art. 56 c.p. – 7. Le questioni ancora sul tappeto: il duplice problema della "base" e della "misura" del giudizio.

1. *Cenni introduttivi*

Negli ultimi anni sta gradualmente riaffiorando nella riflessione dottrinale l'interrogativo di fondo che aveva animato il dibattito penalistico sull'art. 56 c.p. all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco: quando inizia l'attività punibile a titolo di delitto tentato? Ed invero, il tema dell'individuazione della soglia minima di incriminazione nel tentativo, dopo aver perduto per lungo tempo la sua tradizionale centralità, è tornato solo di recente ad imporsi all'attenzione della dottrina nel contesto dell'ampio confronto di opinioni innescato dalla nuova "ondata" di progetti di riforma del codice penale che ha avuto luogo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello attuale¹. In particolare, qualche anno or sono ha destato forte interesse la proposta di modifica della norma sul tentativo contenuta nel "progetto Grosso", il cui art. 41, comma 1, così recita: «Chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge ad intraprenderla con atti immediatamente antecedenti, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica»². La riflessione che ne è scaturita, essenzialmente incentrata sull'opportunità o meno di un ritorno alla formula dell'inizio di esecuzione (sia pure temperata dall'inclusione degli atti c.d. "pre-tipici" nella sfera della rilevanza penale), ha fatto dunque riemergere i vecchi interrogativi. Segnatamente, ci si è chiesti se i due requisiti dell'idoneità e della direzione non equivoca degli atti posseggano davvero una (pur minima) efficacia

¹ Si allude ai progetti di riforma del codice penale redatti, rispettivamente, dalle Commissioni Grosso (1998-2001), Nordio (2001-2004) e Pisapia (2006-2007).

² L'articolato del *Progetto di riforma del codice penale, parte generale*, elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. C.F. Grosso, nel testo riveduto dalla Commissione ministeriale nel maggio 2001 tenendo conto del dibattito novembre 2000-maggio 2001 sul testo originario del progetto preliminare, si può leggere sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) nella sezione *Strumenti*, alla voce *Pubblicazioni, studi, ricerche*.

tipizzante o se, viceversa, essi risultino, a ben vedere, “fisiologicamente” sprovvisti di determinatezza e quindi *ab initio* incapaci di svolgere una reale funzione delimitativa dell’alveo di incriminazione del tentativo. In quest’ultimo caso, come ovvio, si renderebbe necessaria una radicale riforma dell’art. 56 c.p.

Il primo nodo da sciogliere nella *subiecta materia*, dunque, è se sia necessario porre mano ad una completa riconfigurazione normativa della fattispecie di delitto tentato o se, per converso, sia possibile colmarne il *deficit* di tipicità impiegando i tradizionali strumenti esegetici a disposizione dell’interprete. Ebbene, anticipando in estrema sintesi quanto diremo nel prosieguo della trattazione, va fin d’ora evidenziato che quest’ultima strada non è così accidentata come sulle prime si potrebbe pensare e dunque può essere senz’altro intrapresa. Ed invero, prima di “deporre le armi dell’interpretazione”, rassegnandosi all’ineluttabilità di una riforma legislativa, occorre vagliare fino in fondo e con tutti gli strumenti esegetici consentiti la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata della vigente norma sul tentativo, che risulti compatibile sia con il fondamentale principio di legalità, *sub specie* di determinatezza, che con quello di offensività. Con ciò, beninteso, non si vuole disconoscere l’intrinseca fragilità semantico-connotativa delle rispettive nozioni di idoneità ed univocità, ma semplicemente mettere in luce come, a ben riflettere, si tratti di carenze non insormontabili e dunque suscettibili di essere colmate in via ermeneutica. Prendendo le mosse da questa preliminare presa d’atto, ci pare dunque preferibile, anziché intraprendere la strada della riforma, sforzarsi di enucleare con la maggior esattezza possibile il perimetro applicativo della vigente figura di delitto tentato.

2. *Le principali teorie sul fondamento politico-criminale della punibilità del tentativo*

È affermazione ormai largamente condivisa nella dottrina contemporanea quella secondo cui la disciplina del tentativo rappresenta una sorta di “cartina di tornasole” del modello di diritto penale fatto proprio da un determinato ordinamento positivo³. In effetti, sia la conformazione strutturale che il trattamento sanzionatorio della figura del delitto tentato rispecchiano con immediatezza la concezione del reato cui un dato sistema si ispira, in special modo con riferimento alla tradizionale dicotomia tra “diritto penale del fatto” e “diritto penale della volontà”. La contrapposizione tra un sistema penale a base oggettivistica ed uno di stampo soggettivistico, infatti, si manifesta anzitutto nel modo, speculare ed opposto, in cui è disciplinata la fattispecie del tentativo di reato. Al riguardo, le moderne teorie sul fondamento politico-criminale

³ S. SEMINARA, *Spunti per una riforma in tema di tentativo*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, p. 441 ss.; F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1089; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006, p. 335.

della punibilità del tentativo sono essenzialmente riconducibili a tre diverse categorie, alle quali corrispondono, almeno a livello di configurabilità astratta, altrettanti modelli di ordinamento penale: concezioni oggettive; concezioni soggettive; concezioni “eclettiche” o “miste”.

Secondo l'indirizzo oggettivistico, la ragion d'essere dell'incriminazione del tentativo va ravvisata nell'esigenza di prevenire l'esposizione a pericolo dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento⁴. Tale orientamento, strettamente correlato alla concezione liberale classica della pena come strumento di conservazione dei beni socialmente più rilevanti, è coerente con un modello di “diritto penale del fatto” ispirato ai principi di materialità ed offensività, in base ai quali il proposito criminoso dell'agente può assumere rilevanza penale solo alla duplice condizione che esso si manifesti in un comportamento materiale esteriormente rilevante e che si sostanzi in una concreta offesa al bene tutelato, sia pure *sub specie* di messa in pericolo e non di vero e proprio danno. Ciò spiega perché, in un sistema di tipo oggettivistico, la punibilità del tentativo è subordinata al requisito dell'idoneità degli atti. Se per idoneità si intende la capacità potenziale dell'atto rispetto alla commissione del delitto preso di mira, infatti, l'atto inidoneo, essendo *ab origine* incapace di portare al conseguimento dell'obiettivo perseguito dall'agente, è un atto che non può arrecare alcuna offesa al bene tutelato dall'ordinamento attraverso l'incriminazione, neanche sotto forma di messa in pericolo. Non solo. Anche la differenza di trattamento sanzionatorio tra il delitto tentato e quello consumato si spiega solo all'interno di una logica oggettivistica. Mentre in un sistema che incentra il disvalore penale sulla manifestazione di volontà ribelle o sulla pericolosità sociale dell'individuo, tentativo e consumazione si pongono essenzialmente sullo stesso piano di gravità, formando oggetto di identico trattamento sanzionatorio, in un ordinamento penale che trae legittimazione dall'istanza di protezione dei beni giuridici, il pericolo, ossia la possibilità che si verifichi in futuro un evento di danno, integra ovviamente un'offesa di grado minore – perciò meritevole di una risposta sanzionatoria meno severa – rispetto al danno effettivamente realizzatosi.

Le teorie soggettive, per converso, attribuiscono rilievo preminente alla deliberazione criminosa del soggetto agente, sia pure riguardata non in sé ma come volontà che si estrinseca materialmente nel mondo esterno. All'interno degli orientamenti oggettivistici, in realtà, occorre operare un'ulteriore distinzione. Secondo una prima impostazione, ispirata alla logica del “diritto penale della volontà”, il tentativo merita di

⁴ Questa soluzione interpretativa ha sempre riscosso largo seguito nella dottrina penalistica italiana. In passato v., tra gli altri, O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952, p. 13 ss., e B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 24 ss. Nella dottrina contemporanea cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I (artt. 1-84)*, Milano, 2004, p. 587. Per quanto concerne la giurisprudenza: Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008, C.G. ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 859 ss., con nota di F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, p. 861 ss., e anche in *Cass. pen.*, 2009, p. 3355 ss., con nota di I. GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità nel tentativo*, p. 3363 ss.

essere punito in quanto manifestazione esterna di una volontà riprovevole. Da tale angolazione, in particolare, il compimento di atti diretti alla commissione di un reato è considerata – a prescindere dalla concreta idoneità lesiva di tali atti – una violazione del dovere di obbedienza del cittadino alla volontà generale dello Stato⁵. Questo indirizzo può condurre, se portato alle estreme conseguenze, ad una completa equiparazione, sul piano sanzionatorio, tra il delitto tentato e quello consumato. Ciò che colora di disvalore penale gli atti compiuti dal soggetto agente, infatti, non è l'offesa al bene tutelato, ma la “manifestazione di una volontà ribelle alla legge”, ed è ovvio che una siffatta *voluntas sceleris* si annida tanto nella condotta di chi tenta invano di commettere un delitto che nella condotta di chi tale delitto effettivamente realizza.

In base ad un diverso filone delle teorie soggettive, originatosi nell'alveo del positivismo criminologico⁶, l'incriminazione del tentativo s'incentra, non già sulla disubbidienza in quanto tale, bensì sulla pericolosità del soggetto agente. Il compimento di atti diretti a commettere un delitto, infatti, rappresenta in quest'ottica un indice sintomatico della pericolosità sociale dell'autore di tali atti. Anche per quest'indirizzo, non vi è ragione di distinguere, in termini di risposta sanzionatoria, tra il delitto tentato e quello consumato, dal momento che ogni estrinsecazione materiale del proposito delittuoso, a prescindere dal conseguimento o meno del risultato preso di mira sul piano fattuale, è idonea a denotare la predisposizione al crimine, innata od indotta da fattori criminogenetici esterni, del soggetto agente⁷. L'unica differenza rispetto all'anzidetta teoria soggettiva della “disubbidienza come tale” è che, nell'ambito dell'indirizzo positivisticò, trova esplicito riconoscimento la possibilità di derogare, in alcune particolari ipotesi, alla tendenziale equiparazione tra tentativo e consumazione. Ponendo al centro della nozione di tentativo la pericolosità dell'autore, infatti, i positivisti ritenevano di poter rimediare agli eccessi punitivi del soggettivismo puro sulla base di “valutazioni correttive” operate caso per caso in relazione alle circostanze reali e personali del fatto concreto e alle caratteristiche della personalità del soggetto agente⁸.

Le concezioni “miste” o “eclettiche”, infine, muovendo dall'assunto secondo cui l'incriminazione del delitto tentato non può essere razionalmente giustificata sulla base di modelli esplicativi di carattere unilaterale, adottano una soluzione intermedia, combinando parametri di valutazione soggettivi ed oggettivi. Anche nell'ambito di

⁵ G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale, parte generale*, I, Bologna, 1932, p. 285; e, sia pure in termini parzialmente diversi, L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., p. 75 ss.

⁶ E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 546, il quale definiva «moralmente e socialmente assurda» l'impunità prevista dal codice Zanardelli per il tentativo impossibile. V. anche: R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 238; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, I, p. 655 ss.

⁷ Come osserva F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, p. 421, nella logica di un diritto penale della pericolosità «il valore sintomatico del reato tentato è pari a quello del reato consumato».

⁸ Così, E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 546.

queste teorie, per il vero, occorre distinguere tra due correnti di pensiero, tra loro parzialmente divergenti. Secondo una prima impostazione, l'essenza del disvalore del tentativo va ravvisata sia nella messa in pericolo del bene tutelato che nella manifestazione di una volontà criminosa da parte del reo⁹. Solo la sintesi tra il requisito soggettivo della manifestazione di volontà criminosa e quello oggettivo dell'esposizione a pericolo dei beni tutelati dall'ordinamento, infatti, sarebbe in grado di fornire una piena comprensione "ontologica" dell'istituto del tentativo, armonizzando i presupposti di punibilità di quest'ultimo con un sistema penale misto «... incentrato sui principi di soggettività, legalità, materialità e offensività del reato»¹⁰. Tale orientamento è in realtà astrattamente compatibile con due diversi modelli di trattamento sanzionatorio del tentativo. La teoria mista, infatti, può condurre a sanzionare il reato tentato sempre con una pena inferiore rispetto al reato consumato, sulla base della presa d'atto che nel tentativo vi è stata volontà di lesione ma non la lesione effettiva del bene tutelato, ovvero ad affidare alla discrezionalità del giudice la scelta in concreto se applicare la pena prevista per il reato consumato od una pena più lieve, sulla base della prudente valutazione delle peculiarità del fatto e della personalità dell'autore.

In base ad un secondo indirizzo, che ha riscosso (e tuttora riscuote) largo seguito soprattutto in seno alla dottrina tedesca ma che registra qualche consenso anche nella scienza penalistica italiana¹¹, per la punibilità del tentativo è necessario che l'atto in cui si manifesta la volontà criminosa sia tale da turbare il senso di fiducia dei consociati nella vigenza dell'ordinamento. Per designare tale effetto di scuotimento del senso di sicurezza giuridica dei cittadini si impiega per solito la locuzione "allarme sociale". Quest'ultimo concetto, a ben vedere, è però a sua volta suscettibile di almeno due diverse interpretazioni. Da taluno l'allarme sociale viene concepito come quell'impatto psicologico negativo della trasgressione del tessuto sociale da cui scaturisce la "reazione di rigetto" espressa dalla pena. Più specificamente, esso è definito come quel «turbamento sociale intrapsichico relazionato al valore tutelato»¹² che si determina in modo pressoché automatico nella comunità sociale in seguito all'apprendimento dell'avvenuta violazione di «un interiore divieto o tabù collettivo, operante a livello inconscio»¹³, indipendentemente dalla previsione o dal timore che il soggetto agente possa tornare in futuro a intraprendere azioni criminose. Ciò implica che l'esigenza di una reazione punitiva sussisterebbe anche nell'estrema ipotesi in cui fosse dimostrata

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 420 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 513 ss. V. anche G. MONTANARA, *Tentativo (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 118 ss.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 426; G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 119.

¹¹ La c.d. "teoria dell'impressione" (*Eindruckstheorie*) è molto diffusa tra i penalisti tedeschi: cfr., per tutti, H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 512 ss.

¹² E. MORSELLI, *Tentativo*, in *D. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 185 ss.

¹³ E. MORSELLI, *Tentativo*, cit., p. 187.

la totale inesistenza, nel caso di specie, di un pericolo attuale o futuro e dunque, in definitiva, anche in presenza di un tentativo del tutto inidoneo in concreto.

Nella nostra dottrina vi è però anche chi, pur sostanzialmente aderendo alla teoria dell'allarme sociale, ne propone un'interpretazione più garantista e meno "sbilanciata" in senso soggettivistico¹⁴. In questa prospettiva, il riferimento al concetto di allarme sociale, lungi dal conferire automaticamente rilevanza penale a titolo di delitto tentato ad ogni manifestazione esterna della volontà criminosa, consente di operare una distinzione di fondo tra due differenti ipotesi: il tentativo che, pur rivelandosi oggettivamente non pericoloso, suscita un turbamento nel senso di sicurezza giuridica dei consociati compromettendone la fiducia nella vigenza dell'ordinamento; il tentativo che, oltre ad essere oggettivamente inidoneo, non crea alcun allarme sociale. La prima ipotesi viene in rilievo quando il tentativo non giunge a consumazione a causa di un errore esecutivo del soggetto agente. Classico esempio è quello di chi tenta di sparare con una pistola priva del colpo in canna credendo che sia carica o di chi preme il grilletto senza aver tolto la sicura. La seconda ipotesi concerne i casi in cui l'inidoneità oggettiva degli atti è correlata alla grave "ignoranza nomologica" dell'autore. Ciò accade, ad esempio, quando un soggetto tenta di avvelenare il proprio nemico propinandogli una sostanza totalmente innocua come la farina nella convinzione che tale sostanza sia in grado di cagionare la morte, o tenta di provocare un aborto mediante infusi di camomilla. Ebbene, mentre nel primo caso (inidoneità determinata da errore), l'agente meriterebbe di essere punito in quanto la sua condotta, pur non rivestendo pericolosità sul piano prettamente oggettivo, acquista un notevole disvalore sotto il profilo soggettivo e suscita allarme sociale (la mancata realizzazione del delitto consumato è dovuta solo a circostanze fortuite ed estemporanee), nel secondo caso (inidoneità oggettiva causata da grave ignoranza nomologica) il tentativo non sarebbe mai punibile atteso che la mancanza di pericolosità è qui un connotato intrinseco della condotta che vizia *ab origine* la sua possibilità di sfociare nella consumazione del reato.

Spostiamo ora il fuoco dell'indagine dal piano astratto dei modelli di diritto penale teoricamente prospettabili a quello concreto dell'attuale configurazione codicistica del delitto tentato nell'ordinamento italiano. Al riguardo, va subito detto che, secondo la prevalente opinione dottrinale, il nostro sistema si inserisce a pieno titolo nel solco delle concezioni oggettive¹⁵. Tale asserto, in linea di massima senz'altro condivisibile, deve però essere sottoposto ad un più attento vaglio critico proprio alla luce di quanto sinora rilevato in merito alle teorie sul fondamento di punibilità del tentativo. Ebbene, ragionando per esclusione, si può anzitutto affermare senza tema di smentita

¹⁴ R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 929 ss.

¹⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 587; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 455; S. SEMINARA, *Spunti per una riforma*, cit., p. 447.

che la disciplina del delitto tentato contenuta nel codice Rocco è incompatibile con ogni impostazione unilateralmente soggettivistica. L'espressa previsione, da parte del nostro legislatore penale, del requisito dell'idoneità degli atti sul duplice versante del tentativo e del reato impossibile, rispettivamente come elemento strutturale "positivo" del delitto tentato nell'art. 56 c.p. (insieme all'univocità) e come elemento "negativo" in presenza del quale si configura un reato impossibile nell'art. 49, comma 2, c.p., in uno con la diminuzione obbligatoria di pena del tentativo rispetto al reato consumato, testimonia infatti in modo inequivocabile la presa di distanze del nostro ordinamento dai sistemi a base soggettivistica. Ed invero, all'interno di questi ultimi il tentativo inidoneo, oltre ad essere generalmente punibile, è sanzionato con una pena tendenzialmente equivalente a quella prevista per il reato consumato.

Ben più articolata e complessa appare invece la questione della compatibilità tra l'attuale fisionomia del delitto tentato, così come delineata dal codice Rocco, ed i presupposti concettuali delle concezioni c.d. "miste" o "eclettiche". Sotto questo profilo, infatti, non si può escludere *a priori* che la disciplina codicistica del tentativo tragga ispirazione anche dall'esigenza di reprimere le più gravi manifestazioni di volontà criminosa o quelle tipologie di condotta delittuosa che, pur non giungendo a consumazione, suscitano un rilevante allarme sociale. Secondo i fautori delle teorie miste, in effetti, per dar ragione dell'incriminazione del tentativo non vi è altra strada se non quella di abbandonare la pretesa di accentrare in un solo elemento il fondamento di tale incriminazione¹⁶. Segnatamente, mentre le teorie soggettiviste non terrebbero nel dovuto conto la secolare tradizione giuridica secondo cui non ogni manifestazione di volontà criminosa può assumere rilevanza penale, ma solo quella che in qualche modo espone a pericolo il bene protetto, le teorie oggettiviste non sarebbero in grado di spiegare perché viene punita a titolo di tentativo la sola messa in pericolo dolosa e non anche quella colposa. Quest'ultima obiezione, per il vero, non appare decisiva. Anche a voler prescindere dall'ovvia considerazione per cui, sia a livello di senso comune che sul piano logico-concettuale, la nozione stessa di tentativo sottende una tensione della volontà verso un risultato, la mancata incriminazione della "strana figura"¹⁷ del tentativo colposo potrebbe anche dipendere da una scelta discrezionale del legislatore, indipendentemente dall'impostazione oggettivistica o soggettivistica di un sistema. Ma il vero argomento che potrebbe efficacemente supportare le concezioni miste, a ben riflettere, è un altro e concerne il giudizio di idoneità. Com'è stato acutamente rilevato, infatti, se si ritiene che il giudizio di idoneità debba essere formulato su "base parziale", è giocoforza propendere per una ricostruzione eclettica del fondamento di punibilità del tentativo dal momento che un siffatto giudizio può condurre a

¹⁶ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 513 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 420 ss.

¹⁷ L'espressione risale a F. CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, 1870, p. 371.

punire ai sensi dell'art. 56 c.p. ipotesi di condotta che, pur apparendo pericolose alla luce del parametro soggettivo del normale osservatore esterno, in realtà non lo sono per la presenza di circostanze impeditive preesistenti che rendono il conato delittuoso *ab origine* destinato all'insuccesso¹⁸. Si pensi all'esempio del soggetto che, munito di un revolver di piccolo calibro, spara a distanza non ravvicinata contro una persona che, sotto la giacca, nasconde un giubbotto di sicurezza antiproiettile. Oppure al caso di chi, introdottosi furtivamente nell'abitazione della vittima designata, esplosa dei colpi d'arma da fuoco in direzione del letto vuoto di quest'ultima che aveva eccezionalmente deciso per quella notte di fermarsi a dormire da un amico. In questi come in altri consimili casi di "inidoneità a base totale" della condotta o di "mancanza occasionale" dell'oggetto di essa il bene tutelato dall'ordinamento, ossia la vita della potenziale vittima, non ha corso oggettivamente alcun rischio atteso che non vi era alcuna possibilità che il tentativo di omicidio giungesse a consumazione. I fattori di neutralizzazione del rischio, tuttavia, non erano conoscibili dall'osservatore medio né conosciuti dal soggetto agente per cui, valutando l'idoneità su base parziale, si dovrebbe concludere per la punibilità *ex art. 56 c.p.*, pur in mancanza di una effettiva esposizione a pericolo del bene protetto. Ciò implica che, se la base del giudizio di idoneità fosse parziale, la punibilità del tentativo nel nostro ordinamento potrebbe, almeno in taluni casi, prescindere dall'esposizione a pericolo del bene tutelato, confermando in tal modo la validità delle teorie c.d. "subiettivo-obiettive" dell'allarme sociale. Ed invero, nelle ipotesi appena descritte in cui, assumendo l'angolazione soggettiva dell'osservatore esterno, il tentativo appare pericoloso pur non essendolo oggettivamente, il senso di sicurezza giuridica dei consociati subisce inevitabilmente un *vulnus* giacché il normale osservatore che assiste al tentativo di delitto e ne percepisce la pericolosità apparente incarna sotto questo profilo il punto di vista dell'ordinamento¹⁹.

Ciò nonostante, non ci sembra che le teorie dell'allarme sociale possano trovare accoglimento nell'ordinamento italiano, quantomeno in relazione all'istituto del tentativo, per due ragioni di fondo. In primo luogo perché, come vedremo meglio nel prosieguo, tra le due soluzioni interpretative prospettabili in tema di giudizio di idoneità è senz'altro preferibile quella che assume come oggetto di tale giudizio una base totale di circostanze. In secondo luogo perché le tesi dell'allarme sociale non soddisfano quelle esigenze di determinatezza che rappresentano oggi il nodo cruciale della riflessione sul delitto tentato. L'interrogativo di fondo che più alimenta l'odierno dibattito penalistico sul tentativo concerne infatti la compatibilità o meno dei requisiti struttu-

¹⁸ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 468.

¹⁹ Come osservava Carrara con parole che suonano ancora attuali «l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia che già aveva cominciato la esecuzione di atti indirizzati a quel tristo evento, ed abili a procacciarlo; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciato, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto»: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, Bologna, 1993 (ristampa ed. 1886), p. 231.

rali dell'art. 56 c.p. con il principio costituzionale di determinatezza. In altri termini, c'è il diffuso timore che l'attuale configurazione del tentativo, così come delineata dal legislatore fascista, lasci al giudice margini di discrezionalità troppo ampi in sede applicativa. Ebbene, da quest'ultimo riguardo l'impostazione eclettica correlata alle teorie dell'allarme sociale non offre prospettive esegetiche realmente percorribili. Se, infatti, si accoglie quest'orientamento nella sua accezione più "radicale", assumendo il turbamento sociale come effetto pressoché automatico del tentativo, a prescindere dall'effettiva insorgenza di un pericolo, si addivene ad una vera e propria *interpretatio abrogans* dell'attuale fattispecie di cui all'art. 56 c.p., ed in particolare del requisito dell'idoneità. Se, viceversa, si ritiene che la meritevolezza di pena delle singole condotte di tentativo debba essere valutata caso per caso alla luce del parametro dell'allarme sociale, ci si affida in sostanza ad una valutazione discrezionale del tutto sprovvista di punti di riferimento normativi, dal momento che il giudice stesso diventa «...interprete (non del diritto positivo ma) del turbamento della fiducia collettiva sull'effettività dell'ordinamento giuridico»²⁰.

Tirando le fila del discorso, ci pare che l'opinione dottrinale maggioritaria secondo cui l'attuale configurazione del delitto tentato sottende una preliminare scelta di campo in favore di un modello oggettivo di diritto penale meriti di essere condivisa. In tal senso depongono, riassuntivamente, almeno tre indici di riscontro: il requisito dell'idoneità assume nel nostro impianto codicistico un ruolo di assoluto rilievo, essendo contemplata sia in positivo, nell'ambito della fattispecie di delitto tentato, sia in negativo, nell'ambito della figura del reato impossibile; il tentativo inidoneo non è mai punibile, a prescindere da ogni ulteriore valutazione circa la causa di tale inidoneità (errore o ignoranza); la diminuzione di pena per il reato tentato rispetto a quello consumato, lungi dall'essere rimessa alla discrezionalità del giudice, è obbligatoria e correlata alla cornice edittale autonoma (anche se individuata *per relationem*) dell'art. 56 c.p.

3. I modelli di tipizzazione del tentativo astrattamente prospettabili e la scelta di fondo del codice Rocco

Nei sistemi a legalità formale la fattispecie del reato tentato deve necessariamente formare oggetto, al pari delle altre figure criminose, di una espressa previsione legislativa. Ebbene, l'incriminazione del tentativo può avvenire, almeno in linea teorica, attraverso tre distinte modalità: mediante una norma generale che, in modo pressoché automatico, preveda la rilevanza della forma tentata in relazione a tutte le fattispecie di parte speciale, con il solo limite della compatibilità logica e strutturale; mediante l'inserimento di singole fattispecie di tentativo direttamente nella parte speciale, accanto alla corrispondente figura di reato consumato; mediante una norma generale

²⁰ S. SEMINARA, *Spunti per una riforma*, cit., p. 447.

che preveda la rilevanza del tentativo solo in relazione a determinate tipologie di reato. Quest'ultimo modello è quello adottato da (praticamente) tutti i vigenti ordinamenti liberal-democratici, il cui denominatore comune *in subiecta materia* è rappresentato proprio dalla scelta di tipizzare il tentativo mediante l'inserimento, nella parte generale del codice, di una "clausola di estensione della tipicità penale" destinata a combinarsi con categorie prestabilite di reati della parte speciale²¹. Differenze significative, viceversa, emergono a livello di formulazione di tale clausola generale, e dunque in punto di descrizione dei requisiti di tipicità del fatto punibile. Le diverse soluzioni tecniche prospettate nei vari ordinamenti, del resto, riflettono le intrinseche difficoltà che ogni legislatore positivo si trova a dover affrontare in sede di tipizzazione del tentativo. Veniamo ad analizzarle brevemente.

In primo luogo, il fatto punibile a titolo di reato tentato può essere individuato mutuando la tipicità dalla norma di parte speciale che incrimina il reato consumato. Questa tecnica di tipizzazione risponde al modello c.d. della "esecuzione in senso formale", secondo cui sono rilevanti a titolo di tentativo soltanto gli atti parzialmente conformi al tipo, ossia quegli atti che realizzano almeno un frammento del fatto descritto nella fattispecie incriminatrice di parte speciale. Nel delitto di furto, ad esempio, il primo atto esecutivo è rappresentato dall'inizio della condotta di sottrazione; nella truffa dal primo atto di trasfigurazione materiale della realtà esterna (integrante una porzione dell'"artificio" rilevante *ex art.* 640 c.p.), e così via. Seguendo il modello *de quo*, dunque, solo due categorie di atti integrano, a rigor di logica, gli estremi del tentativo punibile: gli atti che, nello schema legale dei reati materiali o con evento in senso naturalistico, realizzano interamente la condotta tipica ma non pervengono alla consumazione per mancata verifica dell'evento (c.d. "tentativo compiuto" o "delitto mancato"); gli atti parzialmente tipici, cioè gli atti che realizzano solo una porzione della condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale (c.d. "tentativo incompiuto"). Per evitare un'eccessiva contrazione del raggio di prescrizione del tentativo, tuttavia, gli ordinamenti che adottano questo schema di tipizzazione estendono l'incriminazione anche alla categoria degli atti c.d. "pre-tipici", cioè a quegli atti che, nel *continuum* spazio-temporale dell'*iter criminis*, precedono immediatamente la condotta tipica e sono ad essa legati da un vincolo naturalistico-teleologico (si tratta, ad esempio, del modello adottato in Germania e in Austria).

Un secondo schema di tipizzazione del tentativo è rappresentato dal modello c.d. della "esecuzione in senso materiale". Tale modello si rinviene oggi in quegli ordinamenti che utilizzano formule normative esplicitamente richiedenti un "inizio di esecuzione" del reato, ma intendono tale esecuzione in senso sostanziale, come "passaggio" dalla fase preparatoria a quella esecutiva. Si vedano, a titolo esemplificativo, le disposizioni sul tentativo contenute nel codice francese (art. 121-5) e in quello spagnolo (art. 16) che richiedono, rispettivamente, un «*commencement d'exécution*» e un «*dar*

²¹ Sul punto v., *amplius*, F. ANGIONI, *Un modello di tentativo*, cit., p. 1089 ss.

principio a la ejecucion directamente por echos exteriores». L'atto penalmente rilevante a titolo di tentativo, in quest'ottica, è l'atto che, guardando all'*iter criminis*, interviene dopo la fase di preparazione del reato e si dirige materialmente verso la consumazione. Emblematiche, al riguardo, le formule di stile (pressoché tautologiche) impiegate dalla giurisprudenza francese per spiegare il concetto di "inizio di esecuzione": «*le commencement d'exécution est constitué par tous les actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit, le prévenu étant ainsi entré dans le période d'exécution*»²². Non a caso, nei sistemi che adottano tale modello la disposizione sul tentativo non fa alcun riferimento agli atti "pre-tipici", proprio perché qui l'atto tipico è quello sostanzialmente esecutivo, a prescindere dalla conformità o meno al paradigma descrittivo di parte speciale, talché non vi è alcun bisogno di estendere l'area di incriminazione anche a condotte formalmente non corrispondenti al modello legale. Intendendo l'esecuzione in senso materiale, dunque, può accadere, per un verso, che atti formalmente atipici, ossia non ancora integranti una porzione della condotta tipica descritta nella fattispecie di parte speciale, siano considerati penalmente rilevanti a titolo di tentativo, e, per l'altro verso e specularmente, che atti formalmente tipici, ossia almeno parzialmente conformi al modello legale, siano considerati sostanzialmente non esecutivi e dunque penalmente irrilevanti.

In terzo luogo, infine, la fattispecie di tentativo può essere configurata in modo parzialmente autonomo rispetto al corrispondente reato di parte speciale, attraverso «una tecnica di tipizzazione *per relationem* con la tipicità della fattispecie consumata»²³. Si tratta, com'è noto, del modello prescelto dal nostro codice penale, il cui art. 56 delinea il fatto punibile a titolo di delitto tentato, non già prendendo a prestito la tipicità dal reato consumato, ma facendo ricorso a "criteri normativi di collegamento", appunto l'idoneità e l'univocità, in grado di mettere in relazione gli atti in cui si sostanzia il tentativo con la corrispondente fattispecie incriminatrice di parte speciale. In questa prospettiva, l'atto rilevante a titolo di delitto tentato è l'atto che, a prescindere dalla conformità o meno al tipo legale o dall'indole sostanzialmente esecutiva, si rivela non equivocamente diretto alla commissione di un delitto e potenzialmente congruo rispetto alla realizzazione del medesimo.

Tanto considerato sul piano generale, veniamo ora ad analizzare più nel dettaglio la fisionomia e le implicazioni pratiche di ciascun modello. Iniziando dal modello dell'esecuzione in senso formale, va subito detto che questa tecnica di tipizzazione è in assoluto la più rispondente al principio costituzionale di legalità/determinatezza. Nel circoscrivere la sfera di prensione del tentativo alle sole condotte (almeno) parzialmente conformi allo schema legale del reato consumato, infatti, il criterio esecutivo-formale non concede all'interprete alcun margine di discrezionalità nell'enucleazione del fatto punibile, privilegiando l'istanza di certezza giuridica su quella di dife-

²² Crim., 5 giugno 1984, in *Bull. crim.*, n. 212.

²³ Così F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, cit., p. 217.

sa sociale²⁴. Nondimeno, il modello in esame si espone ad un triplice ordine di obiezioni.

Anzitutto, con riferimento ai reati a forma vincolata, il ricorso allo schema dell'inizio di esecuzione si rivela insoddisfacente sotto il profilo politico-criminale, determinando un'eccessiva contrazione dell'alveo di punibilità del tentativo a scapito delle istanze general-preventive e di anticipazione della tutela penale. Se, infatti, si considera penalmente rilevante a titolo di tentativo solo l'atto che realizza almeno un segmento del fatto tipico analiticamente descritto nella norma incriminatrice di parte speciale, la soglia di rilevanza penale del tentativo stesso è giocoforza posticipata ad un momento ormai prossimo alla consumazione. Ragionando in prospettiva esecutivo-formale, ad esempio, non integrerebbe gli estremi del delitto di furto il comportamento di chi si è introdotto nottetempo nell'altrui abitazione, munito di torcia e di strumenti di scasso, ma non ha ancora iniziato ad intraprendere la condotta sottrattiva.

In secondo luogo, il modello in esame presenta limiti ancor più evidenti con riferimento ai reati a condotta libera o "causalmente orientati". Come abbiamo già evidenziato, infatti, alla luce del criterio formale la nozione di atto esecutivo designa quegli atti che realizzano un frammento della condotta tipica descritta dalla fattispecie di parte speciale. Ma, vien da chiedersi, quando l'enunciato normativo di quest'ultima descrive la condotta tipica soltanto in funzione causale, e dunque come un "cagionare" qualcosa, quali sono gli atti che ne realizzano una porzione: qualunque atto della catena causale che integra una *condicio sine qua non* dell'evento o solo l'ultimo atto decisivo che conduce all'epilogo della vicenda criminosa? La questione ha formato oggetto in dottrina di interpretazioni diametralmente opposte nel senso che, mentre per un primo indirizzo nel novero degli atti parzialmente esecutivi si dovrebbe far rientrare ogni atto che integra una *condicio sine qua non* dell'evento e quindi anche una qualsiasi condizione remota causalmente ricollegabile all'evento stesso (come, ad esempio, l'acquisto dell'arma nell'omicidio²⁵), in base ad un diverso punto di vista nelle fattispecie a forma libera «la fedeltà all'istanza legalitaria impone di considerare esecutivo solo l'ultimo degli atti diretti alla produzione dell'evento»²⁶. Ad ogni modo, quale che sia la soluzione preferibile in merito all'individuazione degli atti esecutivi in questa tipologia di reato, il problema di fondo, ai fini che qui interessano, rimane sostanzialmente irrisolto. Ed invero delle due l'una: o si condivide l'assunto secondo cui sono atti esecutivi tutte le *condiciones sine quibus non* dell'evento, anche le più remote nella catena causale, ed allora il ricorso al criterio esecutivo-formale produce un

²⁴ I. GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali*, cit., p. 3368.

²⁵ In tal senso si esprimono: F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 424-425; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 271.

²⁶ F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, cit., p. 217. In senso analogo: R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato*, cit., p. 922; F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 866.

eccessivo ampliamento della sfera di prensione punitiva del tentativo; o si propende per la tesi opposta, in base alla quale è esecutivo solo l'ultimo degli atti diretti alla produzione dell'evento, ed allora il criterio *de quo* diventa troppo restrittivo, delimitando il raggio di incriminazione del delitto tentato al c.d. "tentativo compiuto", ossia a quelle ipotesi in cui la condotta tipica è stata interamente realizzata ma l'evento non si è verificato per cause indipendenti dalla volontà dell'agente.

La terza obiezione, infine, riguarda gli incerti confini della categoria dei c.d. "atti pre-tipici". Come si è già accennato, per ovviare agli inconvenienti sopra descritti in relazione all'eccessiva contrazione della sfera di applicazione del tentativo, la prospettiva formale è stata progressivamente integrata da un correttivo sostanziale, una sorta di "*escamotage* ermeneutico" consistente nell'estendere la punibilità del tentativo medesimo anche agli atti che, pur non avendo formalmente dato inizio alla realizzazione della fattispecie incriminatrice del reato consumato, sono immediatamente antecedenti a quelli esecutivi e ad essi legati da un rapporto di necessaria interdipendenza²⁷. In altri termini, il raggio di prensione del delitto tentato andrebbe esteso a quegli atti formalmente non esecutivi che, per la loro "omogeneità" o "contiguità" con l'azione tipica, ne costituiscono una parte in senso sostanziale. Tale interpretazione correttiva, tuttavia, rischia di far venir meno quello che, per *communis opinio* dottrinale, è considerato il maggior pregio del modello *de quo*, vale a dire l'elevato coefficiente di determinatezza/precisione nell'additare all'interprete i parametri di individuazione dei comportamenti punibili a titolo di reato tentato. Integrando il criterio formale con un criterio di indole sostanziale, infatti, non si fa altro che spostare il fuoco dell'indagine da un terreno ad un altro senza fornire una vera soluzione. Ed invero, l'interrogativo a questo punto diventa il seguente: quali atti non formalmente esecutivi possono essere ricompresi nell'alveo concettuale della pre-tipicità? La risposta non è per nulla scontata, se si considera che, mentre taluni intendono la pre-tipicità in senso "spazio-temporale", e dunque in un'accezione che guarda al grado di sviluppo della condotta distaccandosi il meno possibile dal canone di determinatezza²⁸, altri la intendono in senso "teleologico-funzionale", e dunque in un significato che fa leva, non solo e non tanto sulla prossimità cronologica dell'azione rispetto all'evento preso di mira, quanto sulla concreta pericolosità dell'azione stessa²⁹.

Passando ora ad occuparci del modello dell'esecuzione in senso materiale, va anzitutto evidenziato che esso, al contrario di quello formale appena descritto, appare

²⁷ Com'è noto questa teoria (c.d. "materiale oggettiva"), che gode ancora di largo seguito nella dottrina penalistica italiana, risale nella sua originaria elaborazione ai primi decenni del secolo scorso: R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1911; O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952.

²⁸ Così, recentemente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 480, e F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, cit., p. 867.

²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 435. Analogamente, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 594.

votato a soddisfare più le istanze di difesa sociale che non quelle di determinatezza. Questa tecnica di tipizzazione del tentativo, infatti, concede all'interprete un ampio margine di discrezionalità nel valutare la rilevanza penale del "conato delittuoso", giacché nella prospettiva sostanzialistica non trova spazio alcuna presunzione di pericolosità legata alla parziale conformità della condotta all'idealtipo normativo: è colui che applica la norma a dover decidere, sulla base di un apprezzamento in concreto dei tratti salienti del fatto storico di volta in volta preso in considerazione, quando un atto è materialmente esecutivo e quando non lo è. Siamo dunque in presenza di un modello che si atteggia diversamente a seconda del parametro di valutazione che viene assunto dall'interprete per giudicare circa il carattere esecutivo o meno dell'atto. Per solito, il principale criterio di riferimento alla luce del quale viene formulato tale giudizio è dato dalla pericolosità della condotta posta in essere dal soggetto agente, ma, nel corso degli anni, sono stati proposti i più svariati criteri per tracciare la linea di confine tra atti preparatori e atti sostanzialmente esecutivi³⁰.

Ebbene, il modello in esame, se da un lato ha il pregio della concretezza, affidando al giudice il compito di valutare caso per caso l'indole esecutiva di un atto e la sua pericolosità rispetto al bene tutelato, dall'altro lato presenta un evidente limite sul versante della legalità/determinatezza. Il concetto di esecuzione in senso materiale, infatti, è per certi versi comparabile ad un "contenitore vuoto" che di volta in volta viene riempito dall'interprete con valutazioni di merito, ad alto tasso di discrezionalità, circa la pericolosità o la prossimità sostanziale degli atti compiuti rispetto alla consumazione. Insomma, si tratta di un modello che accentua ulteriormente quel *deficit* di tassatività che, come abbiamo visto, caratterizza e affligge la disciplina del tentativo anche nei sistemi penali più avanzati.

Veniamo, infine, al modello italiano. La formula di cui all'art. 56 c.p. si caratterizza in primo luogo per la sua unicità: essa non è riconducibile, infatti, ad alcun paradigma di tipizzazione riscontrabile nell'odierno scenario comparatistico. Del resto, è noto che i due requisiti dell'univocità e dell'idoneità, su cui poggia l'attuale fattispecie di tentativo, sono concetti "autoctoni" e legati a doppio filo alla tradizione giuridico-penale italiana del secolo precedente. L'idoneità, sia pure riferita ai mezzi e non agli atti, già figurava, in funzione di limite garantistico alla punibilità, nello schermo di tipicità del tentativo così come disciplinato nel codice Zanardelli. Il criterio dell'univocità, pur in assenza di un'esplicita previsione da parte del legislatore liberale, veniva utilizzato dalla dottrina penalistica come canone ermeneutico per decidere circa la natura preparatoria o esecutiva degli atti. Dato atto dell'indubbia originalità della formula normativa prescelta dal codice Rocco per disciplinare il delitto tentato, va però anche rilevato che la tecnica di tipizzazione adottata nell'art. 56 è senz'altro più vicina al

³⁰ Tra le più recenti ricostruzioni sostanzialistiche si segnala quella di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 525 ss., secondo cui il "passaggio alla fase esecutiva" va valutato alla stregua del valore umano e sociale della condotta.

modello dell'esecuzione in senso sostanziale che non a quello dell'esecuzione in senso formale. La soglia di rilevanza penale del tentativo, infatti, è individuata nel nostro codice penale attraverso due criteri, l'univocità e l'idoneità, che, lungi dal mutuare la tipicità dall'idealtipo normativo del reato consumato, implicano un apprezzamento sostanziale-concreto della direzione materiale dell'atto e della sua effettiva pericolosità. Non per caso, nella manualistica contemporanea si trova spesso affermato che il nostro legislatore, anziché "prendere a prestito la tipicità" dal modello legale del reato consumato, ha scelto un diverso modello di configurazione del tentativo, consistente nel «tipizzare con una clausola generale gli estremi del pericolo»³¹.

Sennonché, all'assunto-base, senz'altro condivisibile, secondo cui il modello italiano di tipizzazione del tentativo poggia sul fondamento sostanziale dell'esposizione a pericolo dei beni giuridicamente tutelati, la dottrina tradizionale fa seguire una ricostruzione dei requisiti strutturali dell'art. 56 c.p., ed in particolare dell'univocità, molto più coerente con il paradigma esecutivo-formale che non con quello esecutivo-materiale. Ed invero, il criterio che attualmente gode di più largo seguito nell'interpretazione del concetto di univocità è quello che, facendo leva sul grado di sviluppo della condotta, considera univoci proprio gli atti parzialmente corrispondenti alla descrizione legale della fattispecie delittuosa di parte speciale e quelli che si trovano in un rapporto di stretta anticipazione rispetto all'inizio di esecuzione della condotta tipica. Insomma, gli stessi autori che considerano la tecnica di tipizzazione del tentativo adottata dal codice Rocco come nettamente *alternativa* rispetto al modello esecutivo-formale, mostrano poi di indulgere alle suggestioni della "formula magica" dell'inizio di esecuzione per spiegare il requisito dell'univocità. Beninteso, non si vuole qui certamente disconoscere che il grado di sviluppo della condotta rappresenti un importante coefficiente di valutazione della direzione non equivoca di un atto. Né si vuole aprioristicamente negare che la parziale conformità di un atto allo schema legale del reato consumato possa giustificare, in determinate ipotesi, una presunzione di pericolosità. Ciò che ci preme far notare è che, ragionando *de iure condito*, al concetto di univocità non può essere automaticamente attribuito, pena la manifesta incoerenza tra premesse e conclusioni, il significato di "parziale conformità al modello legale del reato consumato". Ed invero, stando all'attuale formulazione dell'art. 56 c.p., un atto parzialmente conforme al tipo legale del reato consumato può risultare in concreto non univoco e dunque non punibile, così come, viceversa, un atto non esecutivo in senso formale può risultare sostanzialmente univoco e dunque penalmente rilevante, se idoneo, a titolo di delitto tentato. Ma sul punto ci soffermeremo meglio nel prossimo paragrafo.

³¹ Così, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 425; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 456; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 478.

4. *Il superamento delle ricostruzioni soggettivistico-processuali dell'univocità e le moderne teorie oggettive*

Venendo ora allo snodo centrale dell'indagine, ossia all'analisi degli elementi strutturali del tentativo, occorre anzitutto domandarsi quale significato debba essere assegnato alla proposizione normativa "atti diretti in modo non equivoco" alla commissione di un delitto. Al riguardo, va in primo luogo registrato l'avvenuto superamento, da parte della scienza penalistica contemporanea, della vecchia impostazione secondo cui l'univocità degli atti nel tentativo rappresenterebbe un criterio di indole soggettivo-processuale. In base a quest'ultimo indirizzo, prevalente in seno alla dottrina della prima metà del secolo scorso e ancor oggi seguito da una parte (minoritaria) della giurisprudenza³², l'univocità costituirebbe un mero criterio probatorio dell'intenzione del reo di commettere un determinato delitto³³. Segnatamente, l'univocità denoterebbe, non già un requisito di tipicità del tentativo, ma solo l'esigenza di raggiungere la prova circa il proposito criminoso del soggetto agente, desumibile con tutti i mezzi processuali disponibili: confessione, testimonianze, precedenti del reo, intercettazioni telefoniche e/o ambientali, etc. Negli ultimi decenni, tuttavia, la dottrina ha messo in luce i numerosi ed evidenti limiti di questa impostazione.

In primo luogo, sul piano sistematico, sarebbe del tutto anomalo l'inserimento nel codice penale, in sede di definizione di un istituto di diritto sostanziale come il tentativo, di una disposizione di carattere procedurale, anche in considerazione del fatto che risultano «estremamente rari, specie in disposizioni non strettamente "processuali", i casi di elementi di fatti giuridici posti per svolgere un ruolo limitato esclusivamente al piano dell'accertamento»³⁴. In secondo luogo, sul piano logico, una norma che si limitasse a prevedere l'ovvia esigenza della prova del dolo nel delitto tentato risulterebbe assolutamente superflua (posto che tale prova è necessaria per tutti i reati),

³² Nel senso che la nozione di univocità esprime soltanto l'esigenza che in sede processuale sia raggiunta la prova dell'intenzione criminosa: Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 25040, in *CED Cass.*, rv. 229347; Cass. pen., sez. II, 1° febbraio 1994, Evinni e altro, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 705; Cass. pen., sez. II, 7 febbraio 1992, Mazza, in *Riv. pen.*, 1992, p. 755. Recentemente, sembra ispirarsi alla concezione soggettivistica anche Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2008, n. 27767, in *Guida dir.*, 2008, 39, p. 103, secondo cui il requisito dell'univocità degli atti «va accertato ricostruendo, sulla base delle prove disponibili, la direzione teleologica della volontà dell'agente, quale emerge dalle modalità di estrinsecazione concreta della sua azione, allo scopo di accertare quale sia stato il risultato da lui avuto di mira».

³³ Tra i più convinti assertori della tesi soggettivistica dell'univocità, L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., p. 67 ss. e 87 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1982, p. 568 ss., e A. MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, pp. 496-497. Di recente, G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1168 ss. (in part., p. 1186).

³⁴ M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 90. In senso sostanzialmente analogo: F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 433; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 274.

risolvendosi in definitiva in una *interpretatio abrogans* del requisito dell'univocità³⁵. In terzo luogo, sul piano letterale, nell'enunciato normativo dell'art. 56 c.p. la locuzione "diretti in modo non equivoco" è collegata ad un dato materiale-oggettivo (gli atti esteriori) e non ad un dato psichico (la volontà del soggetto agente). Infine, sul piano del bilanciamento tra le esigenze general-preventive e quelle di garanzia individuale, la tesi soggettivistico-processuale rischierebbe di far regredire la soglia di punibilità del tentativo ad uno stadio molto arretrato dell'*iter criminis*, potenzialmente sino alla prima manifestazione del proposito criminoso (ad esempio: l'acquisto di un'arma da fuoco accompagnato dalla confessione dell'acquirente circa il suo proposito omicida-rio già basterebbe ad integrare un tentato omicidio).

L'acquisita consapevolezza di tali limiti, dunque, negli ultimi decenni ha indotto la (pressoché) concorde dottrina ad abbandonare definitivamente la teoria soggettiva in favore dell'opposta concezione oggettiva dell'univocità. Secondo tale ultima impostazione, la direzione non equivoca degli atti rappresenta in realtà un requisito sostanziale, ossia un "criterio di essenza", e dunque va correttamente intesa, non già come esigenza che sia raggiunta la prova del proposito criminoso in sede processuale, bensì come "una caratteristica oggettiva della condotta"³⁶. Sennonché, una volta stabilito che l'univocità rappresenta un attributo oggettivo della condotta e non un criterio di prova, occorre poi specificare in cosa esattamente consista tale attributo. E qui la questione si fa più complessa. Non appena, infatti, si sposta il fuoco dell'indagine dal piano processuale dell'accertamento del fine criminoso, ricavabile anche *aliunde* con tutti gli strumenti probatori disponibili (precedenti penali, personalità del reo, eventuale confessione, testimonianze, intercettazioni, etc.), a quello sostanziale della direzione oggettiva degli atti, la cui "non equivocità" va accertata guardando alla sola condotta tenuta dal soggetto agente in un dato contesto spazio-temporale, il compito dell'interprete diventa inevitabilmente più arduo. Le difficoltà che si incontrano interpretando in chiave oggettiva il concetto di univocità, del resto, si riflettono emblematicamente nella recente riflessione dottrinale, in seno alla quale si registra su questo tema un contrasto di opinioni che appare ancor oggi lontano da una soluzione. Questa notevole divergenza di vedute all'interno del comune filone oggettivistico si spiega, da un lato, con la "fisiologica" ambiguità, riscontrabile già sul piano semantico-lessicale, del-

³⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 465.

³⁶ Per la posizione attualmente dominante in dottrina, v. le note che precedono. Per quanto riguarda la giurisprudenza, l'orientamento prevalente sembra privilegiare una ricostruzione in senso oggettivo dell'univocità. In tal senso si esprime, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008, cit., nella quale si trova affermato con particolare chiarezza che «la direzione non equivoca indica, non un parametro probatorio, bensì un criterio di essenza e deve essere intesa come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti posti in essere devono di per sé rivelare l'intenzione dell'agente». Conf., tra le altre: Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2006, M. e altro, in *Guida dir.*, 2007, 11, p. 73; Cass. pen., sez. II, 4 luglio 2003, n. 36283, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2243; Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 1997, De Gregorio e altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1110.

l'espressione "direzione non equivoca" degli atti e, dall'altro lato, con la difficoltà di attribuire a tale concetto un significato "funzionalmente appagante", in grado cioè di contemperare le esigenze repressive con quelle di legalità. Attualmente, comunque, si contendono il campo tre concezioni (almeno *lato sensu*) "oggettive" dell'univocità.

In base ad un primo indirizzo, risalente nella sua prima formulazione agli anni '60 del secolo scorso ma ancora autorevolmente patrocinato in seno alla dottrina contemporanea, la non equivocità degli atti va accertata mediante una sorta di "doppio riscontro"³⁷. Da un lato, infatti, occorre individuare il delitto preso di mira dal soggetto agente, cioè il secondo termine del rapporto di relazione designato dalla locuzione "atti diretti in modo non equivoco a commettere *un delitto*", e ciò può avvenire soltanto riferendosi al fine perseguito dall'agente medesimo: «se questi ha previsto la commissione di un certo delitto, la ricerca sull'univocità può essere impostata ed è contemporaneamente fissato il secondo elemento della relazione»³⁸. Questo piano di ricognizione, secondo la tesi in parola, non porrebbe problemi di interferenza con l'indagine relativa all'aspetto psichico, giacché «altro è rifarsi all'intenzione per individuare gli elementi che intervengono quali termini del rapporto e altro è far incidere la accertata volontà intenzionale nella formulazione del giudizio»³⁹. Dall'altro lato e correlativamente, una volta conseguita anche *aliunde* la prova del fine perseguito dal soggetto agente, occorre procedere ad un'ulteriore verifica, che consiste nell'accertare se gli atti compiuti, riguardati nella loro dimensione oggettiva, riflettano o meno in modo *certo* la direzione verso quel determinato fine già previamente individuato⁴⁰. Affinché vi sia univocità, dunque, gli atti devono mostrare oggettivamente, alla luce di un giudizio formulato secondo la ragionevole considerazione dell'osservatore esterno, ossia alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, «di essere diretti in modo non dubbio alla commissione del particolare delitto, già individuato attraverso il "fine"»⁴¹.

Secondo un diverso punto di vista, invero oggi decisamente minoritario, l'univocità sussiste quando gli atti, riguardati nel contesto in cui si inseriscono, sono tali da denotare "di per sé" il proposito criminoso perseguito dal soggetto agente⁴². Secondo

³⁷ M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 87 ss.; ID., *Tentativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 3; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 464 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 274-275.

³⁸ M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 118.

³⁹ Ancora, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 118.

⁴⁰ È importante segnalare che la tesi *de qua* assume la locuzione "atti diretti in modo non equivoco" nel significato di direzione "certa", "non dubbia", e non come sinonimo di direzione "unica". Si noti anche che G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 465, pur rimandando esplicitamente alla tesi di Siniscalco, impiegano una terminologia parzialmente divergente da quest'ultimo, richiedendo che gli atti riflettano «in maniera sufficientemente *congrua*» la direzione verso il fine criminoso.

⁴¹ M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 123-124.

⁴² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 489 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, p. 455; A. PAGLIARO, *Principi di diritto*

questo punto di vista, che trae diretta ispirazione anche da quanto affermato nella Relazione sul progetto definitivo, «se l'univocità costituisce una nota oggettiva del comportamento del reo il suo significato non può essere che questo: *l'azione in sé, per quello che è e per il modo in cui è compiuta, deve rivelare l'intenzione dell'agente*»⁴³. A differenza dell'indirizzo sopra descritto, dunque, la tesi in esame intende la "non equivocità", non già come sinonimo di "certezza" della direzione dell'atto verso un fine già previamente individuato, bensì nella sua accezione di "unicità" (o, come anche si usa dire, di "unidirezionalità"), nel senso che, guardando alla condotta nel suo profilo oggettivo, l'osservatore esterno deve essere in grado di stabilire, per ciò solo, verso quale delitto essa è indirizzata: «per potersi parlare di univocità è necessario che il soggetto agente ponga in essere una condotta che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, non viene compiuta se non per commettere quel dato fatto criminoso»⁴⁴. Nel formulare tale giudizio, tuttavia, non si deve prendere in considerazione un singolo atto isolatamente, ma l'intera azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui essa si è svolta.

Un terzo indirizzo, che oggi registra numerosi ed autorevoli consensi in seno alla dottrina penalistica, ricostruisce l'univocità con esclusivo riferimento al grado di sviluppo della condotta, considerando "non equivoci" quegli atti che abbiano raggiunto, nella sequenza complessiva dell'*iter criminis*, un grado di sviluppo molto prossimo alla consumazione. Per fissare la soglia di rilevanza penale degli atti compiuti, cioè per valutare se sia stato raggiunto o meno il grado di sviluppo dell'azione "minimo indispensabile" ai fini della punibilità a titolo di delitto tentato, i sostenitori dell'indirizzo *de quo* assumono come parametro di riscontro la parziale conformità allo schema legale della fattispecie incriminatrice di parte speciale che configura il reato consumato, secondo il già descritto modello dell'esecuzione in senso formale (v. *supra*, § 3). L'area della punibilità, inoltre, viene ormai comunemente estesa anche agli atti c.d. pre-tipici, cioè a quegli atti che, pur non integrando neanche una porzione della condotta tipica, risultano a quest'ultima correlati da un rapporto di stretta anticipazione (c.d. teoria materiale-oggettiva)⁴⁵. Alla luce di questa soluzione interpretativa, dunque, l'univocità sussiste in un triplice ordine di ipotesi: quando, nei reati materiali (o con

penale, parte generale, cit., p. 525 ss. Va però rilevato che quest'ultimo autore, pur interpretando l'univocità nel senso di "unidirezionalità", assume poi come punto di riferimento del relativo giudizio la parziale realizzazione della condotta tipica descritta dalla fattispecie di parte speciale che il soggetto intendeva realizzare (da intendersi alla luce del criterio, di indole sostanzialistica, della "coscienza sociale").

⁴³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 492.

⁴⁴ Vedi nota precedente.

⁴⁵ Nella dottrina più recente si orientano in tal senso, al di là delle diverse formule impiegate per definire l'univocità: M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 594; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 434-435; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 479-480; F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, cit., p. 867 s.

evento in senso naturalistico), la condotta tipica è stata interamente eseguita ma non si è verificato l'evento; quando la condotta tipica è stata realizzata solo parzialmente (sia nei reati formali che in quelli materiali); quando sono stati posti in essere atti immediatamente antecedenti a quelli esecutivi.

5. Direzione degli atti e grado di sviluppo della condotta

La riflessione sull'univocità non può che prendere le mosse, a nostro sommo avviso, da un dato che appare oggi incontestabile: nello schermo di tipicità dell'art. 56 c.p. il requisito della "direzione non equivoca" degli atti verso la commissione di un determinato delitto va ascritto al *genus* concettuale dell'elemento oggettivo e, più in particolare, rientra in quella sotto-categoria classificatoria che, impiegando la terminologia propria della teoria generale del reato, si designa con l'espressione "modalità della condotta". In altri termini, la condotta tipica di tentativo si sostanzia nel compimento di uno o più atti che, riguardati oggettivamente, devono possedere, in rapporto al delitto consumato preso di mira, due connotati essenziali: l'idoneità e l'univocità. Ne discende che, in sede di interpretazione della norma incriminatrice del delitto tentato, l'univocità dovrà essere ricostruita alla stregua delle stesse regole di giudizio che presiedono alla ricognizione degli elementi essenziali del fatto tipico in ogni altra fattispecie di reato.

Già questa prima considerazione di carattere generale, apparentemente banale, se sviluppata in tutte le sue logiche implicazioni può in realtà condurre a risultati di assoluto rilievo ai fini della nostra indagine. Ed invero, se si afferma, come ormai comunemente suol farsi in seno alla dottrina penalistica, che l'univocità fa parte dell'elemento oggettivo del delitto tentato, contrassegnando, unitamente all'idoneità, le "modalità della condotta tipica" di cui all'art. 56 c.p., occorre poi sforzarsi di interpretare la locuzione normativa "atti diretti in modo non equivoco" alla stregua di criteri diagnostici il più possibile "autosufficienti", evitando di chiamare in causa i profili probatori del fatto e di ingenerare così perniciose commistioni tra il piano di indagine processuale e quello sostanziale. Lo stesso modello analitico di "lettura" del fatto criminoso, oggi pacificamente accolto nella teoria generale del reato, impone di tenere ben distinto, sia sotto il profilo concettuale-definitorio che in sede applicativa, il piano della ricostruzione del fatto storico dal piano della interpretazione della norma incriminatrice ai fini dell'enucleazione della tipicità. Se così non fosse, infatti, verrebbe meno "in radice" la logica di garanzia e di verificabilità *ex post* delle decisioni giudiziarie (*sub specie* di controllo sulla motivazione) sottesa al c.d. "giudizio di conformità al tipo". Vera la premessa, resta dunque confermata la fondatezza delle critiche rivolte dalla dottrina in atto maggioritaria alle concezioni soggettivistico-processuali dell'univocità. Ma per le stesse ragioni, a ben riflettere, va respinta anche la più moderna tesi che abbiamo definito del "doppio riscontro". Quest'ultimo indirizzo, infatti, per quanto rappresenti un'indubbia evoluzione rispetto alle tesi che consideravano l'uni-

vocità come un mero criterio di prova, si espone ad alcune obiezioni di fondo, correlate all'anzidetta sovrapposizione dei piani di accertamento.

In primo luogo, la previa individuazione in sede processuale del fine criminoso perseguito dal soggetto agente non può non incidere sulla formulazione del successivo giudizio di "sufficiente congruità", inficiandone la natura asseritamente oggettiva. Ed invero, «l'idea di postulare un termine di relazione costruito in funzione del (solo) delitto avuto di mira dall'agente sembra trascurare la possibilità di distinguere, già su di un piano rigorosamente obiettivo, l'elemento dell'univocità della condotta rispetto alla successiva indagine inerente all'accertamento del dolo»⁴⁶. Tale assunto, a ben vedere, finisce per vanificare il ruolo tipizzante dell'univocità, giacché, se quest'ultima viene intesa, non già come unicità direzionale, bensì come corrispondenza obiettiva, esteriormente riconoscibile secondo l'*id quod plerumque accidit*, tra l'atto compiuto ed il fine previamente individuato con tutti gli elementi di prova disponibili, il riscontro di "sufficiente congruità" rischia di risolversi in una sorta di "razionalizzazione a posteriori" di una decisione già presa in base alla sola indagine sull'elemento soggettivo.

In secondo luogo e correlativamente, se si rapporta la valutazione di congruità obiettiva ad un fine criminoso previamente individuato in base a tutte le risultanze probatorie, si rischia di dilatare eccessivamente l'area di presunzione punitiva del tentativo. Ed invero, rispetto ad un determinato delitto, che si assume preventivamente come termine di riferimento della condotta in base al piano criminoso dell'agente, «la quasi totalità degli atti, anche quelli meramente iniziali e preparatori, [...] finiscono per apparire pressoché sempre univoci»⁴⁷.

In terzo luogo, infine, bisogna sempre tener presente che, al di là delle enunciazioni teoriche sulla priorità dell'accertamento del fine criminoso, in concreto la prova dell'intenzione viene il più delle volte dedotta dalle modalità obiettive di svolgimento del fatto, attraverso un ragionamento inferenziale che si avvale di massime di comune esperienza. Anche allargando l'orizzonte al piano processuale, infatti, in tutti i casi in cui non si disponga di mezzi di prova idonei a far risultare con immediatezza lo scopo criminoso perseguito dal reo (quali, ad esempio, la confessione dell'imputato e/o le intercettazioni telefoniche o ambientali), il dolo può essere ricavato esclusivamente in via indiretta, prendendo in considerazione «tutte le circostanze esterne che in qualche modo possono essere espressione degli atteggiamenti psichici o comunque accompagnarli od essere con essi collegate»⁴⁸. Ne discende che la tesi in esame finisce per incorrere in un macroscopico "circolo vizioso speculativo": si fa leva sull'elemento intenzionale per accertare l'univocità di un atto che, a sua volta, concorre in modo decisivo a ricostruire tale intenzione⁴⁹.

⁴⁶ G. A. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in *Studium iuris*, 1999, p. 256.

⁴⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 434.

⁴⁸ V., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 313-314.

⁴⁹ Sottolinea tale incongruenza anche G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 124.

Tanto considerato in merito alla necessità di impostare correttamente il problema, evitando fuorvianti quanto infruttuose sovrapposizioni tra i diversi piani di accertamento, va dato atto alle recenti tesi che postulano un ritorno al modello dell'esecuzione in senso formale (con il correttivo della pre-tipicità) come schema interpretativo dell'attuale norma sul delitto tentato, di aver compiuto un decisivo passo avanti nel processo di graduale "oggettivizzazione" del giudizio di univocità. Uno dei principali meriti di tali concezioni, infatti, consiste nell'aver ricostruito il requisito della "direzione non equivoca degli atti" alla stregua del parametro oggettivo della parziale conformità al tipo, assumendo come punto di riferimento esclusivo del relativo riscontro "il grado di sviluppo della condotta". Sennonché, ciò che non convince di questa impostazione, al di là dei limiti intrinseci di applicazione di cui si è già ampiamente dato conto (v. *supra*, § 3), è che si vuole interpretare l'attuale fattispecie di delitto tentato alla luce di un modello, quello incentrato sulla tradizionale distinzione tra preparazione ed esecuzione, da cui il nostro legislatore codicistico si è consapevolmente e dichiaratamente discostato. Ed invero, se si muove dalla premessa di fondo, condivisa dai più autorevoli sostenitori della teoria materiale-oggettiva, secondo cui il modello di configurazione del tentativo prescelto dal codice Rocco si caratterizza nel panorama comparatistico per la sua originalità, essendo esso incentrato sulla tipizzazione degli estremi del pericolo anziché sullo schema dell'inizio di esecuzione del reato di parte speciale (come invece avviene in altri ordinamenti), non pare poi del tutto coerente ricostruire uno dei due requisiti strutturali dell'art. 56 c.p., ossia l'univocità, alla luce di un criterio diagnostico – la parziale conformità al tipo – mutuato proprio da quel modello esecutivo-formale che si è previamente catalogato come diverso ed alternativo rispetto al paradigma italiano. In altri termini, seguendo l'indirizzo in esame si finisce per interpretare la locuzione "atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" come sinonimo di "cominciamento dell'esecuzione" o di "parziale realizzazione di fattispecie", rischiando così di tradire sia lo spirito che il tenore letterale dell'art. 56 c.p.

Il discorso cambia, come ovvio, se si ragiona esclusivamente in una prospettiva *de lege ferenda*, giacché è pienamente legittimo auspicare una riformulazione della norma sul tentativo alla luce del modello esecutivo-formale; ma, *rebus sic stantibus*, siamo tenuti ad interpretare la norma sul tentativo per quello che essa effettivamente dice, non per quello che essa dovrebbe dire. Beninteso, non si vuole qui certamente riconoscere l'intima correlazione logico-concettuale tra "univocità degli atti" e "grado di sviluppo della condotta": non pare revocabile in dubbio, infatti, che una condotta, per essere considerata oggettivamente inequivoca, deve aver raggiunto uno stadio molto avanzato di evoluzione verso il delitto preso di mira. Ciò che si vuol dire è che, nel nostro ordinamento, il *criterium individuationis* della soglia di rilevanza penale del "conato delittuoso" non è rappresentato dalla parziale conformità al tipo. Il ricorso al criterio dell'inizio di esecuzione in senso formale come parametro esclusivo di valutazione del grado di sviluppo della condotta, infatti, rischia di spostare surrettiziamente

il fulcro del giudizio di univocità al di fuori del binario tracciato dall'art. 56 c.p. Basti considerare che, ragionando in tale prospettiva, l'interprete potrebbe, per un verso, considerare penalmente irrilevante un atto che, pur non avendo formalmente dato inizio all'esecuzione della fattispecie incriminatrice di parte speciale, è diretto senza alcun dubbio ed unilateralmente verso un determinato delitto e, per altro verso, considerare rilevante a titolo di tentativo un atto che, pur risultando formalmente corrispondente ad una porzione del fatto tipico, non ha ancora sostanzialmente raggiunto la soglia di punibilità in quanto, nel momento in cui si formula il giudizio, è ancora suscettibile di "deviazione" verso un altro risultato o di "esaurimento" in una condotta penalmente neutra. Né varrebbe a superare tali obiezioni il correttivo della pre-tipicità. Ed invero, a parte le già riferite incertezze di carattere generale in merito alla definizione-delimitazione di questa controversa categoria di atti, va rilevato che le due varianti interpretative della pre-tipicità che oggi godono di più largo seguito in dottrina (cui si è già fatto cenno *supra*, § 3) non sembrano in grado di armonizzare il modello dell'inizio di esecuzione con la disciplina del tentativo contenuta nell'art. 56 c.p.

Preso atto di tutto ciò, se davvero vogliamo pervenire ad una soluzione interpretativa coerente con la *ratio* sottesa all'istituto del tentativo nel nostro ordinamento, bisogna sforzarsi di enucleare il concetto di univocità prescindendo sia dal vecchio "criterio di prova" che da quello di "parziale conformità al tipo", talché l'indagine sull'intenzione dell'agente e sul piano criminoso di quest'ultimo deve essere tenuta distinta da quella sulla obiettiva direzione degli atti. Al riguardo, appaiono quanto mai attuali le parole utilizzate, quasi un secolo fa, dal Ministro guardasigilli nella già menzionata Relazione sul libro I del *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*: la locuzione "direzione non equivoca", «nella quale sono state soppresse le parole "al fine", rende chiara la necessità della obiettiva direzione degli atti all'evento, ossia stabilisce che non sarebbe bastevole a far ricorrere il requisito dell'univocità la conoscenza *aliunde* della intenzione dell'agente, ma occorre che gli atti la rivelino per sé, per quello che sono, per il modo come sono compiuti»⁵⁰. Ed invero, solo se inteso in questa accezione restrittiva il requisito dell'univocità è in grado di svolgere un'autentica funzione tipizzante all'interno dell'art. 56 c.p., atteso che la soglia di obiettiva "non equivocità" della condotta coincide giocoforza con uno stadio molto avanzato di sviluppo dell'*iter criminis*. L'indagine sulla direzione obiettiva degli atti, com'è ovvio, non può essere però condotta in modo "atomistico", prendendo in considerazione un singolo atto, avulso dal contesto in cui è stato posto in essere, e pretendendo che esso, isolatamente considerato, sia in grado di rivelare *di per sé* lo specifico obiettivo criminoso perseguito dal soggetto agente, ma occorre prendere in esame l'intera condotta di tentativo e dunque valutare gli atti di cui tale condotta si compone, non già isolatamente, bensì nel loro rapporto di reciproca interdipendenza e di concatenazione dinamica. Come affermava

⁵⁰ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli, on. Alfredo Rocco, Roma, 1929, V, pt. I, p. 101.*

già molti decenni or sono un celebre studioso, dunque, «bisogna considerare tutta l'azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui si è svolta»⁵¹. In quest'ottica, rivestono primaria importanza le “modalità del giudizio”, soprattutto in relazione ai parametri con cui si valuta se la condotta di volta in volta presa in considerazione è diretta o meno verso un determinato risultato. Segnatamente, vengono qui in rilievo i due rispettivi profili del “metro” e della “base” del giudizio.

Con riguardo al primo profilo, è ovvio che non si può pretendere, pena l'eccessiva contrazione del raggio di prensione punitiva del tentativo, che gli atti ci rivelino oggettivamente lo specifico delitto preso di mira dall'agente con un coefficiente di implicazione corrispondente a quello espresso da una legge scientifica a carattere predittivo (per cui dato A, possiamo predire che B si verificherà invariabilmente e cioè nel 100% dei casi: rapporto c.d. di “interdipendenza necessaria” tra due fenomeni). Bisogna viceversa “accontentarsi” del grado di previsione normalmente correlato alle c.d. generalizzazioni empiriche del senso comune (o massime di comune esperienza): sussiste univocità quando ci troviamo di fronte ad una condotta che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non viene realizzata *se non* per commettere quel determinato delitto, ossia quando il compimento di uno o più atti non può essere *ragionevolmente* considerato come tendente ad un diverso risultato. Del resto, mutuando per un attimo il lessico della gnoseologia, la direzione di un atto, assunta come “dato conoscibile”, è senz'altro suscettibile di essere presa in considerazione dal “soggetto conoscente” anche in una prospettiva esclusivamente oggettiva. A conferma di ciò, basti richiamare alla memoria l'insegnamento di Francesco Carrara, che paragonava l'esecuzione di un delitto alla effettuazione di un viaggio in treno⁵². Ebbene, parafrasando (ed aggiornando) tale similitudine, poniamo che Tizio decida di intraprendere un viaggio su un treno *eurostar* che parte da Napoli ed arriva a Milano fermando nelle stazioni intermedie di Roma Termini, Firenze Santa Maria Novella e Bologna centrale. Al momento della partenza dalla stazione di Napoli l'unico dato obiettivamente certo è che il treno si dirige verso nord ma non possiamo ancora sapere se Tizio intende recarsi a Roma, a Firenze o a Bologna. Quando però, ad un certo punto del tragitto, constatiamo che Tizio non è sceso dal proprio vagone all'ultima stazione intermedia di Bologna centrale, possiamo affermare con certezza che la mèta del viaggio è la città di Milano, anche se il treno dovrà ancora percorrere molti chilometri per raggiungere tale destinazione finale. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per il giudizio sulla direzione degli atti nella sequenza dell'*iter criminis*. Ciò che rileva ai fini del giudizio di univocità,

⁵¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1955, p. 343. Questa impostazione, che si trova riproposta, senza variazioni di rilievo, anche nell'ultima edizione del manuale (2003), curata da L. Conti, è oggi sostanzialmente condivisa anche da F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 455, e da P. PIRAS, *Delitto tentato*, in *Diritto penale, serie I Dizionari sistematici*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 331 ss.

⁵² F. CARRARA, *Sunto di alcune lezioni sul grado della forza fisica nel delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1859, p. 27.

infatti, non è la contiguità spazio-temporale degli atti all'inizio di esecuzione della condotta tipica del reato perfetto (anche se essa può senz'altro rappresentare un importante sintomo di unidirezionalità), ma è la obiettiva assunzione, da parte degli atti medesimi, di una direzione logicamente incompatibile con ogni altra "destinazione".

Per quanto attiene al secondo profilo, la base del giudizio deve ricomprendere le circostanze oggettive che contrassegnano in concreto le modalità di svolgimento del fatto, con esclusione di tutte le informazioni inerenti al proposito criminoso del soggetto agente che siano state ricavate *aliunde*, attraverso mezzi di prova (o di ricerca della prova) come la confessione, le testimonianze, le intercettazioni e quant'altro. Altrimenti si rischia di far retrocedere la soglia di incriminazione del delitto tentato ad una fase molto remota (e certamente non ancora pericolosa per il bene tutelato) del procedimento criminoso. Così, ad esempio, basterebbe la confessione resa nel corso del processo dall'imputato, o un'intercettazione telefonica da cui risulta che quest'ultimo intendeva uccidere un proprio nemico, per far ritenere "univoca", rispetto al programmato omicidio, anche una condotta meramente iniziale e preparatoria come quella consistente nell'acquisto di un'arma da fuoco. Per converso, è pienamente legittimo enucleare la non equivocità della direzione degli atti dalle oggettive modalità del fatto, riguardate nel loro concreto svolgimento. E dunque, facendo nuovamente ricorso ad un esempio, può senz'altro considerarsi univoca, rispetto al delitto di rapina, la condotta di quei malviventi che vengono sorpresi nell'atto di accingersi a fare ingresso in una banca con armi in pugno, calze per mascherarsi e sacchi per la refurtiva. In quest'ultimo caso, infatti, siamo in presenza di atti che, secondo la comune esperienza, non vengono realizzati *se non* per commettere una rapina in banca.

6. Il ruolo dell'idoneità nella struttura dell'art. 56 c.p.

Nella struttura del tentativo delineata dall'art. 56 c.p. il requisito dell'idoneità degli atti svolge una duplice funzione, rispettivamente di limite garantistico alla punibilità delle condotte inoffensive e di criterio di tipizzazione del pericolo⁵³. In primo luogo, infatti, nel nostro ordinamento non è mai punibile chi compie atti diretti a commettere un delitto allorquando tali atti risultino intrinsecamente privi di idoneità rispetto al conseguimento dell'obiettivo preso di mira, a prescindere dall'intensità del proposito criminoso e dal grado di sviluppo della condotta. In secondo luogo, quale che sia il punto di vista da assumere nel formulare la c.d. "prognosi postuma", quello dell'osservatore esterno (base parziale) o quello della vittima titolare del bene protetto (base totale), la "porta principale" attraverso cui il pericolo trova ingresso nella fattispecie di tentativo è proprio il requisito dell'idoneità. Di talché questo requisito incarna, a

⁵³ La dottrina maggioritaria è concorde su questo punto. Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 591; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 431; F. RACCIA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 454.

un tempo, un presidio garantistico contro gli eccessi punitivi del diritto penale della volontà, circoscrivendo la sfera di presione dell'art. 56 c.p. alle sole manifestazioni esterne della volontà criminosa che si sostanzino in comportamenti potenzialmente lesivi sul piano oggettivo, e un criterio di tipizzazione del tentativo (e dunque di selezione delle condotte penalmente rilevanti) incentrato sull'esposizione a pericolo del bene tutelato.

Il ruolo di centrale importanza acquisito dal criterio dell'idoneità con l'art. 56 del codice Rocco ha però sensibilmente acuito le difficoltà esegetiche che, già sotto la vigenza del codice Zanardelli, avevano animato il dibattito penalistico sui requisiti strutturali del tentativo. Il tema dell'idoneità, infatti, pur formando storicamente oggetto di un costante sforzo di elaborazione da parte della dottrina penalistica, ha sempre dato adito ad incertezze ed oscillazioni interpretative, correlate sia alla natura che alle modalità del relativo giudizio. Ciò nonostante, l'impegno ermeneutico dispiegato su questo fronte negli ultimi anni ha prodotto risultati soddisfacenti, almeno in relazione ad alcune questioni di fondo (segnatamente: natura, momento e oggetto del giudizio) che risultavano "aperte" fino a pochi decenni or sono, talché possiamo oggi affermare che sussistono *in subiecta materia* alcuni "punti fermi", riassumibili nel modo seguente: l'idoneità va intesa, non già in termini strettamente causali, bensì come "capacità potenziale", ossia come attitudine degli atti al conseguimento del risultato perseguito (commissione di un determinato delitto); il giudizio di idoneità deve essere formulato *ex ante*, secondo lo schema della c.d. "prognosi postuma", nel senso che il giudice, pur trovandosi ovviamente a decidere su un fatto già accaduto, deve retrocedere mentalmente ad un preciso punto nel passato, collocandosi col pensiero nel momento in cui l'azione è stata compiuta; l'idoneità dell'atto deve essere valutata "in concreto" e non in astratto, nel senso che il giudice deve valutare la condotta di tentativo nel contesto della situazione di fatto in cui il soggetto concretamente ha operato. Per converso, permane in seno alla dottrina un contrasto di opinioni non ancora definitivamente sopito su due snodi essenziali del giudizio di idoneità, tra loro strettamente correlati: quali circostanze devono essere prese in considerazione dal giudice ai fini di tale giudizio (problema della "base" del giudizio)? Qual è la "misura" richiesta affinché possa parlarsi di condotta idonea alla commissione del delitto preso di mira (problema del "grado" del giudizio)?

7. Le questioni ancora sul tappeto: il duplice problema della "base" e della "misura" del giudizio

Cominciando col prendere in esame la controversa questione della "base" del giudizio di idoneità, va subito detto che su questo tema la dottrina appare oggi divisa su due opposte sponde interpretative. In base ad un primo orientamento, che potremmo definire tradizionale e che fino a qualche anno or sono risultava prevalente, il giudizio di idoneità deve poggiare su una base parziale di circostanze, nel senso che il giudice

deve prendere in considerazione, ai fini di tale giudizio, solo le circostanze conosciute dal soggetto agente o generalmente conoscibili da un osservatore esterno posto nel luogo e al tempo della condotta (tesi c.d. della “base parziale *ex ante*”)⁵⁴. In base ad un più recente indirizzo, viceversa, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze oggettivamente esistenti al momento dell’azione, anche se conosciute successivamente (tesi c.d. della “base totale *ex ante*”)⁵⁵. Come è stato autorevolmente osservato, le tesi appena descritte riflettono, sia pure in modo soltanto tendenziale, due contrapposte visioni del diritto penale: l’una, di stampo soggettivistico, che privilegia le istanze general-preventive e di difesa sociale correlate all’incriminazione del tentativo; l’altra, più coerente con un diritto penale di impronta oggettivistica, che accorda precedenza alle esigenze di garanzia individuale e di *extrema ratio* correlate al principio di offensività⁵⁶. La prima soluzione offre l’indubbio vantaggio di soddisfare le anzidette istanze di anticipazione della tutela penale in chiave general-preventiva, consentendo di punire anche condotte che, pur apparendo pericolose ad un osservatore imparziale, in realtà non lo sono se si considerano tutte le circostanze esistenti al momento dell’azione (es.: Tizio spara a Caio con un fucile difettoso o scaricato nottetempo da Sempronio). Ma il prezzo da pagare è davvero alto. Oltre ad implicare la possibilità di un generalizzato scavalco del principio di offensività (di cui si dirà tra breve), infatti, la tesi della base parziale suscita perplessità sotto due ulteriori profili: da un lato, essa comporta un’evidente commistione tra l’accertamento di un dato oggettivo (la sussistenza del pericolo come elemento di fattispecie) ed il ricorso ad uno schema di ascrizione della responsabilità maggiormente afferente all’alveo concettuale della colpevolezza, qual è quello della “conoscibilità” da parte di un modello di agente rappresentato dall’“osservatore esterno mediamente avveduto”; dall’altro lato, l’assunzione della “base parziale” introduce nel giudizio di idoneità «un fattore di notevole incertezza nella determinazione delle circostanze “ragionevolmente conoscibili”»⁵⁷. Basti pensa-

⁵⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 497; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 524-525; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 591; G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 123.

⁵⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 461; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 342. V. anche: F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, p. 50 ss., 299 ss., *passim* (di recente questo autore ha parzialmente mutato opinione proponendo di sanzionare penalmente, nell’ambito di una nuova fattispecie di tentativo, sia le ipotesi di idoneità a base totale che quelle di idoneità a base parziale ma con una tangibile differenziazione di pena correlata al diverso coefficiente di gravità delle due rispettive situazioni: *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1089 ss.); I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 351 ss., 213 ss., *passim*; ID., *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali*, cit., p. 3375 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 715 ss.

⁵⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 204.

⁵⁷ Così, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 481, che pure sembra preferire l’adozione di una base parziale.

re, a tale ultimo riguardo, al caso di chi spara alla vittima designata da una distanza di tiro molto elevata, magari al limite del raggio di portata dell'arma: che *standard* di conoscenze tecniche si richiede nell'osservatore esterno? Deve forse trattarsi di un esperto di balistica? E ancora: nel tradizionale esempio in cui Tizio provi a far fuoco contro Caio senza aver disinserito la sicura dell'arma, questa circostanza si può annoverare o meno tra quelle ragionevolmente conoscibili dall'osservatore imparziale? Ma l'elenco potrebbe continuare.

La seconda opzione interpretativa ha il merito di essere più rispettosa del principio di offensività, subordinando la punibilità del tentativo alla reale esposizione a pericolo dei beni tutelati dall'ordinamento. Per converso, essa rischia di comprimere eccessivamente il raggio di prescrizione punitiva del delitto tentato, escludendo dall'area di incriminazione dell'art. 56 c.p. un gran numero di condotte apparentemente pericolose ma in realtà inidonee (su base totale) nonché tutti i casi di mancanza occasionale dell'oggetto dell'azione (es.: Tizio spara a Caio che sotto il cappotto indossa un giubbotto antiproiettile; Sempronio infila la mano nella tasca vuota di Mevio al fine di sottrarre il portafoglio da quest'ultimo dimenticato a casa).

Nonostante questo innegabile profilo di "disfunzionalità repressiva", l'indirizzo che propende per l'assunzione di una base totale nel giudizio di idoneità ci pare senz'altro preferibile. Non per caso esso ha riscosso un grado di consenso sempre crescente tra gli studiosi che si sono occupati specificamente di questo tema nel corso degli ultimi anni. In seno alla dottrina penalistica contemporanea, infatti, si sta facendo strada la consapevolezza, più o meno esplicitata nelle riflessioni dedicate all'argomento dai singoli autori, che il modello della base parziale, oltre a rappresentare un "prodotto di importazione" di matrice soggettivistica che mal si concilia con la nostra tradizione giuridico-penale e con l'odierno assetto codicistico del tentativo, finisce per introdurre surrettiziamente una deroga generalizzata ed incontrollabile al principio costituzionale di offensività. Ed invero, affermare che il giudice deve prendere in considerazione, nel formulare il giudizio di idoneità degli atti nel tentativo, soltanto le circostanze ragionevolmente conoscibili o conosciute dal soggetto agente, escludendo quelle effettivamente esistenti al momento dell'azione ma conosciute in seguito, equivale in sostanza ad ammettere la generalizzata punibilità di condotte inoffensive, sostituendo alla verifica giudiziale della reale possibilità di verificazione di un evento di danno nel caso concreto una presunzione *iuris et de iure* di pericolo. Equivale cioè ad affermare che nel nostro ordinamento esiste una sorta di "clausola in bianco" che permette di derogare al principio di offensività anticipando sistematicamente (e senza alcuna possibilità di controllo) la soglia di incriminazione ad una fase prodromica a quella della messa in pericolo dei beni giuridicamente protetti. Beninteso, non si vuole qui certamente sostenere che il principio di offensività riveste carattere "assoluto" e che non esistono nell'ordinamento "reati senza offesa". Al contrario, non v'è dubbio che siamo in presenza di un principio di valore "relativo", che può subire deroghe nel caso in cui l'anticipazione della tutela penale ad uno stadio anteriore a quello minimo

dell'offesa (rappresentato dal "pericolo di lesione"), sia resa necessaria dall'esigenza di tutelare in via preventiva beni di particolare rilievo o interessi che, per tipologia o natura, possono essere efficacemente salvaguardati soltanto in un momento precedente a quello dell'effettiva insorgenza di una situazione di pericolo (basti pensare alle fattispecie criminose c.d.tte "senza offesa" ancor oggi presenti nel codice penale e nella legislazione speciale: reati "ostacolo"; reati "funzione"; reati di pericolo presunto). Ma si tratta, appunto, di casi eccezionali, in relazione ai quali la deroga al principio di offensività trae legittimazione dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente rilevante, di apprestare un'efficace tutela a beni, individuali o collettivi, di fondamentale rilievo. Ed infatti in queste ipotesi è sempre possibile una verifica di compatibilità con il dettato costituzionale condotta caso per caso, nel senso che la singola norma incriminatrice sospettata di incostituzionalità può essere sottoposta al vaglio di legittimità della Corte costituzionale. Per converso, non è ammissibile che si utilizzi la norma sul tentativo come una sorta di *passepoutout* attraverso il quale dare ingresso nell'ordinamento a nuove ipotesi di reato senza offesa, sanzionando in via anticipata – attraverso il combinato disposto dell'art. 56 c.p. con la fattispecie di reato consumato di volta in volta presa in considerazione – tipologie di condotte che in realtà non hanno attinto neanche la soglia della messa in pericolo del bene tutelato. La stessa Corte costituzionale, del resto, pur non essendosi finora esplicitamente pronunciata sul problema dell'avvenuta costituzionalizzazione o meno del principio di offensività come "canone di criminalizzazione", ha in più occasioni riconosciuto il rango costituzionale di tale principio come "canone interpretativo", affermando che esso deve presiedere all'interpretazione di tutte le norme penali⁵⁸. Ne discende che anche (ed *a fortiori*) l'art. 56 c.p., in quanto clausola generale di estensione della tipicità penale, deve essere giocoforza interpretato in chiave di offesa. Il che è possibile, per le ragioni sin qui enunciate, solo formulando il giudizio di idoneità alla stregua di una base totale di circostanze.

Anche sul tema della "misura" o "grado" del giudizio di idoneità la dottrina penalistica non è sinora pervenuta a soluzioni condivise. Ed anzi, proprio sul *quantum* di possibilità richiesto perché si possa dire superata la soglia dell'idoneità si registra tuttora un ventaglio di opinioni particolarmente ampio e variegato. In pratica sono state patrocinate tutte le opzioni astrattamente prospettabili: l'idoneità come mera possibilità di verificazione dell'evento⁵⁹; l'idoneità come ragionevole possibilità di raggiungere il risultato⁶⁰; l'idoneità come adeguatezza dell'azione rispetto all'evento

⁵⁸ C. cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Giust. pen.*, 1986, I, c. 255 ss. Conf.: C. cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2628 ss.; C. cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, p. 818 ss.

⁵⁹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 259; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 524.

⁶⁰ G. NEPPI MODONA, *Il concetto di "idoneità degli atti" e "idoneità dell'azione". Struttura e accertamento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1963, p. 260.

voluto⁶¹; l'idoneità come probabilità⁶²; l'idoneità come rilevante attitudine a conseguire l'obiettivo preso di mira, intesa in termini più vicini alla probabilità che non alla mera possibilità⁶³. Ora, è fin troppo evidente che in questo caso il tradizionale criterio dell'interpretazione letterale non è in grado di fornirci alcun valido ausilio dal momento che, sotto il profilo semantico-lessicale, il concetto di idoneità, inteso come generica "attitudine al raggiungimento di uno scopo", è suscettibile di essere interpretato sia nell'accezione di mera "possibilità" (anche nella sua variante dell'adeguatezza), sia in termini di "probabilità" (che poi altro non è se non "un rilevante grado di possibilità"). Per sciogliere questo interrogativo, dunque, è necessario avvalersi di altri criteri, primo fra tutti quello dell'interpretazione logico-sistematica, facendo leva su argomenti tratti dal diritto positivo. Ebbene, mentre il tenore letterale dell'art. 56 c.p. non può esserci d'aiuto nello stabilire la "misura" di possibilità richiesta per connotare il concetto di idoneità, il capoverso dell'art. 49 c.p., dedicato com'è noto al "reato impossibile", ci offre invece un'indicazione esplicita e decisiva in tal senso. In base a quest'ultima disposizione, infatti, la punibilità è esclusa quando, per "l'inedoneità dell'azione" (o per l'inesistenza dell'oggetto di essa), «è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». L'azione inidonea, dunque, è quella che rende impossibile l'evento perseguito. Laddove, viceversa, l'evento sia possibile, la punibilità non è esclusa e trova dunque applicazione l'art. 56 c.p. Insomma, dal combinato disposto degli artt. 56 e 49 c.p. si ricava che l'idoneità va intesa nel tentativo come "non impossibilità", ossia come "mera possibilità" del conseguimento dell'obiettivo criminoso preso di mira. Del resto, se si intendesse l'idoneità in due accezioni diverse, rispettivamente come probabilità nell'art. 56 e come possibilità nell'art. 49, si giungerebbe all'assurdo risultato di applicare una misura di sicurezza nel caso in cui il risultato lesivo sia del tutto impossibile (art. 49, comma 2, c.p.) e di non applicare alcuna sanzione nel caso in cui lo stesso risultato sia soltanto possibile ma non probabile (art. 56 c.p.)⁶⁴. È chiaro che la validità di questa conclusione discende indissolubilmente dall'esattezza delle premesse, nel senso che il ragionamento di cui sopra poggia sul tradizionale assunto per cui il concetto di "idoneità degli atti" nel delitto tentato coincide con quello di "idoneità dell'azione" nel reato impossibile. Se, al contrario, si condivide l'impostazione teorica minoritaria secondo cui il capoverso dell'art. 49 c.p. rappresenterebbe, non già un tentativo inidoneo, bensì il fondamento positivo del principio generale di necessaria lesività del reato (c.d. concezione "realistica" del reato), è giocoforza interpretare le due locuzioni normative in modo assoluta-

⁶¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 495. Recentemente, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 431.

⁶² E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Padova, 1966, p. 219; I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 203 ss.

⁶³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 463.

⁶⁴ Così, limpidamente, F. ANGIIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 259.

mente indipendente l'una dall'altra. Ma a noi pare che la prospettiva tradizionale sia in questo caso senz'altro da preferire.

La soluzione interpretativa appena descritta, inoltre, ha l'indubbio pregio di incrementare il coefficiente di determinatezza del giudizio di idoneità, controbalanciando nel contempo la forte contrazione del raggio punitivo del tentativo che conseguirebbe all'auspicata adozione della "base totale". Com'è stato acutamente osservato, infatti, la tradizionale adozione di una base parziale di circostanze nell'ambito di un giudizio formulato in termini probabilistici presenta il grave inconveniente di cumulare due "schemi di lettura" del fatto storico intrinsecamente aleatori: l'uno incentrato sulla complessa attività di selezione, tra tutte le circostanze esistenti al momento della condotta, di quelle "ragionevolmente conoscibili"; l'altro basato sulla graduazione, invero ancor più complessa, del *quantum* di possibilità di verificazione del risultato lesivo⁶⁵. Viceversa, interpretando l'idoneità come "possibilità" di conseguimento dell'obiettivo perseguito (commissione del delitto preso di mira), si addiène ad un giudizio che gli stessi fautori della tesi opposta (*id est*: idoneità come probabilità) non esitano a definire «altamente tassativo» e «poco discrezionale»⁶⁶. In definitiva, dunque, l'opzione ermeneutica più coerente con il dato positivo è anche quella che garantisce un più elevato *standard* di determinatezza nella formulazione del giudizio di idoneità.

⁶⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, cit., p. 718 ss.

⁶⁶ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 203.

prof. DARIO MICHELETTI

Università di Siena

REATO E TERRITORIO

SOMMARIO: 1. Norme e territorio: una relazione ambigua e controversa. – 2. La vana ricerca di uno slancio universalistico del diritto penale. - 2.1. Il profilo teleologico. - 2.2. Il profilo funzionalistico-preventivo. - 2.3. Il profilo normo-strutturale. - 2.4. L'ontologia linguistica del diritto quale ineluttabile causa di delimitazione spaziale. – 3. L'assolutismo retribuzionista, questo sì universale. – 4. Il primato dogmatico della territorialità nel diritto penale. – 5. Le clausole estensive di tipicità previste dal diritto penale transnazionale (artt. 7-10 c.p.). – 6. La modulazione della tipicità extraterritoriale. – 7. Le fattispecie territorialmente limitate. Una duplice matrice. - 7.1. La delimitazione territoriale *esplicita* della fattispecie. - 7.2. La delimitazione territoriale *mediata* della fattispecie. - 7.3. La delimitazione territoriale *teleologica* della fattispecie.

1. *Norme e territorio: una relazione ambigua e controversa*

La moderna e, pare, inarrestabile “ideologia” della globalizzazione¹ – intesa come interdipendenza fra diversi luoghi e società del mondo, così da assoggettarli a un comune destino – ha riproposto all’attenzione del giurista una tematica tanto risalente quanto irrisolta: la relazione tra diritto e territorio². Un rapporto ambiguo non meno che ineluttabile nella misura in cui qualunque norma, nel suo farsi e svolgersi concreto, esige un “dove” (sia esso) applicativo, trasgressivo, esecutivo. Eppure, malgrado un tale crisma geografico, tutt’ora enigmatico rimane il significato della territorialità nel diritto, intesa da taluno come metafora della dipendenza socio-culturale della regola giuridica³; da altri come artificiale e quindi neutro campo di operatività della norma, sì da potersi dispiegare in ogni dove senza che se ne alteri l’identità⁴.

Le classiche dottrine dello Stato – d’altronde – non aiutano certo a sciogliere il dilemma. Anzi, se possibile, contribuiscono a fondarlo dal momento che alimentano e

¹ Sulla globalizzazione come “ideologia” cfr. J. PETRAS, H. VELTMEYER, *La globalizzazione smascherata. L'imperialismo del XXI secolo*, Milano, 2002, 89 ss.; ma v. anche in argomento, con analogo senso critico, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma, 2002, 50 ss., *passim*; E.A. POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago, London, 2009, 80 ss., *passim*, nonché in tutt’altra prospettiva S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 18 ss.

² Cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006.

³ Per queste dottrine v., fondamentalmente, K. ENGISCH, *Der Raum im Recht*, in ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, 53 ss.

⁴ Su questa impostazione v. N. IRTI, *op. cit.*, 35 ss.

consolidano una duplicità concettuale nel modo d'intendere il rapporto tra sovranità e territorio⁵.

Considerando quest'ultimo, ora come "sede fissa dell'unità di un popolo", ora come semplice "sfera di dominazione", non si chiarisce infatti se la territorialità esprima una forza costitutiva genetica dello Stato e della sua produzione normativa oppure traduca una semplice grandezza geografica d'influenza in cui si specchia la potestà politico-istituzionale⁶. L'irrisolto dilemma tra «sovranità territoriale» o «territorialità della sovranità»⁷ si ripercuote quindi sulla lettura della meccanica giuridica sino ad offuscare il ruolo assunto dal luogo di realizzazione del fatto nell'economia della fattispecie astratta. È questo – ci si chiede – un elemento costitutivo, magari implicito, ma pur sempre essenziale della tipicità, ovvero lo spazio coinvolge solo la fatticità del diritto, degradando a puro ambito di efficacia? La giuridicità – con altre parole – risente del fattore geografico oppure quest'ultimo afferisce solo alla giurisdizione, senza che lo spirito del luogo si riverberi sulla sostanza della regola di diritto?

2. *La vana ricerca di uno slancio universalistico del diritto penale*

Il dilemma ora espresso in termini generali risulta quanto mai pregnante, ma al tempo stesso ancor più ostico da risolvere, nel diritto penale. Pregnante, perché da esso dipende quanto meno la determinazione delle funzioni e della natura (sostanziale o processuale) delle disposizioni di diritto penale transnazionale (artt. 3, 4, 6-10 c.p.), con tutto ciò che ne consegue in termini di disciplina ad esse applicabile⁸. Ostico da risolvere, perché molte delle "costanti" penalistiche sembrano riproporre quell'ancipite inclinazione territoriale che affligge lo stesso concetto di sovranità, tanto da essere invocate, con analoga ma opposta convinzione, sia dai sostenitori della concezione universalistica, sia dai fautori del principio di territorialità penale.

2.1. *Il profilo teleologico*

Emblematico al riguardo è il riferimento al bene giuridico, interpretato – da taluni – come un volano universalistico dello *ius puniendi*⁹ e – da altri – come un fattore di

⁵ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1989, 628 ss. *Amplius* sulla crisi della sovranità territoriale, v. fra i molti B. BADIE, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, 1996, 123 ss.

⁶ Ritorna ripetutamente sulle implicazioni di una tale alternativa N. IRTI, *op. cit.*, 7, 15, 35, *passim*.

⁷ Così D. DONATI, *Stato e territorio*, 1924, Roma, 89 ss., 96. In relazione al circolo vizioso che alimenta e da cui scaturisce un tale dilemma v. già T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato* (1912), in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, 101.

⁸ In argomento v. T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, 3 ss. Ripercorre da ultimo la tematica A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, 2, 240 ss., *passim*.

⁹ Per tutti H. GROZIO, *De jure belli ac pacis* (1632), lib. II, cap. XXI-4.

stretta localizzazione del diritto di punire¹⁰.

La prima angolazione è la più ovvia e risalente¹¹. Facendo coincidere la giustificazione dell'intervento punitivo con la necessità di reprimere fatti offensivi di beni e interessi *primari* per l'uomo e la società (la vita, l'incolumità fisica, la libertà, il patrimonio, ecc.), viene spontaneo dedurre che la rilevanza di tali beni giuridici non può che trascendere i confini del singolo Stato¹². Ciò varrebbe – si badi – non solo per i *crimina iuris gentium*, rispetto ai quali è persino inconciliabile l'idea stessa di territorialità, così come quella di sovranità. L'estroffessione teleologica investirebbe qualunque figura d'illecito, l'individuazione della quale, essendo il frutto di una logica di estrema *ratio*, non può che derivare da un giudizio di offensività rispetto a beni autenticamente fondamentali: donde la logica conclusione che tali beni, se fondamentali lo sono veramente, interessano qualunque compagine sociale¹³. Se ne trarrebbe conferma – seguendo questa impostazione – anche dalle moderne legislazioni penali, la cui crescente convergenza teleologica altro non rivelerebbe che l'afflato universalistico dello *ius puniendi*, testimoniando l'esistenza di un «diritto penale interculturale»¹⁴ quale specchio di una morale giuridica oramai globale¹⁵.

Una siffatta impostazione – si è però convincentemente osservato in senso opposto – è affetta da una visione a dir poco idealistica della politica criminale: quasi che essa sia la proiezione terrena di un empireo valoriale dal quale il legislatore attinge. In realtà l'individuazione degli interessi meritevoli di tutela penale – anche per chi continua a confidare nella funzione critica del bene giuridico¹⁶ – non discende da un'astratta e graduata tavola di valori universalmente valida o riconosciuta, ma riassume le esigenze e le priorità della specifica società storica a cui il legislatore si rivolge e del quale è espressione¹⁷. Ciò è vero, si badi bene, anche a prescindere dalla trasfigurazio-

¹⁰ In questo senso v. nella nostra dottrina soprattutto R. QUADRI, *La tutela penale degli interessi stranieri e internazionali* (1942), in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1988, 107 ss.

¹¹ Sulle ascendenze di questa impostazione già affioranti nel diritto romano v., diffusamente, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Paris, 1922, 41 ss.; ID., *Le principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928, 135 ss.

¹² Così fra i primi, nella letteratura moderna, H. LAMMASCH, *Über politische Verbrechen gegen fremde Staaten*, in ZStW, 1883, 383; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* (1886), rist. Bologna, 1993-2004, §§ 745 e 1060.

¹³ Sulla logica universalistica di tutela dei beni fondamentali v. da ultimo L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, 12 ss., 45 ss.

¹⁴ È questo il titolo originale dell'opera di O. HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, tr. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 4 ss., *passim*.

¹⁵ V. nuovamente O. HÖFFE, *op. cit.*, IX, 12, 35 ss., *passim*.

¹⁶ In senso contrario, così da attribuire al bene giuridico una funzione esclusivamente ermeneutica, v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 304 ss.

¹⁷ Basti pensare che persino i “diritti umani”, spesso affrettatamente additati come lo specchio di un catalogo universalmente condiviso di interessi meritevoli di tutela, non sono immuni da elementi culturali specifici: lo riprova il fatto che taluni popoli africani vi annoverano diritti (come quel-

ne del bene giuridico nel concetto di dannosità sociale¹⁸ o dall'accoglimento di quelle tesi che ne favoriscono lo sdoppiamento sino a proporre una versione prettamente ordinamentale dell'oggetto di tutela¹⁹. «Relatività» e «socialità» assurgono a tratti sostanziali e concettualmente imprescindibili del bene giuridico nello stesso momento in cui una tale figura si emancipa dall'originario riferimento ai diritti soggettivi, per trasformarsi – in un ordinamento secolarizzato, e perciò privo di un quadro assiologico ipostatizzato²⁰ – in un *valore culturale*²¹: un valore che, per l'appunto, il legislatore di uno Stato laico non può che attingere dalla propria società di riferimento²². Per questa ragione non v'è autore moderno che, sebbene riaffermi la funzione critica del bene giuridico, prescinda dalla declinazione *sociale* dello stesso²³: perché identità so-

lo di avere a disposizione terreno da coltivare) trascurati dalla cultura giuridica occidentale: così K. WIREDU, *Cultural Universals and Particulars. An African Perspective*, Indianapolis, 1996, 159, 165 ss. «L'idea filosofica dei diritti umani – scrive al riguardo O. HÖFFE, *op. cit.*, 96 – non coincide ancora con un determinato catalogo dei medesimi (...) anche nel caso dei diritti umani, sussiste l'impegno a mediare un nucleo universale con elementi della rispettiva cultura, compito nel quale le diverse tradizioni culturali possono imparare le une dalle altre». Per una critica delle concezioni universalistiche supportate e veicolate dall'enunciazione dei diritti umani, v. nella nostra letteratura P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, 42 ss.

¹⁸ In una tale prospettiva v. K. AMELUNG; *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, in H. JUNG, H. MULLER-DIETZ, U. NEUMANN (a cura di), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortsbestimmung*, Baden-Baden, 1991, 269 ss.; *amplius* ID., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, spec. 330 ss.; F. HERZOG, *Nullum crimen sine periculo sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderem Mittel*, in K. LÜDERSEN, C. NESTLER-TREMEL, E. WEIGEND (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Franckfurt a.M., 1990, 105, nonché nella nostra dottrina, per un funzionalismo sociale del bene giuridico, soprattutto G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 20 ss., 56 ss., *passim*.

¹⁹ Si pensi alla teoria istituzionale – in relazione alla quale v. per tutti F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, 65 ss. – ovvero alla distinzione prospettata da Arturo Rocco tra un oggetto giuridico statale (quello sostanziale generico) e un bene giuridico personale (quello sostanziale specifico): v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 8 s.

²⁰ Cfr. per tutti, G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 165 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle moderne democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, I, 139 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss.

²¹ Sulla metamorfosi del bene giuridico da diritto soggettivo a valore culturale v., fondamentalmente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 57 ss.; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, 1999, 129 ss.

²² Sul relativismo sociale del bene giuridico v. la dottrina già citata *supra* nt. 19, nonché nel diritto penale internazionale, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, spec. 112 s.

²³ V. significativamente G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, 127, *passim*, il quale, pur movendosi nel solco degli insegnamenti classici, definisce il bene giuridico come una «entità intrinseca di valore e percepita come tale in un determinato contesto sociale e culturale, della cui meritevolezza di tutela (...) il legislatore prende semplicemente atto» [corsivi originali].

ziale e oggetto di tutela penale – quando non li si ritenga coincidenti²⁴ – costituiscono pur sempre un'endiadi inscindibile.

Che poi le legislazioni nazionali tendano a convergere sui medesimi obiettivi di tutela, non significa granché nella spiegazione del rapporto tra spazio e diritto, avendo al più rilevanza in sede di collaborazione giurisdizionale tra gli Stati²⁵. Lungi dal tralucere assimilabilità, o tanto meno ecumenismo, questo fenomeno altro non è che una forma di parallelismo teleologico²⁶. Anzi, proprio la pluralità di legislazioni convergenti, nessuna delle quali rinuncia ad approntare la propria area di tutela, sottoponendo i medesimi beni ad autonomi bilanciamenti di interessi, sino a considerare solo certe modalità di aggressione e a tralasciarne altre – conclama l'irriducibile molteplicità dei diritti punitivi a fronte della distinzione di gruppi sociali²⁷. È quindi solo l'unione di questi ultimi, intesa come assimilazione culturale prima e politica poi, che può precludere alla condivisione dello strumento punitivo; non certo l'artificiale, ancorché nobile, avvicinamento teleologico, magari forzatamente indotto da organismi sovranazionali come quello europeo. Il diritto penale, quale prodotto antropologico, segue anziché anticipare lo sviluppo dell'organizzazione sociale: e lo smanioso desiderio di una regola comune non vale a sanare la contraddizione di chi opina l'inverso.

2.2. *Il profilo funzionalistico-preventivo*

Ancorché ricorrente, non meno ambiguo del bene giuridico è altresì il riferimento allo scopo della pena quale criterio di deduzione della sua innata vocazione spaziale.

Vero è infatti che sia la generalprevenzione sia la specialprevenzione sono state valorizzate in chiave universalistica – la prima mettendo in risalto come l'efficacia deter-

²⁴ È questa – si sa – la posizione di G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, New York, 1991, 44 ss.

²⁵ Sul fatto che la collaborazione giurisdizionale tra gli Stati sia possibile solo in un quadro di convergenza teleologica imposta dal requisito della doppia incriminazione v. per tutti G. DE FRANCESCO, *Il concetto di «fatto» nella previsione bilaterale e nel principio del «ne bis in idem» in materia di estradizione*, in *Indice pen.*, 1981, 623 ss., nonché per un esempio di come l'assenza di una tale convergenza sia preclusiva della collaborazione giurisdizionale tra gli Stati v., di recente, Cass. pen., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 36107, in *Ced* rv 244866 secondo la quale «In tema di estradizione per l'estero richiesta dalle autorità albanesi, non soddisfa il requisito della doppia incriminazione di cui all'art. 2 della Convenzione europea del 13 dicembre 1957, la domanda avente ad oggetto il delitto di omessa denuncia di reato, dal momento che nell'ordinamento italiano l'art. 364 c.p. sanziona una condotta omissiva che riguarda soltanto la specifica e limitata categoria di delitti contro la personalità dello Stato puniti con l'ergastolo. (Fattispecie relativa ad una domanda di estradizione esecutiva formulata con riferimento all'art. 300 c.p. albanese, che punisce invece la condotta di chiunque ometta di denunciare all'autorità qualunque "reato che si sta commettendo o che è stato commesso")».

²⁶ Così R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 113.

²⁷ Lo riconosce persino O. HÖFFE, *op. cit.*, 11, secondo il quale «va ammesso che proprio *il diritto penale è legato*, nelle sue finitezze, *in modo particolarmente stretto alla tradizione e ai valori vissuti consapevolmente in una determinata società*, motivo per cui recentemente si è abbandonata l'idea di un Codice Penale unitario anche solo europeo» [corsivo aggiunto].

rente risultati tanto più incisiva quanto più si riduce la speranza di «trovare un palmo di terra che perdoni ai vari delitti»²⁸; la seconda sottolineando come le esigenze di ri-socializzazione del reo prescindono dalla considerazione del luogo in cui ha commesso il reato²⁹. Non è men vero però che una siffatta extraterritorialità, lungi dal sostenere un accreditamento universalistico della legge penale, traduce istanze di carattere prettamente *endo*-ordinamentali, vuoi perché legate alla migliore tutela degli interessi espressi dallo specifico gruppo sociale, vuoi perché dettate dalla riscontrata capacità di movimento degli individui che lo compongono ed ai quali si rivolge quel singolo legislatore.

In particolare, con riferimento specifico a quest'ultimo aspetto, ben si può notare che la prevenzione generale e quella speciale sospingono la pena oltre il confine, non già perché sorrette dalla convinzione che essa sia capace di influenzare il comportamento di ogni appartenente al genere umano; bensì perché si suppone che l'extraterritorialità corrobori l'efficacia *intra moenia* del precetto sanzionatorio. Detto altrimenti, l'applicazione della legge penale all'estero non esprime l'intenzione di distogliere dal crimine e di rieducare qualunque individuo, ma solo l'obiettivo di continuare a raggiungere tali risultati allorché i componenti della *propria* comunità si trovino all'estero.

D'altra parte, a voler prendere sul serio la teoria della generalprevenzione negativa, sarebbe irrealistico pensare che la pena intimata da un qualunque legislatore nazionale possa dissuadere anche chi, per ragioni di luogo o di lingua, non è nemmeno in grado di conoscerne il contenuto. Né sarebbe credibile – seguendo altrettanto seriamente la teoria dalla specialprevenzione – che il reo si *ri*-appropri del valore offeso dal proprio comportamento quando egli non appartiene neppure al gruppo sociale che quel valore ha espresso, giacché, senza questa comunanza culturale, non già di specialprevenzione di tratterebbe, ma di imperialismo etico *tout court*³⁰. Vero ciò non sorprende che persino le teorie più visionarie e utilitaristicamente invasive – come quella avanzata dalla Scuola positiva – abbiano evitato di professare l'universalismo della legge penale, preferendo casomai affidarsi all'extraterritorialità come mezzo per «una comune difesa degli Stati civili contro i delinquenti più pericolosi»³¹.

²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1763, XXXV. Nella letteratura moderna, v. nella stessa prospettiva P.R. DAVID, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano, 2001, 16 ss., *passim*; U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZStW*, 2007, 4 ss.

²⁹ Cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, 63 s. secondo cui «un ordinamento penale, quale il nostro, interessato ad una approfondita considerazione della personalità criminosa del reo non sembra possa prescindere dall'affidare portata universale alle proprie norme e dal trarre le estreme conseguenze della propria ispirazione universalistica (...) in tutti i casi nei quali si debbano soddisfare esigenze di prevenzione speciale».

³⁰ In argomento, diffusamente, O. HÖFFE, *op. cit.*, 44 ss., 48 ss.

³¹ E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, 152 ss., spec. 166.

2.3. *Il profilo normo-strutturale*

La terza e ultima strada solitamente battuta in dottrina nel tentativo di conferire universalità al diritto penale è, forse, la meno seducente, ma non per questo più agevole da fronteggiare.

Non si fa leva infatti su una delle grandi idee penalistiche, come il bene giuridico (v. *supra* § 2.1) o le funzioni preventive della pena (v. *supra* § 2.2), ma ci si limita a desumere la sconfinatezza della norma penale dalla sua struttura: dall'essere cioè una *regola di giudizio*³²; una regola tanto più *sradicata* quanto più propensa a saldarsi con precetti etici e morali, come tali refrattari al confinamento. Esisterebbe, quindi, sotto questo profilo, un rapporto inversamente proporzionale tra normativismo e territorialità³³: di modo che, quanto più la norma viene ridotta a enunciato generale ed astratto che collega una sanzione al verificarsi di un fatto *giudicato* illecito, tanto meno la localizzazione di quest'ultimo avrebbe rilievo per la portata del parametro di giudizio, sino al punto di ridurre il profilo spaziale a un "accessorio artificiale" del dover essere giuridico³⁴. *Accessorio* perché la sfera di validità può anche non essere delimitata, conferendo così alla regola la sua intrinseca vocazione universale³⁵. *Artificiale* perché, essendo una grandezza d'ordine quantitativo, l'orizzonte applicativo risente di opzioni se non assolutamente libere, comunque indipendenti da quelle genetiche della norma³⁶. Da ambo le accentuazioni, il fattore territoriale tende a scindersi dal giudizio di valore che sorregge la qualificazione dell'illiceità, e dunque dal parametro c.d. sostanziale, per essere relegato al piano della giurisdizione sull'accadimento concreto³⁷.

Ora: contro un'interpretazione così riduttiva della territorialità, ben si potrebbero sfruttare le consuete obiezioni avanzate nei confronti dell'ortodossia normativista. Valga per tutti il rilievo che, interessandosi solo della fase patologica del diritto (quella dell'infrazione), una tale dottrina trascura sino a misconoscere lo status fisiologico della norma, ossia quello in cui viene spontaneamente rispettata³⁸: un fenomeno questo indagando il quale ben ci si avvedrebbe invece che il diritto non è per nulla insen-

³² Così nella nostra dottrina soprattutto T. TREVES, *op. cit.*, 42 ss.; ma un'analogha accentuazione normativista risuona nell'argomentare di un altro noto universalista: P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 462 ss., ove si parla di «*valutazioni della legge penale*» (ivi 463), «*le norme con le quali lo Stato valut[a] i fatti come reati*» (ivi 464), ecc. [corsivi aggiunti].

³³ Lo adombra N. IRTI, *op. cit.*, 37 ss.

³⁴ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it., Torino, 1966, 22; ID., *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tr. it., Torino, 1985, 225.

³⁵ Così H. KELSEN, *Allgemeine Theorie*, cit., 225.

³⁶ N. IRTI, *op. cit.*, 37.

³⁷ Così per l'appunto P. ZICCARDI, *op. cit.*, 470 ss., 482 ss. Per un'analogha conclusione, sia pure movendo, non già dal normativismo, bensì da «*premesse (...) di natura (...) puramente pragmatic[che]*», A. DI MARTINO, *op. cit.*, 249 ss.

³⁸ Diffusamente: S. CASTIGNONE, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981, 7 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Realismi giuridici italiani*, in *Analisi e diritto*, 1991, 159.

sibile alla dimensione territoriale, dipendendo anzi la sua spontanea applicazione da un vincolo spaziale di corrispondenza tra i valori racchiusi nelle norme e quelli praticati in un determinato contesto sociale. A ciò si potrebbe poi aggiungere che l'assioma normativista da solo non si sostiene, richiedendo un puntello esterno di effettività – cripticamente denominato *Grundnorm* dal suo ideatore – esaminando il quale tornerebbe a riaffiorare il territorio come fattore genetico-costitutivo dell'ordinamento³⁹. E ancora: nella medesima prospettiva critica, non sarebbe inutile investigare i nessi dell'approccio normativista con il concetto di validità del diritto⁴⁰ – colpevolmente lasciato in ombra dallo stesso Kelsen⁴¹ – ovvero, in chiave più propriamente penalistica, con quello di potestà normativa⁴², il tutto sempre con l'intento di fare emergere l'intrinseca finitezza territoriale della regola giuridica, pena la sua trasfigurazione in un precetto morale⁴³.

Questo genere di approfondimenti non sarebbe, invero, né superfluo né improduttivo. E tuttavia, ben può essere in questo contesto assorbito da un'unica, ulteriore argomentazione, sufficiente per rivelare quanto speciosa sia l'ipotizzata a-territorialità della norma giuridica quale conseguenza delle pur condivisibili premesse normative. Il riferimento è alla "*materia prima*" di cui sono fatte le regole della cui inclinazione spaziale si discute: le quali, al di là della loro meccanicistica traduzione nello schema «*wenn A, soll B sein*», non sono destinate a operare in un ideale spazio deontico, ma prendono la forma e hanno la sostanza del *linguaggio*⁴⁴. E non certo il linguaggio universalizzabile della morale o delle religioni: ma l'idioma specifico e concreto di una determinata comunità che se ne avvale come "strumento di comprensione del

³⁹ Sull'occupazione della terra quale atto primordiale istitutivo del diritto v., com'è noto, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, tr. it., Milano, 1991, 23, 27 s.

⁴⁰ Cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1054.

⁴¹ Sul tradizionale rilievo critico avanzato al normativismo kelseniano di avere lasciato in ombra il concetto di validità del diritto, pur avendone fatto uno dei perni concettuali della tesi, v. *ex plurimis*, B. LEONI, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in *Riv. inter. fil. dir.*, 1960, spec. 166 e 170 ss.

⁴² Cfr. soprattutto G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. giur.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, spec. 794; A. FROSALI, *Territorialità della legge penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, 188.

⁴³ «Può accadere – scrive ENRICO DICIOTTI indagando la distinzione tra regole morali e norme giuridiche – che una norma giuridica appaia universalizzabile, cioè l'obbligo che essa pone sia da ritenere estensibile a tutti (...). In tal caso, però, ad essere esteso a tutti gli individui non è l'obbligo giuridico in sé, ma un obbligo morale coincidente con l'obbligo giuridico. *Le norme giuridiche, infatti, non sono universalizzabili* per il fatto che sono prodotte da individui umani per determinate comunità umane e valgono entro i confini di queste comunità finché non siano abrogate e sostituite con altre norme giuridiche, o fino al momento in cui il sistema giuridico cui appartengono perda la sua effettività»: *Il concetto e i criteri di validità normativa*, in AA.VV., *Scritti per Umberto ScarPELLI*, Milano, 1997, 311.

⁴⁴ In argomento, per tutti, G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 140 ss.; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1985, 7 ss., *passim*.

mondo”⁴⁵. Donde l’esistenza di un duplice e profondissimo legame tra la norma giuridica e la collettività il cui linguaggio è utilizzato dal legislatore, che finisce fatalmente per circoscrivere la portata spaziale del paradigma giuridico al territorio vissuto dai soggetti che si avvalgono di quello specifico linguaggio-normativo.

2.4. *L’ontologia linguistica del diritto quale ineluttabile causa di delimitazione spaziale*

Il primo legame tra il diritto e il linguaggio è ovviamente *di senso* dato che, all’evidenza, il significato della regola di giudizio dipende dal materiale idiomatologico che si è trasfuso nell’enunciato precettivo. Un condizionamento questo che oltrepassa – beninteso – il profilo strettamente semantico, per condizionare la natura e la portata stessa del giudizio di valore che la norma esprime: il quale non è afferrabile se non in termini psicologico-sociali, ossia con riferimento al modo di pensare e di vivere del gruppo che si avvale di quello strumento di comunicazione linguistica⁴⁶. A riprova, è sufficiente considerare le più comuni tecniche interpretative, si predilige tra esse quelle di stampo esegetico o ermeneutico⁴⁷.

Dalla prima angolazione, il punto di partenza dell’interpretazione non potrà che essere – anche perché lo impone l’art. 12 disp. prel. – il significato comune attribuito dai parlanti ai frammenti linguistici che compongono l’enunciato precettivo⁴⁸. Quanto al versante ermeneutico, la premessa di tutto il procedimento è la ricostruzione del retroterra ambientale e del contesto socio-culturale della norma giuridica⁴⁹. Quel che certo – da ambo le prospettive – è che l’identificazione del “criterio di diritto” racchiuso nella norma scaturisce da un esame, linguistico e culturale, della sua matrice sociale, così da riproporre, a livello normoteorico, quel relativismo territoriale che già il diritto penale assume per indole teleologica e funzionalistica (v. *supra* § 2.1 e s.).

Il secondo legame instaurato dal linguaggio tra la norma e il gruppo sociale è invece di carattere *temporale*. S’intende dire che il giudizio di valore trasfuso nella norma penale non rimane immobile, ma subisce una continua *rigenerazione*, sia di carattere

⁴⁵ Non sono pochi, infatti, i linguisti che mettono in discussione la stessa esistenza di una universale comprensione strutturale del mondo – includendo in un tale concetto l’uomo stesso – in quanto tale indipendente dai linguaggi concreti: in tal senso v. già W. VON HUMBOLDT, *La diversità delle lingue* (1830-1835), Roma-Bari, 2004, spec. 138-171; nonché nella letteratura contemporanea W.V.O. QUINE, *La relatività ontologica e altri saggi*, Roma, 1986, 59 ss.

⁴⁶ Così, con riferimento alle analisi della comportamentistica sociale, F. RAMACCI, *Introduzione all’analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970, 9 ss., 81 ss., spec. 85.

⁴⁷ In argomento per tutti F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, I, 515 ss.

⁴⁸ *Ex plurimis* G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 287 ss.

⁴⁹ Così, quasi letteralmente, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.

semantico sia di natura assiologica⁵⁰, in forza della corrispondente trasformazione sociale che il linguaggio utilizzato dal legislatore subisce nel contesto dei parlanti. Basti considerare, quali esempi emblematici di un tale incessante fenomeno, alla c.d. proiezione⁵¹ o all'interpretazione evolutiva, inspiegabili ove si prescindesse dal legame che la norma mantiene, per mezzo della sua natura linguistica, con il gruppo sociale che alimenta queste "carsiche" trasformazioni del diritto. Per non parlare poi della continua applicazione giurisprudenziale del diritto, la cui indiscussa valenza ri-normativa meglio non potrebbe dimostrare che la relazione tra il prodotto giuridico (la sentenza che applica la norma) e il produttore sociale (in nome del quale la sentenza è pronunciata) non è solo genetica ma ininterrottamente rigenerativa⁵².

Essendo queste le reali dinamiche del diritto, appare allora illusorio ritenere che una legge penale, ancorché correttamente intesa come parametro di giudizio, sia in grado di operare ovunque, indipendentemente dalla sua contestualizzazione sociale, nello stesso identico modo. Il vero è, all'opposto, che il diritto – specie se penale – non può prescindere dal proprio radicamento sociale onde continuare ad attingere senso e valore dal gruppo che, per mezzo di quello specifico linguaggio normativo, ha plasmato la visione del mondo "accolta" dal parametro giuridico.

3. *L'assolutismo retribuzionista, questo sì universale*

Il ragionamento sinora proposto è però viziato da (almeno) un'inesattezza. Una deliberata inesattezza che è necessario ora correggere.

Non è infatti vero – come in precedenza si è asserito – che tutte le dottrine penali presentino un'ancipite e contrastante inclinazione spaziale (v. *supra* § 2). In particolare non è esatto che tutte le concezioni; funzionalistiche della pena si possano interpretare in chiave territoriale (v. *supra* § 2.2). Ciò è ad appannaggio solo delle teorie che s'ispirano alla logica preventiva (sia essa declinata in termini generali, speciali o *a fortiori* positivi), la cui indole utilitaristica sollecita, non solo per ragioni pratiche, a

⁵⁰ In relazione alla dinamica dei valori, denominata come "axiotica" dall'autore, v. G. CAPOZZI *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*, Napoli, 2000, 56 ss.

⁵¹ Con questo termine viene solitamente indicata la capacità della disposizione di adeguarsi alle evoluzioni empirico-sociali che si specchiano nel mutamento d'uso del linguaggio utilizzato dal legislatore: v. per tutti G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 145 ss.; F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life* (1991), tr. it., Bologna, 2000, 329, 334, nt. 20; G. LAZZARO, *op. cit.*, 146, il quale ricorda il risalente caso della norma sul falso nummario allorché furono introdotte le banconote accanto alle monete: un'evoluzione, questa, consentita proprio dal fatto che, a quell'epoca, il concetto comune «denaro» (utilizzato dalla disposizione incriminatrice) fu in grado di "proiettarsi" sui nuovi mezzi di pagamento, attraendo quindi anche la loro falsificazione nel raggio di applicazione della preesistente disposizione incriminatrice.

⁵² In argomento D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 322 ss.

circoscriverne la portata entro un preciso ambito sociale, magari mobile, ma pur sempre radicato. Allontanandosi invece dall'utilitarismo penale in favore delle concezioni assolute di stampo retributivo, la soluzione s'inverte radicalmente, e irriducibilmente.

Da questa angolazione, infatti, è l'universalità e giammai la territorialità a farsi epilogo obbligato: perché, se la sanzione si prefigge di compensare il male (commesso) con la sofferenza (della pena), non vi può essere confine di sorta capace di contenere l'imperante necessità di una siffatta meccanica retributiva⁵³. Il che non significa misconoscere la differenza tra un "dentro" e un "fuori" ordinamentale, ossia – rispettivamente – uno spazio ove la legge impera e un altro ove non è in grado di imporsi⁵⁴. Significa però intendere anche lo spazio (per il momento) esterno come un'endo-territorialità in potenza: un luogo verso il quale esprimere quello sforzo di attrazione, persuasione e assimilazione culturale⁵⁵, che consentirà di diffondere ovunque il principio etico-retributivo che ispira e trascina il diritto punitivo⁵⁶.

Una tale impostazione funzionalistica, con le sue nette ripercussioni territoriali, non presta il fianco ad alcuna obiezione intrasistemica. Qui sì che l'universalismo della legge penale è veramente coerente e doveroso, legato com'è in modo sillogistico al presupposto dell'assolutezza retributiva. Al punto che si potrebbe persino invertire il ragionamento, e sostenere che non vi può essere universalismo della legge penale senza l'implicita professione di un valore assoluto da affermare per il tramite della sanzione. Ma se così è, ben si apprezza il limite di questa interpretazione: che non sta nella incoerenza della deduzione spaziale bensì nella impossibilità di dividerne la premessa. Ciò che è inaccettabile, per lo meno nella moderna cultura occidentale, è l'idea che la sanzione penale risponda a un'ideologia totalizzante; che si pieghi e si conformi al perseguimento di un modello immanente di giustizia, qualunque sia la connotazio-

⁵³ V. nuovamente U. GROZIO, *op. cit.*, lib. II, cap. XX-I e XX-II-3.

⁵⁴ Si veda nella cultura giuridica islamica, la separazione spaziale, prena di ricadute applicative, tra il «territorio dell'islam» (*dâr al-Islâm*) e il «territorio ostile» (*dâr al-harb*) – come lo definiscono i giuristi arabi: M.M. MOUSTAFA, *Quelques aspects de l'application des lois pénales dans la doctrine islamique comparée*, in *Rev. sc. crim.*, 1969, 317 – più frequentemente interpretato, ma in modo improprio, nella cultura occidentale e da talune frange fondamentaliste, come «territorio della guerra»: G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, 2002, 22.

⁵⁵ È questo in realtà il significato autentico del termine *jihâd*: cfr. al riguardo M. BONNER, *La Jihad. Teoria e pratica*, Cosenza, 2008, *passim*; D. COOK, *Storia del jihad: da Maometto ai nostri giorni*, Torino, 2007, *passim*.

⁵⁶ Va comunque precisato che nel diritto penale islamico, forse una delle ultime espressioni storico-antropologiche di una concezione assoluta della pena, l'universalità è riconosciuta solo alle fattispecie di reato espressamente previste dal Corano: v. al riguardo, anche per la loro elencazione, M.M. MOUSTAFA, *op. cit.*, 318 s. Quanto invece agli illeciti penali (c.d. del *taazir*) autonomamente individuati dai singoli ordinamenti musulmani – alla condizione che non entrino in conflitto con i precetti coranici – vigono per essi regole di diritto penale transnazionale ispirate dal principio di territorialità e personalità, assai simili a quelle dei moderni stati occidentali: cfr. M.M. MOUSTAFA, *op. cit.*, 319 ss.

ne etica, politica o religiosa che le si voglia riconoscere⁵⁷.

È proprio questo, invece, l'epilogo cui fatalmente conduce l'universalismo quando è desunto da premesse funzionalistiche. Mettendo a repentaglio il lungo cammino di secolarizzazione del diritto penale, esso finisce per privare il reato del suo "temperamento relativo" – il che significa apprezzabile solo alla luce e in considerazione dei valori espressi da un determinato corpo sociale⁵⁸ – riducendolo, nella migliore delle ipotesi, agli atti *proba natura turpia*, o, nella peggiore, al peccato. Non è quindi solo di carattere territoriale la spinta impressa dall'assolutismo retribuzionista alla legge penale. Un impulso di ancor maggior vigore viene trasmesso sul piano temporale, così da rispedire indietro il diritto penale ben oltre le conquiste del giuspositivismo, nei secoli in cui faticava a distinguersi dalla morale.

4. *Il primato dogmatico della territorialità nel diritto penale*

Condividendo quanto precede, non rimane per coerenza che concludere per il primato del principio di territorialità nel diritto penale transnazionale⁵⁹. Primato che non va tuttavia riduttivamente desunto dalla sola enunciazione degli artt. 3 e 6 c.p.⁶⁰; anzi. In una prospettiva meramente giuspositivista, sarebbe agevole osservare – in senso diametralmente opposto – che talmente tante e rilevanti sono le proiezioni all'estero della legge italiana (v. artt. 7-10 c.p.) da accreditare l'universalità quale principio guida del nostro diritto penale⁶¹. Il primato della territorialità nondimeno esiste, anche se si colloca a un livello superiore, che è quello autenticamente "dogmatico", così

⁵⁷ Cfr., fra i moltissimi, G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 309. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 134 ss.; P. STELLA, *Recenti dispute dottrinali e riflessi pratici sulle funzioni della pena*, in *Ind. pen.*, 2000, 1128.

⁵⁸ Per questa trasformazione ideologico-culturale dell'illecito penale v., per tutti, M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; FIANDACA, *Laicità del diritto penale*, cit., 167 ss. «Il concetto assoluto di delitto – ammoniva già J.J. ANOSSOV, *Il «tempo» nel diritto penale. Contributo alla posizione del problema*, in *Giust. pen.*, 1935, 74 – dovrebbe scomparire dal diritto penale».

⁵⁹ Critico, invece, circa la possibilità di individuare una gerarchia tra i vari principi di diritto transnazionale (territorialità, personalità, universalità) e soprattutto sulla possibilità di individuare un rapporto di regola eccezione tra territorialità e universalità della legge penale, diffusamente A. DI MARTINO, *op. cit.*, 42 ss., 79 ss. Analogamente G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 127; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1999, 388.

⁶⁰ Cfr. per tutti C. MASSA, *Diritto penale internazionale*, in *Nss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 978; A. PAGLIARO, *op. cit.*, 1055 ss.; R.A. FROSALI, *Territorialità della legge penale*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 187 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 81 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, 875 s.

⁶¹ In tal senso F. DEAN, *op. cit.*, 39 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 162; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 179; M. TRAPANI, *Legge penale. II) Limiti spaziali*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 2.

da intenderlo come *ineluttabile precipitato applicativo di talune premesse teoriche* sulle quali ci si è in parte già soffermati.

Il riferimento è – per riassumere – al processo di secolarizzazione e democratizzazione del sistema penale, che lo ha reso immune da un’ideologia massimalista da diffondere in ogni dove (v. *supra* § 3); al fondamento del diritto punitivo quale strumento di tutela delle condizioni essenziali del vivere civile corrispondenti alle esigenze e alle priorità di una specifica società storica (v. *supra* § 2.1); al carattere intrinsecamente linguistico del diritto penale e in quanto tale vocato al luogo di appartenenza del gruppo che si avvale del corrispondente strumento comunicativo come mezzo di comprensione del mondo (v. *supra* § 2.3 s.). Per non parlare poi dello scopo della pena – linfa vitale di ogni deduzione dogmatica – la cui indole utilitaristica, comunque la s’intenda, stride irrimediabilmente, a meno di non scadere in velleitarismo, con qualunque afflato universalistico (v. *supra* § 2.2).

Una deduzione, quest’ultima, che risulta peraltro tanto più necessitata quanto più si valorizzano le indubbie componenti integratrici della prevenzione generale⁶². È evidente infatti che se la sanzione serve a ristabilire la fiducia della collettività nella validità della norma penale infranta, fungendo così da strumento con il quale assicurare e mantenere la collaborazione sociale in favore della norma, il meccanismo confermativo *pretende* una coincidenza sociale e quindi tendenzialmente spaziale tra il luogo di commissione della trasgressione e il luogo di appartenenza della società turbata dalla violazione. Solo un sofisma, del resto, o una marcata inclinazione retribuzionista, può indurre a ritenere che l’uccisione nella foresta di un aborigeno da parte del suo conterraneo alteri la stabilità della norma prevista dal *nostro* art. 575 c.p. Il vero è che, se rimane del tutto avulso da uno specifico contesto sociale, il “fatto esogeno”, ancorché corrispondente alla fattispecie astratta descritta dalla disposizione incriminatrice, non può che risultare *normativamente anodino*, nella misura in cui non scalfisce la percezione di effettività della regola penalmente presidiata da parte dei membri della collettività che l’ha prodotta⁶³.

Da ultimo – ma sarebbe l’argomento principe – non vanno trascurate le intime pulsioni localizzatrici del principio cardine del diritto penale moderno, che è il princi-

⁶² D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 287 ss.

⁶³ Da una tale angolazione funzionalistica, occorrerebbe poi simmetricamente concludere che la norma penale non avrebbe nemmeno ragione di applicarsi – se non in forza di un imput di parte, che è la *querela* – nel caso in cui il fatto di reato, sebbene commesso nel territorio dello Stato, rimanga circoscritto a un’enclave sociale totalmente scollegata dal gruppo che ha prodotto la regola di diritto trasgredita: si pensi, per esempio, al caso, verificatosi in Italia, dell’esercizio abusivo della professione sanitaria da parte di cittadini cinesi che, pur senza essere in possesso di alcun titolo abilitativo, somministrano esclusivamente a loro connazionali terapie usualmente e liberamente praticate nel paese d’origine. Per quest’ultima soluzione *de iure condendo*, v. D. MICHELETTI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 374 ss.

pio di legalità⁶⁴: sia che lo si intenda in senso formale, sia che lo si colga in un'accezione sostanziale; sia che se ne valorizzi l'aspetto garantista, sia che se ne apprezzi il fondamento democratico⁶⁵. Se infatti la legalità penale – ancorché se ne continui a predicare la demitizzazione, quando non l'abbandono, in favore, pare, del ripristino di un'*auctoritas doctorum*⁶⁶ – esprime lo strumento a tutt'oggi indispensabile per «tenere in equilibrio la “contrapposizione” tra persona del reo e potere punitivo»⁶⁷, lo specchio e il portato della necessaria politicità del diritto⁶⁸, il mezzo che assicura la possibilità generale della valutazione anticipata delle conseguenze comportamentali⁶⁹, non si vede come si possa contestare che il fisiologico ambito di efficacia della legge penale deve coincidere, in via di principio, con il territorio in cui è in grado di esprimersi quella determinata opzione formale. “Validità normativa e reato”⁷⁰, “potestà punitiva e reato”⁷¹, non possono che essere endiadi inscindibili, tali per cui non è nemmeno pensabile il secondo termine della relazione senza la presenza del primo.

Il reato, doverosamente inteso dall'angolazione legalista come «ente giuridico»⁷², non può infatti “esistere” là dove l'ordinamento non è in grado di spingersi, vale a dire dove non vige la norma penale la cui trasgressione ne determina l'esistenza. Il che non significa riesumare l'antistorico concetto di *jus imperii, territorium a terrere*, il luogo ove il potere atterrisce e spaventa⁷³. Bensì concepire il territorio come proiezione geografica di un gruppo sociale organizzatosi in ordinamento, spazio di coesione e adesione ai valori cui si ispira un determinato sistema penale socialmente coerente; il deposito di quegli usi, costumi e tradizioni che rendono fiduciario il rapporto fra gli individui. Il riferimento è – *absit iniuria verbis* – alla sede dello Stato⁷⁴: che non è un casuale “trovarsi”, un luogo fungibile con altri, ma è un vincolo tra associazione di uomini e dimora sulla terra, lo spazio fisico in cui si esprime la sintesi costruttiva tra politica e diritto.

⁶⁴ Sulle implicazioni “spaziali della legalità” v. già I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 973 ss., 990 ss.

⁶⁵ Su quest'ultima spesso trascurata matrice della legalità penale è ritornato, di recente, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1247 ss.

⁶⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 85, 97, *passim*; nonché con specifico riferimento al diritto penale ID., *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quad. fiorentini*, 2006, II, p. 1043 ss., spec. 1049, 1053.

⁶⁷ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. fiorentini*, 2007, 1284.

⁶⁸ Cfr. G. FIANDACA, *op. loc. cit.*

⁶⁹ F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1309.

⁷⁰ A. PAGLIARO, *op. cit.*, 1054.

⁷¹ G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Enc. giur.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 794.

⁷² Così F. CARRARA, *op. cit.*, § 35.

⁷³ *Amplius* N. IRTI, *op. cit.*, 131 ss.

⁷⁴ Sul persistente, imprensindibile significato del territorio nel pensiero costituzionale moderno v. fondamentalmente P. HÄBERLE, *Lo Stato Costituzionale*, Roma, 2005, 26s.

5. Le clausole estensive di tipicità previste dal diritto penale transnazionale (artt. 7-10 c.p.)

Come ben s'intuisce da quanto si è appena chiarito, il primato della territorialità non è circoscritto al piano della validità della legge e tanto meno all'empireo dei principi. La territorialità entra nella materialità dell'illecito penale – se adeguatamente inteso come “ente giuridico” (v. *supra* § 4) – sino ad assurgere a suo tratto consustanziale.

Vero è infatti che la generalità e l'astrattezza del diritto finiscono quasi sempre per trascurare il luogo di commissione del fatto nella descrizione della fattispecie astratta. È altrettanto vero però che ciò accade, non già perché l'elemento spaziale sia “trascurabile”, essendo anzi una necessità logica della giuridicità formale (v. *supra* § 4). Il fatto è che il requisito della territorialità tende a essere definito una volta per tutte dal legislatore quale *proprietà* del parametro comportamentale trasgredendo il quale origina l'illecito. È del resto un'assodata acquisizione nomoteorica quella secondo cui i limiti di validità della norma-parametro fungono da *impliciti requisiti costitutivi della fattispecie disciplinata*⁷⁵. Donde la conseguenza che, anche quando non costituisce un'espressa modalità topografica della condotta o dell'evento, il territorio rappresenta pur sempre un imprescindibile, ancorché tacito, elemento costitutivo del fatto (in quanto trasgressivo) di reato⁷⁶.

Se così è, per conseguenza logica, diviene agevole stabilire quali siano la natura e le funzioni delle c.d. norme di diritto penale transnazionale (da noi gli artt. 3, 4 e 6-10 c.p.).

Nella misura in cui esse circoscrivono il raggio di efficacia della legge penale, il che significa – per le ragioni appena esposte – il perimetro spaziale della tipicità, altro non possono essere che norme di diritto penale sostanziale, con tutto ciò che ne deriva in merito al loro assoggettamento al fascio di principi che promana dall'art. 25, comma 2, Cost.⁷⁷. Né, in senso inverso, varrebbe evocare supposte simmetrie con le disposizioni di diritto privato internazionale (v. da noi la legge 31 maggio 1995, n. 218)⁷⁸. Come correttamente osserva la dottrina tedesca, a differenza di queste ultime, gli artt. 3, 4, 6-10 c.p. non risolvono un conflitto di norme con il fine di stabilire quale disci-

⁷⁵ Cfr. per tutti H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Torino, 1966, 22, secondo il quale: «*l'ambito di validità di una norma è un elemento del suo contenuto*» [corsivo aggiunto] che «può (...) essere in una certa misura predeterminato da una norma diversa e superiore». Riprende un tale argomento di teoria generale del diritto per supportare la natura sostanziale delle norme di diritto penale transnazionale e il carattere costitutivo della territorialità nel quadro della fattispecie G. JAKOBS, *op. cit.*, 111 s.

⁷⁶ In tal senso D. MICHELETTI, *Territorialità della legge penale*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale – Dizionari sistematici*, Milano, 2008, 68.

⁷⁷ Diversamente A. DI MARTINO, *op. cit.*, 240 ss. Nel senso del testo v. invece di recente Cass. pen., sez. III, 27 maggio 2009, n. 24653, in *Dejure*, che propende per l'applicazione dell'art. 2 c.p., nel caso di successione di norme di diritto penale transnazionale.

⁷⁸ In argomento, nella nostra letteratura, per tutti T. TREVES, *op. cit.*, 82 ss.

plina applicare, ma fissano in modo autarchico l'orizzonte della tipicità penale (*rectius*: della legge penale trasgredendo la quale origina il reato): e lo fanno indipendentemente dalle opzioni degli altri ordinamenti eventualmente concorrenti. Non sono dunque norme ausiliarie, o tanto meno giurisdizionali: bensì regole che, unendosi al precetto sanzionatorio, determinano, a prescindere da qualunque altra valutazione giuridica, la dimensione spaziale della fattispecie astratta⁷⁹.

Da questa angolazione, altrettanto inequivocabile appare anche la funzione assolta dalle particolari regole di diritto transnazionale che, sanzionando i reati commessi all'estero, *ampliano* la dimensione spaziale della fattispecie incriminatrice (artt. 7-10 c.p.). Si tratta infatti di autentiche *clausole estensive della tipicità*, in tutto e per tutto identiche, per caratteri e finalità, a quelle usualmente definite come tali (il riferimento è ovviamente agli artt. 40, comma 2, 56, e 110 c.p.).

E invero, non diversamente da queste ultime, anche le norme di cui agli artt. 7-10 c.p. sono sussidiarie, complementari, suppletive e integratrici⁸⁰. *Sussidiarie* perché non entrano in funzione qualora il fatto sia esaustivamente qualificato dalla norma incriminatrice primaria. *Complementari* perché sviluppano un tipo d'illecito già definito da una norma incriminatrice primaria (v. *melius* § 7). *Suppletive* perché considerano e valorizzano aspetti trascurati dalla norma incriminatrice primaria (*in subiecta materia* l'extraterritorialità; nel tentativo l'imperfezione dell'illecito; nel concorso di persone la pluralità di agenti; nell'omissione l'inerzia). *Integratrici* perché innescano un processo di criminalizzazione "di secondo grado" ampliando il paradigma comportamentale trasgredendo il quale si configura l'illecito.

6. La modulazione della tipicità extraterritoriale

Una volta acquisito che le norme incriminanti il fatto extraterritoriale costituiscono delle autentiche clausole estensive della tipicità, ci si pone nella condizione ottimale per cogliere, negli artt. 7 e 10 c.p., talune peculiarità che discendono dal differente meccanismo operativo sotteso a tali clausole.

In particolare, si può notare come tutte queste norme non operano un identico processo di criminalizzazione secondaria. Negli artt. 7 e 8 c.p., infatti, l'incriminazione suppletiva avviene *eliminando* il territorio dal novero degli elementi rilevanti per la definizione della fattispecie incriminatrice. Dal canto loro, invece, gli artt. 9 e 10 c.p. operano una criminalizzazione di secondo grado *equiparando* il fatto interno a quello

⁷⁹ Su questi ed altri argomenti utilizzati nel dibattito teorico d'oltralpe al fine di avvalorare la natura sostanziale delle norme di diritto penale transazionale v. nuovamente A. DI MARTINO, *op. cit.*, 240 ss.

⁸⁰ In argomento, fondamentalmente, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 7 ss. 34 ss., *passim*.

extraterritoriale, replicando così quel meccanismo di equivalenza normativa che è caratteristico dell'art. 40 c.p.⁸¹. La differenza non è rilevante solo sul piano teorico, ma è piena di riflessi pratici, sottintendendo essa una diversa prospettiva funzionalistica e un diverso regime operativo.

Invero: solo le norme di cui agli artt. 7-8 c.p. conferiscono alle fattispecie di reato una reale dimensione universale – sotto questo profilo la disposizione più dirompente del sistema è l'art. 7, n. 5, c.p. che agganciandosi alle singole norme incriminatrici richiamate finisce per designare il novero dei *crimini iuris gentium* secondo il nostro ordinamento – con la conseguenza che rispetto a queste fattispecie non avrà ragione di operare il principio di doppia incriminazione: vale a dire il meccanismo secondo cui il fatto di reato commesso all'estero è punibile solo se qualificato come illecito penale anche dalla *lex loci*⁸². La pulsione universalistica che promana da queste norme risulta, infatti, logicamente incompatibile con la subordinazione della tipicità extraterritoriale al giudizio di valore espresso da qualunque legislazione straniera⁸³. Donde la legittima convinzione che gli artt. 7 e 8 c.p. operano anche sul piano delle scriminanti, così da imporre che le posizioni giuridiche legittimanti ai sensi dall'art. 51 c.p. siano sempre desunte, anche per la tipicità extraterritoriale, dal nostro ordinamento anziché dalla *lex loci*⁸⁴.

Quanto invece alle clausole estensive di cui agli artt. 9 e 10 c.p., equiparando il fatto di reato interno a quello esterno, esse non danno origine a universalità, bensì a una semplice extraterritorialità *condizionata*. Ciò non dipende soltanto dal fatto che un reato è annoverabile tra i delitti comuni commissibili all'estero solo in presenza delle molteplici condizioni sostanziali e processuali previste dagli artt. 9 e 10 c.p.⁸⁵. La tipi-

⁸¹ Cfr. per quest'ultimo specifico profilo della clausola estensiva di cui all'art. 40, comma 2, c.p. L. RISICATO, *op. cit.*, spec. 36 s.

⁸² In argomento v., anche per gli ulteriori riferimenti normativi, B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, 136 ss.

⁸³ Similmente F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 369, il quale ritiene che il «requisito della doppia incriminazione (...) è logicamente del tutto estraneo alla *ratio* di tutela del criterio di difesa».

⁸⁴ Sul meccanismo di doppia incriminazione veicolato nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 51 c.p. v. fondamentalmente F. MANTOVANI, *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 660 ss.; ID., *Diritto penale*, cit., p. 236 e 241, 890 s.; nello stesso senso, *amplius*, D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur.*, 1999, 148 ss. In senso critico invece A. DI MARTINO, *op. cit.*, 130 ss.

⁸⁵ Quanto alle condizioni sostanziali, è noto che i delitti comuni commissibili all'estero sono individuati nel nostro ordinamento in via residuale, escludendo cioè da tale categoria i reati per i quali gli artt. 7 e 8 c.p. già dispongono un'applicazione extraterritoriale [S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 388], tutte le contravvenzioni [gli artt. 9 e 10 si riferiscono infatti solo ai delitti], tutti i delitti per cui è prevista soltanto la pena della multa [in argomento cfr. T. TREVES, *op. cit.*, 116 anche per quanto riguarda il problema dell'ambito di applicazione territoriale dei delitti per cui è prevista *alternativamente* la pena della reclusione o quella della multa], nonché, nel caso di reati commessi all'estero da uno stra-

cià extraterritoriale è da considerarsi in questo caso condizionata anche – e ancor più – perché filtrata dal principio di doppia incriminazione: il quale, veicolato dall'art. 51 c.p., impone di subordinare il giudizio di illiceità del fatto commesso all'estero alla mancanza nella *lex loci* di una norma che lo autorizzi o lo legittimi⁸⁶.

Non è tutto. La rilevanza extraterritoriale del fatto di reato è da ritenersi altresì condizionata sotto un ulteriore profilo – sicuramente il meno rischiarato dalla dottrina italiana⁸⁷ – che ben si può apprezzare riflettendo sul meccanismo *equiparativo* degli artt. 9 e 10 c.p. correttamente intesi come clausole estensive. Intrinseca a un tale meccanismo è infatti l'esistenza di limiti operativi di carattere logico-strutturale, che si spiegano, da un lato, con la *complementarietà* del processo di criminalizzazione secondaria, e dall'altro lato, con la *refrattarietà di determinati modelli o strutture d'illecito all'ampliamento spaziale*. È lo stesso fenomeno che si registra nell'art. 40, comma 2, c.p. incapace, a rigore, di convertire in omissivi i reati privi di evento o quelli a condotta vincolata⁸⁸. Ecco, *mutatis mutandis*, anche nel diritto penale transnazionale, il meccanismo equiparativo non è in grado di operare in presenza di una resistenza strutturale o teleologica di determinati tipi d'illecito, ditalché sarebbe disfunzionale – sotto molteplici profili ma soprattutto per il rispetto dei principi di legalità e offensività – la loro dilatazione operativa di carattere spaziale.

Un'esemplificazione delle tre possibili forme di tipicità territorialmente limitata aiuterà a illustrare meglio il concetto.

7. *Le fattispecie territorialmente limitate. Una duplice matrice*

Prima di passare in rassegna le fattispecie territorialmente limitate – il che significa inestensibili in forza degli artt. 9 e 10 c.p. – conviene mettere in luce il fondamento di una tale figura teorica, che si coglie nella interazione dei due fattori appena segnalati: vale a dire la complementarietà del processo di criminalizzazione suppletiva operato dagli artt. 9 e 10 c.p., da un lato, e la refrattarietà strutturale di determinati modelli d'illecito all'ampliamento spaziale, dall'altro.

Quanto al primo aspetto, il miglior modo per comprendere in cosa consiste il carattere complementare della clausole estensive di tipicità (come gli artt. 7-10 c.p.) rimane quello offerto dalla dottrina degli *Strafausdebnungsgründe* (lett.: motivi di estensione della pena) messa a punto da Max Ernst Mayer⁸⁹. Prefiggendosi di cogliere la

niero, i delitti puniti con la reclusione inferiore nel minimo a un anno o a tre anni, secondoché il soggetto leso sia, rispettivamente, lo Stato e il cittadino italiano, oppure uno Stato estero e uno straniero (v. art. 10 c.p.).

⁸⁶ *Amplius* D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero*, cit., 148 ss.

⁸⁷ Per una recente, felice eccezione A. DI MARTINO, *op. cit.*, 118 ss., 255 ss.

⁸⁸ V. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 584 ss.

⁸⁹ In argomento, per tutti, L. RISICATO, *op. cit.*, 18 ss. con ampie indicazioni bibliografiche.

matrice funzionalistica comune di queste clausole, una tale teoria ha ben chiarito infatti che le clausole estensive si prestano bensì a dilatare l'area delle tipicità oltre il perimetro della norma incriminatrice primaria, ma nel far questo *mantengono la stessa prospettiva teleologica* assunta dalla fattispecie-base, così da sviluppare il medesimo tipo d'illecito. Un meccanismo, questo, la corretta comprensione del quale non può all'evidenza prescindere dal riferimento al bene giuridico tutelato: sicché – come scrive al riguardo la più autorevole dottrina – «la norma integrativa si colloca accanto ad ogni disposizione di parte speciale e concorre *alla difesa del medesimo bene*, colpendo le attività lesive che sfuggono alla norma primaria: *colpendole come lesive dello stesso bene protetto dalla norma primaria*»⁹⁰. Se così è – e non sembra che una tale acquisizione teorica possa essere contestata – se ne deve trarre la conseguenza, nella materia di cui ci si occupa, che *la tipicità extraterritoriale appare configurabile alla fondamentale condizione che essa mantenga e presidi la stessa oggettività giuridica della fattispecie-base*: ché diversamente, non già di estensione si tratterebbe, ma della creazione di due distinti tipi d'illecito, l'uno di carattere intraterritoriale l'altro di valenza prettamente extraterritoriale.

Con riferimento invece al secondo profilo, vale a dire la presenza di strutture d'illecito che non tollerano una declinazione extraterritoriale, tale limite discende dalla particolare soggezione di tutte le clausole estensive (anche quelle di diritto penale transnazionale) al principio di legalità⁹¹: motivo per cui ogni qual volta compare nella descrizione legale della fattispecie anche un solo elemento costitutivo che ne presuppone il radicamento in un determinato ordinamento occorre concludere per la sua inestensibilità territoriale, pena la punizione di un fatto non solo diverso, ma opposto, o meglio, “antitetico”, e quindi “totalmente altro”, rispetto a quello descritto dalla norma primaria. Gli artt. 7-10 c.p., adeguatamente intesi come clausole estensive, non possono infatti deformare, «stravolgere», «strapazzare la tipicità»⁹². Ciò significa che, oltre a preservare la direttrice teleologica, le norme secondarie del diritto penale transnazionale devono preservare l'identità modale che contraddistingue ogni tipo d'illecito, consentendo solo di proiettare in un altro territorio un fatto di reato che, per struttura, corrisponde esattamente a quello incriminato nel territorio italiano.

Quest'ultima argomentazione risulterà più chiara – v'è da augurarsi – nella seguente esposizione (v. in particolare *infra* § 7.2). Già ora premeva però mettere in risalto l'esistenza di questa duplice matrice, strutturale oltretutto teleologica, della limitazione spaziale di una fattispecie di reato.

⁹⁰ C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 6 [corsivi aggiunti].

⁹¹ V. nuovamente L. RISICATO, *op. cit.*, 56 ss.

⁹² Per quest'ultime espressioni utilizzate nello stesso senso, seppure anche in altri contesti argomentativi, v. A. DI MARTINO, *op. cit.*, 255, 263.

7.1. *La delimitazione territoriale esplicita della fattispecie*

Il primo gruppo di fattispecie territorialmente limitate, in quanto tali inestensibili dalle clausole di diritto penale transnazionale, è costituito dai *reati a localizzazione tipica*. Il riferimento è a quelle figure d'illecito in cui il legislatore stabilisce espressamente *il locus commissi delicti*, precisando che la condotta, per ritenersi tipica, deve realizzarsi «nel territorio dello Stato» (v. per es. artt. 270, 271, 288 c.p.), verso «il territorio dello Stato» (v., per es., 474, 528 c.p.), ovvero «fuori del territorio dello Stato» (v. per es. artt. 269 e 591 cpv. c.p.).

L'immodificabilità spaziale di questi illeciti in forza degli artt. 7-10 c.p. è pacificamente riconosciuta in dottrina⁹³; anche perché dipende dalla operatività di entrambe le matrici delle fattispecie a tipicità territorialmente limitata (v. *supra* § 7). Si allude, anzitutto, al fatto che la circostanza spaziale, a seguito dell'espressa previsione legislativa, assume qui la natura di un esplicito e caratterizzante elemento costitutivo della fattispecie⁹⁴: ragione per cui gli artt. 7-10 c.p., se venissero lasciati operare, lungi dallo sviluppare il medesimo tipo d'illecito descritto dalla norma incriminatrice primaria, finirebbero per *deformarlo*, creandone uno alternativo e completamente diverso.

Che si tratterebbe di un vero stravolgimento, è altresì percepibile in termini teleologici. Da questa angolazione, infatti, ben s'intuisce che l'eventuale operatività degli artt. 7-10 c.p. rispetto ai reati a localizzazione tipica, comporterebbe l'incriminazione di comportamenti totalmente inoffensivi rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice primaria. Valga per tutti l'esempio del contrabbando, la cui tipicità è rigidamente ancorata alla direzione della merce *verso il territorio italiano*: ragion per cui sarebbe teleologicamente incongruente che si ricorresse alle clausole estensive del diritto penale transnazionale per sanzionare l'introduzione delle merci verso altri Stati, giacché ciò porterebbe a salvaguardare un altro interesse rispetto a quello tutelato dalla disposizione incriminatrice avente un carattere chiaramente nazionale⁹⁵.

7.2. *La delimitazione territoriale mediata della fattispecie*

Il radicamento territoriale del fatto di reato può desumersi anche in via indiretta o "mediata". Ciò accade ogni qual volta il legislatore, nel definire la fattispecie astratta, si avvale di un'informazione giuridica secondaria (norma o provvedimento ammini-

⁹³ In tal senso F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, 287; N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, 256; F. DEAN, *op. cit.*, 290 ss.; T. TREVES, *op. cit.*, 84, 97, 119; A. DI MARTINO, *op. cit.*, 255.

⁹⁴ Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 271 s.; F. DEAN, *op. cit.*, 293.

⁹⁵ Una tale conclusione ha trovato peraltro accoglimento anche presso la giurisprudenza: la quale ha correttamente escluso l'applicabilità della legge penale italiana ai fatti di contrabbando commessi ai danni di uno Stato straniero (si trattava nello specifico di un caso di introduzione di armi da guerra nello Stato inglese), proprio perché il bene giuridico tutelato dal "nostro" delitto di contrabbando è costituito dalle *entrate finanziarie dello Stato* (italiano): Cass. pen., sez. I, 14 luglio 1989, Hamdan, in *Giust. pen.*, II, 1990, 645 ss.

strativo) la cui efficacia non può oltrepassare i confini nazionali. Quale esempio paradigmatico di questa figura si può fare riferimento al delitto di usura (art. 644 c.p.), la cui limitazione territoriale è conseguenza della riforma operata dalla legge n. 108 del 1996. Originariamente, infatti, allorché il legislatore descriveva una tale fattispecie di reato solo per mezzo di elementi descrittivi⁹⁶, l'usura era certamente ambientabile in qualunque contesto territoriale, così da potersi annoverare a pieno titolo tra i delitti comuni commissibili all'estero. Adesso invece che il disvalore d'illecito s'incentra su un elemento normativo (il tasso usurario legalmente definito) richiamante un provvedimento di limitata efficacia spaziale (il decreto del Ministro del Tesoro), la tipicità del reato di usura commessa nei confronti di chi non si trovi in uno stato di difficoltà economica o finanziaria non potrà che essere circoscritta al nostro ordinamento. È evidente infatti che all'estero, dove il decreto italiano non ha alcuna efficacia vincolante, non si saprebbe nemmeno come calcolare il tasso usurario legittimamente praticabile a una persona che non si trovi in stato di bisogno. Né per superare un tale limite strutturale varrebbe invocare gli artt. 9 e 10 c.p.: vuoi perché questi non sono certo in grado di ampliare l'efficacia della norma integratrice della legge penale così da imporre che anche gli operatori di credito stranieri si assoggettino al decreto ministeriale italiano; vuoi perché tali norme non autorizzano l'interprete a ricercare nella *lex loci* un atto equipollente al nostro decreto ministeriale in forza del quale stabilire il tasso (normativo) usurario⁹⁷. Se così è, una volta acquisito che gli artt. 9 e 10 c.p. possono proiettare all'estero solo il modello d'illecito che opera nel nostro territorio, non rimane altra soluzione che concludere per l'esistenza di una tipicità territorialmente limitata in via indiretta o mediata, ossia – giova ripeterlo – una restrizione spaziale della fattispecie di reato causata dalla ridotta efficacia ordinamentale della norma integratrice⁹⁸.

Peraltro, la delimitazione territoriale *mediata* delle fattispecie penale è un fenomeno ben noto alla giurisprudenza: la quale, seppure senza ricorrere a una siffatta qualificazione, ha fatto spesso uso di un analogo ragionamento per escludere la rilevanza penale di fatti commessi all'estero che fossero riconducibili a un paradigma d'illecito in realtà circoscritto al solo territorio italiano in forza di una norma integratrice. Si pensi, per esempio, al *traffico d'armi*, che essendo dal nostro legislatore incriminato solo nella misura in cui avviene «senza autorizzazione»⁹⁹, è stato ritenuto giustamente

⁹⁶ Il testo originario dell'art. 644 c.p. era il seguente: «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, approfittando dello stato di bisogno di una persona, si fa da questa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra casa mobile, *interessi o altri vantaggi usurari*, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni».

⁹⁷ In argomento D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero*, cit., 140 ss.

⁹⁸ Così D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero*, cit., 135 ss.; nonché *amplius* A. DI MARTINO, *op. cit.*, 119, spec. 259 ss.

⁹⁹ L'art. 25 l. 9 luglio 1990, n. 185 (Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento), rubricato «*Mancanza di autorizzazione*» punisce con la reclusione

atipico nel caso in cui la transazione sia avvenuta estero su estero e senza alcun punto di contatto con il territorio italiano, stante l'inesistenza di un'autorità nazionale in grado di autorizzare una siffatta attività¹⁰⁰. Ma lo stesso dicasi per il *porto abusivo d'armi* (art. 2 l. 895 del 1967) che non può considerarsi tipico se commesso all'estero in considerazione della inesistenza di un'autorità amministrativa italiana cui denunciare l'arma detenuta all'estero ai sensi dell'art. 38 T.U.L.P.S.: talché non potrebbe mai ottemperarsi a quello specifico obbligo di denuncia la violazione del quale è sanzionata dall'art. 2 l. 895/1967¹⁰¹. E per finire, si consideri il reato di *turbamento delle manifestazioni sportive* (art. 6 commi 1, 2 e 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401), il quale, essendo incentrato sulla violazione dell'ordine del Questore contenente il divieto di accesso o altre prescrizioni, non è in grado di operare all'estero stante l'inesistenza di un Questore dello Stato avente una corrispondente competenza territoriale¹⁰².

Una tale casistica giurisprudenziale dà peraltro conferma di quanto già si era osservato in materia: ossia che le fattispecie a tipicità territorialmente limitata in via mediata sono originate dal ricorso a una qualunque norma integratrice della legge penale che abbia una limitata efficacia spaziale, a prescindere dal modello di eterointegrazione, vale a dire indipendentemente dal fatto che sia la norma richiamata a definire un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice (come nell'art. 644 c.p.) oppure sia quest'ultima a presidiare l'effettività dell'informazione giuridica richiamata (così come accade ad esempio nell'art. 6, commi 1, 2 e 6, l. 401/1989). «In ogni caso, infatti, il legislatore dimostrerebbe di avere congegnato l'incriminazione in funzione della portata spaziale dell'atto amministrativo o della norma connessa: sicché ogni sua applicazione a fatti accaduti all'estero finirebbe per tradursi in uno stravolgimento della tipicità penale»¹⁰³.

Al pari dei reati a localizzazione tipica (v. *supra* § 7.1) anche la figura delle fattispecie a tipicità territoriale in via mediata non sembra prestare il fianco a obiezioni teoriche. Ad essere controverso è semmai il riconoscimento delle varie ipotesi, ossia l'attribuzione di una tale qualifica a determinate figure di reato¹⁰⁴. Ciò accade, in particolare, a causa dell'imperizia tecnica del legislatore, che non manca inopportuno di tutelare beni giuridici personali per il tramite di norme penali eterointegrate da informazioni giuridiche inoperanti all'estero. Si consideri per esempio il delitto di com-

sione da tre a dodici anni «colui che senza l'autorizzazione di cui all'articolo 13 effettua esportazione, importazione o transito di materiali di armamento, contemplati nei decreti di cui all'articolo 2, comma 3».

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2002, Minin, in *Foro it.*, 2003, II, 317 ss., con nota di S. RILOLO.

¹⁰¹ Così Trib. Lanciano, 4 giugno 1984, Ficca, in *Cass. pen.*, 1985, 202 ss.

¹⁰² Così Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2009, n. 12977, in *Ced. rv.* 243083.

¹⁰³ D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero*, cit., 136.

¹⁰⁴ Ad esempio, sul non conforme inquadramento del delitto di calunnia considerato da taluni interpreti come un reato a territorialità limitata da altri un delitto comune commissibile all'estero v., rispettivamente, A. DI MARTINO, *op. cit.*, 262 s.; D. MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero*, cit., 143.

mercio illegale di organi e tessuti previsto dall'art. 22, comma 3, l. 1 aprile 1999, n. 91 (Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti). Ebbene, incriminando «chiunque procura per scopo di lucro un organo o un tessuto prelevato da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto 22 agosto 1994, n. 582, del Ministro della sanità, ovvero ne fa comunque commercio», una tale norma non pare applicabile ai fatti commessi in un contesto territoriale ove lo stato di morte sia accertato secondo modalità diverse da quelle prescritte nella norma richiamata dalla disposizione incriminatrice¹⁰⁵. E tuttavia, poiché una tale conclusione si pone in radicale antitesi con le intuibili finalità politico-criminali della disposizione incriminatrice in parola, evidentemente ispirata dalla volontà di fronteggiare anche il traffico *internazionale* di organi, non manca chi si oppone all'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 22, comma 3, cit. tra i delitti a territorialità limitata¹⁰⁶. La riluttanza è comprensibilissima: ma andrebbe rivolta più all'imperizia tecnica del legislatore, che non alle conclusioni dell'interprete chiaramente dettate e vincolate dal rispetto del principio di legalità formale. Da questa doverosa angolazione, non rimangono infatti molti margini per negare il carattere territorialmente limitato del reato di commercio di organi e tessuti: ché l'ideazione di una corrispondente tipicità extraterritoriale presupporrebbe l'utilizzazione di un parametro normativo, quello vigente nella *lex loci* per l'accertamento dello stato di morte, diverso da quello menzionato dalla disposizione incriminatrice.

7.3. La delimitazione territoriale teleologica della fattispecie

Senza dubbio, la forma più controversa di tipicità territorialmente limitata è quella *teleologica*, assai approfondita nella cultura giuridica tedesca¹⁰⁷ ma quasi sconosciuta nella nostra¹⁰⁸.

In questi casi la delimitazione territoriale non deriva da alcun vincolo strutturale diretto (v. *supra* § 7.1) o indiretto (v. *supra* § 7.2). È solo la peculiarità del bene giuridico tutelato, di valenza prettamente endo-ordinamentale, che circoscriverebbe la portata della fattispecie incriminatrice ai soli fatti interni. Una conclusione, questa, che presuppone chiaramente la distinzione tra norme penali che tutelano beni individuali o soggettivi, da un lato, e norme penali che tutelano beni giuridici pubblici,

¹⁰⁵ Per una tale conclusione D. MICHELETTI, *La nuova legge sui trapianti: linee guida e tutela penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 549.

¹⁰⁶ L. BISORI, *Commento alla l. 1 aprile 1999, n. 91 (Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti)*, in *Leg. pen.*, 1999, 852 ss., ma v. anche F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. disc. pen. - Agg.*, 2004, 827.

¹⁰⁷ V., per tutti, E. RESCHKE, *Der Schutz ausländischer Rechtsgüter durch das deutsche Strafrecht*, Freiburg, 1962, 48 ss., *passim*; D. OEHLER, *Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter*, in JR, 1980, 484 ss.; J. OBERMÜLLER, *Der Schutz ausländischer Rechtsgüter im deutschen Strafrecht im Rahmen des Territorialitätsprinzips*, Tübingen, 1999, 6 ss. 68 ss., *passim*.

¹⁰⁸ Fa eccezione, nuovamente, A. DI MARTINO, *op. cit.*, spec. 255 ss.

come gli interessi amministrativi o comunque facenti capo allo Stato persona, dall'altro¹⁰⁹. Le prime sarebbero tendenzialmente applicabili – salvo restrizioni strutturali – anche ai fatti commessi all'estero. Le altre non sarebbero in grado di operare oltre i confini nazionali, ché nel territorio straniero esse finirebbe per presidiare un bene giuridico diverso da quello avuto di mira dal legislatore¹¹⁰; e tanto basterebbe – come già si è avuto modo di illustrare – per tradire la funzione e la natura degli artt. 7-10 c.p. quali clausole d'incriminazione suppletiva (v. *supra* § 7).

Senonché, ciò che per taluni non convince di questa particolare ipotesi di tipicità territorialmente limitata, non è tanto la sua implausibilità teorica, quanto la sua disagevole riconoscibilità. Una difficoltà questa talmente rilevante da indurre una parte degli autori a rinunciare alla categoria. «Il riferimento al bene giuridico – osserva infatti questa dottrina – impone pressoché sempre asserzioni preliminari, precomprensioni, scelte valutative che rischiano di sviare l'interpretazione dai veri confini della fattispecie tipica»¹¹¹. Da qui la decisione di affidarsi solo alle note strutturali per desumere le eventuali limitazioni spaziali delle fattispecie di reato.

Che dire? È esatto. L'obiezione rivolta alle ipotesi di confinamento esclusivamente *teleologico* della fattispecie penale è assolutamente fondata. L'interpretazione teleologica – nessuno lo può negare – presenta indubbi margini di opinabilità¹¹²: margini di fronte ai quali ben si può scegliere di rinunciarvi.

Se però si riflette sul fatto che una tale operazione ermeneutica, per quanto incerta sia, è però volta a restringere l'area della rilevanza penale, sicché rinunciarvi significherebbe privarsi di uno strumento *in bonam partem*, beh, allora non sembra ottuso mantenere la convinzione che una restrizione territoriale della fattispecie possa desumersi anche solo alla luce del bene giuridico tutelato in tanto in quanto accreditato di una rilevanza puramente interna¹¹³. Del resto, l'interpretazione teleologica, sebbene

¹⁰⁹ Sulla distinzione, v. per tutti J. OBERMÜLLER, *op. cit.*, 68 ss., 106 ss., 176 ss., *passim*; K. AMBOS, *Vor §§ 3-7*, in *Müncher Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003, rn. 81 ss.

¹¹⁰ A rigore le norme penali che tutelano beni giuridici prettamente nazionali non potrebbero applicarsi nemmeno nel territorio dello Stato qualora il fatto offenda il bene giuridico straniero: J. OBERMÜLLER, *op.c it.*, 7. Una conclusione, questa, che affiora anche nell'argomentare della nostra giurisprudenza: v. ad esempio Cass. pen., sez. I, 27 marzo 1996, Dorigo, in *Cass. pen.*, 1997, 1332 secondo cui «il reato di cui all'art. 280 c.p. (attentato per finalità terroristiche o di eversione), ancorché inquadrato nell'ambito dei delitti contro la personalità interna dello Stato, è configurabile anche quando abbia ad oggetto la base militare di un paese straniero stabilita nel territorio dello Stato *in attuazione di accordi di alleanza con quel paese*».

¹¹¹ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 261.

¹¹² Per tutti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, tutto il capitolo II della parte II; D. PULITANO, *Principio di legalità e interpretazione della legge penale*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 38 ss.

¹¹³ Fra i pochi autori italiani a condividere una tale soluzione v. F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 62 s., a parere del quale i delitti compresi nel Titolo VIII del

malleabile, è oramai entrata nel patrimonio euristico dei giuristi: a tal punto che non mancano splendide decisioni della giurisprudenza di legittimità esclusivamente incentrate su di essa quale tecnica di delimitazione del fatto tipico¹¹⁴; cosicché non si vede per quale ragione doversene privare solo nel diritto penale transnazionale.

D'altro canto, è ben vero che questo settore del diritto penale è caratterizzato da molti filtri tecnici – soprattutto condizioni di procedibilità come la richiesta del Ministro di giustizia – l'operatività dei quali impedisce di introiettare fatti inoffensivi e quindi privi di interesse per il nostro sistema giudiziario. È altresì vero però che tali fatti, prim'ancora che non bisognosi di pena appaiono – e non solo per sensibilità dogmatica – totalmente privi di una meritevolezza di pena, e quindi a-tipici. Si consideri, per esempio, la turista italiana chiamata a rispondere di atti osceni in luogo pubblico per avere indossato una minigonna in uno stato islamico. Di certo, è da ritenere che mai il Ministro di giustizia presenterebbe una richiesta per punire un simile fatto. E nondimeno, qualora lo facesse, si resta convinti che il giudice dovrebbe considerarlo totalmente atipico, in ragione del carattere prettamente endo-sociale del bene giuridico tutelato dall'art. 527 c.p., in quanto tale all'origine di una fattispecie a tipicità territorialmente limitata in forma teleologica.

codice penale, avendo a oggetto beni giuridici di rilevanza prettamente nazionale (come l'economia pubblica l'industria e il commercio), non sarebbero punibili «se non si verifica in Italia la condotta o l'evento del reato».

¹¹⁴ Per un esempio emblematico v. Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2007, Vuocolo, in *Cass. pen.*, 2008, 500 ss., con nota di S. BELTRANI, *La condotta elusiva ai sensi dell'art. 388 c.p.*

dott.ssa ALESSANDRA PALMA
Assegnista di ricerca nell'Università di Ferrara

LA DIVISIONE DEL LAVORO IN AMBITO SANITARIO TRA PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO E DOVERE DI CONTROLLO*

SOMMARIO: 1. Le peculiarità dell'attività medico chirurgica plurisoggettiva e i diversi modelli di collaborazione. - 2. La struttura della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva. - 2.1. Posizioni di garanzia e successione di garanti. - 2.2. Colpa del medico e contenuto del dovere di diligenza: fondamento e funzione del principio di affidamento. - 3. Individuazione dei casi di divisione del lavoro in senso orizzontale. - 3.1. La collaborazione tra medici appartenenti allo stesso reparto. - 3.2. La collaborazione con medici di altro reparto, ma aventi la medesima specializzazione. In particolare, la «cooperazione per consulto». - 3.3. La collaborazione fra sanitari aventi diversa specializzazione. - 4. Modelli organizzativi di tipo gerarchico. - 4.1. La responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato: la violazione del dovere di impartire direttive e di coordinamento. La *culpa in eligendo*. - 4.2. Il dovere di controllo del primario sull'operato dei collaboratori. La *culpa in vigilando*. - 4.3. La responsabilità del medico subordinato per il fatto colposo del superiore: «autonomia vincolata», «autonomia limitata», e dovere di dissenso. - 4.4. La condotta colposa del medico in posizione subalterna esecutiva di direttive impartite dal primario. - 4.5. Esercizio del potere di avocazione da parte del primario e responsabilità del medico in posizione subalterna. - 4.6. La responsabilità del medico in posizione subalterna per errori commessi dal superiore gerarchico. - 5. La cooperazione tra sanitari in *équipe* chirurgica. - 6. Trattamento sanitario diacronico. Un caso particolare di responsabilità d'*équipe*: gli interventi di trapianto d'organi.

1. *Le peculiarità dell'attività medico chirurgica plurisoggettiva e i diversi modelli di collaborazione*

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, nel corso di questi anni, hanno cercato di analizzare le problematiche poste dall'attività sanitaria plurisoggettiva, senza però riuscire a ricostruire una vera e propria teorizzazione della responsabilità medica, ma piuttosto procedendo nell'analisi e nella soluzione di singoli casi. Orbene, se pur è innegabile che il ruolo svolto dal sanitario all'interno dell'*équipe* medica incida in misura rilevante sull'individuazione sia degli obblighi di garanzia sia delle regole cautelari che fanno capo al singolo¹, nondimeno non si può prescindere dal cercare di individuare dei principi generali, validi al di là del caso concreto ed applicabili a tutte le ipotesi di divisione tecnica del lavoro medico.

* Il lavoro si inquadra nell'ambito di una più ampia ricerca cofinanziata dal Centro Interdipartimentale di Ricerca e Servizi in Medicina Legale applicata, Tecniche penalistico-criminologiche e Vitimologia dell'Università degli Studi di Ferrara.

¹ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, T., in CED rv. 242017.

A tal fine appare utile, prima di passare all'esame delle linee direttrici comuni a tutti i casi di responsabilità medica in *équipe*, individuare i diversi modelli di collaborazione tra sanitari. Il primo è quello fra medici in eguale posizione gerarchica, ma aventi differente specializzazione. In questo caso i rapporti fra sanitari danno luogo ad una *divisione del lavoro in senso orizzontale*, in cui, cioè tutti i medici, specialisti in diverse discipline, sono posti su di un piano paritario e adempiono le loro diverse funzioni in piena autonomia e in attuazione delle *leges artis* dei rispettivi settori. La seconda forma di collaborazione è, invece, quella tra sanitari in diversa posizione gerarchica (ad esempio tra primario e aiuto o tra primario e specializzando o tra personale medico e paramedico), ove si assiste ad una *distribuzione verticale del lavoro*. Ultima tipologia di collaborazione è, infine, quella fondata su un'*organizzazione multidisciplinare diacronica*, nella quale cioè i sanitari pongono in essere una serie di attività, in successione temporale, ma unificate dal comune fine del buon esito del trattamento.

Nonostante nel linguaggio comune tali ipotesi di cooperazione fra medici vengano tutte genericamente individuate con la locuzione "attività medico-chirurgica in *équipe*", è necessario tenere ben presente che, tecnicamente, con il termine *équipe* si suole indicare un insieme di sanitari (sia di pari specializzazione sia di differenti specializzazioni e grado gerarchico) che in un unico contesto-spazio temporale eseguono un intervento diagnostico o terapeutico.

2. *La struttura della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva*

Il moderno approccio plurisoggettivo all'*ars medica* evidenzia l'insufficienza e l'obsolescenza dei tradizionali criteri di ascrizione oggettiva e soggettiva del fatto di reato. Se i tradizionali criteri di imputazione ben si attagliavano a società semplici, in cui la realizzazione del fatto era per lo più monosoggettiva, difficilmente si conciliano, al contrario, con la realizzazione plurisoggettiva del fatto di reato nell'ambito di strutture complesse, in cui sovente l'evento delittuoso è il frutto di un coacervo di condotte, rispetto alle quali è talvolta anche difficoltoso individuare un nesso eziologico singolo.

Ciò ha comportato un evidente smarrimento nella giurisprudenza che ha dimostrato di non essere sempre in grado di bilanciare le due opposte esigenze di tutela della salute del paziente, da un lato, e della responsabilità per fatto proprio e colpevole, dall'altro. Le difficoltà di individuazione dei soggetti responsabili del reato hanno, infatti, portato ad una progressiva aberrante semplificazione dell'accertamento del nesso eziologico sconfinante verso il terreno del rischio², aggravata, peraltro, da una

² Sulla tendenza allo spostamento dell'accertamento della causalità sul terreno del rischio con riferimento alle strutture complesse ed all'attività medica, in particolare, cfr. R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale, Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 93; L. CORNACCHIA, *Concor-*

sovrapposizione dogmatica tra i concetti di obbligo di garanzia e dovere di diligenza che ha sovente condotto, da un lato, alla conversione delle fattispecie commissive colpose in fattispecie omissive, e dall'altro, a ritenere l'accertamento circa la sussistenza di una posizione di garanzia assorbente rispetto a qualsiasi altra verifica.

Il rischio da più parti paventato è che tali semplificazioni producano il risultato dell'introduzione di forme di responsabilità per fatto altrui, in cui gli eventi dannosi vengano imputati in ragione della posizione assunta dal medico all'interno della struttura, senza che vi sia, però, alcuna indagine sull'effettiva capacità dello stesso di impedire l'evento lesivo della salute del paziente e dell'effettiva efficacia causale della condotta. L'intera materia deve, quindi, essere letta alla luce dell'imprescindibile principio costituzionale della responsabilità penale personale, con conseguente valorizzazione, sul piano oggettivo, delle posizioni di garanzia e dell'accertamento causale e, su quello soggettivo, dell'effettiva rimproverabilità del soggetto.

2.1. Posizioni di garanzia e successione di garanti

Al verificarsi di un evento dannoso per la salute del paziente si apre per il medico lo scenario di una più che probabile responsabilità per omicidio o lesioni colpose. Sovente, tuttavia, in caso di divisione del lavoro tra più sanitari si assiste ad un'affermazione di penale responsabilità non solo nei confronti del sanitario che materialmente ha realizzato la condotta, attiva od omissiva, che risulta eziologicamente produttiva dell'evento, ma anche di quelli che con lo stesso hanno avuto occasione di cooperare nella cura di quel paziente ovvero dei dirigenti della struttura sanitaria pubblica o privata in cui ha avuto luogo l'intervento. A carico di questi soggetti si profila, per il tramite della clausola di equivalenza *ex art. 40, comma 2, c.p.*, una responsabilità omissiva per mancato impedimento dell'evento lesivo della salute del paziente, per non essere intervenuti ad emendare l'errore commesso dal collega.

È, nondimeno, noto che presupposto normativo indefettibile per l'affermazione di una responsabilità per omissione è che sul medico incomba un obbligo giuridico di impedire eventi lesivi della salute del paziente. Ed invero dottrina e giurisprudenza da sempre riconoscono, con riferimento all'attività medica in generale, la sussistenza di un obbligo giuridico di tutelare la salute del paziente in capo a tutti i sanitari alle cui cure questi sia affidato. In particolare la Suprema Corte ha ritenuto che "gli operatori, medici e paramedici, di una struttura sanitaria sono tutti *ex lege* portatori di una posi-

so di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, Torino, 2004, p. 39. Per una critica alla semplificazione dell'accertamento con riferimento alle ipotesi di divisione del lavoro cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio: la successione di garanti in attività inosservanti*, in *Indice pen.*, 2000, p. 596.

L'involuzione verso l'area del rischio nell'ambito dell'accertamento causale è stata stigmatizzata dalla Corte di Cassazione nella ormai nota sentenza Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 27, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50, con nota di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*.

zione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti affidati, a diversi livelli, alle loro cure o attenzioni, e, in particolare, sono portatori della posizione di garanzia che va sotto il nome di posizione di protezione, la quale, come è noto, è contrassegnata dal dovere giuridico incombente al soggetto di provvedere alla tutela di un certo bene giuridico contro qualsivoglia pericolo atto a minacciarne l'integrità"³.

La giurisprudenza di legittimità, quindi, non solo afferma la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento in capo al personale sanitario, ma ne individua altresì la fonte negli artt. 2 e 32 Cost. Invero, l'ancoraggio della posizione di garanzia del medico unicamente alle disposizioni costituzionali finisce per rivelarsi solo apparentemente rispettosa del principio di legalità a causa dell'assoluta genericità di tali fonti normative e, soprattutto, non consente di individuare, proprio nei casi di cooperazione fra sanitari, le effettive sfere di competenza proprie di ciascun partecipante all'intervento diagnostico o terapeutico.

A tal riguardo, sembra, pertanto, opportuno, al di là del generale principio solidaristico sancito dalla Costituzione, arricchire i contenuti dell'obbligo di garanzia attraverso il richiamo alle fonti di rango legislativo che regolamentano l'attività medica (d.P.R. n. 761 del 1979, d.lgs. 502 del 1992 e d.lgs. 229 del 1999) le quali in modo più specifico, individuando i poteri del soggetto garante.

La sussistenza di un obbligo di garanzia, in forza del quale il medico deve tutelare la salute del paziente contro qualsivoglia pericolo, è stata, peraltro, negli ultimi anni riconosciuta dalla giurisprudenza anche in ipotesi di "assunzione volontaria dell'obbligo" da parte del medico, indipendentemente, quindi, dalla sussistenza di rapporti giuridici con la struttura sanitaria⁴.

Tornando, dunque, al problema della delimitazione degli ambiti di responsabilità nel lavoro di gruppo, è necessario premettere una distinzione, rilevante ai fini dell'individuazione dei soggetti titolari della posizione di garanzia, tra *doveri comuni* e *doveri divisi*. In particolare, i doveri comuni si caratterizzano per il fatto di gravare su più soggetti ciascuno dei quali è titolare di una posizione di garanzia capace di per sé di assicurare una totale e completa protezione del bene giuridico, mentre i doveri divisi sono quelli che, singolarmente considerati, non consentono una globale protezione del bene, tanto che ciascuno dei partecipanti all'intervento è titolare di una posizione di garanzia che solo per la parte relativa alle mansioni allo stesso affidate contribuisce alla tutela del bene⁵. Nel caso, ad esempio, di attività svolta in cooperazione si posso-

³ Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9368, Troiano, in *Cass. pen.*, 2002, p. 574.

⁴ Cass. pen., 12 ottobre 2000, n. 12781, Avallone, in *Riv. pen.*, 2001, p. 599. Si veda inoltre Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2004, n. 46586, Ardizzone e altro, in *Riv. pen.*, 2006, p. 131.

⁵ La distinzione è stata elaborata da K. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, p. 558 ss. e ripresa in Italia da E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, p. 294 ss.; L. TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, 1997, II, p. 417; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e*

no considerare divisi i doveri gravanti su ciascun partecipante allo svolgimento del processo lavorativo medico-chirurgico, nel caso in cui i partecipanti siano in eguale posizione gerarchica, in quanto ognuno sarà titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in relazione alle specifiche capacità tecniche e sarà esonerato dal controllo sull'operato dei colleghi. Il fenomeno della divisione degli obblighi si attenua, invece, nel caso di ripartizione del lavoro in senso gerarchico, in quanto in tal caso il soggetto in posizione apicale ha un obbligo di coordinamento e di controllo sull'operato dei sottoposti⁶.

Di conseguenza, è ben possibile che la fonte dell'obbligo di garanzia differenzi l'ambito delle rispettive sfere di protezione concernenti ciascuno dei soggetti interessati alla tutela del bene, ma è anche possibile che tale distinzione, invece, non si verifichi, essendo tutti i soggetti obbligati in egual misura ad impedire l'evento⁷.

L'individuazione del soggetto penalmente responsabile è resa ancor più difficile dal possibile succedersi di soggetti nella posizione di garanzia. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di fine turno o di trasferimento del paziente da un reparto ad altro, nelle quali un sanitario subentra ad un altro nella cura del paziente⁸.

La giurisprudenza, chiamata spesso a pronunciarsi in ordine alla delimitazione delle sfere di responsabilità di soggetti succedutisi nella posizione di protezione nel campo medico, ha optato per una soluzione "caso per caso" e non invece per una ricostruzione organica del fenomeno successorio. Per tentare di comprendere le decisioni assunte dai giudici con riguardo ai casi di successione nella posizione di garanzia, occorre ricordare che, in relazione al generale problema del trasferimento delle posizioni di garanzia, la dottrina suole, invero, distinguere fra *trasferimento di obblighi di garanzia* e *successione nella posizione di garanzia*. Nel primo caso, il trasferimento di funzioni impeditive crea una nuova posizione di obbligato ad agire, dando luogo al cumulo di due o più situazioni di garanzia che ruotano attorno alla protezione dello stesso bene. In questa prima categoria viene, in particolare, collocata la delega di funzioni, ovvero il trasferimento di obblighi e poteri impeditivi di cui è titolare il delegante, con la creazione di una nuova funzione di garanzia in capo al delegato. Alla delega di funzioni, non consegue, tuttavia, uno scioglimento del vincolo della posizione di garanzia in capo al delegante. Al contrario, nel caso di autentica successione si assiste ad una traslazione integrale della posizione di garanzia, con conseguente liberazio-

l'incolumità individuale, in *Trattato di diritto penale* - Parte speciale, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, vol. II, Padova, 2003, p. 209 ss.

⁶ In tal senso, cfr. E. BELFIORE, *Profili penali*, cit., p. 294 ss.

⁷ In tal senso cfr. la nota sentenza sul disastro di Stava, Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, c. 36. Nello stesso senso in dottrina V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 990.

⁸ Ha proposto un'integrale applicazione dei principi elaborati dalla dottrina in materia di delega di funzioni nell'ambito delle imprese A. MANNA, *Voce Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, Varese, 1992, XLIV, p. 1294.

ne del soggetto cedente della funzione impeditiva⁹. Le due situazioni, peraltro, si differenziano anche con riferimento alla natura della posizione trasferita: mentre oggetto della delega di funzioni possono essere obblighi impeditivi inerenti sia a diritti disponibili sia a diritti indisponibili estranei alla sfera di signoria del garante, con conseguente liberazione del soggetto, oggetto di successione, al contrario, possono essere solo funzioni inerenti beni giuridici disponibili, rientranti nella sfera di dominio del cedente. In realtà, tuttavia, l'incedibilità in via definitiva delle posizioni di protezione discende non tanto dalla indisponibilità del bene garantito, ma piuttosto dall'oggettiva idoneità di detto bene ad essere controllato dal garante "originario" anche quando è trasferito ad altri¹⁰.

Con riferimento al campo dell'attività medica la casistica risulta alquanto variegata, ma sembra comunque possibile affermare che, nonostante il costante utilizzo della locuzione "successione di garanti", sovente i giudici hanno piuttosto inteso far riferimento ad una delega di funzioni e non piuttosto ad un definitivo trasferimento della posizione di garanzia, tanto che non di rado individuano comunque la persistenza di obblighi in capo al garante primario. In questo senso, ad esempio, appare configurabile un trasferimento di funzioni e non, invece, una successione definitiva nella posizione di garanzia, nel caso del primario che deleghi ad un sanitario, appartenente alla propria struttura operativa, la cura del paziente. In tal caso, invero, un divieto di cessione definitiva dell'obbligo giuridico sembra derivare dalla stessa legge la quale, in effetti, espressamente prevede che il medico in posizione apicale possa, e anzi debba, delegare la responsabilità diretta di sotto-strutture (ai soli medici in posizione intermedia) e la cura dei pazienti (anche ai medici in posizione iniziale), disponendo, tuttavia, che il delegante non si liberi integralmente dei doveri a lui spettanti¹¹. Di conseguenza, in capo al primario persiste comunque un dovere di direttiva, di vigilanza e di verifica dell'attività delegata ad altri medici, che può spingersi fino all'esercizio del potere di avocazione¹².

Maggiori difficoltà sembra invece porre la delimitazione delle responsabilità nel ca-

⁹ A. GARGANI, *Ubi culpa*, cit., p. 591 ss.

¹⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 238 ss.

¹¹ Il riferimento è all'art. 63 d.P.R. 761 del 1979 e all'art. 15 D.lgs 502 del 1992.

¹² In tal senso, cfr. A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1630, p. 1631; nonché in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, in *Foro it.*, 1989, II, c. 603. Più di recente, v. Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, Marafioti, in CED rv. 237832. Ritengono che il potere-dovere del primario di divisione del lavoro tra i propri collaboratori non costituisca una delega di funzioni, ma semplicemente una modalità di realizzazione dell'obbligo di garanzia a lui imposto F. AMBROSETTI - R. PICCINELLI - M. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003, p. 27. Per gli autori, in definitiva l'unica ipotesi in cui può essere configurata una delega di funzioni è quella di assenza o impedimento del primario, e quindi, di sostituzione temporanea dello stesso da parte di un medico subordinato.

so di successione temporale tra garanti. In tali situazioni, invero, appare possibile affermare la sussistenza di un trasferimento definitivo della posizione di garanzia, soprattutto, a causa dell'impossibilità per il garante originario di proseguire nell'opera di controllo, venendo meno, sin dal momento in cui il bene esce dal suo controllo, i poteri impeditivi dell'evento (si pensi al caso del trasferimento del paziente in altro reparto). Tuttavia, presupposti per la liberazione del garante primario e dell'efficacia del subentro nella posizione di garanzia sono che il garante secondario sia dotato dei necessari poteri impeditivi dell'evento lesivo, che l'attività ceduta non sia *ab origine* viziata dalla violazione di regole cautelari (c.d. successione in attività inosservanti)¹³, che, infine, vi sia l'assolvimento di un obbligo di informazione all'atto del c.d. passaggio di consegne tra garante primario e secondario. L'insussistenza anche di uno solo di detti presupposti esclude l'efficacia della successione con conseguente responsabilità a titolo di concorso del garante originario per l'evento lesivo eventualmente verificatosi a danno del paziente.

2.2. *Colpa del medico e contenuto del dovere di diligenza: fondamento e funzione del principio di affidamento*

Nonostante sovente la giurisprudenza dimostri di ritenere l'accertamento della sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto assorbente rispetto ad ogni altra verifica, la corretta applicazione del principio della responsabilità personale ex art. 27 Cost. impone al giudice di indagare circa l'effettiva rimproverabilità del soggetto agente. A tal proposito, è indubbio che la forma di responsabilità tipica nel campo dell'attività medico-chirurgica sia quella colposa, rispetto alla quale è necessario, in via preliminare, individuare il contenuto del dovere di diligenza che grava su ciascun sanitario che partecipi al trattamento medico plurisoggettivo e quindi stabilire se su di lui incomba il solo obbligo del rispetto delle regole di diligenza, prudenza e perizia attinenti alla propria specializzazione, ovvero anche un dovere di controllo sull'attività svolta dai colleghi. La questione è di particolare rilevanza, in quanto, mentre nel primo caso il sanitario potrebbe essere chiamato a rispondere del solo esito infausto conseguente ad una violazione delle *leges artis* che presiedono all'esercizio delle sue mansioni, nel secondo caso, invece, allo stesso potrebbero essere imputati anche eventi conseguenti a condotte colpose di un collega che con lui abbia partecipato allo svolgimento dell'atto medico¹⁴.

Nel tentativo di dirimere la questione della delimitazione delle sfere di responsabilità tra sanitari che hanno cooperato nella cura del paziente, sono state elaborate

¹³ Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1998, n. 11444, Bagnoli, in *Riv. pen.*, 1999, p. 507.

¹⁴ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 218; C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2838.

diverse teorie. Inizialmente, con la diffusione delle concezioni psicologiche della colpa, dottrina e giurisprudenza trovavano terreno fertile nel ritenere che i problemi di imputazione soggettiva, posti dal fenomeno dell'attività in *équipe*, andassero risolti in termini meramente psicologici di prevedibilità ed evitabilità delle negligenze altrui. Nell'ambito di queste concezioni trovava, quindi, riconoscimento un *principio di non-affidamento* nell'attività dei propri colleghi e, conseguentemente, un obbligo di controllo reciproco tra tutti i componenti dell'*équipe*: il medico che cooperi con altri professionisti è chiamato a rispondere di eventuali esiti infausti, laddove non abbia previsto, e quindi evitato, il comportamento imprudente, negligente o imperito dell'altro partecipe al trattamento.

Senonché, la trasposizione di tali ricostruzioni della colpa nell'ambito dell'attività plurisoggettiva, determina una "*biasimevole esasperazione dei doveri di diligenza del medico*"¹⁵, dal momento che l'errore del professionista, anche del più qualificato, è, invero, sempre prevedibile. Si finisce, in tal modo, per svuotare completamente di significato il principio della divisione del lavoro, chiedendo al medico di avere una costante sfiducia nel comportamento dei propri collaboratori e di monitorarne, conseguentemente, l'attività, con il rischio di pericolose forme di responsabilità per fatto altrui o di gruppo.

Proprio l'*impasse* in cui si sono venute a trovare le concezioni psicologiche, nella loro applicazione concreta al campo della responsabilità medica, ha fortemente inciso sul processo di normativizzazione della colpa. Sotto la spinta del progresso tecnico della medicina e della necessaria ripartizione della mansioni, la dottrina, avvedutasi delle storture conseguenti a simili interpretazioni della responsabilità per colpa, rivolge la propria attenzione alle specifiche problematiche relative all'attività in *équipe*, cercando di dotare la colpa di contenuti che meglio si adattino a questa peculiare forma di attività. Pur muovendo da assunti dogmatici differenti, gli autori giungono ad un risultato comune: la delimitazione della responsabilità deve essere ottenuta attraverso un attento esame del contenuto del dovere, che sarebbe, più di ogni altro, l'elemento caratterizzante il «tipo» dei delitti colposi e che, nell'ambito degli stessi, si modificherebbe a seconda che il soggetto agisca da solo oppure congiuntamente ad altri. Ne discende che, nel caso di trattamento sanitario eseguito dal medico in cooperazione con altri sanitari, il contenuto del dovere di diligenza si arricchisce di nuovi profili, tesi a garantire il coordinamento delle attività dei diversi sanitari coinvolti. Il dibattito si sposta, quindi, sull'individuazione del contenuto del dovere di diligenza nel caso di cooperazione nell'attività medico-chirurgica, per la delimitazione del quale viene fatto ricorso al *principio dell'affidamento*¹⁶.

¹⁵ G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 383 ss. citato in G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 218.

¹⁶ Per la prima compiuta affermazione in Italia del principio dell'affidamento sull'operato dei colleghi cfr. G. MARINUCCI, G. MARRUBINI *Profili penalistici*, cit., p. 217 ss. In giurisprudenza il principio ha trovato riconoscimento, seppur con notevoli temperamenti, in tempi relativamente recenti:

Deve, invero, darsi atto di un terzo orientamento, di matrice civilistica – non accolto in ambito penale per l’evidente contrasto con l’art. 27 Cost. – che muove dalla considerazione che negli interventi praticati in *équipe* è spesso difficoltoso stabilire con certezza a quale soggetto sia addebitabile la condotta colposa causa dell’evento lesivo, riconoscendo conseguentemente una responsabilità dell’intero gruppo, attraverso l’applicazione del principio di derivazione anglosassone della *res ipsa loquitur* (secondo il quale, in caso di esito infausto di un intervento, vi è sempre una presunzione di negligenza da addebitare a tutti i componenti del gruppo)¹⁷.

Abbandonata, quindi, la tradizionale concezione della “assoluta sfiducia nell’operato altrui”¹⁸, perché incentrata su criteri meramente psicologici di prevedibilità ed evitabilità dell’evento, e rifiutata, altresì, una concezione, di stampo prettamente civilistico, di una responsabilità di gruppo per tutti gli interventi eseguiti in *équipe*, si afferma la nuova visione incentrata sull’affidamento nell’operato del collega. La trasposizione sul piano della responsabilità medica del principio di affidamento, elaborato dalla dottrina tedesca con riferimento alla circolazione stradale¹⁹, consente di meglio delineare le sfere di responsabilità di ciascun partecipante all’attività medico-chirurgica, in quanto ogni sanitario risponde solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e perizia gravanti su di lui, senza essere onerato di un obbligo di sorveglianza del comportamento altrui.

Secondo il prevalente orientamento, il principio di affidamento trova il proprio fondamento dogmatico nella teoria della colpa, operando quale limite al dovere di diligenza che, quindi, ove operante, determina l’atipicità del fatto colposo per carenza della componente oggettiva della colpa²⁰. In altri termini, la funzione del principio di affidamento è proprio quella di “modellare” la tipicità del fatto colposo nelle situazioni plurisoggettive, escludendo, come regola, la configurabilità di obblighi diretti al comportamento di terzi²¹. Non mancano, tuttavia, orientamenti che, non riconoscendo un autonomo fondamento al principio di affidamento, lo riconducono a categorie dogmatiche più generali, quali il rischio consentito o il principio di autoreponsabilità²².

per la giurisprudenza di merito cfr. ad esempio Trib. Bologna, 31 maggio, 1996, Martinelli e altri, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 1043. Cfr. nella giurisprudenza di legittimità Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9368, Troiano, cit.; Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430, in *D&G*, 2004, n. 16, p. 3; Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2009, n. 32191, Riva, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1101

¹⁷ Per la concezione di matrice civilistica, cfr. G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 9 ss. Si veda, inoltre L. MACCHIARELLI, T. FEOLA, *Medicina legale*, Torino, 1995, p. 1288.

¹⁸ In Italia sostenuta da A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 155.

¹⁹ Per un’approfondita analisi delle origini storiche del principio si rinvia a M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 11 ss.

²⁰ M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 98.

²¹ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 518.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 343.

Se non vi è dubbio che la finalità ultima del principio *de quo* sia quella di consentire ai partecipanti ad attività plurisoggettive di dedicarsi integralmente alle proprie attribuzioni; la stessa deve, nondimeno, essere bilanciata con la preminente esigenza di tutela della salute del paziente, che impone un coordinamento, seppur minimo, tra i vari professionisti che prendono parte all'atto medico. Proprio quest'ultima esigenza ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad individuare dei limiti all'operatività del principio di affidamento, tali per cui, in presenza di determinati presupposti, insorge (o permane) a carico del medico un dovere di controllo sull'operato dei colleghi (c.d. *principio di affidamento temperato o relativo*)²³.

Un primo limite al legittimo affidamento nell'operato dei colleghi deve essere ravvisato avendo riguardo al contenuto della regola cautelare. Con riferimento alla finalità preventiva delle norme cautelari, debbono, infatti, individuarsi regole (definite a contenuto bifasico o cumulativo) dirette, non tanto a scongiurare il verificarsi dell'evento lesivo, quanto piuttosto, a contenere la pericolosità della condotta di un altro soggetto²⁴. Nell'ambito dell'attività medica, questa tipologia di regole cautelari si riscontra tendenzialmente in capo ai soggetti gerarchicamente sovraordinati, e quindi, in particolare, al primario e al capo-*équipe*, sui quali incombe, *ex lege*, un obbligo di verifica e controllo sulle attività svolte dal personale loro sottoposto. Pertanto, questi medici non potranno, per andare esenti da responsabilità, invocare a loro favore l'operatività del principio di affidamento, ma dovranno fornire la prova di aver adempiuto al dovere di controllo su di essi incombente²⁵.

L'obbligo di controllo incombente sul medico gerarchicamente sovraordinato non deve, tuttavia, essere inteso come obbligo di vigilanza continuo e generale su tutte le attività compiute dai medici sottoposti, perché, se così fosse, il medico non sarebbe più in grado di attendere alle proprie mansioni e si finirebbe per annullare lo stesso principio di affidamento. La dottrina ha quindi ritenuto opportuno distinguere tra casi, c.d. "di difficile soluzione", rispetto ai quali il dovere di controllo dovrebbe essere più stringente, tanto da imporre ai collaboratori di informare il primario prima di effettuare scelte terapeutiche, e casi, c.d. "di semplice soluzione" (o di *routine*), rispetto ai quali, invece, il medico in posizione apicale dovrebbe fare affidamento sull'operato dei propri collaboratori, non esimendosi, tuttavia, dall'informarsi sull'evoluzione della salute del paziente²⁶.

²³ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 217; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 21; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico e paramedico*, in *Giur. sist. dir. pen.*, F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKI, Torino, 1996, p. 139; M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 155 ss.; ID., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Indice pen.*, 1999, p. 1195 ss.

²⁴ Per la ricostruzione di questa categoria di regole cautelari cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 454; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 107.

²⁵ Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2007, n. 21594, Scipioni e altro, in CED rv. 236726.

²⁶ In dottrina v. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità*

Nella medesima ottica dovrà essere valutato anche il profilo professionale del sanitario delegato ed il livello di “affiatamento” del gruppo, e di conseguenza maggiore dovrà essere la vigilanza del primario nei confronti del medico in posizione iniziale, anche a prescindere da specifici segnali che consiglino di attivarsi²⁷, e dei collaboratori con i quali non abbia mai lavorato e di cui non conosca la effettiva preparazione e capacità tecniche.

Al di fuori delle ipotesi ora esaminate di obbligo di controllo connesso alla posizione assunta dal medico nell’ambito del gruppo, il principio di affidamento può subire temperamenti – in tal caso anche laddove si tratti di attività svolte da medici in posizione paritetica – all’insorgere di situazioni concrete che rendano prevedibile l’inservanza delle norme precauzionali da parte dei colleghi. Se, quindi, normalmente il medico è tenuto ad osservare solo le proprie *leges artis* (c.d. *dovere primario*), può, tuttavia, insorgere un *dovere secondario* di controllo sull’operato altrui nel caso in cui vi siano circostanze concrete (quali ad esempio le cattive condizioni di salute del collega, ovvero la sua inesperienza) che facciano ritenere prevedibile un errore²⁸. In questi casi, l’assenza di un legittimo affidamento determina la riespansione del dovere di diligenza, per cui il medico non è più tenuto semplicemente al rispetto delle regole cautelari che presiedono all’esercizio delle sue specifiche mansioni, ma altresì all’adozione di misure cautelari volte ad evitare ovvero ad emendare gli errori altrui (c.d. obblighi relazionali)²⁹.

La responsabilità del partecipante al trattamento diagnostico o terapeutico plurisoggettivo sarà, conseguentemente, esclusa, laddove il comportamento colposo del collega sia del tutto imprevedibile, non essendo emerso nel caso concreto alcun indice fattuale, tale da rendere prevedibile l’errore altrui e conseguentemente far sorgere il dovere di controllo.

L’accertamento della colpa non può, però, prescindere dalla verifica dell’effettiva rimproverabilità del medico, quindi, della concreta riconoscibilità dell’errore del collega. In tal senso, la giurisprudenza più recente ha individuato i due parametri della evidenza e della non settorialità, sulla scorta dei quali condurre il giudizio di riconoscibilità dell’errore.

Il primo di questi parametri, quello dell’evidenza, non deve essere inteso in senso quantitativo, come grossolanità dello scostamento del collega dalle regole dell’arte che disciplinano la corretta esecuzione della prestazione dovuta, ma in senso qualitativo, come concreta percezione o percepibilità di esso da parte di un professionista, che è pur sempre astretto, in via primaria, dall’obbligo della diligente esecuzione delle man-

penale nel lavoro medico d’èquipe, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 257.

²⁷ P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 199.

²⁸ In giurisprudenza ha ricostruito il duplice fondamento del dovere di controllo Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1993, n. 3456, Gallo ed altri, in CED rv. 1998445.

²⁹ M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., p. 74; C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2841. In giurisprudenza v. Cass. pen., 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda, *Riv. pen.*, 2006, p. 761.

sioni di sua competenza. Se concepita in questi termini, l'evidenza non può dirsi sottesa o implicita ad ogni attività svolta in cooperazione, ma deve essere accertata di volta in volta. Ne consegue che la percepibilità dell'errore è a sua volta collegata alla non-settorialità dello stesso: in tanto può esigersi da un sanitario di avvedersi dell'altrui errore e di emendarlo, in quanto lo stesso sia rilevabile sulla base delle conoscenze comuni di ogni sanitario e non sulla base di conoscenze tecniche legate alla specializzazione³⁰.

Con riferimento alla questione della rilevabilità dell'errore, la Corte di Cassazione, ormai con orientamento costante, afferma la sussistenza di un dovere in capo a tutti i sanitari che partecipano (sia contestualmente sia in successione) all'intervento diagnostico o terapeutico di emendare gli errori dei colleghi purché siano caratterizzati da abnormità ed evidenza e quindi riconoscibili da un professionista medio in forza del bagaglio di conoscenze che deve appartenere a qualsivoglia sanitario³¹.

La valutazione dei predetti requisiti dell'errore deve, peraltro, essere necessariamente riferita alle peculiarità della fattispecie concreta, e di conseguenza essi andranno apprezzati con riferimento anche alle caratteristiche tecniche delle mansioni affidate al singolo medico ed al ruolo dallo stesso assunto nel contesto del trattamento. Appare di tutta evidenza, infatti, che la difficoltà delle mansioni attribuite a ciascun medico non potrà non influire, in modo inversamente proporzionale, sull'esercizio del dovere di controllo, e quindi sulla rilevabilità dell'errore: più impegnative saranno le attività demandate al singolo sanitario, minore sarà il controllo che lo stesso potrà esercitare sull'altrui operato. D'altro canto, anche l'effettivo grado di inserimento del sanitario nel contesto del trattamento terapeutico influisce innegabilmente sulla possibilità dello stesso di rilevare l'errore: il professionista che abbia assunto un ruolo assolutamente marginale, non potrà certamente avere una compiuta conoscenza della storia clinica del paziente o delle scelte terapeutiche effettuate, e tale difetto cognitivo potrebbe riflettersi sulle possibilità e sulle modalità di intervento in caso di errore altrui³².

In dottrina è stato, peraltro, rilevato che l'errore, pur evidente e non-settoriale, non esclude l'operatività del principio di affidamento laddove sia insignificante e non abbia, quindi, creato alcun pericolo per la salute del paziente³³. Secondo questo orientamento sarebbe, cioè, possibile individuare una soglia minima di rilevanza dell'altrui errore riconoscibile, al di sotto della quale i medici, a cui l'inosservanza altrui era risultata percepibile, non sarebbero stati tenuti, in ragione della tenuità dell'errore, ad adottare misure onde neutralizzarne gli effetti.

³⁰ C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2843.

³¹ Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda ed altri, cit.; Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2006, n. 33619, Iaquina, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 188; Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317, Raso ed altri, in CED r. 237891.

³² C. CANTAGALLI, *Brevi cenni*, cit., p. 2843 ss.

³³ M. MANTOVANI, *Sui limiti*, cit., p. 1198; nonché A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 253.

3. Individuazione dei casi di divisione del lavoro in senso orizzontale

I ruoli assunti dai partecipanti al gruppo di lavoro e i rapporti tra essi intercorrenti incidono indubbiamente sull'individuazione dell'esatto contenuto delle regole cautelari. Particolare attenzione merita innanzitutto la divisione di lavoro di tipo orizzontale, nella quale i medici non sono avvinati da alcun rapporto di tipo gerarchico. Al riguardo possono concretamente prospettarsi diverse situazioni fattuali che, per comodità espositiva, potremmo schematicamente così riassumere: casi di collaborazione tra medici dello stesso reparto (v. *infra* § 4.1); casi di collaborazione tra medici che appartengono a reparti o addirittura a strutture sanitarie diverse, ma aventi la medesima specializzazione (v. *infra* § 4.2); casi di collaborazione tra medici aventi diversa specializzazione.

3.1. La collaborazione tra medici appartenenti allo stesso reparto

I medici incardinati nello stesso reparto hanno l'obbligo di coordinare le proprie attività per il miglior perseguimento del fine di tutela della salute dei pazienti ricoverati. Accade quindi, quotidianamente, che i sanitari dello stesso reparto, ed in eguale posizione gerarchica (per la collaborazione fra medici in diversa posizione gerarchica v. *infra* § 5), si trovino a collaborare gli uni con gli altri nella cura dei pazienti: o in quanto, contestualmente, si dedichino all'atto terapeutico o diagnostico (stante, ad esempio, la sua particolare complessità), o perché si succedano nella cura del paziente (ad esempio, per il cambio turno). Questo tipo di attività è, dunque, caratterizzata dal fatto che i medici con la stessa specializzazione e con le medesime mansioni si prendano cura contestualmente, ovvero in successione temporale, dei pazienti a loro affidati. Sembra, pertanto, possibile affermare che tali medici siano titolari di *doveri comuni*, ovvero di doveri che gravano contemporaneamente su più soggetti, ciascuno titolare di una autonoma posizione di garanzia, in grado di assicurare una totale protezione per la vita e la salute dei pazienti³⁴.

I medici appartenenti allo stesso reparto, quindi, devono coordinare la propria attività in modo tale da garantire la miglior cura per il paziente, e non potranno andare esenti da responsabilità penale per il solo fatto di aver confidato nel corretto adempimento delle loro mansioni da parte dei colleghi: dalla natura comune dei doveri incombenti sui medici dello stesso reparto consegue che, per la verifica dell'evento lesivo, non sia sufficiente una sola violazione, ma sia necessario l'incontro di due o più violazioni. Da ciò deriva anche l'ulteriore corollario che il medico non può interessarsi solo di ciò che accade durante il proprio turno di lavoro, ma deve avere una visione generale della situazione clinica del paziente e, quindi, anche delle attività diagnostiche o terapeutiche che siano state compiute da suoi colleghi.

³⁴ Nella giurisprudenza di merito cfr. Pret. Ravenna, 15 dicembre 1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 787.

L'aspetto che, tuttavia, ha suscitato il maggiore interesse della giurisprudenza, con riferimento alla divisione del lavoro nell'ambito di un medesimo reparto, è quello inerente alla successione nella posizione di garanzia, che si verifica in tutti i casi in cui il medico alla fine del proprio turno lavorativo trasferisca la cura del paziente al collega a lui subentrante. In ogni caso, ha stabilito la Corte di Cassazione, la fine del turno di lavoro non può essere vista come momento per affrancarsi da tutte le responsabilità, in quanto il sanitario ha l'obbligo di eseguire (e, quindi, non può in alcun modo delegarli ad altri) i compiti sorti sul finire del proprio turno laddove siano di facile e pronta soluzione³⁵.

In tutti i casi di successione nella posizione di garanzia, per cessazione del proprio turno di lavoro, incombe, comunque, sul medico uscente il dovere di "dare le consegne" al collega subentrante, in modo che quest'ultimo possa avere una visione completa e veritiera della situazione dei pazienti a lui affidati³⁶.

Appare, quindi, evidente, come in queste fasi sia di fondamentale importanza la corretta e accurata tenuta della cartella clinica, quale strumento che consente di ricostruire i passaggi relativi sia alle condizioni di salute del paziente (quali eventuali miglioramenti e peggioramenti) sia delle terapie praticate: un dovere di corretta compilazione che si ritiene incombente su tutti i medici ed in alcun modo delegabile³⁷.

3.2. *La collaborazione con medici di altro reparto, ma aventi la medesima specializzazione. In particolare, la «cooperazione per consulto»*

Nell'ambito dei rapporti tra medici non legati da vincolo gerarchico la giurisprudenza si è sovente occupata delle problematiche attinenti alla "cooperazione per consulto". Nel corso dello svolgimento della propria attività terapeutica o diagnostica può, infatti, accadere che il medico si renda conto di non essere in grado (per carenza delle necessarie cognizioni tecniche o per la particolare complessità del caso da trattare) di effettuare una corretta diagnosi o di praticare un intervento terapeutico. In tali casi sorge in capo allo stesso un dovere di astensione dall'attività, nonché un dovere, risolto di regole cautelari di prudenza, di chiedere la consulenza di un collega (che può appartenere ad altro reparto o essere anche "esterno" rispetto alla struttura sanitaria), avente la medesima specializzazione, ma più esperto, per autorevolezza ed esperienza³⁸.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 2000, n. 9638, Troiano, cit.

³⁶ Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 1993, n. 7650, Messina, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2439.

³⁷ Dalla mancata annotazione di alcune attività nella cartella clinica la Corte di Cassazione ha addirittura ricavato presunzioni circa l'omissione delle attività non trascritte (v. Cass. pen., sez. III, 8 settembre 1998, n. 8875, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 1867).

³⁸ F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 67. Sul dovere incombente sul medico meno esperto di chiedere la consulenza di un medico di maggiore esperienza nella stessa o in altre specialità, v. in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1965.

Quid iuris in caso di esito infausto dell'atto diagnostico o terapeutico conseguente al consulto? Con riguardo, innanzitutto, alla responsabilità del medico che abbia richiesto il consulto, laddove, in conseguenza del suo adeguamento all'erroneo consiglio ricevuto, faccia seguito il decesso o la lesione dell'integrità fisica del paziente, la giurisprudenza ha, in modo alquanto rigoroso, affermato l'inoperatività del principio di affidamento³⁹. Di conseguenza, il medico che chieda l'intervento di un collega specialista nella medesima disciplina, ma maggiormente esperto, non si libera per ciò solo da responsabilità in caso di errata diagnosi o terapia, in quanto è innegabile che egli, una volta ricevuti i necessari consigli tecnici, mantenga comunque una sfera di autonomia in ordine al trattamento da eseguire sul paziente⁴⁰.

Alla base di questo costante orientamento giurisprudenziale sta la valutazione circa la continuità nella posizione di garanzia in capo al medico che richiede la consulenza, che non si libera dall'obbligo di impedire eventi lesivi per la salute del paziente per il solo fatto di essersi rivolto, per una collaborazione, ad altro sanitario. Il collega chiamato a consulto, infatti, si affianca, ma non sostituisce il medico primo affidatario del paziente: il rapporto che si instaura darà vita ad obblighi *comuni*, essendo ciascuno dei sanitari titolare di una posizione di garanzia che è di per sé in grado di assicurare totale protezione alla salute del paziente⁴¹.

Da ciò consegue che il medico primo affidatario del paziente non è esonerato dal valutare le opinioni espresse dal medico chiamato a consulto, soprattutto, in un campo nel quale anche egli possiede, comunque, le dovute competenze, avendo la medesima specializzazione. Nel caso, quindi, di errore diagnostico o terapeutico conseguente al consulto, tutti i medici coinvolti risponderanno del fatto di reato in cooperazione tra loro ai sensi dell'art. 113 c.p., essendo consapevoli ciascuno della colposa condotta altrui ed avendo cooperato nella realizzazione dell'atto diagnostico o terapeutico.

L'unica possibilità che sembrerebbe residuare, per il medico che ha richiesto la consulenza, per sottrarsi ad un addebito di colpa, sarebbe, secondo la Corte di Cassazione, quella di fornire la prova di un disaccordo con il medico chiamato a consulto sulle modalità del trattamento o dell'intervento⁴². La Corte, tuttavia, omette di fornire

³⁹ Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 1981, n. 5555, Faraggiana, in *Giust. pen.*, 1982, III, p. 634.

In senso difforme, cfr. invece nella giurisprudenza di merito Corte d'Appello di Venezia, 21 aprile 1981, De Vido ed altri, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 249.

⁴⁰ Cfr. in questo senso Pret. Caltanissetta, 17 ottobre, 1995, Zanda e altro, in *Foro it.*, 1997, II, c. 418.

⁴¹ In dottrina si è evidenziato che non la delega ad altro sanitario per l'effettuazione di singoli accertamenti o attività specialistiche non ha efficacia liberatoria per il garante primario che, anzi, potrà essere anche chiamato a rispondere per *culpa in eligendo* laddove il professionista chiamato a collaborare difetti della necessaria competenza. In tal senso cfr. F. GIUNTA, *Medico (Responsabilità penale del)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale, serie I dizionari sistematici*, Milano, 2008, p. 894.

⁴² Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 1981, n. 5555, Faraggiana, cit.

indicazioni circa il criterio da seguire per dirimere, da un lato, il problema della prova dell'avvenuto dissenso e, dall'altro, quello della delimitazione delle sfere di responsabilità. Con riferimento al primo profilo, sembra possibile affermare che, stante la vigenza del principio processuale del "libero convincimento del giudice", la prova del dissenso possa essere fornita con qualsiasi strumento, anche se appare evidente che il metodo sicuramente più sicuro sarebbe quello di annotare sulla cartella clinica il dissenso manifestato. Per quanto, invece, concerne il secondo profilo, la soluzione è certamente più complessa e richiede, in particolare, di stabilire se sia sufficiente la manifestazione del dissenso perché il medico vada esente da responsabilità colposa o se, al contrario, una volta manifestato il proprio dissenso il medico debba anche astenersi dal praticare l'atto diagnostico o terapeutico così come consigliato dal collega o debba eseguirlo in difformità dall'indirizzo ricevuto. Quest'ultima sembrerebbe la soluzione preferibile, in quanto, trattandosi di medici non legati da alcun vincolo gerarchico, non sembra configurabile alcun dovere, per il sanitario che ha richiesto il consulto, di adeguarsi alle indicazioni fornite dal proprio collega⁴³.

Restano, infine, da chiarire quali possano essere i profili di responsabilità ravvisabili a carico del medico chiamato a consulto. Se, come già emerso, è innegabile che egli assuma la diretta responsabilità per l'intervento diagnostico o terapeutico praticato insieme al collega, maggiori dubbi sorgono nel caso in cui il consulente non risponda alla chiamata del collega ovvero apporti un contributo che non sia tale da configurare un'effettiva partecipazione. A tal proposito bisogna innanzitutto sottolineare che, ai sensi dell'art. 10 d.P.R. n. 128 del 1969, "*i sanitari sono tenuti alla reciproca consulenza*", essendo ravvisabile in capo agli stessi un dovere non solo morale, ma giuridico di prestare la propria consulenza, mettendo, così, la propria esperienza a tutela della salute dei pazienti.

Senonché, appare indispensabile comprendere se la semplice richiesta di consulenza faccia sorgere in capo al sanitario un obbligo di garanzia nei confronti del paziente, cosicché la sua inerzia, ove fosse ritenuta causale rispetto al verificarsi dell'evento, potrebbe portare ad una responsabilità per omicidio o lesioni colpose ai danni del paziente da lui non assistito, o se, al contrario, il rifiuto di consulenza, lungi dal costituire condotta valutabile ai fini della realizzazione delle fattispecie di omicidio o lesioni, possa assumere rilievo ai sensi di altre disposizioni⁴⁴.

Invero in giurisprudenza sembra prevalere il principio secondo cui sul medico specialista che venga chiamato a prestare la propria consulenza incomba un vero e proprio obbligo giuridico di attivarsi che, se inadempito, dà luogo a responsabilità

⁴³ In questo senso cfr. anche F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 72. In senso contrario v. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 263, secondo il quale il semplice disaccordo, purché dimostrabile, farebbe persistere la penale responsabilità in capo al solo consulente.

⁴⁴ Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, cit.

omissiva colposa per i delitti di omicidio o lesioni.

In simili ipotesi, tuttavia, pare aprirsi anche la strada per una responsabilità per il reato di cui all'art. 328 c.p., in quanto ai medici ospedalieri, riconosciuti concordemente da dottrina e giurisprudenza quali pubblici ufficiali, fa capo un dovere di prestare la propria opera "alla Società e allo Stato, senza divisioni di competenze, secondo le loro capacità professionali, quando si versi in condizioni di necessità"⁴⁵. Sicché di fronte ad una situazione di urgenza, resa evidente dai fatti sottoposti all'attenzione del consulente da parte del medico che lo chiama a consulto, "l'inerzia omissiva" del primo assume "intrinsecamente valenza di rifiuto" e integra la fattispecie delittuosa di "rifiuto od omissione di atti d'ufficio", la quale potrà, eventualmente concorrere con i delitti di omicidio o lesioni colpose, laddove l'omissione sia causa dell'evento dannoso per la vita o l'integrità fisica del paziente⁴⁶.

Del tutto peculiare è poi il caso del medico "reperibile", il quale ha il dovere di rientrare in servizio, laddove venga chiamato durante il turno di reperibilità per un consulto. Costituisce, al riguardo, un caso di colpa per negligenza il non aver ottemperato tempestivamente al proprio obbligo in caso di chiamata in servizio, con la conseguenza che il medico reperibile potrà essere chiamato a rispondere del decesso o delle lesioni subite dal paziente, ove si accerti che questi sono stati conseguenza della sua condotta omissiva⁴⁷.

Con riferimento, invece, alla seconda questione, attinente al contributo minimo che debba aver prestato il medico chiamato a consulto per poter rispondere dell'eventuale fatto colposo del collega a titolo di cooperazione ex art. 113 c.p., deve rilevarsi come spesso nell'ambito della frenetica vita ospedaliera il medico presti consigli estemporanei. In tal senso, si possono richiamare i casi del medico specialista che, di passaggio in reparto (ma non espressamente chiamato a consulto), fornisca un parere ai colleghi che già stanno effettuando l'intervento diagnostico o terapeutico con le modalità dallo stesso confermate, ovvero dello specialista che presti una consulenza via telefono, senza avere, peraltro, la necessaria conoscenza di tutti gli elementi di giudizio necessari per una compiuta valutazione del caso.

Orbene, la giurisprudenza (che, come detto, accoglie un orientamento di forte rigore in ordine alla ripartizione delle responsabilità nel caso di consulto) ritiene sufficiente l'effettuazione della consulenza per poter configurare una responsabilità a carico del medico che l'ha effettuata. Questa conclusione si fonda, ad avviso dei giudici, sulla sudditanza psicologica del medico che richiede il consulto nei confronti del medico che lo ha prestato: l'autorità, l'anzianità e la maggiore esperienza del medico

⁴⁵ Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 1987, n. 2914, Amico, in CED rv. 175295.

⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2000, n. 10538, Giannelli, in Cass. pen., 1001, p. 1488.

⁴⁷ C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 65. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 1986, n. 5465, Badessa, in CED rv. 173105; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 1987, n. 8290, Ziliotto, in Riv.it. med. leg., 1989, p. 668; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 12796, *inedita*.

consulente, conferirebbero, *ex se*, efficacia vincolante alle sue opinioni, comunque espresse⁴⁸.

In realtà, tale posizione non sembra conciliarsi con le ricostruzioni, affermatesi in materia di accertamento del c.d. "contributo minimo" del concorrente, che richiedono un'efficacia causale o quantomeno agevolatrice della condotta rispetto alla realizzazione del fatto di reato: la semplice autorevolezza del consulente, non può, infatti, dirsi elemento sufficiente per concretizzare una sua partecipazione, anche solo a titolo di agevolazione, nel fatto colposo realizzato dal collega, laddove non si accerti l'efficacia del parere rispetto all'esito dell'intervento diagnostico o terapeutico.

3.3. *La collaborazione fra sanitari aventi diversa specializzazione*

L'ultima forma di collaborazione che può essere configurata in caso di divisione del lavoro in senso orizzontale, è quella tra medici aventi differente specializzazione, che si verifica in tutti i casi in cui il medico, che ha in cura il paziente, diagnostichi una patologia che non è inerente in tutto o in parte al proprio ramo specialistico e che, pertanto, richiede la necessaria partecipazione di altri medici aventi la necessaria specializzazione. Il tema, invero, è difficilmente circoscrivibile, perché vi confluiscono le più varie ipotesi di relazione fra medici, reparti e ospedali diversi⁴⁹. Tuttavia, i casi per lo più affrontati dalla giurisprudenza, e dai quali si muoverà per cercare di ricostruire le linee interpretative di questo fenomeno collaborativo, concernono i rapporti tra medico di guardia e specialista, il trasferimento del paziente da un reparto all'altro, ovvero in diversa struttura ospedaliera, nonché, nell'ambito dell'*équipe* chirurgica, il rapporto intercorrente tra anestesista e chirurgo (v. *infra* § 6).

Tendenzialmente, le ipotesi in cui può configurarsi la collaborazione del medico di guardia con altri sanitari sono quelle in cui il primo sia un medico generico o specialista in una disciplina diversa da quella per la quale il paziente debba essere curato. La caratteristica comune a queste situazioni è data dalla mancanza delle conoscenze tecniche specifiche necessarie per l'espletamento dell'attività assistenziale. Orbene, a differenza del caso analizzato in precedenza, della cooperazione tra medici aventi eguale specializzazione, in cui si è affermata la pari responsabilità dei sanitari intervenuti nella cura del paziente, qui deve ritenersi operante il diverso principio dell'affidamento da parte del medico che ha richiesto la collaborazione al collega. Il principio di affidamento, infatti, trova sicuramente la sua massima estensione proprio con riferimento a quelle ipotesi di divisione del lavoro tra sanitari aventi una diversa specializzazione, in quanto in questi casi sui medici incomberebbero doveri che possono qualificarsi come *divisi*, per cui ciascuno di essi sarebbe tenuto solo al rispetto delle *leges artis* relati-

⁴⁸ F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 55.

In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 1959, Niesi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173.

⁴⁹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 264.

ve alla propria qualifica. D'altro canto, in questi casi, il medico, avendo diversa specializzazione, non sarebbe dotato delle conoscenze tecnico-scientifiche necessarie per poter valutare la correttezza della condotta del collega e, quindi, non sarebbe in grado sulla base delle regole prudenziali, proprie della sua specializzazione, di prevedere e, quindi, evitare, l'eventuale fallacia delle indicazioni fornite o dell'intervento effettuato dal collega⁵⁰. Il medico sarà, al contrario, responsabile nei casi in cui non adotti le misure di urgenza necessarie o non faccia intervenire tutti gli specialisti sia interni che esterni competenti per la diagnosi o l'intervento. Allo stesso modo, il medico di guardia potrà essere ritenuto responsabile dell'eventuale esito infausto del trattamento medico-chirurgico nel caso in cui, cosciente delle proprie carenze tecniche, decida, comunque, di eseguire il trattamento senza consultare lo specialista. Nondimeno, l'affidamento nei confronti del collega verrà meno, e di conseguenza in capo al medico che ha richiesto la collaborazione del collega sorgerà un obbligo secondario di controllo, in presenza di situazioni concrete che facciano ritenere che il consulente non sia in grado di eseguire l'intervento diagnostico o terapeutico (ad es., per le sue condizioni di salute) ovvero di errore macroscopico riconoscibile attraverso l'utilizzo del bagaglio di conoscenze proprio di ogni medico.

Ulteriore forma di cooperazione fra medici è quella che si verifica quando un paziente venga trasferito da un reparto all'altro dello stesso ovvero di diverso nosocomio. L'ipotesi si verifica in tutti i casi in cui la patologia dalla quale il paziente è affetto possa essere adeguatamente curata soltanto in un reparto avente la dovuta specializzazione ovvero, nel caso di carenze infrastrutturali, in un nosocomio avente le adeguate strutture e strumentazioni. Si tratta di una tipica ipotesi di successione nella posizione di garanzia: il bene passa dalla sfera di tutela del garante originario, privo ormai di poteri impeditivi, a quella del successore.

Non sempre, tuttavia, al trasferimento del paziente ad altro reparto e, quindi, della posizione di garanzia ad altro medico, consegue anche la completa liberazione del garante originario, che avviene solo laddove, innanzitutto, l'attività ceduta non sia *ab origine* viziata dalla violazione di regole cautelari (c.d. successione in attività inosservanti), e, secondariamente, sia stato correttamente adempiuto l'obbligo di informazione all'atto del c.d. passaggio di consegne tra garante primario e secondario. Tralasciando l'esame delle problematiche attinenti alla successione in attività inosservanti ed all'omissione di informazioni (su cui v. *supra* § 2.1.), sembra qui utile soffermarsi su un ulteriore profilo attinente alla responsabilità del medico che abbia ricevuto, all'atto del passaggio delle consegne, informazioni erronee. In tali situazioni deve ritenersi perfettamente operante il principio di affidamento, in quanto si tratta di ipotesi nelle quali il medico subentrante deve poter confidare nella correttezza delle informazioni sulle condizioni di salute del paziente e sulle terapie effettuate, trasmessegli dal collega. Naturalmente, il legittimo affidamento verrà meno, subentrando un obbligo di

⁵⁰ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Duè, cit.

verifica e controllo delle informazioni ricevute, nel caso in cui dalle circostanze concrete emergano condizioni tali da poter indurre il medico a dubitare della correttezza delle informazioni ricevute ovvero intervengano situazioni del tutto nuove che impongano al medico di discostarsi dai ragguagli ottenuti dal collega⁵¹.

Tra i numerosi casi di cooperazione fra sanitari aventi diversa specializzazione si può, infine, ricordare quello intercorrente tra i medici che hanno in cura i pazienti e quelli dei laboratori che eseguono analisi ovvero esami radiografici. Anche in questo caso la giurisprudenza esclude la responsabilità del medico che abbia fatto legittimo affidamento sui risultati di esami diagnostici eseguiti da altri sanitari⁵².

4. *Modelli organizzativi di tipo gerarchico*

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229 del 1999, si è assistito ad una attenuazione del vincolo gerarchico all'interno delle strutture sanitarie e, conseguentemente, anche ad una ridefinizione delle sfere di responsabilità dei singoli sanitari. Invero, nonostante la formale abolizione dei ruoli del primario, dell'aiuto e dell'assistente, riuniti in un unico ruolo dirigenziale (distinto per profili professionali) ed in un unico livello, nella prassi si assiste ancora ad un utilizzo di tali qualifiche per individuare le diverse figure di medici, con riferimento alla posizione che essi assumono nella piramide gerarchica.

Naturalmente, al vertice di tale piramide si colloca il primario (a cui nell'ambito delle *équipe* chirurgiche viene equiparato il capo-*équipe*), seguito dall'aiuto, dall'assistente ed, infine, dallo specializzando. Nell'ambito di questi rapporti, la delimitazione delle sfere di responsabilità è alquanto complessa per le numerose problematiche che involge, e per tale motivo, ai fini di un più agevole esame delle stesse, si individuano due filoni di indagine che sembrano essere quelli che, meglio di ogni altro, possono chiarire gli aspetti della collaborazione dei medici legati da un vincolo gerarchico: da un lato, i profili attinenti alle responsabilità del medico in posizione sovraordinata per il fatto colposo del subordinato e, dall'altro, i profili relativi alle eventuali responsabilità del medico in posizione subordinata rispetto agli errori commessi dal suo superiore gerarchico.

4.1. *La responsabilità del superiore per il fatto colposo del subordinato: la violazione del dovere di impartire direttive e di coordinamento.*

La culpa in eligendo

Il problema dell'individuazione dei soggetti responsabili, nel caso di attività medica eseguita con suddivisione del lavoro in senso verticale, è, forse, quella che più di ogni

⁵¹ Pret. Bologna, 31 maggio, 1995, Martinelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1053; Trib. Firenze-Empoli, 19 ottobre 1999, Firenzani, in *Tosc. giur.*, 1999, p. 834.

⁵² Trib. Roma, 13 giugno 1996, Capelli, in *Foro it.*, 997, II, c. 417.

altra evidenza rischi di affermazione di responsabilità di "posizione". Nella giurisprudenza di merito e di legittimità, infatti, sovente si ravvisa l'affermazione della penale responsabilità del medico, a cui è attribuita la direzione di una struttura complessa (ovverosia il primario), per i fatti colposi commessi dai sanitari ad esso sottoposti, imputandogli l'omesso controllo sull'attività dei colleghi ovvero il difetto di organizzazione del reparto. Senonché, il rischio connesso a questa interpretazione giurisprudenziale, se spinta sino alle estreme conseguenze, è quello che il primario sia ritenuto responsabile di qualsivoglia fatto colposo commesso dai medici del proprio reparto.

Orbene, tra le funzioni affidate dalla legge al primario vi è, innanzitutto, quella di direzione ed organizzazione del reparto, da attuarsi attraverso l'adozione di direttive a tutto il personale operante nello stesso, nonché, di decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio (cfr. art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992). Si tratta, come è evidente, di funzioni non assistenziali, ma appartenenti alla sfera gestionale-organizzativa, finalizzate, più di ogni altra, ad impedire, già in via preventiva, il verificarsi di eventi lesivi ai danni dei pazienti⁵³.

A tal riguardo, è stato evidenziato che l'organizzazione svolge un ruolo essenziale nei meccanismi di funzionamento di strutture complesse, e la ragione di ciò sarebbe di palmare evidenza: la divisione coordinata di compiti consente a ciascuno di concentrarsi al meglio su quelli a lui spettanti; la tendenziale omogeneizzazione delle tecniche operative, dal canto suo, permette una migliore e più agevolmente preordinabile allocazione di uomini e mezzi, amplia le possibilità di collaborazione tra sanitari, agevola l'automatizzazione dei profili tecnicamente meno pregnanti delle procedure⁵⁴.

Sotto questo profilo, pertanto, sarà ravvisabile una responsabilità penale, di natura omissiva, a carico del primario (in concorso con il medico che ha eseguito l'intervento) in tutti i casi in cui emerga che l'esito infausto del trattamento sia stato conseguenza della mancata predisposizione dei piani di lavoro, ovvero della omessa verifica della loro attuazione, dell'assenza di istruzioni e direttive al personale del reparto, o, infine, dell'erronea scelta del personale a cui affidare determinate mansioni⁵⁵.

Il medico in posizione sovraordinata deve, quindi, innanzitutto, organizzare il proprio reparto predisponendo procedure standardizzate che individuino le modalità di esecuzione degli interventi (ad esempio indicando l'utilizzo di protocolli o *guidelines*), le modalità di controllo sugli interventi particolarmente rischiosi e di annotazione delle informazioni riguardanti i pazienti, le forme di comunicazione e di scambio di

⁵³ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 255.

⁵⁴ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1635.

⁵⁵ C. F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici e problemi di responsabilità penale*, in *La medicina e la legge, Atti dell'83° Congresso SPLLOT*, Torino, 1989, p. 29 ss.; C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 134; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 19 ss.

informazioni tra i medici che si susseguono nella cura dei pazienti⁵⁶.

Ritornando all'ambito dei compiti di organizzazione del primario, deve evidenziarsi che tra essi rientra, naturalmente, anche quello di ripartizione del carico di lavoro tra i medici appartenenti al proprio reparto. Con riferimento a questo specifico profilo, il dettato dell'art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992 risulta completato, anche se non in modo sufficientemente esaustivo, dall'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 (tuttora in vigore, non essendo stato mai abrogato dalla legislazione successiva) che precisa le modalità con le quali il primario deve effettuare la distribuzione dei compiti. La norma, infatti, dispone che il medico in posizione sovraordinata "assegna a sé o agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità (...). Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti debbono rispettare criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei cari settori di pertinenza".

Sembra, quindi, possibile affermare che sul primario incomba, addirittura, un vero e proprio obbligo di ripartizione dei compiti tra i medici appartenenti alla struttura da lui diretta, il cui adempimento risulta, peraltro, indispensabile per il corretto adempimento delle mansioni di natura più prettamente specialistica. Sotto questo profilo si pongono, tuttavia, due differenti questioni in ordine alla penale responsabilità del primario, in caso di fatto colposo commesso dal sottoposto, a cui il paziente sia stato affidato: la prima concernente la scelta del medico a cui affidare l'incarico; la seconda, la liberazione del primario a seguito dell'affidamento del paziente ad altro medico. Con riferimento al primo aspetto, è indubbio che il medico in posizione apicale, prima di poter procedere all'affidamento delle mansioni all'interno del proprio reparto, debba, innanzitutto, individuare le categorie di compiti delegabili e, secondariamente, attribuirli ad un soggetto dotato delle necessarie capacità tecniche per adempierli⁵⁷. Peraltro, tale ultima verifica deve fondarsi, non tanto sulla qualifica giuridico-funzionale del sanitario, ma sulle sue capacità effettive, personalmente saggiate dal primario. In tal senso, parte della dottrina ha osservato che il primario non può presumere le capacità tecniche del medico a cui deve affidare un incarico per il solo fatto che esso sia risultato vincitore di un concorso pubblico e di conseguenza sia stato incardinato nel reparto, ma ha il preciso dovere di "far precedere un'opera di personale controllo e critica delle capacità tecniche di tutto il personale da lui dipenden-

⁵⁶ In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 1989, n. 16741, Cipollaro, in *Cass. pen.*, 1991, p. 433. Più di recente cfr. Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 25233, Lucarelli, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1350.

Il rigoroso orientamento della Corte di Cassazione si è spinto sino a ricomprendere, nei doveri di organizzazione e direzione, anche quello concernente la verifica della corretta funzionalità ed efficienza degli impianti e dei macchinari presenti in reparto. Cfr. in tal senso Cass. pen., sez. IV, 11 gennaio 1995, n. 4385, Bassetti e altro, in *Giust. pen.*, II, p. 248. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, sez. IV penale, 13 ottobre 1999, in *Foro Ambrosiano*, 2000, p. 301.

⁵⁷ In dottrina cfr. F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *op. cit.*, p. 15; P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 199.

te, prima di affidare a chiunque mansioni implicanti una qualsiasi autonomia”⁵⁸. Particolarmente delicata, quindi, si presenta la questione circa la responsabilità del primario a causa dell’assegnazione di compiti a personale tecnicamente non idoneo. La dottrina ha, a tal riguardo, osservato che l’aspettativa del personale medico e paramedico, di essere assegnato a compiti confacenti alla propria qualifica formale, deve essere temperata con il superiore principio della salvaguardia della salute del paziente. Ne consegue che, laddove un medico non sia tecnicamente in grado o non sia sufficientemente preparato, per eseguire determinati interventi, le terapie o le diagnosi, il primario sarà tenuto a non affidargli tali compiti ed a scegliere colleghi preparati o a compiere lui stesso l’intervento⁵⁹.

Altra parte della dottrina, invece, restringe la portata del dovere del primario di saggiare le concrete capacità del collaboratore, sulla scorta del rilievo che, nelle strutture sanitarie pubbliche, la scelta del personale medico afferente al reparto non è demandata al primario, ma obbedisce a chiamate da parte del direttore dell’azienda ospedaliera ed a regole concorsuali, la cui efficacia selettiva, di per sé, può spesso essere insoddisfacente⁶⁰. Secondo questo orientamento, nei casi in cui alla qualifica funzionale non corrispondano capacità effettive, al primario non resterebbe altro da fare se non attivare le procedure di tipo amministrativo per la segnalazione della questione al direttore sanitario.

Sembra, tuttavia, preferibile ritenere che il medico in posizione apicale non possa semplicemente fare affidamento sulla qualifica funzionale del proprio collaboratore per potergli affidare degli incarichi, laddove nel corso della collaborazione abbia verificato l’eventuale incapacità tecnica o la scarsa preparazione dello stesso. Sicché il primario potrà essere ritenuto responsabile dei fatti verificatosi ai danni del paziente, nel caso in cui emerga che egli ha affidato l’incarico ad un collaboratore privo delle capacità tecniche per adempierlo. Si tratta dei c.d. casi di *culpa in eligendo*, consistente, per l’appunto, nella “cattiva scelta del preposto”, e nella quale la regola cautelare assume un contenuto peculiare, dato proprio dalla interferenza tra l’attività di più soggetti. Le regole cautelari, infatti, possono avere quale finalità preventiva, non tanto l’impedimento dell’evento, quanto piuttosto il contenimento della altrui condotta pericolosa. In questo ambito si collocano anche quelle regole prudenziali che operano in un momento precedente all’inizio dell’attività pericolosa, nel senso che orientano la scelta dei soggetti ai quali è possibile affidare lo svolgimento di tale attività. Proprio la violazione di dette regole dà luogo alla c.d. *culpa in eligendo* la quale, tuttavia, assume

⁵⁸ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 228; A. R. DI LANDRO *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 259.

⁵⁹ C. F. GROSSO, *Organizzazione dei servizi medici*, cit., p. 3.

⁶⁰ In questo senso, cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 107. Si vedano, inoltre, A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 526; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 259.

rilevanza solo ove l'incapacità del soggetto delegato sia stata la causa di un evento dannoso per il paziente: in questo caso la responsabilità del soggetto delegante concorrerà, ex art. 113 c.p., con quella del soggetto delegato⁶¹.

Nel delegare un determinato compito al proprio collaboratore, il primario ha l'obbligo di impartire istruzioni tese a definire criteri terapeutici e diagnostici. Tali direttive assumono, evidentemente, un carattere prettamente tecnico, in quanto definiscono linee di condotta tese a garantire il miglior esito possibile del trattamento⁶². Questa natura e funzione delle direttive impartite dal primario al proprio collaboratore, consente di classificarle, secondo autorevole dottrina, come vere e proprie "regole cautelari" attinenti allo svolgimento di un'attività caratterizzata da un elevato coefficiente di rischio. Secondo questo orientamento, le direttive del primario potrebbero, in caso di loro violazione, dare luogo ad ipotesi di colpa specifica, trattandosi di regole cautelari positivate, rientranti appieno nella nozione di "discipline" di cui all'art. 43 c.p.⁶³.

Il primario, pertanto, con la delega non si libera integralmente dalla propria posizione di garanzia conservando, in ogni caso, il dovere di fornire direttive e di vigilare sull'adempimento dei compiti da parte del delegato, soprattutto se il caso è di particolare complessità o vi sono ragioni di urgenza⁶⁴.

4.2. *Il dovere di controllo del primario sull'operato dei collaboratori.*

La culpa in vigilando

Da quanto emerso la normativa in vigore esalta particolarmente gli indirizzi programmatici ed organizzativi forniti dal primario, in quanto consentono ai sanitari collaboratori di risolvere direttamente una pluralità, e certamente la maggior parte, dei casi clinici sottoposti alla loro attenzione. Ma oltre a questi, in capo al primario incombe anche un dovere di controllo sull'operato dei collaboratori il cui inadempimento è la principale causa di affermazione di responsabilità di tale sanitario.

È inconfutabile che la legge attribuisca al primario un dovere di controllo sull'operato dei medici a lui sottoposti che, inevitabilmente, limita la possibilità per il primo di fare affidamento sul rispetto delle regole precauzionali da parte di questi ultimi.

⁶¹ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 107. Si deve, d'altro canto sottolineare che, nel caso in cui il sanitario in posizione subalterna abbia assunto l'esecuzione di un intervento per il quale non aveva le dovute competenze, sarà configurabile nei suoi confronti un'ipotesi di colpa per assunzione. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 1999, n. 13389, Tretti, in CED rv. 215538.

⁶² A. VALLINI, *Gerarchia*, p. 1632. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi, in CED rv. 228577; Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2005, n. 9739, Dilonardo ed altri, in *Guida al dir.*, 2005, 3, p. 78.

⁶³ Cfr. F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 89. Sulla riconducibilità delle regole cautelari aventi carattere organizzatorio, seppur con riferimento alla materia degli infortuni sul lavoro, alla categoria delle "discipline" di cui all'art. 43 c.p., v. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 352 ss.

⁶⁴ Cass. pen., sez. IV, 2 giugno 2007, n. 39609, Marafioti, cit. In dottrina v. A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1631.

Tuttavia, tale dovere appare oggi in parte ridimensionato dalle modifiche da ultimo apportate alla normativa in materia di organizzazione dei servizi ospedalieri dal d.lgs. n. 229 del 1999⁶⁵. Questo provvedimento normativo, tendente a contemperare l'organizzazione rigidamente gerarchica con una maggiore responsabilizzazione dei soggetti che a vario titolo partecipano all'attività sanitaria, ha almeno in parte, limitato l'obbligo di controllo del medico in posizione sovraordinata. Se, infatti, non pare possibile sostenere che le nuove norme possano autorizzare l'assunto secondo cui condotte inadeguate e lesive, poste in essere all'interno della struttura, siano, allo stato, diventate riferibili alla esclusiva responsabilità di chi materialmente le abbia realizzate, nondimeno, deve osservarsi che la vigente descrizione delle competenze attribuite alla figura apicale non sembra, però, espressamente (continuare a) contemplare anche poteri-doveri di generalizzata e continuativa sorveglianza sulle scelte diagnostico-terapeutiche operate dagli altri sanitari⁶⁶.

Da questa diversa formulazione della norma, i primi commentatori hanno ritenuto di poter desumere che, attualmente, l'obbligo di attivarsi, da parte del soggetto apicale, insorgerebbe nel momento in cui il medesimo venga comunque a conoscenza (se non in forza di un controllo diuturnamente dovuto e svolto) per segnalazione di terzi o, ad esempio, anche per occasionale, diretta, percezione, di atteggiamenti terapeutici dei sanitari collaboratori che, discostandosi dalle regole della corretta prassi medica, pongano a rischio il comune obiettivo finale della attuazione della migliore prestazione sanitaria a beneficio del paziente⁶⁷.

Deve, però, darsi atto della sostanziale disapplicazione da parte della giurisprudenza della nuova normativa, da attribuirsi, in parte, al fatto che i giudici si trovino ancora ad affrontare casi verificatisi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. Nell'unica pronuncia nella quale le nuove disposizioni sono richiamate – ma non applicate essendo il fatto del 1995 – la Corte di Cassazione, tuttavia, esclude che la maggiore responsabilizzazione degli altri ruoli abbia determinato un ridimensionamento dei doveri di controllo e vigilanza del medico in posizione apicale⁶⁸. Tanto che i giudici osservano che tale dovere si attua con due diversi comportamenti: il primo, di carattere generale, dovendo il dirigente di struttura informarsi della situazione generale del reparto; il secondo, di carattere specifico, dovendo lo stesso assumere la direzione

⁶⁵ L'art. 63 d.P.R. 761 del 1971 prevedeva che il primario dovesse esercitare funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, impartendo all'uopo direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse. Nel d.lgs. n. 502 del 1992, così come modificato dal d.lgs. 229 del 1999, scompare invece qualsiasi riferimento ad obblighi di verifica: l'art. 15, infatti, riconosce al primario funzioni di direzione ed organizzazione, ma non prevede più poteri-doveri di vigilanza continuativa sulle scelte degli altri sanitari.

⁶⁶ G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 155.

⁶⁷ G. IADECOLA, *La responsabilità*, cit., p. 155.

⁶⁸ *Cass. pen.*, 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino ed altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 143.

dell'intervento, laddove venga a conoscenza di eventuali comportamenti imperiti, negligenti o imprudenti dei propri collaboratori.

Peraltro, anche laddove si volesse ritenere persistente un generale dovere di controllo in capo al primario, tale previsione non potrebbe, tuttavia, determinare automaticamente la responsabilità dello stesso per tutti i fatti colposi accaduti nel reparto, in quanto, se così fosse, si introdurrebbero pericolose forme di responsabilità oggettiva. Si tratta, quindi, di individuare contenuti ed ampiezza di tale dovere di controllo in modo da poter contemperare la tutela della salute del paziente con un'autentica responsabilità personale del primario.

In tal senso, si può ritenere che sulla delimitazione dell'estensione del dovere di controllo incidano, innanzitutto, le differenti qualifiche funzionali e le differenti attribuzioni del personale medico: maggiore e più stringente dovrà essere il controllo sul medico avente la qualifica di assistente, la cui attività è espressamente definita come soggetta a controllo; meno incisivo potrà, invece, essere il controllo sull'aiuto, a cui per legge sono riconosciuti ambiti più ampi di autonomia decisionale⁶⁹. In secondo luogo, assumerà rilievo la natura del caso da trattare: il controllo dovrà essere massimo per i "casi di difficile soluzione", mentre potrà attenuarsi (grazie alla riespansione del principio di affidamento) rispetto ai "casi di semplice soluzione"⁷⁰. Dunque, se, in linea di massima, è vero che il primario ha il dovere di conoscere lo stato di salute di ogni paziente ricoverato nel suo reparto, non in tutti i casi il dovere di controllo si configura nello stesso modo, intensificandosi nel caso di prestazioni eseguite da medici inesperti ovvero di particolare complessità o pericolosità per la salute del paziente⁷¹.

Il dovere di controllo, tuttavia, torna ad avere la sua massima portata (indipendentemente dalla qualifica dell'affidatario e dalla natura dell'attività) nel caso in cui il sanitario in posizione apicale percepisca, in via diretta o mediata (in quanto, ad esempio, riferitegli) circostanze concrete che possano far prevedere il mancato rispetto di regole precauzionali da parte dei collaboratori. In questo caso, il primario dovrà vigilare sull'operato del sanitario a lui sottoposto e, se del caso, esercitare il potere di avocazione, esautorando il collaboratore ed eseguendo personalmente l'intervento diagnostico o terapeutico. L'art. 63, comma 6, d.P.R. 761 del 1979 riconosce espressamente in capo al primario la possibilità di "avocare casi alla sua diretta responsabilità fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali". La legislazione successiva, che come già più volte ricordato, non ha però formalmente abrogato il d.P.R. 761 del 1979, seppure non espressamente, sembra continuare a riconoscere il potere *de quo* in capo al medico in posizio-

⁶⁹ P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 197.

⁷⁰ Per l'esclusione del dovere di controllo rispetto ad attività c.d. *routinarie*, v. nella giurisprudenza di merito Trib. Palermo, 16 luglio 2002, Florena, cit. Si veda, inoltre, Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 1992, n. 5539, Ciccarelli e altro, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 377.

⁷¹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 255 ss.

ne apicale. L'art. 15 d.lgs. 502 del 1992, così come modificato dal d.lgs. 229 del 1999, prevede, infatti, che il medico in posizione apicale debba adottare tutte le "decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio", tra le quali sembra possibile comprendere anche l'avocazione del caso.

4.3. *La responsabilità del medico subordinato per il fatto colposo del superiore: «autonomia vincolata», «autonomia limitata», e dovere di dissenso*

Dall'esame fin qui condotto, è emerso che spettano al primario le scelte circa gli indirizzi diagnostici e terapeutici concernenti i pazienti ricoverati nel reparto da lui diretto⁷².

Si pone, quindi, l'esigenza di verificare se ed entro quali limiti le scelte del primario siano vincolanti per i medici in posizione subalterna, chiamati a darvi esecuzione. Naturalmente, il problema non si pone tanto con riferimento alle direttive lecite aventi contenuto cautelare, rispetto alle quali deve riconoscersi un'ampia vincolatività, pena altrimenti la perdita di valore del rapporto gerarchico, quanto, piuttosto, rispetto a quelle che giungono a concretare una condotta colposa. Con riferimento a tale ultima questione, si riscontra un orientamento uniforme ed alquanto rigoroso della giurisprudenza che, valorizzando l'autonomia professionale del medico in posizione subalterna, ha sempre sostenuto che la gerarchia instaurata *ex lege* in ambito ospedaliero non è da ritenere in realtà caratterizzata da una cieca ed assoluta soggezione agli ordini del primario, riconoscendo, di conseguenza, l'obbligo per il subordinato di dissentire dagli ordini impartiti da quest'ultimo, ove manifestamente erronei.

Un rapporto di subordinazione, quindi, che secondo la giurisprudenza non può considerarsi "assoluto": il subordinato conserva margini di dissenso, che aumentano anche in relazione alla qualifica da lui posseduta, rispetto all'operato del proprio superiore o alle direttive ricevute, nei casi in cui questi concretizzino fatti colposi⁷³. Tale rigoroso orientamento trova, ad avviso dei giudici, riscontro nelle disposizioni normative in tema di organizzazione gerarchica e ripartizione di competenze tra sanitari aventi diversa qualifica giuridica. E, in effetti, è inconfutabile che le normative che si sono succedute nella regolamentazione dell'organizzazione ospedaliera, abbiano sempre salvaguardato l'autonomia e l'indipendenza del singolo professionista incardinato nella struttura gerarchica. Dal reticolo normativo emerge una rigida struttura gerarchica, nella quale i sanitari sono collocati in un crescendo di responsabilità e di autonomia. In tale prospettiva, l'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 attribuisce al medico in posizione iniziale – assistente – un'autonomia tecnica e professionale (essendogli consentito l'esercizio di funzioni medico-chirurgiche di supporto con assunzione di responsabilità diretta) seppur vincolata alle direttive del primario (c.d. autonomia vincolata);

⁷² F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 36.

⁷³ Cass. pen., 17 giugno 1959, Niesi, cit. Sul diverso grado di vincolatività delle direttive man mano che si sale nella scala gerarchica, v. Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

al medico in posizione intermedia – aiuto – funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico chirurgiche, nonché ad attività di studio, di didattica, di ricerca, anche sotto il profilo di diagnosi e cura, sulla base delle direttive ricevute dal primario (c.d. autonomia limitata). Infine, in relazione allo specializzando, l'art. 16 d.lgs. n. 502 del 1992 prescrive la partecipazione all'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile della formazione⁷⁴.

La dottrina non condivide l'orientamento giurisprudenziale che riconosce l'esistenza di un rapporto di tipo dialettico tra medico in posizione apicale e medico subordinato, tale per cui quest'ultimo può opporsi a decisioni e valutazioni del primario, da lui non condivise. In questa prospettiva critica si è evidenziata, in particolare, la contraddittoria formulazione legislativa che, da un lato, riconosce l'autonomia professionale dei sanitari in posizione subalterna e, dall'altro, poi la vincola, in particolare per l'assistente, alle direttive ricevute dal primario⁷⁵.

Inoltre, per i medici di rango inferiore non può essere ammesso, in via generale, un diritto di sindacato e di resistenza nei confronti delle direttive e degli ordini del medico in posizione apicale⁷⁶: basti riflettere sui pregiudizi che potrebbe subire un paziente inserito in una struttura operativa in cui ogni decisione fosse sottoposta alla verifica di qualunque medico⁷⁷.

Tale contraddittorietà sembra in parte superata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229 del 1999 che, nel modificare l'art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992, ha ampliato gli spazi di autonomia dei "dirigenti di primo livello" (tra i quali sono collocati l'aiuto e l'assistente), ai quali competono funzioni di supporto, collaborazione, corresponsabilità, nonché precisi ambiti di autonomia professionale, da attuare nel rispetto delle direttive del responsabile dell'articolazione organizzativa. Nonostante l'ampliamento delle sfere di autonomia ed indipendenza dei medici in posizione subalterna, la nuova normativa non ha, tuttavia, eliminato alla radice il problema del grado di vincolatività

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, Cortellaro, in CED rv. 205829; Cass. pen., sez. IV, 24 novembre 1999, n. 13389, Tretti, cit.; Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2000, n. 2906, Zanda e altro, cit.; Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 32901, Marandola ed altro, in *Riv. pen.*, 2005, p. 750.

⁷⁵ V. FINESCHI, P. FRATI, C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica. Il ruolo del capo équipe e dell'assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 262 ss.

La Cassazione risolve in realtà il problema di questa antinomia normativa affermando che per "autonomia vincolata" deve intendersi la possibilità per il medico subordinato di esprimere un dissenso, che potrebbe, nondimeno, essere superato dal primario con l'esercizio del potere di avocazione.

⁷⁶ P. AVEONE, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1981, p. 157. Cfr. inoltre A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee*, cit., p. 233; A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1629.

⁷⁷ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1635, il quale osserva che la previsione di un generale dovere di verifica da parte del medico in posizione subalterna delle istruzioni impartitegli dal superiore gerarchico sarebbe addirittura disfunzionale rispetto alla *ratio* delle disposizioni di legge.

delle direttive impartite dal primario.

Prima, però, di procedere nell'esame delle linee ricostruttive elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è necessario distinguere due ipotesi (vista la diversità di questioni ad esse sottese) in cui può venire in rilievo la responsabilità del medico in posizione subordinata: la prima concernente i casi in cui il medico in posizione subordinata realizzi materialmente la condotta colposa, in esecuzione di direttive impartite dal primario; la seconda relativa a quella costellazione di casi in cui i medici subordinati assistano all'attività del primario che, personalmente, compia una condotta colposa.

4.4. *La condotta colposa del medico in posizione subalterna esecutiva di direttive impartite dal primario*

La prima questione che si impone all'attenzione concerne la natura dell'ordine impartito dal primario e se esso possa essere disatteso dal medico in posizione subalterna. La dottrina penalistica, scontrandosi con l'interpretazione rigoristica, appena citata, della giurisprudenza, ha spostato la propria attenzione sulla misura di sindacabilità dell'ordine, vagliando anche l'eventuale applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p.⁷⁸.

Come è noto, presupposti indefettibili per la configurabilità della scriminante *de qua* sono la sussistenza di un rapporto di supremazia-subordinazione di diritto pubblico e la legittimità, formale e sostanziale, dell'ordine impartito. Con specifico riferimento all'attività medica, sussiste sicuramente un rapporto di diritto pubblico relativamente ai medici appartenenti a strutture ospedaliere pubbliche. Tale conclusione trova riscontro nella natura pubblica delle strutture in cui tali medici operano; nella lettera del d.P.R. n. 761 del 1979, che in più parti statuisce l'applicabilità al personale sanitario delle norme riguardanti i dipendenti civili dello Stato; nelle caratteristiche del rapporto, da individuarsi nel potere di dare unità di indirizzo ad una serie di uffici mediante istruzioni ed ordini, e nel potere di sorveglianza che spetta al superiore sulle attività del subordinato, tipiche dei rapporti pubblicistici⁷⁹. Una prima, ovvia, considerazione è che detta causa di giustificazione non potrà sicuramente trovare applicazione rispetto a rapporti gerarchici di tipo privatistico e, quindi, con riferimento al

⁷⁸ C. DODERO, *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173; P. AVECONI, *La responsabilità*, cit., p. 157; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 36.

La questione dell'applicabilità dell'art. 51 c.p. al medico in posizione subordinata che abbia adempiuto un ordine del proprio superiore gerarchico presuppone a monte la soluzione positiva dell'applicazione di tale scriminante ai reati colposi: in tal senso cfr. S. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, p. 102 ss. *Contra* D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 327.

⁷⁹ C. DODERO, *Colpa e cooperazione*, p. 1174; F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 37.

tema qui trattato, rispetto a tutte quelle situazioni che si verificano in case di cura private.

Qualche problema sembra, invece, porsi con riferimento alla legittimità sostanziale dell'ordine in un caso, come quello dell'attività medica, in cui la legge non ne determina i presupposti ed il contenuto, ma attribuisce al medico in posizione apicale un potere discrezionale, in relazione sia all'opportunità di emanarlo sia al suo contenuto. È evidente, tuttavia, che l'ordine potrà ritenersi sicuramente illegittimo nel caso in cui consista nell'esecuzione di condotte criminose e, quindi, laddove il primario impartisca al medico subordinato direttive che comporterebbero la realizzazione di condotte colpose ai danni del paziente.

È proprio con riferimento a questi ultimi che la dottrina si è interrogata circa l'applicabilità dell'art. 51, comma 4, c.p. che esclude la punibilità del subordinato che abbia adempiuto ad un ordine illegittimo insindacabile. Sennonché, per costante orientamento, l'art. 51, comma 4, c. p., inserito nel codice per l'esigenza di evitare la paralisi di funzioni che devono essere adempiute con la massima sollecitudine, è applicabile solo a rapporti di subordinazione di tipo militare. Tale ultimo rilievo sarebbe già di per sé sufficiente per escludere l'applicabilità della scriminante *de qua* ai rapporti tra medici con vincolo di gerarchia, tuttavia, anche laddove si volesse ammettere l'applicabilità dell'art. 51, comma 4, c.p. al di fuori dei rapporti di tipo militare, non si potrebbe fare a meno di rilevare che l'orientamento ormai predominante ne esclude comunque l'operatività rispetto ad ordini che siano manifestamente criminali.

Alla luce di quanto sinora osservato sembra, quindi, possibile giungere ad una prima conclusione: l'ordine impartito dal superiore non è per ciò solo insindacabile ed il medico subordinato ha l'obbligo di non adempiervi laddove sia illegittimo. Ne consegue che, per la soluzione del problema della responsabilità del medico in posizione subalterna, l'attenzione deve spostarsi dal piano dell'antigiuridicità a quello della colpevolezza ed, in particolare, ai profili attinenti ai limiti dell'esigibilità del rifiuto di eseguire l'atto colposo da parte del subordinato⁸⁰. Detti limiti andranno, quindi, necessariamente, tracciati in considerazione della possibilità per il medico, in posizione subordinata, di percepire la natura criminosa della direttiva impartitagli e saranno, ovviamente, diversamente modulati a seconda che l'ordine sia stato impartito ad un aiuto, ad un assistente ovvero ad uno specializzando.

Come significativamente osservato in dottrina, riconoscere in capo al medico subordinato la sussistenza di un dovere di verifica delle direttive impartitegli dal primario alla stregua delle *leges artis*, significa presupporre l'agevole conoscibilità, e, dunque, l'assoluta linearità di queste ultime, da parte di ogni medico, anche quello alle

⁸⁰ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1632. Cfr. altresì M. RIVERDITI, *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario: la mancata manifestazione del dissenso dà (sempre) luogo a un'ipotesi di responsabilità per «mancato impedimento dell'evento»?», in Cass. pen., 2001, p. 161.*

“prime armi”⁸¹. Il problema è, quindi, quello di valutare il profilo, del tutto assente nelle pronunce della Corte, della esigibilità del dissenso da parte del medico in posizione subalterna e, in sostanza, della riconoscibilità della criminosità della direttiva impartitagli dal proprio superiore.

Esistono, infatti, attività – tra le quali si colloca quella medico-chirurgica – ove le direttrici di comportamento, inerendo a situazioni di rischio sfuggente, sono caratterizzate da un'intrinseca ed incessante mutevole adeguatezza, nel tempo e nei diversi luoghi. Così, accanto a trattamenti diagnostici e terapeutici la cui efficacia è consolidata, e di cui quindi sono ben note le regole di esecuzione (si pensi ad esempio alla somministrazione di antibiotici per combattere le infezioni), ve ne è tutta una serie la cui efficacia o la cui esecuzione è ancora controversa. Si allude, in particolare, a quella serie di regole cautelari di natura sperimentale, la cui esistenza non origina da una prassi consolidata, ma promana direttamente dalle superiori conoscenze causali dell'agente e dalle valutazioni di rischio da questi effettuate⁸². Orbene, rispetto a questo tipo di regole tecniche, caratterizzate da un'incessante opera di adattamento e confronto dialettico di tipo scientifico, appare, invero, ardua l'individuazione di un riferimento cautelare unico e certo nella miglior scienza ed esperienza del momento storico, così come di un unico e ben riconoscibile comportamento *standard* proprio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*.

È pur vero che, anche rispetto a tali attività, sono sicuramente enucleabili *leges artis* che devono essere rispettate nell'esecuzione dell'attività sperimentale (si pensi a quelle relative agli usi procedurali propri della sperimentazione, generalmente contenute nei c.d. protocolli scientifici propri della sperimentazione scientifica)⁸³; ciononostante non può negarsi che la mancanza di una conferma prasseologica di tali regole cautelari ne condizioni, inevitabilmente, la scelta scientificamente responsabile e ne renda assai meno agevole la conoscibilità⁸⁴.

Sono proprio tali considerazioni che inducono a ritenere indispensabile che l'affermazione della responsabilità colposa passi attraverso una diversificazione dei parametri del rimprovero, a seconda del tipo di *lex artis* e dei diversi gradi di sapere scientifico del medico.

Orbene, se normalmente il medico in posizione subalterna sarà chiamato a svolgere trattamenti rispetto ai quali si siano già consolidate sufficienti conoscenze e *leges artis* uniformemente riconosciute, non può, nondimeno, escludersi che lo stesso sia chiamato (in forza del potere di impartire direttive riconosciuto al primario) ad ese-

⁸¹ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1632.

⁸² F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 102: si fa riferimento a tutti quei trattamenti medici autorizzati e scientificamente legittimati, ma, tuttavia, non ancora unanimemente accolti dalla scienza medica nel suo complesso. In questo senso, cfr. anche F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1974, p. 19 ss.

⁸³ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., p. 102.

⁸⁴ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1634.

quire trattamenti di tipo sperimentale. Ne consegue che il riconosciuto dovere di verifica da parte del medico subordinato della validità delle istruzioni ricevute dal primario potrà affermarsi solo con riferimento a quei trattamenti diagnostici o terapeutici per l'esecuzione dei quali siano necessarie e sufficienti le conoscenze che devono appartenere a qualsiasi medico. In questo caso, il riconoscimento dell'ordine criminoso è assolutamente esigibile dal sanitario e con esso anche la prestazione di dissenso rispetto all'esecuzione dell'ordine ricevuto. Laddove, al contrario, la direttiva del primario imponga l'esecuzione dell'intervento attraverso protocolli scientifici di natura ancora sperimentale, non potrebbe esigersi la riconoscibilità della natura colposa della condotta imposta: se così fosse si richiederebbe, infatti, ad un medico in posizione iniziale (assistente o addirittura specializzando), ancora privo della necessaria esperienza, di saggiare la validità di prescrizioni che richiedono una conoscenza tecnico-scientifica molto avanzata⁸⁵.

Naturalmente, la riconoscibilità dell'ordine criminoso aumenterà man mano che si passa dalla qualifica di medico in posizione iniziale a quella di aiuto: quest'ultimo, infatti, sarà sicuramente dotato di conoscenze professionali superiori rispetto all'assistente o allo specializzando e potrà, quindi, essere in grado di valutare anche trattamenti sperimentali.

Conclusivamente, si può affermare che nessun problema sorge se l'assistente o l'aiuto condividano le scelte terapeutiche proposte dal primario: in tal caso si configurerà una cooperazione colposa tra i due sanitari, che assumeranno pari responsabilità rispetto all'eventuale evento lesivo verificatosi. Al contrario, nel caso in cui l'assistente o l'aiuto non condividano le scelte terapeutiche indicate dal primario, sorgerà in capo agli stessi un preciso dovere, derivante dalla loro posizione di garanzia nei confronti del paziente, di attivarsi per impedire l'evento lesivo, manifestando, quindi, il proprio dissenso nei confronti delle scelte del primario. In tale circostanza, tuttavia, non è sufficiente, che il medico subordinato manifesti il proprio dissenso (magari facendolo annotare sulla cartella clinica), ma è altresì necessario che egli si astenga dal porre in essere la condotta colposa sollecitata dal primario: ove eseguano egualmente l'intervento, l'assistente e l'aiuto risponderanno degli eventuali esiti dannosi conseguenti alla condotta colposa⁸⁶. Infine, a carico del medico subordinato, sarà configurabile una responsabilità colposa in tutti i casi in cui egli non percepisca la criminalità dell'ordine impartitogli, riconoscibile sulla base delle comuni conoscenze mediche⁸⁷.

⁸⁵ A. VALLINI, *Gerarchia*, cit., p. 1634.

⁸⁶ G. MARINUCCI, G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 229. *Contra* F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro*, cit., p. 41, per i quali una tale ricostruzione vanificherebbe i poteri direttivi-impositivi del primario, il quale, peraltro, potrebbe far ricorso al potere di avocazione.

⁸⁷ Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 2000, n. 13212, Brignoli ed altri, in *Riv. pen.*, 2001, p. 452.

4.5. *Esercizio del potere di avocazione da parte del primario e responsabilità del medico in posizione subalterna*

Rimane da analizzare un ultimo profilo con riferimento al caso in cui il medico in posizione subalterna si rifiuti di eseguire le direttive impartitegli dal primario, in quanto ritenute criminose. Si tratta dell'ipotesi in cui il medico in posizione apicale, ricevuto il dissenso da parte del proprio collaboratore, decida di esercitare il potere, riconosciutogli dalla legge, di avocare il caso alla sua diretta responsabilità.

L'art. 63 d.P.R. 761 del 1979 prevede espressamente che, in tutti i casi in cui il medico in posizione apicale eserciti il potere di avocazione, sorga in capo al medico subordinato un dovere di prestare la propria collaborazione. L'esercizio del potere di avocazione da parte del primario diviene così uno strumento per costringere il subordinato dissenziente a prestare comunque la propria opera, conformandosi alle sue direttive.

In questi casi non può affermarsi la penale responsabilità del medico subordinato dissenziente, per gli eventuali fatti colposi realizzati, avendo egli un preciso obbligo *ex lege* di collaborare con il primario⁸⁸.

4.6. *La responsabilità del medico in posizione subalterna per errori commessi dal superiore gerarchico*

Al di fuori dei casi sopra esaminati, può accadere che il medico in posizione subordinata non esegua personalmente l'intervento diagnostico o terapeutico, ma assista il proprio superiore nell'esecuzione di esso. Che cosa accade in questi casi se il primario realizza una condotta colposa da cui conseguano la morte ovvero lesioni per il paziente?

La giurisprudenza ancora una volta si mostra alquanto rigorosa nel riconoscere anche la responsabilità del medico, aiuto, assistente o specializzando, che abbia collaborato con il medico in posizione apicale nella realizzazione dell'intervento. Se, tuttavia, si può concordare con le conclusioni a cui giunge la giurisprudenza con riferimento alla sussistenza di un obbligo per il collaboratore di segnalare al primario eventuali condotte erronee, al contrario non si può giungere alle medesime conclusioni dei giudici, di merito e di legittimità, in ordine alla sussistenza di un vero e proprio dovere di controllo in capo al subordinato⁸⁹.

Sarebbe ravvisabile, infatti, a parere dei giudici, quello che dalla dottrina è stato qualificato come "dovere di controllo incrociato"⁹⁰, ovverosia il dovere in capo al subordinato di controllare l'operato del superiore, tanto che di eventuali errori colposi

⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1982, n. 7006, Fenza, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543.

⁹⁰ L. VERGINE, F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1546.

di quest'ultimo risponderebbe anche il primo, per il fatto di non averli rilevati e corretti. Tale assunto, in realtà, non appare compatibile con i principi sin qui enucleati ed in particolare con il principio di affidamento quale canone di delimitazione delle sfere di responsabilità dei sanitari che cooperano nella realizzazione di un intervento.

Si è in precedenza rilevato che nelle attività plurisoggettive deve trovare applicazione il principio di affidamento, per cui ogni medico può confidare nel fatto che gli altri rispetteranno le regole cautelari dell'attività che stanno intraprendendo. Il legittimo affidamento cede il passo ad un generale dovere di controllo solo nei casi in cui tale dovere discenda *ex lege* dalla qualifica assunta dal medico, ovvero al presentarsi di situazioni che rendano evidente o comunque prevedibile la realizzazione di un fatto colposo da parte dei sanitari con cui avviene la cooperazione.

Orbene, nel caso del medico in posizione subordinata non vi è alcun dato normativo che riconosca l'esistenza in capo a questo soggetto di un generale obbligo di controllo e vigilanza sull'altrui operato, essendo tali obblighi ravvisabili solamente a carico di medici in posizione gerarchica sovraordinata.

Tutt'al più, un obbligo di controllo potrebbe sorgere in capo al sanitario nel caso in cui si trovi ad operare in situazioni (quali ad esempio le cattive condizioni di salute) che facciano ritenere prevedibile una condotta colposa del medico gerarchicamente sovraordinato, ovvero nel caso in cui egli abbia diretta percezione dell'errore. Ebbene, con riferimento a questa seconda situazione, devono integralmente richiamarsi le considerazioni svolte in precedenza circa la riconoscibilità delle situazioni che fanno insorgere un obbligo di controllo e di attivazione per emendare gli errori del proprio superiore. Non si può, infatti, ancora una volta sottovalutare il fatto che si richiede ad un medico dotato di minori conoscenze, capacità ed esperienza di vigilare sull'operato di un medico ben più qualificato di lui, che nel corso dell'intervento metterà, quindi, in atto anche metodiche che richiedono una conoscenza ed un'abilità tecnica ben superiore a quelle possedute dal medico in posizione iniziale.

Diversa rilevanza assume, invece, la condotta del sanitario in posizione subalterna che, avvedutosi dell'errore del proprio superiore, rimanga inerte. In tali casi, in forza della posizione di garanzia che detto medico assume nei confronti dei pazienti alla cui cura collabora, sorge un obbligo per lo stesso di attivarsi quando, magari anche a seguito dell'apprendimento di elementi sconosciuti al primario, percepisca l'errore diagnostico o terapeutico⁹¹.

⁹¹ Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, cit.

5. La cooperazione tra sanitari in *équipe* chirurgica

L'attività chirurgica costituisce sicuramente la forma per eccellenza di collaborazione in ambito medico: qualsiasi intervento, anche se di modeste dimensioni, prevede la necessaria contestuale partecipazione di due o più sanitari (c.d. *équipe* chirurgica). Lo stesso termine *équipe* è, infatti, propriamente utilizzato per indicare quelle attività che sono svolte in un unico contesto spazio-temporale da parte di un gruppo di sanitari (medici e paramedici) che eseguono assieme, ma con compiti differenziati, un determinato intervento diagnostico o terapeutico il più delle volte organizzati gerarchicamente e diretti da un capo-*équipe*⁹².

Orbene, rispetto alle forme di collaborazione fra sanitari esaminate finora, l'*équipe* si caratterizza per la contemporanea presenza di rapporti di tipo verticale (tra il capo-*équipe* e gli altri componenti del gruppo di lavoro) e di tipo orizzontale (ad esempio tra il chirurgo e l'anestesista) che, naturalmente, danno vita a differenti questioni con riferimento alla ripartizione delle responsabilità in caso di fatti colposi commessi da uno dei partecipanti al gruppo.

Partendo, innanzitutto, dall'analisi dei rapporti di tipo gerarchico all'interno dell'*équipe*, va precisato che il capo-*équipe* è colui al quale, per qualifica professionale o esperienza, è demandata la materiale organizzazione, il coordinamento e la direzione del gruppo di lavoro. Si tratta, invero, di una qualifica meramente fattuale, che non trova alcuno specifico riscontro in ambito normativo: il problema è, di conseguenza, quello di individuare quali doveri abbia il capo-*équipe*, indipendentemente dalla posizione funzionale assunta all'interno del reparto. In tal senso sono state proposte una pluralità di interpretazioni. La prima è quella accolta unanimemente dalla giurisprudenza, la quale riconduce la figura del capo-*équipe* a quella del medico in posizione apicale, disciplinata dall'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979, ritenendo, quindi, detta norma, fonte di doveri di controllo e sorveglianza del capo-*équipe* sui propri collaboratori⁹³. Il capo-*équipe*, pertanto, oltre a dover eseguire, con diligenza e perizia, le mansioni che a lui spettano, in forza della divisione delle competenze fra i vari partecipanti al gruppo di lavoro, ha il dovere di coordinare l'attività dei collaboratori e di vigilare sul loro operato.

Altra soluzione interpretativa sarebbe, invece, quella di ritenere inapplicabile l'art. 63 d.P.R. n. 761 del 1979 al capo-*équipe*, con la conseguenza, quindi, che lo stesso potrebbe fare affidamento sull'operato dei propri collaboratori, mentre il dovere di controllo insorgerebbe solo in presenza di peculiari situazioni di fatto che rendano prevedibile la realizzazione di un fatto colposo da parte di uno dei sanitari partecipanti all'intervento.

⁹² C. PARODI, V. NIZZA, *La responsabilità penale*, cit., p. 155.

⁹³ Cass. pen., 2 aprile 2007, n. 21594, Scipioni e altro, cit.; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 1988, n. 3904, Grassi in CED iv. 177967. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Firenze, 25 maggio 1981, in *Arch. civ.*, 1981, p. 685.

Tra le soluzioni proposte in dottrina per l'individuazione dei doveri incombenti al capo-*équipe* si è anche proposto di fondare l'obbligo di vigilanza sull'operato dei colleghi sull'esistenza di una posizione fattuale di garanzia, derivante dall'assunzione in concreto della direzione dell'*équipe* operatoria. Tale ricostruzione interpretativa presupporrebbe, tuttavia, l'accoglimento della concezione sostanziale-funzionale delle fonti dell'obbligo di garanzia, invero, non accolta nel nostro ordinamento, nel quale la fonte deve avere natura normativa o negoziale⁹⁴.

Infine, un'ultima soluzione potrebbe, secondo alcuni autori, essere quella di ritenere che l'art. 63 d.P.R. 769 del 1979 trovi applicazione solo per il capo-*équipe* che abbia anche la qualifica di primario del reparto. Solo su tale medico, pertanto, incomberebbe un obbligo di controllo continuo sull'operato dei colleghi, mentre il soggetto che solo di fatto dirige l'*équipe*, pur assumendo una posizione di protezione al pari degli altri sanitari, non sarebbe tenuto ad uno specifico e continuo controllo sull'operato dei colleghi⁹⁵.

In ogni caso, anche seguendo il costante orientamento giurisprudenziale che ritiene, appunto, applicabile l'art. 63 d.P.R. 769 del 1979, il controllo del capo-*équipe* non dovrebbe essere inteso come obbligo di svolgere una vigilanza continua sull'operato altrui, ma, piuttosto, come più circoscritto obbligo di verifica dell'inesistenza di circostanze di fatto che facciano supporre come altamente probabile il prodursi di una negligenza altrui, che deve esercitarsi all'inizio dell'intervento chirurgico e deve ripetersi, eventualmente, anche nel corso dell'intervento, in presenza di passaggi delicati o al verificarsi di circostanze tali da evidenziare il probabile fatto colposo del collaboratore. Con riferimento all'estensione del dovere di controllo in dottrina sono state prospettate due diverse soluzioni. Secondo un primo orientamento, il dovere di controllo del capo-*équipe* si sostanzia nell'accertamento, nel momento iniziale, delle buone condizioni fisiche e psichiche dei componenti del gruppo e dell'inesistenza di comportamenti colposi in atto⁹⁶. Per altro orientamento, invece, il controllo da parte del capo-*équipe* sull'operato dei collaboratori deve avvenire non solo nella fase iniziale dell'intervento, ma in vari intervalli di tempo ed, in special modo, in presenza di passaggi delicati⁹⁷.

Al di fuori, quindi, di tali situazioni si riepande il principio di affidamento, per cui il capo-*équipe* può legittimamente confidare nel corretto adempimento delle mansioni di ciascun componente il gruppo di lavoro.

Come detto, tuttavia, all'interno dell'*équipe* è possibile ravvisare anche rapporti

⁹⁴ Richiama questa soluzione interpretativa D. GUIDI, *Colpa medica e attività in équipe*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 238.

⁹⁵ Accoglie questa tesi D. GUIDI, *Colpa medica*, cit., p. 238.

⁹⁶ E. BELFIORE, *Profili penali*, cit., p. 298.

⁹⁷ G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 79.

non subordinati tra medici specialisti in diversa disciplina, tra i quali occorre, ricordare, in particolare, quello intercorrente tra chirurgo ed anestesista.

In linea teorica, nei rapporti tra medici non legati da vincolo gerarchico, trova compiuta applicazione il principio di affidamento, in quanto ogni medico che compone l'*équipe* deve poter svolgere le proprie mansioni confidando nel fatto che i colleghi, aventi diversa specializzazione, a loro volta, rispettino le *leges artis* proprie della loro attività. D'altro canto, non sarebbe neppure possibile, per carenza delle necessarie competenze tecniche, pretendere da un medico di valutare il corretto operato di un collega, a lui non gerarchicamente subordinato, avente diversa specializzazione. In tali casi, quindi, il dovere di controllo sull'operato degli altri componenti dell'*équipe* sarà meramente "secondario", dovendo essere effettuato solo ove si verificano concrete circostanze che rendano prevedibile la realizzazione dell'errore, riconoscibile sulla base del bagaglio di conoscenze comune a qualsiasi medico, da parte del proprio collega.

È fuori di dubbio, però, che, se i professionisti, aventi differente specializzazione, hanno materialmente cooperato, realizzando tutti condotte negligenti o imperite, potrà sussistere nei loro confronti una responsabilità colposa concorsuale ex art. 113 c.p.⁹⁸.

Nell'ambito della pluralità di rapporti tra specialisti, in concreto ipotizzabile con riferimento ad un intervento chirurgico, dottrina e giurisprudenza hanno assunto quale "situazione simbolo" quella relativa ai rapporti intercorrenti tra chirurgo ed anestesista, cercando di individuare i profili di responsabilità propri di ciascuno dei due professionisti e le ipotesi di responsabilità concorrente⁹⁹.

In particolare, le diverse mansioni attribuite dalla legge stessa ai due sanitari esclude la materiale possibilità (ed anche capacità) di controllo dell'uno sull'operato dell'altro e viceversa. In tal senso, ad esempio, la giurisprudenza ha affermato che nella fase intra-operatoria non sussiste alcun obbligo di sorveglianza reciproca tra chirurgo ed anestesista, stanti le differenti competenze: il primo ha il controllo dei parametri vitali del paziente, il secondo si occupa, invece, dell'atto operatorio in senso stretto¹⁰⁰.

Specularmente, si trovano decisioni che, sempre nell'ottica di una corretta differenziazione dei ruoli, escludono la responsabilità del chirurgo, affermando quella esclusi-

⁹⁸ Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568. Cloro ed altri, in CED rv. 231538.

⁹⁹ R. FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, Torino, 2006, p. 795 il quale, peraltro, osserva che il chirurgo non ha la visuale sul campo operatorio dell'anestesista, essendo i due professionisti separati mediante il c.d. "telo operatorio". In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 1983, n. 10868, Costanzi, in *Cass. pen.*, 1986, p. 283; Cass. pen., sez. IV, 14 aprile 1983, n. 7082, Prelong, in CED rv. 160049.

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. IV, 30 ottobre 1984, n. 9525, Passarelli, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2233. Analogamente nel senso dell'esclusione della responsabilità dell'anestesista v. Pret. Verbania, 11 marzo 1998, Govoni e altri, in *Indice pen.*, 1999, p. 1187.

va dell'anestesista sia nella fase pre-operatoria¹⁰¹, che in quella più propriamente operatoria¹⁰².

Il legittimo affidamento sull'operato del collega viene meno, però, nel caso in cui il primo, sulla base delle conoscenze comuni ad ogni medico, rilevi condotte colpose del collega o, comunque, situazioni di pericolo per l'incolumità del paziente. In tal caso, il sanitario, in forza della posizione di garanzia assunta nei confronti del paziente, ha l'obbligo di attivarsi per porre rimedio agli eventuali errori colposi del collega, purché tali errori non siano settoriali ovvero, pur appartenendo al settore specialistico dell'altro medico, siano talmente grossolani da essere rilevabili da qualsiasi professionista.

6. *Trattamento sanitario diacronico. Un caso particolare di responsabilità d'équipe: gli interventi di trapianto d'organi*

Le problematiche sin qui analizzate, concernenti la responsabilità per interventi eseguiti in *équipe*, si arricchiscono di nuovi contenuti e di nuove sfaccettature con riferimento ad un'ipotesi molto particolare di cooperazione tra sanitari: il trattamento multidisciplinare diacronico. Tale tipologia di collaborazione, tipica, ad esempio degli interventi di trapianto d'organo, vede la partecipazione di più sanitari che, in tempi diversi e spesso anche in strutture diverse, si prendono cura del paziente (l'espanto degli organi dal donatore precede la successiva procedura di trapianto e spesso avviene anche in luogo diverso)¹⁰³.

La giurisprudenza, invero, tende ad estendere anche al caso delle attività diacroniche i principi elaborati per le *équipes* chirurgiche, con conseguente applicazione dei canoni di distribuzione delle responsabilità predisposti per le seconde ed, in particolare, del principio di affidamento temperato, evidenziando che nelle attività diacroniche la sequenza di attività tecnico-scientifiche – poste in essere da tutti i sanitari o gruppi di sanitari chiamati a svolgere i loro compiti in successione e sul presupposto di una o più precedenti attività svolte da altri – è finalizzata alla salvaguardia della salute del paziente. Tutte le attività sono tra loro interdipendenti e debbono essere tra loro coordinate verso l'esito finale della guarigione del malato. Ne consegue che le varie fasi non sono l'una autonoma rispetto all'altra, ma si integrano, concretando un apporto collaborativo interdisciplinare che, stante l'unicità del fine, può configurarsi come attività unica.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 1983, n. 10868, Costanzi, in *Cass. pen.*, 1986, p. 283; Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 1955, in *Resp. civ. e prev.*, 1956, p. 359.

¹⁰² Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 1990, n. 7601, Rappazzo ed altri, in *Riv. pen.*, 1991, p. 652.

¹⁰³ Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2000, n. 2325, Altieri ed altri, cit. Per i commenti alla sentenza cfr., A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 480.

Viene, quindi, riconosciuta una posizione di protezione comune a tutti i sanitari che partecipano al trapianto d'organi, caratterizzata dal fatto che ognuno di essi assume la tutela della salute del paziente trapiantato. Questa unitarietà del fine, renderebbe, quindi, la procedura diacronica equiparabile a quella svolta dalle *équipes* chirurgiche, con conseguente applicazione dei canoni di distribuzione delle responsabilità predisposti per le seconde ed, in particolare, del principio di affidamento temperato.

In dottrina si è, tuttavia, evidenziato che l'estensione al trattamento multidisciplinare diacronico dei principi elaborati con riferimento alle altre forme di collaborazione finisce per non tenere conto proprio delle peculiarità di tale forma di divisione del lavoro. A tal riguardo, si è sottolineato che nel trattamento diacronicamente plurisoggettivo i contributi dei vari medici si collocano in differenti contesti spazio-temporali tra loro eterogenei, con la conseguenza che il principio di affidamento dovrebbe, in realtà, vedere ampliati i propri spazi di operatività¹⁰⁴. Non sarebbe, infatti, possibile e, addirittura contrasterebbe con le finalità stesse del trattamento diacronico, imporre a tutti i sanitari, che in tempi ed in luoghi diversi intervengono, di verificare la correttezza dell'operato di coloro i quali li hanno preceduti (ad esempio ripetendo tutti gli accertamenti diagnostici, quali analisi o radiografie). Il medico che prende parte ad un trattamento plurisoggettivo diacronico deve, invece, poter fare pieno affidamento sull'operato dei colleghi che lo hanno preceduto, senza necessità di controllo alcuno.

¹⁰⁴ A. VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit., p. 480; D. GUIDI, *Colpa medica*, cit., 244.

dott. FEDERICO PUPPO
Ricercatore nell'Università di Trento

LOGICA FUZZY E DIRITTO PENALE NEL PENSIERO DI MIREILLE DELMAS-MARTY*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La crisi del diritto penale – 3. La «scommessa del *flou*» - 4. Osservazioni critiche – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In questo breve scritto intendiamo indagare il (possibile) rapporto fra logica *fuzzy* e diritto penale. Per far ciò, richiameremo alcune riflessioni di Mireille Delmas-Marty, autorevole studiosa francese che, come noto, ha da tempo candidato la *logique floue* come paradigma per una nuova immagine non solo della logica giuridica, ma del diritto penale nel suo complesso. In questo modo avremo la possibilità di chiarire, almeno dal nostro punto di vista, quali, fra gli argomenti utilizzati dalla penalista parigina, sembrano poter essere condivisi *qua talis*, e quali, invece, richiedano un diverso inquadramento teorico. Naturalmente non sarà possibile soffermarci nel dettaglio sulla logica *fuzzy* (di cui comunque tratteremo): invero, conformemente alla natura di ampio respiro che caratterizza la riflessione di Delmas-Marty, intendiamo svolgere alcune riflessioni di ordine generale sulla logica e sulla logica giuridica, per cercare di chiarire quello che, a nostro parere, ne costituisce il fraintendimento di fondo. Si ritiene, infatti che la logica moderna (e quindi la moderna logica giuridica) sia una logica identitaria – e questo è corretto – ma *in quanto* aristotelica – e questo, secondo noi, appare non condivisibile: cercheremo più innanzi di spiegarne, seppur succintamente, i motivi.

Prima di procedere oltre, alcune precisazioni appaiono d'obbligo. Siamo, infatti, perfettamente consapevoli che pretendere di ridurre in pochi paragrafi il complesso pensiero di Delmas-Marty è, per almeno due concorrenti ordini di ragioni, assai difficoltoso se non impossibile. In primo luogo, perché gli studi da ella condotti si dipanano lungo un arco temporale che copre diversi decenni; in secondo luogo, perché una così estesa riflessione ha toccato, nel tempo, non solo le tematiche più proprie della disciplina penalistica (con riferimento alle complesse prospettive dischiuse dall'internazionalizzazione del diritto penale, dalla comparazione giuridica e dal tema dei diritti dell'uomo), ma la natura stessa del diritto, ovvero il modo attraverso cui esso viene

* In questo lavoro si anticipano alcune riflessioni destinate a divenire parte di un percorso di ricerca più ampio, di carattere monografico, sul tema del rapporto tra logica *fuzzy* e diritto.

concepito ed organizzato da parte dei diversi attori che concorrono alla sua formazione¹. La consapevolezza che qualunque tentativo di ricostruzione non potrebbe che rimanere incompiuto ed imperfetto, potrà tuttavia consentirci di limitare la nostra ricognizione agli aspetti logico-sistematici del pensiero di Delmas-Marty, tralasciando quelli propriamente penalistici o di politica del diritto.

Da questo punto di vista, appare allo stesso tempo evidente che l'angolo prospettico da cui guarderemo la tematica non potrà che essere quello che più ci è proprio, cioè quello del filosofo del diritto. Non ci pertengono, infatti, le adeguate conoscenze per discutere in modo critico i profili eminentemente penalistici della materia, che, quindi, in taluni aspetti risulterà di certo bisognosa di maggiori precisazioni. Ciò nonostante, il nostro auspicio è quello di riuscire a dare il nostro contributo ad un tema che crediamo meritevole di riflessione, perché tocca da vicino lo statuto stesso del ragionamento giuridico e della logica che lo governa.

2. *La crisi del diritto penale*

L'uomo contemporaneo ha dovuto prendere atto che l'immagine del mondo che la scienza moderna gli aveva fornito non corrispondeva ad una verità in senso assoluto: la realtà, lungi dal poter essere racchiusa nelle categorie del riduzionismo positivista, si è infine mostrata in tutta la sua multiforme complessità, generando quella crisi della modernità in cui, a tutt'oggi, ci troviamo immersi. Si tratta di un fenomeno che ha toccato ogni ambito del sapere e che ha portato alla «perdita della fiducia [nel fatto] che i concetti possano indicare una realtà stabile, duratura e costante nel tempo e nello spazio, nell'insieme e nel susseguirsi di diverse situazioni»². Si tratta di quel cammino della se-

¹ FRANCESCO C. PALAZZO, nella sua *Presentazione* all'edizione italiana di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986 (= *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F.C. Palazzo, tr. it. di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 1992), ricorda come l'opera della studiosa francese si muova lungo tre assi portanti che costituiscono «nel loro insieme la trama inscindibile della risposta alla "crisi" del diritto penale [...]. In primo luogo, sotto il profilo scientifico, la dilatazione dell'orizzonte del penalista fino agli estremi – e vaghi, se si vuole – limiti della politica criminale. [...] In secondo luogo, sotto il profilo ideologico-politico, la dichiarazione di fedeltà al modello dello Stato-società liberale, che è quanto dire il mantenimento della problematica penale nella tensione, e nel prezioso, delicato equilibrio, tra libertà individuale e autorità statale. [...] In terzo luogo, sotto il profilo ideologico-culturale, l'ostinata ricerca di una razionalità dell'esperienza giuridica. E qui che disordine sociale ed ordine giuridico debbono incontrarsi sotto gli auspici di una logica che, se non può più essere quella binaria del conforme/non conforme, sarà quella capace di "ordinare il molteplice": *le flou du droit*. Una logica che compara punti di vista diversi, che instaura plurime relazioni di appartenenza, secondo gradi diversi di intensità» (*ibidem*, pp. XII-XIII). Nel nostro lavoro toccheremo propriamente solo il terzo dei tre profili qui richiamati; e sin da subito dichiariamo come, pur del tutto condivisibile nella sua analisi critica, il pensiero di Delmas-Marty potrebbe assumere maggior valore se ricondotto, più che alla logica *fuzzy*, al pensiero classico, l'unico che ci pare capace di ordinare il molteplice nel senso testé accennato.

² Così F. CAVALLA nella sua *Introduzione* a M. MANZIN, *Ordine politico e verità in Sant'Agostino*.

colarizzazione che è ancora in corso e di cui non si è ancora in grado di stimare la fine; sappiamo, però, che, a segnare la crisi della modernità, è stata determinante l'opera degli stessi uomini di scienza (in particolare matematici, fisici e logici), i quali, tra la metà dell'Ottocento e il primo trentennio del Novecento, hanno progressivamente sbriciolato i dogmi della modernità. La nascita delle geometrie non-euclidee, la teoria della relatività, la fisica quantistica, la crisi dei fondamenti della logica, i teoremi di incompletezza, le riflessioni sul metodo (solo per nominare alcune delle maggiori scoperte e teorie che hanno segnato il passaggio alla post-modernità) hanno riverberato i loro effetti ben oltre i confini del pensiero scientifico, di cui sono stati mostrati gli intrinseci limiti aletici: persa ogni pretesa di poter fornire una fedele, in quanto oggettiva, rappresentazione della realtà, alla ricerca della verità è subentrata quella di una certezza ipotetico-convenzionale. Questo ridimensionamento non ha tuttavia scalfito la capacità operativa della tecnica, la quale, diventata tecnologia, una volta liberata dalle pastoie del descrittivismo, ha potuto finalmente esercitare il proprio incondizionato dominio sul fenomenico, nel cangiante susseguirsi di fini particolari cui l'uomo post-moderno indirizza le proprie azioni, senza essere però in grado di trovare un senso unitario per quella realtà in cui, egli stesso, si vede sospeso a mo' di frammento fra altri.

In questo contesto, anche il diritto ha patito il passaggio alla post-modernità: la crisi del giuspositivismo³ ha generato una nuova riflessione, con il fiorire di numerosi tentativi – alcuni già esauritisi, altri ancora in corso – di ricomprendimento del fenomeno normativo-giuridico⁴. Per il diritto penale – per sua natura più sensibile di altri settori ai fenomeni di crisi – la post-moderna “perdita delle certezze” e l'aumento della comples-

Riflessioni sulla crisi della scienza moderna, Cedam, Padova, 1998, pp. VI-XX: XVII; in generale, sulla crisi della modernità e sulla secolarizzazione, v., su tutti, i lavori di Francesco Cavalla, in particolare ID., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova, 1994, testo fondamentale per la comprensione del problema.

³ Sul tema si vedano, a titolo meramente esemplificativo, M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987; A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005. Per una prospettiva giusfilosofica volta a superare i limiti epistemologici del descrittivismo, coniugando concezione costruttivista della scienza e giuspositivismo c.d. inclusivo, v. V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali: modelli e analogie*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999; ID., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁴ Una sintetica ricostruzione dei diversi indirizzi che hanno caratterizzato lo sviluppo della filosofia giuridica italiana dal secondo dopo-guerra in poi si trova, fra gli altri, in M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in ID., F. PUPPO (a cura di), *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 3-21: 6ss., nonché in ID., *La verità retorica del diritto* in D. PATTERSON, *Diritto e verità*, ed. it. a cura di M. Manzin, Giuffrè, Milano, 2010, pp. IX-LI: Xss. Sul tema si vedano altresì C. FARALLI, *La filosofia giuridica dei nostri giorni*, in G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, 3, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 318-423 e G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina, Milano, 1999.

sità sociale hanno significato la messa in discussione delle sue stesse categorie fondamentali⁵, fra cui il principio di legalità (sempre più messo alla prova dal profluvio di normazione secondaria e dal ruolo sempre maggiore assunto dalla giurisprudenza); il principio della personalità della responsabilità penale (mentre esso si estende in ambiti nuovi – con riguardo alle realtà associative o di impresa – a fatica si conciliano, oggi, residue ed occulte forme di responsabilità oggettiva con le più recenti assunzioni teorico-antropologiche in tema di colpevolezza); oltre che i concetti di bene giuridico e di pena (entrambi coinvolti nella sempre più diffusa pretesa sociale di tutela penalistica, che viene così estesa oltre i limiti suoi propri e resa, di fatto, priva di valore e di efficacia).

Tutto ciò ha portato ad una sorte di perdita di identità del diritto penale, il quale, come nota Delmas-Marty, se tradizionalmente veniva concepito come un «campo chiuso, [...] [caratterizzato dalla] chiusura fisica della pena detentiva [...] [dalla] chiusura istituzionale di un sistema di sanzioni che resta separato dagli altri; [...] [e dalla] chiusura del pensiero giuridico che concepisce il diritto penale come un insieme specifico, con poche relazioni con le altre norme giuridiche; [...] [oggi], suo malgrado, non è più rinchiuso in se stesso»⁶. Dalla constatazione degli enormi cambiamenti che hanno segnato lo sviluppo del diritto penale, la giurista francese fa discendere una vera e propria indicazione di metodo: il diritto penale, non potendo restare quello che era, va «aperto». In effetti, si tratta di una sua intrinseca «necessità, imposta dalle trasformazioni che [lo] caratterizzano»⁷ e che hanno cambiato lo scenario in cui, fino ad oggi, ci siamo mossi: esso, di colpo, appare molto meno ordinato di quello che si credeva, avendo perso l'unità sistematica così faticosamente costruita⁸.

In effetti, «dal codice penale ai modelli di politica criminale, il cambiamento di metodo e d'obiettivo segna il passaggio dall'unico al molteplice, col rischio di slittamenti dal modello occidentale ("Stato-società" liberale) verso forme sia di maggior presenza dello Stato [...] sia di minor presenza dello Stato»⁹. Appare pertanto necessario ricercare una nuova forma di razionalità, un nuovo sistema logico-giuridico in grado di considerare quello che, in modo molto efficace, è stato dalla stessa Delmas-Marty chiamato «*le flou du droit*». Si tratta di una formula linguistica difficilmente traducibile in italiano¹⁰, con diversi e concorrenti livelli di significato, individuando essa non sono

⁵ Cfr. la *Presentazione* di F.C. PALAZZO a M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., pp. IXss.

⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 7.

⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁸ Come già segnalato, il fulcro centrale su cui si muove la speculazione di Delmas-Marty riguarda il concetto di ordine giuridico e la necessità di ripensare il rapporto unità/molteplicità in modo diverso rispetto a quello tipicamente moderno, segnato da una logica di tipo identitario. Il tema, in effetti, appare di capitale importanza ed anche noi torneremo sulla questione nel prosieguo del nostro lavoro. A tal proposito, sin da subito segnaliamo fra tutte, per la comprensione del problema, l'opera di M. MANZIN, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 5.

¹⁰ Di questo ci avverte lo stesso curatore dell'edizione italiana di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., in cui l'espressione è stata volutamente lasciata nella sua forma francese.

solo le nozioni *floues* del diritto (come, ad esempio, quelle di ragionevolezza o dei diritti dell'uomo) ma la stessa «attitudine a comprendere di più ed in modo non lineare»¹¹. Un modo che, quindi, implica una scelta metodologica e la preferenza per «un metodo dell'argomentazione giuridica che, superando lo schematismo della logica binaria del conforme/non-conforme, previsto/non-previsto, metta in relazione punti di vista pluri-mi nella ricerca razionale di un punto di equilibrio e di convergenza»¹².

Questa è, di fatto, la «scommessa del *flou* [...]»: poter passare (senza sempre riuscirci) da un ordine giuridico all'altro, dunque ordinare il molteplice, evitare la dispersione l'incoerenza, la frammentazione che minaccia ogni pluralismo»¹³. Il problema è, in effetti, quello di cercare un criterio che ci renda capaci di «ordinare il molteplice senza ridurlo all'Uno, all'ordine unico»¹⁴; e Delmas-Marty vede nella logica *fuzzy* una valida candidata in grado di adempiere il compito, capace com'è di ponderare e bilanciare i diversi *input* che provengono dalla realtà polivalente.

3. La «scommessa del *flou*»

Qualche esempio ci aiuterà a chiarire il senso di questo discorso e, fra i molti offerti da Delmas-Marty, ci sembra particolarmente rilevante quello che ella stessa chiama della «internormatività giuridica»¹⁵, espressione che utilizza per riferirsi al problema

¹¹ *Ibidem*, p. 6.

¹² In tal senso chiarisce i termini del discorso F.C. PALAZZO nella sua *Presentazione* a M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. VI.

¹³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. D. code pénal aux droits de l'homme*, cit., p. 6.

¹⁴ *Loc. ult. cit.* La traduzione del passo qui offerta è nostra e si discosta in parte da quella presente nell'edizione italiana («ordinare il molteplice senza ridurlo all'unità, all'ordine unico») che riteniamo, di poco, ma in modo significativo, non del tutto rispettosa del testo originale francese. Questo, in effetti, si esprime nei seguenti termini: «*Ordonner le multiple, sans le réduire à l'Un, à l'ordre unique*» (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 12). L'espressione «ridurre all'Uno» e «ridurre all'unità» non sono teoreticamente equivalenti, poiché potrebbero rimandare a due diversi ed opposti modi di pensare il rapporto unità/molteplicità, cioè identità/differenza: la «riduzione all'Uno» implica, infatti, una visione di tipo identitario, tipica del pensiero moderno; mentre «ridurre all'unità» – indicando una qualunque opera di razionalizzazione – potrebbe rappresentare un'apertura verso un pensiero di tipo classico, il quale, invece, cerca un Principio che sappia tenere insieme unità e molteplicità, preservando e l'identità e la differenza. In questo direzione ci spingono altre espressioni dell'Autrice francese, come, ad esempio, quella che compare in EAD., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, Paris, 2006, ove si legge: «*Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste*» (p. 8. Corsivo nostro). Il problema è, quindi, quello di ordinare i molti senza ridurli ad identità, che è però – come spiegato da M. MANZIN, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, cit., *passim* – altra cosa dall'unità: ogni opera di ordine pretende infatti la ricerca di un senso unitario rispetto ad una molteplicità di dati, che però, come vedremo, può avvenire anche senza ridurre i molti all'Uno.

¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., pp. 225ss. Sul punto v. anche EAD., *L'integration du*

della concorrenza fra diverse fonti di diritto e fra diversi sistemi giuridici, in presenza dei quali occorre trovare un senso unitario. Questo fenomeno si presenta quando il coordinamento fra norme concorrentemente applicabili all'interno di un sistema giuridico deve avvenire tramite un «lavoro di armonizzazione di insieme normativi differenti (per esempio diritto penale e principi costituzionali) i quali possono anche dipendere da ordinamenti giuridici distinti (nazionali e sovranazionali)»¹⁶. Ebbene, quando ciò avviene (ed avviene sempre più spesso) il ricorso a quella che viene chiamata la «tradizionale logica giuridica»¹⁷ si dimostra insufficiente: in effetti, quell'opera di armonizzazione non può «organizzarsi secondo la sola gerarchia delle norme, troppo limitata [...] e troppo rigida»¹⁸. E così, il modello kelseniano di diritto, cioè il frutto più maturo della modernità giuridica, deve fare spazio ad altri modelli logici capaci di trattare il molteplice.

Ci sia qui concesso di interrompere brevemente il discorso per evidenziare un carattere del ragionamento di Delmas-Marty che ricorre costante nella sua opera¹⁹ e che, anche nei passi appena citati, emerge con chiarezza: per lei, quando si parla di logica giuridica, il riferimento è solo quello della modernità formalista-kelseniana, al punto che questa merita l'appellativo di «tradizionale». Naturalmente questo è corretto, ma, almeno dal nostro punto di vista, si rende necessaria una precisazione, la quale potrebbe mutare quell'aggettivo «tradizionale» in «moderna»: infatti, che quello indicato sia il modello pressoché unico di riferimento della logica giuridica, così come è stata negli ultimi tre-quattro secoli concepita, è innegabile²⁰. Ma crediamo che non sia, né debba essere, il solo: la nostra «tradizione» logico-giuridica, di certo dimenticata, è cioè altra – come diremo in chiusa, è quella della retorica classica – ed in quanto tale è giustapposta al modello della modernità, con cui la «tradizione» non va

droit penal en Europe, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-16 (= *L'integrazione del diritto penale in Europa*, tr. it. di E. Borsatti, *ibidem*, pp. 17-33); EAD., *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 7-25. Il pensiero di Delmas-Marty ha di recente trovato compiuta esposizione in EAD., *Les forces imaginantes du droit*, 3 voll., Édition du Seuil, Paris, 2004-2007. Per una ricostruzione del pensiero di Delmas-Marty, arricchita dalla sua bibliografia completa sino al 2004, v. utilmente S. MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato*. A proposito dell'opera di Mirreille Delmas-Marty, in M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, cit., pp. 27-46.

¹⁶ EAD., *Le flou du droit*, cit., p. 226 (corsivo dell'A.).

¹⁷ *Ibidem*, p. 180.

¹⁸ *Ibidem*, p. 226.

¹⁹ Cfr. ad es. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Édition du Seuil, Paris, 2004, p. 19; EAD., *Trois défis pur un droit mondial*, Édition du Seuil, Paris, 1998, p. 104.

²⁰ Ben si dice, quindi, quando si osserva che «il diritto ha orrore della molteplicità. La sua vocazione è l'ordine *unificato e gerarchizzato*, unificato *perché* gerarchizzato. E l'immagine che si forma nello spirito dei giuristi, è la piramide delle norme, costruita per l'eternità, piuttosto che quella delle nuvole, anche se fossero ordinate» (*loc. ult. cit.* Corsivo nostro).

omologata. Sarebbe quindi un errore ritenere che, prima della logica giuridica di marca positivistico-formalista, altro non vi sia: è, invece, a quel passato, più che a nuove forme di logica, che si dovrebbe guardare per ritrovare più promettenti forme di razionalità.

Una razionalità che, per riprendere il discorso, non può più in ogni caso essere garantita da un'idea di logica-sistematica quale era stata pensata da Kelsen²¹, in quanto, per essa, si danno solo due modi in cui il rapporto fra norme può essere risolto: il modello di riferimento è infatti quello della «logica binaria [...] [che forma] il principio di appartenenza (1) o di non-appartenza (0) (la regola A appartiene all'insieme E, la regola B non vi appartiene)»²². A questa logica deve pertanto subentrare la logica «*flou* [...] [che ragiona in termini di] grado di appartenenza (la regola A appartiene per lo 0,9 all'insieme E, mentre la regola B appartiene a tale insieme per lo 0,2), più adatto a ordinare la pluralità degli insiemi normativi simultaneamente applicabili, senza sopprimerne le diversità»²³. Uno degli strumenti che la Delmas-Marty individua come utili rispetto a quest'opera di armonizzazione è rappresentato dalla categoria dei diritti dell'uomo che, a differenza dei diritti nazionali limitati nel loro ambito di efficacia spaziale all'interno di un territorio chiuso, hanno una vocazione «universalizzante [...], mobile ed evolutiva rispetto al diritto immobile; *flou*, in antitesi alla precisione giuridica»²⁴. In questa visione, i diritti dell'uomo, come peraltro dimostrato dall'emersione del problema della giuridicità positivista a seguito del processo di Norimberga, hanno la capacità di porre la questione di cosa possa o non possa essere considerato diritto al di fuori – ed al di sopra – degli schematismi propri del positivismo kelseniano.

In effetti, il tema dei diritti dell'uomo attraversa i moderni e contemporanei ordinamenti giuridici sia in senso orizzontale sia in senso verticale, interessandoli, singolarmente presi, a livello nazionale, nonché, in merito ai loro rapporti reciproci, ai livelli internazionale e sovranazionale. Questo stato di cose, frutto di un cammino secolare, mostra, però, due valori contrastanti, eppure compresenti, dei diritti dell'uomo, i

²¹ Si parla infatti di logica «non kelseniana», come in geometria si direbbe «non euclidea» (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 227).

²² *Ibidem*, p. 226.

²³ *Loc. ult. cit.*

²⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 247. Nella categoria dei concetti giuridici a vocazione universalizzante, accanto ai diritti dell'uomo, vengono poi annoverati i crimini contro l'umanità, il patrimonio comune dell'umanità, la *lex mercatoria* e la *lex electronica* (cfr. EAD., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, cit., pp. 44, 53-114). Va poi ricordato come, giusto l'ammontamento della penalista francese, nell'attuale complessità giuridica, si diano differenti forme di «indeterminatezza» che non vanno confuse tra loro: va quindi distinto «il diritto “*mou*” (*soft law*), tipico dell'economia, e il diritto “*flou*” (*fuzzy law*), che sembra caratterizzare il diritto dei diritti dell'uomo» (EAD., *Trois défis pur un droit mondial*, cit., p. 76). Per un'analisi del *soft law*, v. EAD., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, cit., pp. 181 ss.

quali ci possono indicare – se così ci è concesso dire, semplificando – la cifra “positiva” e “negativa” del *flo*. La cifra “positiva” è quella mostrata dalle teorie di Delmas-Marty, giuste le quali i diritti dell’uomo hanno una loro specificità «intesa come prassi di razionalità adattata alle esigenze del pluralismo»²⁵: a livello dell’ordine giuridico interno, essi vengono utilizzati per colmare lacune e per armonizzare norme penali e norme costituzionali; a livello dell’ordine giuridico internazionale, il loro utilizzo consente di armonizzare norme appartenenti a ordinamenti giuridici differenti; infine, a livello giuridico sovranazionale, come nel caso dell’ordinamento comunitario europeo, i diritti dell’uomo sono uno strumento non solo per armonizzare, al loro interno, i diversi ordinamenti nazionali, ma anche per armonizzare questi in riferimento all’ordinamento sovranazionale europeo e per qualificare la stessa ampiezza del diritto penale²⁶.

Accanto a ciò non dobbiamo però dimenticare l’altro effetto, “negativo”, causato dall’emersione e da quella che pare essere l’irrefrenabile marcia dei diritti dell’uomo – come ha spiegato Maurizio Manzin in un suo recente scritto²⁷. Semplificando nuovamente, appare possibile notare, da un lato, come la categoria dei diritti dell’uomo nasca in seno alla modernità giuridica, ché «le più antiche formulazioni di un concetto riconoscibile di “diritti umani” hanno origine nell’età medioevale»²⁸. E, dall’altro, come, una volta nati, diritti dell’uomo e modernità, insieme conoscano la stessa crescita e sviluppo, passando attraverso le grandi teorizzazioni del giusnaturalismo moderno (in cui confluirono le versioni secolarizzate delle dottrine scolastiche e del volontarismo francescano, che generarono il primo seme del giuspositivismo), la codificazione del Settecento e la trasformazione in diritti soggettivi nell’Ottocento, per poi apparire, nel Novecento, «ormai frammentati e totalmente riassorbiti dal diritto positivo, di cui seguono fedelmente le sorti. Negata ogni normatività al “metagiuridico” (per opera del costituzionalista Kelsen), di essi sparirà traccia nei Gulag e nei Lager»²⁹, per poi tornare, infine, a manifestarsi, come nota anche Delmas-Marty, a livello de-nazionalizzato ed internazionalizzato, rivelando sì «la struttura aporetica dello stato moderno»³⁰, ma finendo col dividerne le sorti (essendo, anche in questo, inesorabilmente uniti).

Difatti, oggi, anche i diritti dell’uomo conoscono il passaggio dalla modernità alla «debolezza» della post-modernità e finiscono per essere «svuotati di ogni contenuto concreto» perché, oggi, «tutto è diventato un diritto»³¹. Ma, dal momento che tutto è

²⁵ *Ibidem*, p. 249.

²⁶ Su questi discorsi v. più diffusamente *ibidem*, pp. 250-279.

²⁷ M. MANZIN, *La barba di Solzenicyn e la frammentazione dei diritti umani*, «Persona y Derecho», Servicio de Publicaciones, Universidad de Navarra, 58, 2008, pp. 455-472.

²⁸ *Ibidem*, p. 459.

²⁹ *Ibidem*, p. 464.

³⁰ *Loc. ult. cit.*

³¹ Queste due ultime espressioni citate ricorrono in M. MANZIN, *La barba di Solzenicyn e la fram-*

un diritto, di tutto si può legittimamente pretendere il riconoscimento ed invocarne la tutela: e così si finisce per far perdere il valore di ogni cosa, poiché ad ogni cosa si attribuisce valore, con il risultato che non è più possibile distinguere, sul piano assiologico, alcunché dal suo opposto. L'unico criterio discretivo rimane così quello empiristico, che sposta la scelta su un livello meramente fenomenico e quindi occasionale: poiché la realtà muta incessantemente, in una visione post-moderna non è concesso andare oltre il cangiante susseguirsi dei fenomeni, i quali finiscono col trovarsi governati dall'unico criterio dell'efficacia e quindi da forme più o meno mascherate di violenza.

Ed è esattamente questo il rischio relativista del *flo* che, in nome della sua natura singolare, rischia di far perdere, ad ogni concetto ed ad ogni realtà che connota, la sua propria determinatezza: semantica, assiologica, ontologica. Naturalmente, Delmas-Marty è ben consapevole di questo ed, anzi, proprio per questo, avvertita la presenza del *flo* nel diritto, volge la propria attenzione a quella logica che del *flo* si fa carico, inserendolo all'interno delle proprie categorie di pensiero, e così chiaramente enunciando la necessità di una costante ricerca di razionalizzazione del diritto. Tuttavia, come detto, non crediamo che ciò possa risultare sufficiente: se il *flo* deve essere considerato all'interno di una nuova concezione del diritto, innervata com'è dai diritti umani, non bisogna ignorare che proprio i diritti umani sono segno di quella modernità che, oggi, si scopre non più sostenibile. Come segnala Manzin, non si può infatti «omettere di notare che l'enunciazione dei diritti [dell'uomo] fa capo invariabilmente all'*individuo*»³²: cioè a quella figura di uomo pensata dalla modernità – e che solo la modernità può pensare – in nome del privilegio identitario di cui informa ogni ambito di pensiero e quindi, come sostiene anche Delmas-Marty, la stessa logica giuridica. Da ciò crediamo di poter inferire che, per poter considerare la categoria dei diritti umani un modo per tornare a pensare il diritto, di essa stessa vadano ripensati i fondamenti, della cui natura occorre tenere conto.

Ma in che modo i diritti dell'uomo possono svolgere la loro opera di razionalizzazione³³ di cui si diceva in precedenza? Si torni all'ultimo degli esempî precedenti, quello dell'ordinamento comunitario: abbiamo visto come, in questo contesto, l'opera

mentazione dei diritti umani, cit., ma, come lo stesso Autore avvisa, esse si devono a M. KUNDERA, *L'immortalità*, tr. it. Adelphi, Milano, 2007: in effetti, la riflessione di Manzin prende le mosse da un lungo brano del romanzo di Kundera, il quale nota come, «poiché in Occidente non esiste la minaccia dei campi di concentramento e si può dire e scrivere ciò che si vuole, la lotta per i diritti umani, via via che ha guadagnato popolarità, si è svuotata di qualsiasi contenuto concreto, ed è infine diventata una specie di atteggiamento generale di tutti nei confronti di tutto, una sorta di energia che trasforma qualsiasi desiderio dell'uomo in diritto» (*ibidem*, p. 157).

³² M. MANZIN, *La barba di Solzenicyn e la frammentazione dei diritti umani*, cit., p. 470.

³³ Senza poter qui approfondire il tema, e salvo quanto tra poco diremo, ci limitiamo a ricordare come, secondo Delmas-Marty, si diano differenti modi in cui è possibile leggere i processi di interazione fra norme e fra ordinamenti giuridici: coordinamento, armonizzazione e unificazione. Su ciò si v., da ultimo, M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, cit.

di razionalizzazione dei diritti dell'uomo interviene a livello internazionale, poiché consente di armonizzare le norme penali nazionali. Nota a tal proposito la Delmas-Marty come il rapporto fra i varî ordinamenti sia caratterizzato, innanzitutto, da una profonda diversità, tale da impedire che essi possano immediatamente essere compresi in un solo insieme, quale ambisce essere quello del diritto comunitario. Ebbene, se quegli ordinamenti sono «troppo radicalmente differenti per appartenere simultaneamente ad uno stesso insieme in base ad una logica binaria d'appartenenza o di non-appartenenza [...], questi sotto-insiemi possono tuttavia venire coordinati per mezzo dei nuovi principi detti “diritti dell'uomo” e “diritti fondamentali della Comunità europea”. Tali principi permettono infatti di stabilire una graduazione (un grado di appartenenza) e di fissare una soglia di compatibilità»³⁴.

L'obiettivo da raggiungere, in questo contesto, non può essere quello di una impossibile unificazione fra differenti sistemi, ma, piuttosto, di una loro armonizzazione: per quanto entrambe debbano condurre ad una decisione di conformità o non conformità delle diverse pratiche nazionali rispetto al diritto comunitario, la prima si presenta troppo rigida, perché richiedere la semplice (ma inaccettabile) soppressione delle differenze. La seconda, invece, facendo leva più su principî direttivi che su regole, potrebbe riuscire a garantire un avvicinamento progressivo, una «prossimità sufficiente a condurre ad una decisione di compatibilità»³⁵.

Questo meccanismo si ritrova, ed è utilizzato, in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, se è assai raro che «imponga con la sua interpretazione un contenuto preciso all'uno o all'altro articolo della Convenzione [...], non cerca nemmeno di ravvicinare i diritti nazionali, ma piuttosto di stabilire i limiti di compatibilità, al di là dei quali la norma nazionale non appartiene più all'insieme “diritti dell'uomo” definiti dalla Convenzione»³⁶. Una delle tecniche utilizzate dalla Corte per ottemperare a questo compito è quella di utilizzare le «nozioni *floues* tratte dal diritto comparato ed europeo, come quella di “materia penale”, ovvero come quella di “margine nazionale di discrezionalità”, riservato a ciascuno Stato nella valutazione delle “misure necessarie in una società democratica”»³⁷.

L'esempio della «materia penale» – nozione «in via di armonizzazione in Europa»³⁸ – sarà sufficiente a chiarire ulteriormente il discorso: essa, come noto, risulta essere l'elemento essenziale in presenza del quale una persona – *ex art. 6 CEDU* – può invocare un certo numero di garanzie processuali. Il punto è che né è data una definizione di «materia penale», né essa può essere semplicemente identificata con il diritto penale³⁹: pertanto, si può legittimamente affermare che si è in presenza di un concet-

³⁴ EAD., *Le flou du droit*, cit., p. 250.

³⁵ EAD., *Trois défis pur un droit mondial*, cit., p. 122.

³⁶ EAD., *Le flou du droit*, cit., p. 264.

³⁷ *Ibidem*, pp. 264s.

³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pur un droit mondial*, cit., p. 126.

³⁹ Cfr. EAD., *Le flou du droit*, cit., p. 267, cui si rimanda per una disamina delle pronunce della

to «estremamente vago»⁴⁰, che travalica i limiti del diritto penale propriamente detto, interessando, per esempio, anche sanzioni di carattere amministrativo, cui è stata riconosciuta una funzione repressiva e preventiva e quindi tipicamente penalistica. Ebbene, in presenza di uno scenario così multiforme, la Corte di Strasburgo ha determinato tre differenti criteri (qualificazione giuridica interna; natura del fatto perseguito; natura, finalità e severità della sanzione) che permettono, in concorrenza tra loro, di stabilire quando si sia in presenza di un caso da reputarsi di «materia penale» – e quindi suscettibile di ricadere nell’ambito di applicazione dell’art. 6 CEDU –, anche se, dal punto di vista del diritto interno, la sanzione viene considerata di natura amministrativa. «Completata dallo studio della connessione e del bilanciamento fra i diversi criteri, questa serie di variabili delinea una logica giuridica ad un tempo pluridimensionale e combinatoria, che consente la valutazione, per ciascun caso, di un “grado di appartenenza”. Grado che la teoria matematica del *fou* impone di misurare rispetto all’insieme di riferimento “specificabile” (non *fou*) sottostante ai tre casi: l’insieme “diritti penali europei”. È così che la “materia penale” sembra designare i sottoinsiemi *fous* del diritto penale»⁴¹. In questo modo, si può dire che siamo in presenza di un processo di armonizzazione, e non di unificazione, perché esso è teso a garantire la generale applicazione del principio, e quindi di precise garanzie e regole, mentre lascia che il regime giuridico di ogni sanzione resti differente da Stato membro a Stato membro: si cerca un’unità senza sopprimere, per questo, la differenza.

4. Osservazioni critiche

Ma è davvero così? Posto che, oggi, non si possa negare la crisi della concezione giuspositivistica e formalista del diritto e che, in effetti, il problema sia quello di ripensare il rapporto uno/molteplice – cioè il concetto stesso di *sistema* giuridico – siamo certi che la logica *fuzzy* possa rappresentare un idoneo paradigma per una “nuova” logica giuridica?

Nel rispetto dei limiti che abbiamo stabilito all’inizio, nel prosieguo di questo lavoro forniremo alcuni argomenti di carattere generale che investono il piano logico e che, quindi, coinvolgono la stessa logica *fuzzy*, per poi riverberare i propri effetti sulla più ampia questione del rapporto unità/differenza e quindi sulla questione dell’ordine giuridico.

In via generale, possiamo ricordare come la logica *fuzzy* sia stata sviluppata a far

Corte di Strasburgo sul tema. Più specificamente vedasi altresì EAD., *La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme et la «logique du fou»*, «Revue de droit penal et de criminologie», 1992, 12, pp. 1031-1046.

⁴⁰ EAD., *Trois défis pur un droit mondial*, cit., p. 126.

⁴¹ *Ibidem*, p. 269.

data dagli anni Sessanta del secolo appena trascorso⁴², con il preciso intento di trattare la vaghezza (che la logica formale, in nome della sua pretesa di esattezza, non poteva prendere in considerazione). In effetti, va ricordato come la logica formale classica nacque con l'intento di dettare «canoni precisi di validità»⁴³, al punto che, ad esempio, Frege e Russell, due fra i suoi fondatori, ritenevano valido il principio per il quale «la logica si applica soltanto ai predicati non vaghi»⁴⁴. La logica *fuzzy* nacque pertanto, se così si può dire, in contrapposizione alla logica formale “bivalente”, costruita sulla base di una contrapposizione dualistica dei valori di verità (vero/falso) che la logica *fuzzy*, conformemente ad altre costruzioni teoriche antecedenti, quale quella della logica polivalente di Lukasiewicz, fa discendere come conseguenza diretta dall'accettazione di principi della logica classica, ovvero il terzo escluso e quello di non contraddizione.

La differenza basilare tra i due modelli logici si gioca a partire dal concetto di insieme che, da Cantor in poi, è diventato la nozione base della logica stessa: infatti, secondo l'ordinaria teoria degli insiemi, assegnata una determinata proprietà caratteristica ad un insieme, è sempre possibile decidere se un elemento vi appartenga o non vi appartenga. In effetti, la funzione di appartenenza si declina nei termini del “tutto o niente”: o l'elemento x appartiene all'insieme A o non vi appartiene. *Tertium non datur*. In presenza di nozioni vaghe, però, questo giudizio di appartenenza appare assai problematico: esistono infatti casi dubbi (i c.d. casi limite o *borderline cases*, il cui paradigma è rappresentato dal paradosso del sorite) di cui non siamo capaci di dire in modo preciso se appartengano o meno all'insieme di riferimento. Così, ad esempio, se l'insieme fosse quello degli uomini alti, ipoteticamente costituito da tutti coloro alti più di 180,00 cm., sarebbe problematico segnare un confine netto fra chi è alto 179,99 cm. e chi 180,01 cm., di talché l'operazione potrebbe apparire arbitraria (infatti, normalmente, un millimetro non fa differenza). Appare preferibile – sostiene la logica *fuzzy* – assegnare, a questi elementi, un valore compreso fra 0 ed 1 (i valori che, in termini binari, esprimono il vero ed il falso e che, nella teoria insiemistica, indicano l'intervallo noto come «codominio»), attestante il grado di appartenenza dell'elemento all'insieme degli uomini alti⁴⁵. In questo modo si definisce la «*fuzziness* [...] di un

⁴² Il primo scritto in cui si parla di logica *fuzzy* è L. ZADEH, *Fuzzy sets*, «Information and Control», 8, 1965, pp. 338-353.

⁴³ S. HAACK., *Philosophy of Logics*, Cambridge University Press, 1978 (= *Filosofia delle logiche*, tr. it. di M. Marsonet, FrancoAngeli, Milano, 1984), p. 193 (corsivo dell'A.).

⁴⁴ Così R.A. SORENSEN, *An Argument for the Vagueness of 'Vague'*, «Analysis», 45.3, 1985, pp. 134-137: 136. Nel prosieguo del suo saggio l'A. mostra come la posizione di Frege e Russell, al di là dei risultati cui essi sono pervenuti, appaia per se stessa problematica a causa della vaghezza che connota il termine «vago» (da cui la c.d. vaghezza di ordine superiore) la quale rende impossibile segnare in modo netto la separazione fra i predicati vaghi e i predicati non-vaghi (posto che, per l'appunto, il confine è esso stesso non preciso, cioè esso stesso vago).

⁴⁵ Infatti, «mentre nella logica tradizionale un elemento x o appartiene ($I(A, x) = 1$) o non appar-

simbolo, [cioè] la mancanza di un confine ben definito dell'insieme degli oggetti cui il simbolo è applicato. L'appartenenza degli oggetti ad un sottoinsieme A dell'universo di discorso U si postula in tal caso [...] graduabile: si ammettono, cioè, stati di transizione tra la non appartenenza e l'appartenenza "piena" degli elementi ad A ⁴⁶.

Come abbiamo visto in precedenza, ciò appare richiamato da Delmas-Marty proprio in riferimento alla nozione di «materia penale», che costituirebbe i sottoinsiemi *fuzzy* del diritto penale: c'è una soglia di appartenenza, non chiaramente indicata, che va segnata dal giudice nella valutazione simultanea di quegli indici eterogenei stabiliti dalla Corte di Strasburgo. Questa applicazione simultanea di indici in concorrenza fra loro richiama il modo in cui funzionano i sistemi *fuzzy*, i quali sono deputati ad elaborare informazioni imprecise ed incerte sulla base della logica *fuzzy* (come avviene, per esempio, quando un climatizzatore *fuzzy* si trova a gestire indicatori di temperatura come "freddo" o "caldo"). Il comportamento di questo tipo di sistemi «è definito, come nei sistemi esperti, da una base di conoscenza [che] comprende la descrizione degli insiemi *fuzzy*, input ed output, e le regole che associano gli uni agli altri»⁴⁷. Tuttavia, queste regole, a differenza di quelle che si ritrovano nei sistemi esperti "tradizionali", non sono precise, ma sono piuttosto simili a dei principi generali, del tipo: se la temperatura è mediamente calda, allora occorre aumentare la potenza del motore di raffreddamento di un valore medio⁴⁸. Inoltre, esse «vengono eseguite tutte contemporaneamente, in parallelo, mentre nei sistemi esperti occorre scegliere una regola alla

tiene ($I(A, x) = 0$) a un determinato insieme A , nella logica fuzzy un elemento x appartiene a un insieme fuzzy A con un grado di verità compreso fra 0 e 1. Tale grado di appartenenza è denominato "membership" $m(A, x)$ e sostituisce l'indicatore $I(A, x)$: $0 \leq m(A, x) \leq 1$. È importante rilevare subito che la membership non è una probabilità. Quando dico che c'è la probabilità del 50% che un bicchiere sia semipieno, faccio la previsione di osservare quel bicchiere semipieno mediamente 50 volte ogni cento eventi. Quando invece dico che la membership (grado di appartenenza) di un certo bicchiere x in un insieme fuzzy " $P =$ pieno" è $m(P, 0.5)$, affermo che la sua pienezza ha un grado di ambiguità del 50 per cento. Nel primo caso ho una misura della frequenza statistica di un certo evento, nel secondo caso ho la misura di un fatto deterministico, ma ambiguo» (così chiarisce i termini del discorso, fra gli altri, S. CAMMARATA, *Sistemy fuzzy. Un'applicazione di successo dell'intelligenza artificiale*, Etaslibri, Brughiero-Milano, 1994, pp. 77s.).

⁴⁶ A.G.S. VENTRE, *Imprecisione e sfocatura (fuzziness)*, in AA.VV., *Insiemi sfocati e decisioni*, E.S.I., Napoli, 1983, pp. 11-21: 13s.

⁴⁷ S. CAMMARATA, *Sistemy fuzzy. Un'applicazione di successo dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 91.

⁴⁸ La stessa Delmas-Marty sembra riferirsi a questo tipo di esempio: trattando del ruolo armonizzante della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo al margine nazionale di discrezionalità, ricorda la necessità di adottare una «logica non binaria, logica di gradazione o *logique floue* (fuzzy logic), che suppone la prossimità, e non l'identità, delle pratiche nazionali in rapporto al principio di riferimento» (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit* (II). *Le pluralisme ordonné*, cit. p. 96). E spiega più avanti come, in questo contesto, il «giudice giochi così, in qualche modo, il ruolo di un reostato [*rbéostat*] che fa variare l'intensità normativa adattandola il più possibile in maniera continua. La Corte europea dei diritti dell'uomo [...] funziona allora come un variatore [*variateur*], o un modellatore [*ajusteur*], che contribuisce alla stabilità della struttura malgrado la sua complessità, o forse grazie ad essa» (*loc. ult. cit.*).

volta e concatenare sequenzialmente più regole in un filone di ragionamento automatico»⁴⁹. Si è così osservato come il «metodo matematico basato sulla teoria degli insiemi *fuzzy* aiuti le macchine a ragionare in modo più simile a quello umano»⁵⁰: pur interagendo (tramite i processi di fuzzificazione e defuzzificazione)⁵¹ con sistemi tuttora bivalenti, la logica *fuzzy* contempla una componente “soggettiva”, consistente nella traduzione numerica della vaghezza del linguaggio⁵² (ed ecco perché lo stesso Zadeh – l’inventore della logica *fuzzy* – l’ha definita come un metodo per calcolare con le parole).

In effetti, come detto, proprio la questione della vaghezza è il fulcro intorno a cui ruota la logica *fuzzy*, dovendo peraltro ricordare come oggi vada preso atto che anche «le c.d. “scienze esatte” sono costrette a tollerare un certo grado di vaghezza [...] [la quale] non può mai venire completamente eliminata [...] ed è insita nella dinamica stessa dello sviluppo delle discipline scientifiche»⁵³. Il dibattito, invero, insiste da tempo su quale sia l’origine della vaghezza (se, cioè, essa riguardi il rapporto linguaggio/oggetti o se inerisca solo al linguaggio o, ancora, se riguardi direttamente gli oggetti) e quale possano essere i modi per trattarla: si tratta, però, di un tema che non possiamo

⁴⁹ S. CAMMARATA, *Sistemy fuzzy. Un’applicazione di successo dell’intelligenza artificiale*, cit., p. 91.

⁵⁰ A. SANGALLI, *The Importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*, Princeton University Press, Princeton, 1998 (= *L’importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, tr. it. di L. Servirei, Bollati Boringhieri, Torino, 2000), p. 33. Le potenzialità dei sistemi *fuzzy*, in tal senso, sono enormi: e questo perché, ad esempio, un sistema di controllo (negli ambiti della robotica o dell’automazione) «non richiede la modellizzazione matematica, [poiché] è *model free*, si basa [cioè] sulla descrizione linguistica della strategia di controllo fornita da operatori umani» (A.G. PIZZALEO, *Fuzzy Logic. Come insegneremo alle macchine a ragionare da uomini*, Castelvecchi, Roma, 2000, p. 97).

⁵¹ Su cui v., ad es., J.J. BUCKLEY, E. ESLAMI, *An Introduction to Fuzzy Logic and Fuzzy Sets*, Physica-Verlag, Heidelberg-New York, 2002, spc. pp. 55-93 (a questo testo si rimanda in generale per una esaustiva esposizione della logica *fuzzy* e dei sistemi *fuzzy*). Detto in breve, la fuzzificazione, che è la «prima operazione di un sistema fuzzy, consiste nell’attivare gli insiemi input in funzione del valore attuale delle sue variabili input» (S. CAMMARATA, *Sistemy fuzzy. Un’applicazione di successo dell’intelligenza artificiale*, cit., p. 96). In seguito, secondo diverse regole di associazione (dalla più semplice: una regola con un antecedente; alle più complesse: più regole con più antecedenti), vengono attivati gli «insiemi output in funzione delle regole applicabili e degli insiemi già attivati in output. [...] Essi vengono consolidati, mediante una semplice somma, in un solo insieme [...]. L’ultima operazione [cioè la defuzzificazione] consiste ora nel convertire tale insieme in un ben determinato valore z_0 della variabile output z , nel dominio z_1, z_2, \dots, z_p . I metodi i più usati sono la moda e il centroide» (*ibidem*, pp. 98-111).

⁵² «Fondamentalmente, l’idea base è strutturare la conoscenza in una collezione di regole se-allora [*if-then rules*]. Queste regole danno una descrizione del reale comportamento del sistema utilizzando enunciati linguistici invece di equazioni differenziali» [C. FANTUZZI, *Introduction to fuzzy logic: applications to industrial problems*, in P. BLONDA, M. CASTELLAN, A. PETROSINO (eds.), *New Trends in Fuzzy Logic II. Proceedings of the Second Italian Workshop on Fuzzy Logic*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd, Singapore, 1998, pp. 319-326: 319].

⁵³ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 84.

trattare in questa sede e che ci limitiamo quindi a menzionare⁵⁴.

Ciò che, invece, in questa sede interessa è porre in risalto il fatto che, in considerazione della ritenuta artificiosità del tentativo formalista di eliminazione della vaghezza, la logica *fuzzy*, al pari di altre logiche c.d. «non-classiche» o «devianti», ritiene che i fondamenti della logica classica (non contraddizione e terzo escluso) debbano essere messi in discussione, ed anzi, il più delle volte, disattesi⁵⁵. Si dice ad esempio che «la teoria *fuzzy* estende la tradizionale teoria degli insiemi poiché [...] ne rilancia i vincoli costituiti dagli aristotelici principi di non contraddizione e del terzo escluso»⁵⁶; oppu-

⁵⁴ In effetti, posto che, in letteratura, si deve registrare un «considerevole disaccordo circa [...] l'esatta natura della vaghezza» (R.A. SORENSON, *An Argument for the Vagueness of 'Vague'*, cit., p. 134), parlare compiutamente di vaghezza vorrebbe in primo luogo dire qualificarla – prendendo in esame il paradosso del sorite – e quindi esaminare le diverse concezioni che hanno cercato di spiegarla e comprenderla: non solo le diverse teorie realiste e antirealiste, ma anche la filosofia nichilista e le teorie della c.d. vaghezza ontologica, che implica il problema della c.d. vaghezza di ordine superiore. Per queste questioni ci sia concesso di rimandare al nostro lavoro monografico, in corso di pubblicazione, e di limitarci ad indicare qui, fra gli altri, il volume di E. PAGANINI, *La vaghezza*, Carocci, Milano, 2008, che offre una concisa ma esaustiva ricognizione delle diverse teorie che si sono fatte carico di spiegare il problema della vaghezza. In ambito filosofico-giuridico, si ricorda come la questione della vaghezza sia stata affrontata tanto da una prospettiva epistemico-realista – sostenuta, ad esempio, da T. WILLIAMSON, *Vagueness*, Routledge, London, 1994 – quanto da una prospettiva nominalistico-anti-realista – per la quale vedasi, fra gli altri suoi lavori, C. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1999: ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 117-130; ID. *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 29-59; ID., *Questa non è una introduzione*, in S. COLLOCA, *Autoriferimento e antinomia nell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2006, pp. XIII-XLIX. In questi lavori, Luzzati prende in considerazione anche la logica *fuzzy*, che da ultimo finisce però con il ritenere gravemente insufficiente ed inadeguata per spiegare il fenomeno della vaghezza, con ciò facendo propria un'opinione diffusa fra i logici e sostenuta, ad esempio, da S. HAACK *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1996. Per chiarire i rapporti fra realismo ed anti-realismo, v. utilmente anche il recentissimo D. PATTERSON, *Diritto e verità*, cit., *passim*, in cui l'Autore muove una critica sia verso la prospettiva realista sia verso quella anti-realista, che vede accomunate da una medesima ispirazione di fondo.

⁵⁵ Invero, per quanto sia possibile ritenere che la logica *fuzzy* rientri nel novero delle logiche c.d. paraconsistenti – che si «caratterizza[no] per il rifiuto esplicito del p.d.n.c. [...], le quali comprendono anche la “logica minimale” [...] e le “logiche della rilevanza”» (E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, L'Epos, Palermo, 1987, p. 264) – è dato constatare che taluni ritengono la logica *fuzzy* una logica paracompleta, che nega validità al solo principio del terzo escluso (cfr., ad es., N. GRANA, *Contraddizione e incompletezza*, Liguori, Napoli, 1991).

⁵⁶ M. VERONESI - A. VISIOLI, *Logica fuzzy: teoria ed applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 2003³, p. 16; ivi si afferma altresì che, con la comprensione della verità fuzzy, «cade quindi il principio di non contraddizione [...]; con esso svanisce quello del terzo escluso [...] e anche tutte le dimostrazioni per assurdo (basate appunto sulla “contraddizione” emergente dalla negazione della tesi) come appunto quella che permette di ricavare dal principio di non contraddizione quello del terzo escluso (che pertanto non è poi così tanto un “principio”）」 (loc. ult. cit.).

re che «il principio di non contraddizione [...] e del terzo escluso (o bianco o non bianco) producono risultati lontani dal buon senso. Il senso comune è infatti più a suo agio in un mondo “grigio” e “sfumato” che in un mondo in “bianco o nero” con oggetti dai contorni netti»⁵⁷.

In effetti, la logica *fuzzy* amplierebbe i confini della logica bivalente nella misura in cui considera i valori 1 e 0 – corrispondenti a V(ero) e F(also) – gli estremi di uno spazio aletico che però, normalmente, non è dato raggiungere: nella gran parte dei casi bisogna cioè trattare nozioni vaghe che implicano valori di verità non riducibili alla dicotomia V/F.

Non intendiamo, in questa sede, approfondire se la pretesa della logica *fuzzy* sia sostenibile oppure no⁵⁸: ci limitiamo a rilevare come, in effetti, la questione della vaghezza abbia messo in crisi la costruzione ed i fondamenti stessi della logica formale moderna, la quale ha dovuto subire importanti revisioni (senza che, peraltro, questo abbia sempre condotto alla elaborazione di logiche non-classiche). Crediamo tuttavia che questo ripensamento dovrebbe, proprio in ambito logico-giuridico, portare ad una rivalutazione della logica aristotelica, autenticamente classica, e non ad una sua negazione. Ci pare quindi rilevante affrontare, nello spazio a nostra disposizione, quella che, secondo noi, è la vera questione fondamentale, riguardante il bersaglio delle critiche della logica *fuzzy*, ma anche di Delmas-Marty: la logica moderna. E questo non perché riteniamo che essa debba essere ricandidata come possibile modello della logica giuridica, ma perché siamo convinti che, affinché quest’ultima possa essere adeguatamente ripensata, occorra dissolvere un fraintendimento basilare: quello per cui la logica moderna sarebbe *aristotelica*.

Quest’affermazione ricorre costantemente (un vero e proprio *topos*) sia in campo logico, sia in campo logico-giuridico. Con riguardo a quest’ultimo, basti ricordare, in particolare, come la stessa Delmas-Marty abbia affermato che «la logica formale aristotelica, detta “classica”»⁵⁹ sia insufficiente a trattare il fenomeno giuridico segnato dal *flou*. Questo tipo di logica, «costruita sul modello “sillogistico”, [...] [per quanto si sia] considerabilmente arricchita dai tempi di Aristotele [...] tuttora riposa sui tre principî che egli aveva teorizzato: principio d’identità (c’è solo un vero e un falso); principio di non contraddizione (il vero non è il falso); principio del terzo escluso o di bivalenza (ciascun enunciato è vero o falso)»⁶⁰, i quali non sarebbero in grado di so-

⁵⁷ S. CAMMARATA, *Sistemi a logica fuzzy. Come rendere intelligenti le macchine*, Etaslibri, Milano, 1997², p. 6.

⁵⁸ Ne abbiamo parzialmente trattato in F. PUPPO, *Per un possibile confronto fra logica fuzzy e teorie dell’argomentazione*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, 2006, pp. 221-271, cui ci permettiamo di rimandare.

⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme et la «logique du flou»*, cit., p. 1031.

⁶⁰ *Loc. ult. cit.* Si noti come il modo di esplicitare, in particolare, il principio di non contraddizione non sia quello aristotelico, ma dipenda dalla pregressa formulazione del principio di identità, cui

stenero il peso dell'indeterminatezza che i concetti vaghi esercitano sul diritto.

In effetti, come abbiamo visto, il pluralismo implicato dalla concorrenza dell'ordinamento giuridico comunitario con i diversi sistemi giuridici nazionali può trovare – secondo la teoria di Delmas-Marty – un trattamento adeguato ove, invece di un giudizio di tipo identitario teso a realizzare un mero controllo di conformità, la Corte europea dei diritti dell'uomo applichi un criterio graduale di prossimità, in grado di condurre ad un controllo di compatibilità e, quindi, all'armonizzazione dei differenti sistemi.

Ma la differenza implicata in questo cambiamento di prospettiva non riguarda, come osserva Delmas-Marty, solo un livello politico: secondo lei, mette in discussione «i tre principi della logica aristotelica. Questa messa in discussione colpisce il principio di identità (della pratica nazionale non si esige che sia “identica” alla norma europea), quello del terzo escluso (una pratica nazionale differente dalla norma europea non è necessariamente “esclusa” dal sistema europeo) e perfino il sacrosanto principio di non contraddizione (una medesima pratica può essere nello stesso tempo penale secondo il sistema europeo e non penale secondo il sistema di diritto interno)»⁶¹.

Sul punto, tuttavia, non possiamo concordare: crediamo, infatti, che la logica moderna di tipo identitario-deduttivista non sia *qua talis* riconducibile ad Aristotele, e che poi, qualora lo fosse, dovrebbe necessariamente accogliere la lezione aristotelica (e classica) per la quale, nell'ambito giudiziale (nonché epidittico e deliberativo)⁶², la logica assiomatico-deduttiva non possa trovare applicazione. In effetti, questi ambiti non possono essere considerati nello stesso modo in cui si considerano quelli che chiameremo “scientifici” (governati da una logica di tipo analitico) a causa della loro intrinseca controversialità, la quale rende necessario o comunque conveniente utilizzare un altro tipo di logica, che è in Occidente da sempre nota con il nome di retorica⁶³.

Non potendo, per ovvie ragioni, discutere estesamente questi temi, ci basti ricor-

si deve anche l'equivalenza fra principio del terzo escluso e di bivalenza. Per una critica al modello sillogistico (da interpretarsi però come immagine della modernità giuridica), v. utilmente M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti del sillogismo giudiziale nell'era post-moderna*, «Tigor. Rivista di scienze della comunicazione», I.1, 2009, pp. 31-41 (disponibile on-line all'indirizzo <http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3188> e ora anche in: «Rassegna degli avvocati italiani», 2, 2009, pp. 42-54).

⁶¹ M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la «logique du flou»*, cit., p. 1034.

⁶² Cfr. ARIST, *Rhet.* I, 3 1358 b 2-7.

⁶³ Si può anzi dire che, in Occidente, sapere giuridico e logica retorica (ma anche riflessione filosofica) nascono insieme: ne troviamo, infatti, rappresentazione unitaria già nelle *Eumenidi* di Eschilo. Sarà poi il lungo ed articolato trapasso all'età moderna a far perdere la memoria di quell'origine, con la pretesa di adeguamento della logica giuridica ai modelli logico-matematici propri delle scienze c.d. esatte. Su questi temi v., fra gli altri, i saggi contenuti nel volume di M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, cit. (in particolare quelli di E. RIPEPE, A. CHIZZINI, D. VELO DALBRENTA e P. SOMMAGGIO).

dare come, quando si parla di logica classica in contrapposizione alle logiche non classiche (come la logica *fuzzy*), l'aggettivo «classica» non vada riferito alla logica antica e ad Aristotele, ma alla logica formale moderna, teorizzata compiutamente da Frege in poi⁶⁴. Certo, si dice «classica» poiché si ritiene che essa implichi i principî logici fondamentali di cui tratta Aristotele, ovvero identità, non contraddizione e terzo escluso. Ma il punto è esattamente questo: il modo in cui di questi principî sono intesi da Aristotele e dalla logica moderna è affatto differente, tanto che esse non possano – secondo noi – essere considerate omologhe.

Si tratta, a ben vedere, di una differenza fondamentale: infatti, la logica moderna è senza dubbio una logica identitaria (cioè una logica basata sul principio di identità, che assurge a vero e proprio fondamento logico-sistematico), mentre la logica aristotelica ha caratteristiche diverse. Quindi, se la critica alla logica moderna si concentra sul suo carattere intimamente identitario, questa critica non può riguardare la logica aristotelica, che tale carattere non ha.

La ragione basilare è che, come risulta dalla *Metafisica*, il principio fondamentale della logica aristotelica è il principio di non contraddizione, che merita, in virtù della sua auto-fondazione, l'appellativo di «più sicuro di tutti»⁶⁵; il principio del terzo escluso (e non di bivalenza) è una sua specificazione; mentre il principio di identità è implicato dal (e nel) principio di non contraddizione, ma non risulta espressamente menzionato.

Nella logica moderna, invece, il principio di non contraddizione viene ridotto a quello di identità, il quale finisce per sostituirlo quasi ne fosse il fondamento: da esso si fa discendere, infatti – dimostrandolo – lo stesso principio di non contraddizione, riducibile nella logica formale c.d. classica al principio di determinatezza⁶⁶, nonché quello del terzo escluso, riducibile a quello di bivalenza⁶⁷.

⁶⁴ Sul punto basti ricordare, ad esempio, come sia stato detto che le logiche non-classiche sono quelle che «per una ragione o per l'altra si diversificano dalla logica ordinaria, il cui modello più rappresentativo è costituito dal sistema dei *Principia Mathematica* [di Russell e Whitehead]» (A. NOTO, *Le logiche non classiche*, Bulzoni, Roma, 1975, p. 13). Per un ampio studio sulla nascita della logica formale classica e sui suoi sviluppi, v. su tutti C. MANGIONE, S. BOZZI, *Storia della logica. Da Boole ai nostri giorni*, Garzanti, Milano, 2001³.

⁶⁵ ARIST., *Metaph.*, G 3, 1005 a 19 = G. REALE, *Aristotele. Metafisica*, Bompiani, Milano, 2003⁴, p. 143.

⁶⁶ «Una volta definita la *contraddizione* come una *coniunzione in cui un congiunto è la negazione dell'altro* (ad esempio: *PAIP*), il *principio di non contraddizione* può formularsi dicendo che per ogni *P* vale: $\Gamma(PAIP)$ ossia *ogni asserto della forma PAIP è falso*, ovvero *nessuna proposizione può essere insieme vera e falsa*. [...] Questa legge espressa nel nostro formalismo richiama [...] il principio di *determinatezza*: ogni enunciato ha un solo valore di verità (perciò se è vero non può essere anche falso e viceversa)» (così F. BERTO, L. VERO TARCA, *Introduzione alla logica formale*, Cafoscarina, Venezia, 2003, p. 54. Corsivo degli AA.).

⁶⁷ «Il *principio del terzo escluso* può formularsi dicendo che per ogni *P* vale *PAIP* ossia *ogni asserto della forma PAIP è vero*, ovvero *qualunque proposizione va o affermata o negata o ancora qualunque proposizione è vera o falsa*. Questa legge richiama [...] il principio di *bivalenza*: vi sono solo due valori di verità, vero e falso» (*loc. ult. cit.* Corsivo degli AA.).

Le conseguenze di tutto ciò sono enormi: arrestando la nostra analisi al problema del rapporto fra principio di non contraddizione e principio di identità (e così tralasciando il principio del terzo escluso, poiché, come detto, in Aristotele esso è una specificazione del principio di non contraddizione)⁶⁸, possiamo ricordare che solo al primo pertiene la caratteristica di essere il fondamento logico del pensiero, «il principio di tutti gli assiomi»⁶⁹. La sua innegabilità non è però *dimostrabile*⁷⁰, ché, se lo fosse, questa dimostrazione dovrebbe essere condotta sulla base ed in dipendenza di criteri precedenti, che quindi sarebbero essi stessi “più fondamentali” del principio di non contraddizione. Di contro, la sua innegabilità si *mostra da sé* – e quindi esso risulta autofondato – poiché nel momento in cui si pretende negarlo, lo si deve affermare. Il principio di non contraddizione non è, quindi, né il prodotto di un atto di volontà, né la deduzione da un altro principio, di talché si può a buon titolo dire che esso è «l'acertante per eccellenza, il principio di ogni certezza e [...] di ogni procedura di accertamento»⁷¹.

Vediamo ora perché. Si consideri dapprincipio la definizione del principio di non contraddizione come risulta in Aristotele: «È impossibile che la stessa cosa, ad un tempo, appartenga e non appartenga ad un medesima cosa, secondo lo stesso rispet-

⁶⁸ Ci limitiamo pertanto a ricordare come, quando nella modernità ci si riferisce al principio del terzo escluso, in realtà si intende più esattamente «ciò che Lukasiewicz chiamò il *principio di bivalenza*: 'ogni proposizione è vera o falsa'. Oppure all'affermazione che ci sono soltanto due possibili valori di verità: appunto, vero e falso» (P. ODIFREDDI, *Il diavolo in cattedra. La logica da Aristotele a Gödel*, Einaudi, Torino, 2003, p. 73. Corsivo dell'A.; Jan Lukasiewicz è il padre della logica polivalente a tre valori, da cui, nel corso del Novecento, si svilupparono le altre logiche polivalenti, fino ad arrivare a quelle ad infiniti valori come, per l'appunto, la logica *fuzzy*). Nella prospettiva aristotelica, invece, il principio del terzo escluso non fissa una bivalenza, poiché dice «soltanto come devono agire collettivamente i valori di verità di una proposizione e della sua negazione, senza per questo pretendere di determinarli individualmente, come fa invece il principio di bivalenza» (*loc. ult. cit.*). Tant'è vero che lo stesso Aristotele, come pare attestare la considerazione tributata al problema dei c.d. futuri contingenti (su cui v. ARIST., *De int.*, IX, 18 b 27-19 b 24), rifiuta il principio di bivalenza e «questo significa che non interpretava la logica in termini di valori di verità, o almeno non solo in termini di vero o falso» (P. ODIFREDDI, *Il diavolo in cattedra. La logica da Aristotele a Gödel*, cit., p. 101). In effetti, lo Stagirita afferma «che non sempre, di riguardo ad un'affermazione e ad una sua negazione contrapposte, sarà necessario che una di esse sia vera e l'altra invece falsa: in effetti, ciò che vale per gli oggetti che sono non vale allo stesso modo per quelli che non sono, ed hanno la possibilità di essere o di non essere» (ARIST., *De int.*, IX, 19 a 44-19 b 5 = G. COLLI, *Aristotele. Organon*, Adelphi, Milano, 2003, p. 69).

⁶⁹ ARIST., *Metaph.*, Γ 3, 1005 b 34 = G. REALE, *Aristotele. Metafisica*, cit., p. 145.

⁷⁰ Cfr. ARIST., *Metaph.*, Γ 4, 1006 a 6-11.

⁷¹ F. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in M. BASCIU (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Cedam, Padova, 1998, pp. 21-53: 30. Quando la logica formale dimostra il principio di non contraddizione (cosa che avviene, come vedremo, con Boole) in realtà ciò che viene dimostrato non è il principio di non contraddizione, e in effetti nel simbolismo logico si trova solo la rappresentazione formale, cioè astratta, del suo enunciato.

to»⁷². Ebbene, se si volesse negare la validità del principio di non contraddizione, occorre ammettere che «è possibile che la stessa cosa ad un tempo, appartenga e non appartenga a una medesima cosa, secondo lo stesso rispetto». Si vorrebbe, però, che questa affermazione fosse intesa per ciò che si vuole con essa esprimere (la pretesa *non-validità* del principio di non contraddizione), e non anche per il suo opposto (la *validità* del principio di non contraddizione). Si è dunque costretti ad avvalersi della significanza univoca di quel discorso che si vorrebbe negare. Infatti, a ben vedere, la negazione comporta l'aprirsi di due alternative: se si affermasse che il principio di non contraddizione è non-valido, ciò vorrebbe dire che esso è allo stesso tempo: (I) valido e (II) non-valido. Nel caso (I) si affermerebbe che quanto vorrei negare è valido; nel caso (II) si affermerebbe (conformemente agli intenti di partenza) che il principio di non contraddizione è non-valido. Ma ciò comporterebbe una seconda alternativa del tutto simile alla prima: infatti, dire che il principio di non contraddizione è non-valido comporta che esso è allo stesso tempo: (I) valido e (II) non-valido. E così via, secondo una processione logica infinita che si potrebbe interrompere solo con un atto volitivo. Dunque, in ogni caso, la negazione del principio di non contraddizione «non riesce neppure a costituirsi, risulta impossibile, sicché ogni tentativo di dirla si risolve in [...] [un] discorso insignificante»⁷³, in quanto o contraddittorio (alternativa (I)), o inconcludente (alternativa (II)).

«Stando così le cose è fin troppo evidente che la formulazione aristotelica del principio di non contraddizione ha una validità universale»⁷⁴. Eppure, nonostante ciò, il pensiero occidentale moderno, privilegiando quell'aspetto della verità che è la *certezza* (garantita dalla coerenza del metodo analitico)⁷⁵, ha focalizzato la sua attenzione solo ed esclusivamente all'enunciato del principio di non contraddizione «trascurando, come fosse un gioco di parole, il decisivo significato teoretico della prova»⁷⁶. In

⁷² ARIST., *Metaph.*, G 3, 1005 b 19-21 = G. REALE, *Aristotele. Metafisica*, cit., pp. 143s.

⁷³ F. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, cit., p. 30. Come lo stesso Aristotele afferma non si esige in questo caso «che l'avversario dica che qualcosa o è, oppure che non è (egli infatti potrebbe subito obiettare che questo è già un ammettere che si vuol provare), ma che dica qualcosa che abbia un significato per lui e per gli altri; e questo è pur necessario, se egli intende dire qualcosa» (ARIST., *Metaph.*, Γ 3, 1006 a 18-24 = G. REALE, *Aristotele. Metafisica*, cit., p. 147).

⁷⁴ M. MALATESTA, *Dialettica e logica formale*, Liguori, Napoli, 1982, p. 46. Per una riflessione inter- e multi-disciplinare sul valore del principio di non contraddizione, si vedano altresì gli scritti raccolti in F. PUPPO (a cura di), «La contraddizione che non consente», FrancoAngeli, Milano, 2010.

⁷⁵ V. su ciò E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., e a F. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, cit.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 33, ove ci viene altresì ricordato che «l'emblema di tale posizione è il pensiero di Kant: il quale non dubita della validità cogente delle conoscenze analitiche, laddove reputa l'esercizio dialettico un mero scontro di affermazioni e negazioni incapaci di mostrare ed accertare verità universali» (*loc. ult. cit.*). «Per ciò il significato di dialettica prevalente al tempo di Kant non ne fu in alcun modo riscattato e finì anzi col coincidere [...] con quello deteriore di sofistica o eristica ("arte sofistica di dare alle proprie illusioni la parvenza della verità") [...]. Dopo Kant e probabilmente per

tal modo è stato dimenticato il carattere fondamentale del principio di non contraddizione, non più funzionale ad un sistema di pensiero identitario come quello moderno, le cui basi furono gettate sin dall'antichità sulla scorta del neoplatonismo, e che si caratterizza per «ammettere come unico criterio logico atto a controllare la validità delle inferenze, e a fondare quindi conoscenze rigorose, il principio di identità»⁷⁷ (e non più, quindi, il principio di non contraddizione).

Nel fare nostra la ricostruzione offerta da Maurizio Manzin, possiamo affermare che è esattamente nel neoplatonismo, e non in Aristotele (né, tantomeno, in Platone o in una supposta dottrina giudaico-cristiana)⁷⁸ che si devono ricercare le ragioni del pensiero identitario-sistematico, il quale origina – come mostrato da Francesco Cavalla⁷⁹ – dalla speculazione di alcuni filosofi pre-platonici, per poi trovare compiuta realizzazione nel pensiero tomista e da questo trapassare, per il tramite del razionalismo, alla scienza moderna.

Per quanto pertiene la questione logica, ribadiamo però che «non si può identificare in senso assoluto “classico” con “bivalente”, dato che, come è noto, il principio della bivalenza fu a base della logica stoica, ma non propriamente di quella aristotelica»⁸⁰. Rimandando ad altro luogo ogni necessario approfondimento⁸¹, basti qui ricordare come – a rimarcare, secondo noi, la differenza fra la logica stoica (che poi sarà alla base della logica moderna) e la logica aristotelica – sia possibile rintracciare una diretta ascendenza, sulla prima, della filosofia megarica⁸², vale a dire di quella corrente di pensiero che, nella Grecia del IV-III sec. a.C., sviluppò, in opposizione alle dottrine platonica e aristotelica, le istanze della filosofia eleatica, finendo per essere criticata dallo stesso Aristotele (il quale, quindi, in nessun modo, potrebbe essere ritenuto il fondatore di una logica di tipo identitario)⁸³.

reazione alla svalutazione kantiana [...] della dialettica, è nata in età moderna una nuova dialettica, richiamatesi esplicitamente al significato che questo termine aveva assunto col neoplatonismo, cioè quello di processo reale, in cui gli aspetti formali, argomentativi, cioè logici nel senso antico del termine, finivano con l'essere alquanto trascurati. È questo il senso che la dialettica ha assunto in età moderna con Hegel, Marx, il materialismo dialettico e ogni altra forma di dialettica di derivazione hegeliana o marxiana [...]. La maggior parte dei “logici” di professione e dei cultori delle altre scienze considera questa dialettica come non-logica, o una logica non scientifica, nel senso che essa sarebbe sprovvista di valore conoscitivo» (E. BERTI, *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, cit., p. 8).

⁷⁷ M. MANZIN, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, cit., p. 19.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 25-56.

⁷⁹ Si veda F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, cit.

⁸⁰ A. NOTO, *Le logiche non classiche*, cit., p. 14.

⁸¹ Cfr. *supra* n. 1.

⁸² Per un'illustrazione della quale v., su tutti, G. GIANNANTONI, *Socratis et socraticorum reliquae*, vol. IV, C.N.R.-Centro di studi del pensiero antico, Napoli, 1990 e L. MONTONERI, *I Megarici. Studio storico-critico e traduzione delle testimonianze antiche*, Università di Catania, Catania-Barriera, 1984.

⁸³ È nella *Metafisica* che Aristotele polemizza con i Megarici e, fra questi, con Ebulide di Mileto, generalmente ricordato (anche se ciò pare dubbio) come l'inventore di alcuni celebri paradossi,

Invero, nel pensiero moderno ogni forma di sapere cerca di omologarsi ai diversi modelli scientifici governati dal principio di identità, con l'effetto di realizzare quell'annientamento delle differenze che è visto come unica possibilità di avvicinamento al Principio-Uno. In questo contesto è maturato, come bene sottolinea Delmas-Marty, il fallimento della logica giuridica, la quale, inutilmente, ha cercato di far proprio il modello della logica moderna: cioè di quella logica che ha stravolto la concezione aristotelica classica, assumendo come principio logico fondamentale il principio di identità, il cui valore si assume autoevidente sulla base del valore tautologico dell'espressione $A=A$ (che, simbolicamente, esprime il principio di identità)⁸⁴.

È quindi dal principio di identità che si fanno discendere gli altri principi logici e, tra questi, lo stesso principio di non contraddizione, che può in tal modo venire final-

fra cui il sorite ed il mentitore. Non pare privo di rilievo ricordare come, nella prospettiva megarica (in epoca contemporanea ricandidata, con riguardo al problema della vaghezza, dalla c.d. filosofia nichilista), i paradossi fossero ritenuti argomenti logicamente validi e, in quanto tali, essi avrebbero attestato l'improponibilità logica – insieme all'inesistenza ontologica – di nozioni vaghe, come quelle di mucchio. Abbandonando una dialettica di origine socratica, Eubulide di Mileto – al pari degli altri filosofi che lo seguiranno nel solco della filosofia megarica – credeva infatti in una dialettica di derivazione eleatica che, fondata sull'irriducibilità reciproca del binomio essere/non-essere, legge il reale secondo la sola categoria dell'identità. Non per nulla, Aristotele criticava le dottrine megariche perché esse «sopprimono il movimento ed il divenire» (ARIST., *Metafisica* Θ 3, 1047 a 13-14 = G. REALE, *Aristotele. Metafisica*, cit., p. 403). Secondo la concezione elatico-megarica, l'identità, quindi, e non la differenza (che sarebbe implicata nell'impossibile divenire) governa la realtà: per questo una concezione identitaria non può accettare la vaghezza del linguaggio, che si tenta di eliminare grazie a precise regole logiche le quali, con Diodoro Crono e Stilpone, furono sviluppate già nel seno della filosofia megarica alla ricerca di un linguaggio convenzionale, preciso ed univoco. Secondo la tradizione, Diodoro Crono fu uno dei maestri di Zenone di Cizio, fondatore della Stoa, e di Filone, segnando poi lo stesso pensiero di Epicuro e condizionando la logica proposizionale stoica delle origini, realizzando in tal modo una convergenza fra «realismo ontologico degli Eleati e realismo meccanicistico degli Atomisti» (G. GIANNANTONI, *Socratis et socraticorum reliquae*, cit., p. 80). Stilpone fu, invece, l'ultimo grande rappresentante della filosofia megarica, destinata dopo la sua morte (siamo probabilmente nel primo ventennio del III sec. a.C.) a scomparire, ma non certo a smettere di esercitare i suoi influssi. Tutt'altro: risulta infatti che con Stilpone «a dire di Diogene Laerzio [...] e della stessa Suida [...] tutta la Grecia "megarizzò" [...] [poiché] secondo la tradizione egli fu prestigioso caposcuola ed ebbe numerosi discepoli» (L. MONTONERI, *I Megarici. Studio storico-critico e traduzione delle testimonianze antiche*, cit., pp. 210; 224). In effetti, i commentatori moderni segnalano come Zenone di Cizio fu profondamente influenzato anche dalla filosofia e dalla figura di Stilpone che pare frequentò, come tramanda tra gli altri Diogene Laerzio, per dieci anni. A conferma del potente influsso della tradizione megarica sulla formazione della logica stoica si ricorda, infine, come la prima «fu accolta e sviluppata dal "secondo fondatore" della scuola stoica, Crisippo di Soli» (M. FRANCHIELLA, voce *Logica, storia della*, in «Enciclopedia filosofica», 7, Bompiani, Milano, 2006, pp. 6557-6567: 6558).

⁸⁴ Sia detto qui per inciso: in questo caso non sarebbe possibile alcuna prova elentica dell'inevitabilità di tale principio, poiché detta prova si realizza solo nell'ambito di una logica dialettica (cui, però, la modernità non riconosce propriamente alcun valore). In una concezione moderna la dialettica non può trovare, in effetti, luogo perché essa, realizzandosi solo nel dialogo fra soggetti, presuppone quell'alterità che il pensiero identitario non può contemplare in quanto manifestazione della differenza.

mente dimostrato. Ciò che avviene puntualmente ad opera di George Boole⁸⁵ in cui l'«equazione fondamentale del pensiero»⁸⁶, direttamente derivata dal principio di identità, è quella espressa dalla forma logica $x^2=x$, donde, per semplici passaggi matematici, la formulazione del principio di non contraddizione nell'espressione $x(x-1)=0$, la quale «afferma – secondo la lettura che ne dà Boole – che la classe i cui membri hanno la proprietà X e, al tempo stesso non- X , non esiste»⁸⁷.

Va però osservato come, in primo luogo, appare dubbio poter assimilare questa formula al medesimo principio di non contraddizione di cui parla Aristotele, se non altro perché, per arrivare a esprimerlo nei termini di quella logica simbolica, è stato necessario anteporgli il principio di identità. In questo senso, ogni tentativo che pretenda di ridurre il principio di non contraddizione ad un mero assioma, oppure di negarlo, manifesta tutta la sua artificiosità ed insostenibilità: in effetti, il principio di non contraddizione è il presupposto stesso su cui si struttura la nostra conoscenza, la quale «non ci viene dal PNC come sua premessa *iniziale* [...] [ma al contrario] acquisiamo tutta la conoscenza scientifica di ogni genere di realtà secondo il PNC»⁸⁸.

Ricordiamo, poi, come l'«equazione fondamentale del pensiero» sia anche la ragione, matematicamente necessaria, per cui l'algebra booleana è di tipo binario: infatti, gli unici valori numerici che risolvono l'equazione $x^2=x$ sono 1 e 0, cioè gli stessi che rappresenteranno i soli valori di verità possibili (V/F). Come si vede, il privilegio assegnato al principio di identità è cagione del fatto che principio di non contraddizione e

⁸⁵ È noto come, normalmente, non si consideri Boole un “autentico” logico formale moderno a causa, fra l'altro, dello psicologismo che caratterizzerebbe la sua concezione logico-matematica e come a Frege spetti essere ricordato come il primo autentico logico moderno. Non intendiamo, in questa sede, prendere in alcun modo posizione su ciò, preferendo limitarci a segnalare, fra gli altri, i saggi contenuti in E. AGAZZI, N. VASSALLO (a cura di), *George Boole. Filosofia, logica, matematica*, Franco Angeli, Milano, 1998, nei quali vengono forniti numerosi argomenti volti, in certo senso, a riabilitare la figura ed il pensiero del logico e matematico inglese, la cui opera risulta sorprendentemente vicina a quella dello stesso Frege.

⁸⁶ Cfr. ad es. G. BOOLE, *An Investigation of the Laws of Thought, on Which Are Founded the Mathematical Theories of Logic and Probability*, London, 1854; rist. anastatica: New York, 1958 (= *Indagine sulle leggi del pensiero*, tr. it. a cura di M. Trinchero, Einaudi, Torino, 1976), p. 78.

⁸⁷ Così spiega M. MUGNAI nella sua *Introduzione* in G. BOOLE, *The Mathematical Analysis of Logic Being an Essay towards a Calculus of Deductive Reasoning*, Macmillan, Barclay & Macmillan, Cambridge-George Bell, London, 1847; rist. anastatica: Oxford, 1965 / *The Calculus of Logic*, Cambridge and Dublin Mathematical Journal, III, 1848, pp. 183-198 (= *L'analisi matematica della logica* Seguita da *Il calcolo logico*, tr. it. di M. Mugnai, Bollati Boringhieri, Torino, 2004²), pp. VII-LVIII: XLIV. È da sottolineare come la riduzione del principio di non contraddizione a principio di identità avvenga non solo per averne ridotto la portata al mero enunciato, ma anche per averne negato il valore ontologico. E proprio «Boole, in particolare, afferma che il principio di non contraddizione ha soltanto una validità logica» (M. NUZZETTI, *Logica e linguaggio nella filosofia di George Boole*, Liguori, Napoli, 1990, p. 31).

⁸⁸ Così G. PASQUALE, *Il principio di non contraddizione in Aristotele*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, pp. 61s. (corsivo dell'A.), cui si rimanda per un'analisi del valore «onto-teo-logico» (*ibidem*, p. 79) del principio di non contraddizione.

principio del terzo escluso abbiano assunto, nella logica moderna, una forma deterministico-bivalente la quale è stata anche successivamente presa a bersaglio dai suoi critici contemporanei. Ecco che, allora, per quanto strano possa sembrare di primo acchito, un pensiero identitario ha prodotto una costruzione sistematica di tipo dualistico, in cui è stabilita una divisione netta fra l'essere ed il non-essere, l'identità e la differenza, il vero ed il falso. Una divisione, peraltro, portata a compiuta realizzazione dal progresso tecnologico-scientifico (esso stesso di genesi identitaria), come si vede ad esempio nel modello binario che governa il funzionamento dei sistemi informatici: uno degli ambiti più delicati in cui si gioca, oggi, la sopravvivenza di quel pensiero⁸⁹.

Anche con riguardo al diritto, si deve osservare che è stata proprio una logica di tipo identitario a condurre ad una concezione dualizzante, come mette in luce Delmas-Marty laddove osserva che la tradizionale rappresentazione dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale ammette «solo due varianti: il monismo, che presuppone un ordinamento giuridico globale al quale tutti gli altri sarebbero subordinati; o il dualismo, se gli ordinamenti giuridici restano concepiti come indipendenti»⁹⁰. Un'alternativa, a ben vedere, solo apparente, perché origina da una medesima concezione di fondo, la quale alle soglie del XXI secolo, avrebbe bisogno di essere ripensata e, probabilmente, abbandonata.

5. Conclusioni

Con questa lunga digressione sulla logica e sul pensiero aristotelico speriamo di avere meglio chiarito le ragioni di quanto detto in esordio: e cioè che, secondo il nostro punto di vista, la teoria di Delmas-Marty presenta alcuni punti di criticità. Si tratta di aspetti, come abbiamo visto, relativi alla effettiva "aristotelicità" della logica moderna ed al modo di intendere il principio di non contraddizione. Ma, ciò chiarito, riteniamo che l'analisi della penalista francese sia altamente apprezzabile, specialmente nel suo tentativo di portare nuove forme di razionalità nel diritto. Infatti «lungi dal rinunciare alla ragione – alla logica – l'ordine infranto della modernità dovrebbe spingerci a rinnovare i nostri sforzi per operare sul terreno dei "silenzii", delle "oscurità" e delle "insufficienze" nel modo già sperimentato dalla classicità, approfondendolo e adattandolo alle nuove circostanze»⁹¹.

Occorre però considerare che la logica *fuzzy* – se questo è l'appello principale della sua proposta – appartiene in ogni caso nell'ambito di un pensiero che, per quanto

⁸⁹ Per parte nostra, abbiamo affrontato la questione, con riferimento al settore dell'informatica giuridica e del processo penale, in F. PUPPO, *Alcuni riflessioni sui limiti della c.d. giustizia automatica. L'esempio del decreto penale di condanna*, in P. MORO (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 152-192.

⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, cit., p. 17.

⁹¹ M. MANZIN, *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti del sillogismo giudiziale nell'era post-moderna*, cit., p. 40.

stravolto, resta radicato nel terreno della modernità identitaria: sicché, se il ripensamento cui ci spinge la riflessione della penalista francese si arrestasse a questo punto, non potremmo che arrenderci e consegnare la razionalità del diritto a logiche «deboli» che, solo apparentemente, consentono il recupero dell'unità nella differenza, evitandone l'annientamento⁹². Opportunamente, la stessa Delmas-Marty chiarisce che la considerazione dell'indeterminatezza come categoria fondamentale del diritto non vuole tradursi in un «suo elogio incondizionato né [in] un'arringa a favore di un diritto senza rigore [...] [ma piuttosto] richiam[are] ad una maggiore trasparenza nella motivazione e ad un maggior rigore nel metodo. Perché occorre non confondere indeterminatezza e arbitrio»⁹³.

Ebbene, noi riteniamo che il rigore massimo, specialmente nell'ambito della motivazione in giudizio, si ottenga con la dialettica, garantita dal principio di non contraddizione: l'innegabilità che esso stesso rivela nel momento in cui si provi a negarlo, è la prova del suo valore logico, che si sviluppa ogni qualvolta la dialettica prenda in esame posizioni fra loro contrarie, cercando il genere comune ed espungendo le proposizioni contraddittorie. Infatti, il principio di non contraddizione, inteso nella sua originaria concezione classica, non annienta le differenze in nome di un egualitarismo identitario, ma ne preserva la stessa possibilità ontologica: come attesta la sua formulazione aristotelica, esso permette, infatti, che un soggetto sia se stesso (quindi: identità) eppure diverso da sé, in altro tempo o sotto un diverso riguardo (quindi: differenza)⁹⁴.

Pertanto, il recupero della retorica classica, che contempla il ricorso alla logica dialettica, consente di ripensare lo stesso rapporto unità/molteplicità evitando quelle aporie del pensiero identitario su cui molto insiste Delmas-Marty; dal punto di vista metodologico, peraltro, la consapevolezza circa il valore del principio di non contraddizione garantisce la piena utilizzabilità, nel concreto della prassi giuridica⁹⁵, anche delle peculiari forme di razionalità analitica e/o empirica che, viceversa, risulterebbero insufficienti nella misura in cui fossero concepite come criteri esclusivi⁹⁶. La

⁹² Un'idea identitaria comporta infatti, esplicitamente o implicitamente, conseguenze nichiliste: cfr. in proposito F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, cit., in part. pp. 17ss.

⁹³ M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, cit., p. 17.

⁹⁴ Che è esattamente quanto dice Delmas-Marty nel luogo già citato, in cui, indicando la volontà di infrangere il principio di non contraddizione, sostiene che esso sia disatteso «perché una medesima pratica può essere nello stesso tempo penale secondo il sistema europeo e non penale secondo il sistema di diritto interno» (M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la «logique du flou»*, cit., p. 1034). In effetti, ciò che qui cambia è il riguardo (sistema europeo/sistema di diritto interno) ed è quindi il principio di non contraddizione a consentire che quel soggetto (la pratica) possa, allo stesso tempo, essere e non essere penale.

⁹⁵ La stessa concretezza, ci pare, cui Delmas-Marty sente l'urgenza di ricondurre lo studio della logica e la comprensione del diritto *tout court*, che andrebbero così emancipati dal paradigma formalistico-panlegalista che ne ha segnato lo sviluppo nell'epoca moderna.

⁹⁶ Ci preme di nuovo rilevare come, per le ragioni suddette, il principio di non contraddizione,

«scommessa del *flou*», in questo modo, potrebbe risultare vincente, essendo finalmente capace di coniugare le più recenti acquisizioni della scienza, della logica e della tecnologia alla vita sempre cangiante del diritto.

essendo il principio che è alla base di tutti gli altri, governa anche le procedure analitiche ed empiriche. Il punto è che il pensiero moderno, in base al suo statuto identitario, ha preteso “sradicarsi” dal principio di non contraddizione assumendo alla sua base quello di identità. Una volta che, però, si mostra la reale fondatezza del principio di non contraddizione (che ha quindi una capacità includente e non escludente) si è in grado di attribuire ad ogni sapere il suo giusto ruolo. Detto in altri termini, bisogna avere ben presente che la riabilitazione della retorica classica come logica giuridica non comporta la negazione del valore, ad esempio, dell’analitica: ma consente, viceversa, di massimizzarlo. Così, si riconoscerà tutta la validità della costruzione logica del sillogismo giudiziale come schema per ordinare gli argomenti, ma non certo come veridica immagine del ragionamento del giudice; o, ancora, si potrà riconoscere l’utilità (e, a volte, la necessità) dell’utilizzo di procedure propriamente scientifiche all’interno del processo senza che questo snaturi la sua struttura isonomica e di parti. Cosa che, di contro, non è possibile – come confermano i problemi delle prove scientifiche e, in generale, della perizia nel processo – fino a quando non si recupera il reale valore della logica giuridica in quanto retorica (su questo tema v. il recente S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Franco Angeli, Milano, 2008).

Vita forense

avv. ETTORE RANDAZZO
Foro di Siracusa, Presidente LA.P.E.C.

UN LABORATORIO PER LA LEGALITÀ DELL'ESAME INCROCIATO

SOMMARIO. 1. Le regole dell'esame incrociato e le prassi devianti. – 2. La costituzione del L.A.P.E.C. – 3. La riformulazione della domanda suggestiva. – 4. Le altre degenerazioni prassologiche. – 5. I Convegni di Siracusa ed Alghero: l'elaborazione di un protocollo d'udienza.

1. *Le regole dell'esame incrociato e le prassi devianti*

Per diverse ragioni una buona parte delle regole dell'esame incrociato, vent'anni dopo quello che (a riprova di una metabolizzazione laboriosamente ancora in corso) continuiamo a chiamare “*il nuovo rito*”, viene elusa, se non travolta, dalla deformazione della prassi: si va dalla superficialità dell'approccio alle resistenze “culturali” degli operatori, con la conseguente sterilizzazione di quei canoni non condivisi e ritenuti soltanto indicativi, anche perché (sarebbero) privi di sanzione processuale.

La funzione di garantire il rispetto della legalità è principalmente dei giudici, se non altro perché a loro spetta disciplinare l'applicazione concreta delle previsioni codicistiche. Tuttavia, ciò non attenua affatto la gravità della inerzia dei difensori, per lo più silenti e rassegnati, né assolve i pubblici ministeri, per lo più adagiati sulla deformante comodità della “semplicificazione”, della quale in definitiva tutti i soggetti professionali del processo sono partecipi. Il rischio, evidentemente, è la normalizzazione, ovvero la strisciante restaurazione di metodi probatori di stampo inquisitorio, in cui le regole non espressamente difese da sanzione sono considerate un optional, e dunque osservate solo se condivise.

2. *La costituzione del LA.P.E.C.*

Frutto di una fiducia nella legalità più culturale che realistica, nel luglio del 2008 si è costituito a Siracusa, presso il prestigioso Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, il LA.P.E.C. (*Laboratorio Permanente Esame e Controesame*), un gruppo di lavoro i cui esperti (avvocati, magistrati, professori di ogni parte d'Italia) organizzano convegni e incontri seminariali, approfondiscono le relative tematiche, anche sotto il profilo comparato, monitorizzano le prassi giudiziarie, dibattono l'interpretazione delle norme e si propongono di fornire sia un contributo alla formazione dei soggetti professionali del processo, sia un protocollo d'udienza tra gli stessi concordato e già redatto. Il tutto auspicando – e per la verità ottenendo sempre più – la collaborazione

di quanti siano affascinati dal tema e consapevoli della sua rilevanza.

La individuazione delle prassi *contra legem* è stato il primo obiettivo del L.A.P.E.C., che lo ha centrato anche grazie all'esame del questionario diffuso a tutte le camere penali e alle sezioni territoriali dell'A.N.M.

3. *La riformulazione della domanda suggestiva*

Tra le tante trasgressioni abituali delle regole codicistiche dell'esame incrociato registrate dal laboratorio, la più diffusa riguarda l'invito, rivolto dal giudice all'esaminatore la cui domanda suggestiva sia stata oggetto di opposizione, a "riformularla" in maniera corretta. Come se l'esaminato potesse cancellare con un colpo di spugna il suggerimento arbitrariamente a lui rivolto, la cui illegittimità è peraltro conclamata dallo stesso accoglimento dell'opposizione. Va detto, però, che le argomentazioni a sostegno di una simile stravaganza meritano una riflessione più approfondita: non si tratterebbe di prova illegittimamente acquisita (con conseguente inutilizzabilità, ex art. 191), non essendo espressamente previsto un divieto di riformulazione, ma solamente ... di formulazione; il processo, anche se accusatorio, sarebbe comunque ispirato dalla ricerca della verità seppure processuale (se non altro come auspicabile scopo del giudizio), a cui non potrebbe rinunciarsi solo per l'errore di una parte, anche privata.

A queste osservazioni, anche prescindendo dallo scopo effettivo del nostro rito e ai recenti orientamenti giurisprudenziali al proposito, decisamente più convincenti, potrebbe obiettarsi innanzitutto il buon senso con cui devono interpretarsi le norme. Invero, nell'ipotesi de qua innegabilmente il suggerimento è arrivato, e quel che accade dopo non può rimediare il vulnus alla genuinità delle dichiarazioni. Inoltre, proprio storpiando il metodo dell'esame incrociato, ritenuto il più efficace, la verità – lungi dal raggiungersi – si allontana, dato che appare piuttosto irragionevole confidare nella attendibilità di una risposta fornita subito dopo l'inquinamento suggestivo.

Anche a prescindere da tutto ciò, tuttavia, sul piano squisitamente metodologico nessuno può seriamente sostenere che la verità, processuale o reale che sia, si possa "perseguire" in violazione dei canoni normativi che la nostra civiltà giudiziaria ha individuato. Non sarebbe più corretto, volendo tener conto delle esigenze di cui sopra, che il giudice, qualora ritenesse necessario l'approfondimento della circostanza, evitasse l'inaccettabile invito alla riformulazione riservando piuttosto al suo intervento ex art. 506 un equilibrato, sobrio e neutro approfondimento?

Si pone, però, un ulteriore e non secondario problema, che induce a delimitare il divieto di riformulazione. Qualora il pubblico ministero ponga una domanda vietata, è giusto che il difensore di parte civile sia privato del diritto di formularla in termini corretti? E parimenti, se sarà il difensore dell'imputato Tizio a incorrere nella violazione delle regole, può impedirsi la domanda anche al difensore di Caio, che non ha commesso alcun errore e non è meno interessato alla risposta? La soluzione più ragio-

nevole sembra quella che riconosca l'intangibilità del diritto di chi ha non ha violato le regole; questi potrà dunque riformulare la domanda, quando verrà il suo turno. Semmai, nella valutazione della risposta, il giudice terrà conto del precedente illegittimo suggerimento. Viceversa la prassi attuale si fossilizza pressoché unanimemente nella riformulazione libera e incondizionata, obiettivamente ingiusta.

4. Le altre degenerazioni prassologiche

I guasti al sistema normativo prodotti dalla sommarietà applicativa sono anche altri, e purtroppo numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano:

- la sostanziale abrogazione, contrastante con la lettera e con la *ratio* della norma, inspiegabilmente autorizzata anche dalla Corte di legittimità, dell'indicazione nell'istanza di cui all'art. 468 c.p.p. delle circostanze su cui deve vertere l'esame, pur prevista a pena di inammissibilità;
- l'invadenza del giudice, che – durante l'esame, e fuori dai casi previsti – non contiene il suo desiderio di saperne di più, legittimo quando non venga perseguito con “metodi” personali e indifferenti alle previsioni legislative, togliendo la parola a chi sta procedendo all'interrogatorio per provvedere direttamente a formulare domande. Spesso senza porsi limiti di suggestione, particolarmente consistente a causa della sua autorevolezza ma dai quali si ritiene ingiustamente esente, e senza alcuna remora per il rischio di compromettere la strategia della parte interessata;
- l'autorizzazione – a chi lo chieda pur irregolarmente al termine dell'esame incrociato – di proporre alla spicciolata “ancora un'altra domanda”, confusamente e disordinatamente, al di là dalle modalità normative, di certo non equivoche e peraltro non casuali;
- l'intervento giudiziale, al termine dell'esame incrociato, ai sensi del comma dell'art. 506 c.p.p., mai preceduto dall'invito di cui al comma 1, di approfondire “*temi di prova nuovi e più ampi*”, decisamente più consoni al ruolo del decidente ma indubbiamente e ingiustificatamente in desuetudine;
- il giuramento imposto al consulente tecnico, come se la sua opinione scientifica fosse una testimonianza, e persino (seppure più raramente) il suo stravagante allontanamento dall'aula prima di essere esaminato;
- l'integrazione probatoria di cui all'art. 507, disposta al termine del dibattimento anche senza quell'assoluta necessità voluta dal legislatore ma cancellata dalla giurisprudenza, e sostituita dal potere illimitato di un giudice sovrano di cultura inquisitoria. Il quale, in alternativa all'integrazione probatoria, quasi sempre finalizzata alla ricerca di elementi d'accusa, dovrebbe assolvere, in ossequio alla presunzione di non colpevolezza e al comma 2 dell'art. 530.

I difensori a loro volta, oltre a subire con inconcepibile sottomissione tutto quel che produce la disapplicazione delle regole legislative, della quale magari si lamentano anche vivacemente nei corridoi, peccano frequentemente di superficialità. Sia nella

preparazione adeguata dell'esame, e prima ancora nella redazione della lista testimoniale (affidata quasi sempre, e pericolosamente, alle indicazioni dell'interessato, raramente verificate mediante indagini difensive), sia nelle richieste di prova (è deprimente, oltre che profondamente errata, l'istanza in sede di ammissione probatoria di poter controesaminare i testi altrui, come se non fosse un indiscutibile diritto delle parti), sia nel consenso – quando venga espresso in assenza di un interesse dell'assistito – all'inversione dell'assunzione orale, e ancor peggio alla rinnovazione del dibattimento mediante lettura (con buona pace di oralità e immediatezza, travolte dalla pretestuosa lettura del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, che pure è incontestabilmente un diritto dell'imputato), sia nella conduzione, troppo spesso approssimativa, dell'*esame* e ancor peggio del *controesame*, laddove quasi mai Accusa e Difesa procedono al *riesame* nel rispetto e nei limiti della sua finalità.

In definitiva, la ricognizione delle prassi giudiziarie sull'esame incrociato è oggi il bollettino di una disfatta, peraltro riscontrata dal sondaggio presso le Camere Penali e le sezioni territoriali dell'ANM di cui s'è detto. Una disfatta alla quale non ci si può rassegnare. È doveroso tentare di recuperare la legalità, anche intervenendo sulla disciplina normativa. In vent'anni di applicazione codicistica, invero, il legislatore non ha ritenuto di farlo. Per quanto consti, solamente nell'articolato della Commissione Ministeriale di riforma del codice di procedura penale presieduta dal Prof. Andrea Antonio Dalia, poi conservato nei polverosi armadi del Ministero, si erano riscritte adeguatamente le regole dell'esame incrociato. Recentemente, tuttavia, è stato presentato un disegno di legge del tutto condivisibile a firma del Sen. Valentino ed altri, quasi interamente dedicato all'esame incrociato.

5. I Convegni di Siracusa ed Alghero: l'elaborazione di un protocollo d'udienza

Il convegno di Siracusa (ISIS, 29-31 maggio 2009, "L'esame incrociato, momento essenziale del processo penale. Regole, tecniche e prassi") ha dato inizio a un'attività convegnistica che sembra destinata a proseguire. Scopo di questo primo incontro era quello di individuare le prassi devianti, dibattendone la consistenza e le ragioni.

I relatori, tra cui vere personalità della cultura giuridica¹, hanno fornito un notevole contributo ai lavori, mettendo le basi per la discussione delle possibili soluzioni in

¹ In ordine alfabetico: Dott. Luigi Barone, Professor M. Cherif Bassiouni, Dott. Andrea Bono, Avv. Renato Borzone, Dott. Renato Bricchetti, Dott. Giovanni Canzio, Dott.ssa Tiziana Carruba, Avv. Michele Cerabona, Dott. Michele Consiglio, Avv. Giuseppe Conti, Avv. Luisella de Cataldo Neuburger, Prof. Avv. Giovanni Flora, Avv. Raffaele Garipoli, Prof. Glauco Giostra, Prof. Avv. Fausto Giunta, Prof. Avv. Tullio Padovani, Avv. Carmela Parziale, Avv. Ettore Randazzo, Avv. Michele Sbezzi, Avv. Valerio Spigarelli, Avv. Valerio Vancheri, Dott. Francesco Mauro Iacoviello, Dott. Andrea Reale, Prof. Avv. Federico Puppo.

vista di un ritorno alla legalità. Di ciò si è parlato ad Alghero l'11 e 12 settembre 2009, di certo non meno autorevolmente² e con i primi spunti propositivi, di cui si dirà. Successivamente si valuteranno le proposte concrete nel frattempo elaborate dal gruppo di lavoro, peraltro sempre più ampio e arricchito da sezioni territoriali sorte in diverse parti e ispirate dallo stesso intento di valorizzare correttamente l'esame incrociato. Probabilmente, ci vorranno molti altri incontri di studio, e non solo essi. Ma il ritorno alle regole è ormai avviato e non sembra che possa fermarsi prima di aver raggiunto la meta.

Il L.A.P.E.C., all'esito delle elaborazioni svolte sia durante le elaborazioni seminari interne, sia nei convegni di Siracusa e di Alghero, in cui alcuni relatori hanno formulato la proposta di redigere un protocollo d'udienza, linee guida comuni a magistrati ed avvocati, al fine di ridurre le prassi devianti e promuovere le prassi virtuose, ovvero in piena sintonia con la ratio della disciplina normativa, propone all'attenzione degli operatori e degli studiosi le regole qui di seguito trascritte.

PREAMBOLO

In attesa di un auspicabile intervento del legislatore, il Giudice e le parti devono osservare le regole dell'esame incrociato nel rispetto della ratio e della lettera della relativa disciplina, evitando applicazioni devianti.

PROTOCOLLO

La lista testimoniale deve contenere l'indicazione specifica delle circostanze oggetto dell'esame. Non è sufficiente il riferimento ai fatti di causa, alle dichiarazioni già rese, o ad altra formula parimenti generica.

Il giudice non può formulare domande suggestive.

La domanda vietata e non ammessa dal giudice non può essere riproposta nemmeno in termini corretti. Il giudice che ritenesse necessario tornare sulla circostanza, potrà chiedere, ex art. 506, comma 2, c.p.p., i chiarimenti del caso.

Quando vengano reiterate domande vietate nonostante siano state espressamente censurate, nonché quando vengano proposte opposizioni suggestive (ossia, tendenti a soccorrere la persona esaminata, suggerendole la risposta), il giudice – previo ammonimento – trasmette anche d'ufficio il relativo verbale agli organi disciplinari competenti, perché valutino la conformità della condotta alle regole deontologiche.

Ai consulenti tecnici non deve chiedersi il giuramento in merito alle valutazioni di loro competenza; essi devono giurare limitatamente ai fatti direttamente appresi durante la loro attività.

I consulenti tecnici possono partecipare alle udienze precedenti il loro esame.

² Dott. Renato Bricchetti, Prof. Avv. Guido Calvi, Dott. Giovanni Canzio, Avv. Giuseppe Conti, Prof. Avv. Oreste Dominioni, Prof. Avv. Fausto Giunta, Dott. Francesco Mauro Iacoviello, Prof. Giancarlo Nivoli, Dott. Luca Palamara, Avv. Carmela Parziale, Avv. Ettore Randazzo, Prof. Giorgio Spangher, Sen. Avv. Giuseppe Valentino.

Prima di procedere direttamente ad interrogare la persona esaminata, il giudice deve indicare alle parti temi che ritiene rilevanti. Il giudice non può intervenire durante l'esame delle parti, fuori dai casi espressamente codificati.

In caso di ammissione di ulteriori prove ex art. 507 c.p.p., le parti possono chiedere l'ammissione di nuove prove connesse al disposto accertamento istruttorio.

Si tratta di una prima formulazione che il gruppo di studiosi del LAPEC ha inteso fornire al dibattito, inevitabilmente destinato a beneficiare di altri interventi, peraltro fortemente auspicati. Una prima formulazione che deve considerarsi uno stimolo, una segnalazione, una richiesta di condivisione e adesione, preferibilmente critica e proficua. Con la convinzione che c'è una deriva ben più sconcertante. Quella del silenzio e dell'indifferenza. Ciò che si vorrebbe evitare.

**Progetto di riforma
della responsabilità penale del medico**

PROGETTO DI RIFORMA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ
PENALE NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ SANITARIA
E GESTIONE DEL CONTENZIOSO LEGATO AL RISCHIO CLINICO

a cura del *Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale
e la Politica criminale* dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Presentazione

Sono qui presentati alcuni dei materiali elaborati dagli studiosi del *Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la politica Criminale (CSGP)* dell'Università Cattolica del S.C. di Milano, da me diretto, nel corso di un'ampia ricerca, che ha preso avvio nella primavera del 2008, sul problema della c.d. medicina difensiva. Una più estesa documentazione dell'indagine svolta, insieme ai lavori preparatori e ai testi del progetto di riforma legislativa presentato su questa materia dal CSGP, hanno già trovato pubblicazione nel volume *Il problema della "medicina difensiva". Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico* (ETS, 2010).

Secondo la definizione del Congresso degli Stati Uniti d'America, la "medicina difensiva" si manifesta allorché il medico ordina esami, procedure o visite, o eviti pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Quando i medici svolgono esami o procedure in eccesso, mettono in atto la c.d. *medicina difensiva positiva (assurance behaviors)*; quando evitano alcuni pazienti o procedure, praticano la c.d. *medicina difensiva negativa (avoidance behaviors)*. In ognuna delle sue forme, la medicina difensiva ha un impatto negativo sulla salute e il benessere dei pazienti e sulla funzionalità dei servizi sanitari: gli *assurance behaviors* possono risolversi, a seconda dei casi, in prestazioni dai benefici sproporzionati rispetto ai costi, prive di ogni utilità o addirittura dannose; gli *avoidance behaviors* possono diminuire anche gravemente le *chance* terapeutiche del paziente e, più in generale, come ampiamente testimoniato dall'esperienza americana, determinare l'impoverimento professionale di intere specialità ritenute particolarmente "rischiose".

Già a una prima ricognizione dei dati disponibili, anche in Italia il problema è apparso molto presente e anzi di dimensioni e gravità preoccupanti per la sua incidenza negativa sulle condizioni necessarie ad assicurare pienamente la tutela della salute «quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 della Costituzione). La specifica ricerca del CSGP in argomento è stata avviata su proposta e con la consulenza della *Società Italiana di Chirurgia (SIC)*, che si è fatta portavoce del disagio diffuso tra i chirurghi italiani per un quadro normativo e giurisprudenziale ritenuto inadeguato a offrire chiarezza sulle cornici di responsabilità, soprattutto penali, entro cui attualmente è destinata a muoversi la professione sanitaria. Tra i molte-

plici fattori all'origine dei comportamenti di medicina difensiva, emergeva del resto con particolare rilievo – già nel corso dei contatti avuti inizialmente con un gruppo di chirurghi e con il Comitato direttivo della SIC – la percezione di un rigore sanzionatorio incombente sulla quotidianità dell'attività medico-chirurgica che, non risultando esattamente ponderabile o facilmente traguadabile da parte degli operatori, tende a favorirne condotte e procedure eccessivamente cautelative o l'elusione di trattamenti considerati a rischio.

Muovendo da questa ipotesi di inquadramento del problema, gli studiosi del CSGP si sono posti due primi obiettivi di ricerca: oltre che a realizzare una autonoma e approfondita ricostruzione del fenomeno, ci si è indirizzati a definire e vagliare progressivamente possibili interventi sulla disciplina vigente – con riguardo prevalentemente alla responsabilità penale del sanitario – che presentassero una ragionevole attitudine a contenere l'occorrenza delle decisioni di medicina difensiva, allentando e chiarificando le tensioni o le distorsioni percettive in merito al rischio di contenziosi legali diffuse tra gli operatori.

Al primo risultato si è pervenuti attraverso un'originale ricerca empirica, quantitativa e qualitativa (coordinata dal prof. *Maurizio Catino* e condotta con la collaborazione dell'avv. *Paola Cattorini* e della dott.ssa *Chiara Locatelli*), che ha sondato le percezioni e i disagi professionali di un campione rappresentativo delle professioni sanitarie.

La componente “quantitativa” dell'indagine è consistita nella somministrazione di un questionario strutturato, tramite posta elettronica, a circa 1.000 medici appartenenti alla *Società Italiana di Chirurgia*. Al questionario hanno risposto 307 medici, generando un tasso di risposta pari al 30%. Nella componente “qualitativa”, invece, sono state condotte 21 interviste in profondità a medici di differenti reparti e specializzazioni: pronto soccorso, urologia, pediatria, chirurgia generale e d'urgenza, anestesia e rianimazione, endocrinologia, patologia della gravidanza, ginecologia e otorinolaringoiatria. Agli operatori intervistati sono state sottoposte alcune domande indirizzate a cogliere l'entità del problema e indagare i fattori che possono favorire certi comportamenti difensivi.

Come sintetizzato nell'*Executive summary* della ricerca elaborato dal prof. *Catino* e collaboratori, i medici intervistati mediante questionario hanno fornito il quadro di una medicina difensiva sempre più diffusa nella loro professione: il 77,9% ha ammesso di avere adottato almeno un comportamento di medicina difensiva durante l'ultimo mese di lavoro. Nello specifico: l'82,8% ha dichiarato di avere inserito in cartella clinica annotazioni evitabili; il 69,8% ha affermato di aver proposto il ricovero di un paziente in ospedale, nonostante fosse gestibile ambulatorialmente; il 61,3% ha ammesso di aver prescritto un numero maggiore di esami diagnostici rispetto a quello necessario; il 58,6% ha dichiarato di aver fatto ricorso alla consultazione non necessaria di altri specialisti; il 51,5% ha affermato di aver prescritto farmaci non necessari; il 26,2% ha dichiarato di avere escluso pazienti “a rischio” da alcuni trattamenti, oltre le normali regole di prudenza. Tra le principali motivazioni di queste condotte, l'80,4% ha indicato il

timore di un contenzioso medico-legale, il 65,7% l'influenza di precedenti esperienze di contenziosi a carico dei propri colleghi, il 59,8% il timore di ricevere una richiesta di risarcimento, il 51,8% l'influenza di precedenti esperienze personali di contenzioso, il 43,5% il timore di ricevere una pubblicità negativa da parte dei mass media.

Dalla ricerca è emerso dunque che la percezione di una prassi giurisprudenziale particolarmente rigorosa, sul terreno della responsabilità penale e civile, induce spesso i medici a modificare le proprie condotte professionali: la *tutela della salute del paziente* può, così, diventare, per il sanitario, un obiettivo subordinato alla *minimizzazione del rischio legale*. Si è dunque segnalata l'esigenza di un intervento di riforma legislativa, specificamente mirato a contenere il fenomeno della "medicina difensiva" con il conseguimento di un appropriato equilibrio tra la necessità di salvaguardare gli operatori sanitari da un eccesso di iniziative giudiziarie, avvertite spesso come arbitrarie e ingiuste, e la legittima tutela dei diritti dei pazienti che si ritengono danneggiati da episodi di *medical malpractice*.

Nello sviluppo della seconda linea di ricerca, ci si è indirizzati, oltre che a un'approfondita ricognizione comparatistica sulle soluzioni regolative adottate in seno agli ordinamenti di altri paesi (compito che ha visto impegnati particolarmente i dott. *Lucia Della Torre* e *Michele Materni*), a un lavoro di raccolta e sistematizzazione (ordinato dai proff. *Francesco D'Alessandro* e *Francesco Centonze* e condotto dai dott. *Pierpaolo Astorina* e *Alessandro Provera*) dei più significativi materiali giurisprudenziali e dottrinali italiani in materia di responsabilità medico-chirurgica. Lavoro che nelle fasi conclusive ha potuto anche avvalersi del riferimento a una serie di significative pubblicazioni recenti in tema di diritto penale della medicina, tra le quali in particolare la raccolta delle pronunce di legittimità dal 2004 al 2008, a cura di Fausto Giunta e altri (ETS, 2009), nonché il volume *Medicina e diritto penale*, a cura di Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini e Tullio Padovani (ETS, collana *Jura*, 2009).

Dalle acquisizioni maturate in queste due prime fasi dell'indagine, è parsa confermata l'ipotesi iniziale circa la possibilità, opportunità e praticabilità di interventi di riforma specificamente concepiti con l'obiettivo di realizzare una razionalizzazione della responsabilità medico-chirurgica in grado di assicurare le condizioni di un esercizio "non difensivo" della professione sanitaria, senza sacrificare e, anzi, tutelando in modo meno fittizio e più sostanziale la salute dei pazienti. Nell'ambito del gruppo di ricerca del CSGP si è dunque costituito un nucleo di progettazione normativa che, coordinato dal sottoscritto, ha elaborato il testo delle norme oggetto della proposta di riforma: in particolare, hanno dato al gruppo il loro prezioso apporto di pensiero e cultura giuridica il prof. *Francesco D'Alessandro* (che si è prevalentemente occupato degli aspetti di diritto penale sostanziale del Progetto, oltre che della sezione relativa alla responsabilità civile), la dott.ssa *Claudia Mazzucato* (che ha, tra l'altro, curato gli ampi e complessi profili pertinenti alla giustizia riparativa) e il dott. *Gianluca Varraso* (responsabile, insieme al dott. *Enrico Maria Mancuso*, del coordinamento della ricerca giuridica sui molti risvolti processuali direttamente o indirettamente

connessi con le scelte di disciplina adottate nel Progetto).

I frutti di questo paziente lavoro di ideazione e selezione, tra le innumerevoli strade normative possibili, di quella che poteva apparire la più convincente in vista della specifica direzionalità a far fronte al problema della “medicina difensiva”, sono dapprima confluiti nella *Bozza di articolato* di quella che è stata denominata la *Proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e di gestione del contenzioso legato al rischio clinico* del CSGP. Tale versione provvisoria dell'articolato, corredata da un'ampia *Relazione di presentazione*, è stata sottoposta (nel corso di una *Tavola rotonda* svoltasi il 5 giugno 2009 presso l'Università Cattolica del S.C. di Milano), all'esame e alla discussione di un gruppo composto da docenti universitari e magistrati, in gran parte noti per la loro specifica competenza scientifica o professionale in materia di responsabilità medico-giuridica (i proff. *Marta Bertolino, Stefano Canestrari, Adolfo Ceretti, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Angelo Giarda, Fausto Giunta, Carlo Enrico Paliero, Giulio Ponzanelli, Mario Romano* e la dott. *Patrizia Piccialli*). Nell'occasione sono intervenuti e hanno espresso rilievi molto interessanti: il Magnifico Rettore dell'Università Cattolica del S.C., prof. *Lorenzo Ornaghi*, i Presidi delle Facoltà di Giurisprudenza e di Medicina e chirurgia dello stesso ateneo, prof. *Giorgio Pastori* e *Paolo Magistrelli*, e il prof. *Rocco Bellantone*, Segretario della SIC.

Il confronto con questo autorevole *panel* di esperti ha offerto al gruppo di ricerca innumerevoli stimoli di riflessione e approfondimento, la cui successiva sedimentazione e maturazione ha condotto alla stesura di un *Articolato definitivo*, a sua volta corredata da una *Relazione integrativa*, nella quale si è documentato quanto delle osservazioni e dei suggerimenti espressi nel corso della *Tavola rotonda* si sia potuto tenere conto per apportare modificazioni migliorative al Progetto.

Come già nelle fasi antecedenti, anche in questo passaggio conclusivo del lavoro di elaborazione normativa (che comunque ha visto compattamente impegnato, in ogni snodo e scansione fondamentale, l'intero gruppo di ricerca), il prof. *Francesco D'Alessandro* ha curato particolarmente, nell'articolato e nelle Relazioni di accompagnamento, le sezioni del Progetto dedicate ai Titoli I, II e IV, la dott.ssa *Claudia Mazzucato* le sezioni dedicate al Titolo III e il dott. *Gianluca Varraso*, i materiali relativi all'art. 4 del Progetto.

Qui di seguito il lettore troverà l'*Articolato definitivo* e una sintesi delle due *Relazioni*, utile per un inquadramento delle scelte di fondo adottate dal Progetto. Come si noterà, particolarmente esteso risulta, nei testi qui pubblicati, lo spazio dedicato a un ambito, quello della *restorative justice*, tanto affascinante quanto tuttora misterioso per molti, anche tra gli “addetti ai lavori” del mondo della giustizia. Uno dei risultati che ci si attende dal *Progetto di riforma* elaborato dal CSGP, è anche quello di contribuire, attraverso la originale ideazione di una sua modalità di intervento nel cruciale settore della responsabilità medico-chirurgica, a un avanzamento delle conoscenze e del dibattito scientifico su questo ricchissimo e fecondo campo di esperienze, culture e sensibilità.

Gabrio Forti

*Articolato***TITOLO I**
*Principi generali***ART. 1**
Trattamento medico-chirurgico

I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica.

TITOLO II
*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271***ART. 2**
Modifiche al codice penale

1. Dopo l'articolo 590-*bis*, è inserito il seguente:

«Art. 590-*ter* (*Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*) – L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave.

Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.

In tutti i casi previsti dal presente articolo, il reato è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, della legge ...» [inserire il riferimento al numero della presente legge, recante norme in materia di «responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico»].

ART. 3***Modifiche al codice di procedura penale***

1. Dopo l'articolo 411, è inserito il seguente:

«Art. 411-bis (*Richiesta di archiviazione in caso di morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*) – Nei casi previsti dall'ultimo comma dell'articolo 590-ter del codice penale, il pubblico ministero chiede l'archiviazione per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa».

ART. 4***Modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271***

1. All'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, il secondo comma è sostituito dal seguente:

«2. Nell'albo dei periti sono sempre previste le categorie degli esperti in medicina legale, psichiatria, altre specialità mediche, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia. Gli elenchi degli esperti in medicina legale, psichiatria e altre specialità mediche sono forniti dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, riconosciute con decreto del Ministero della Salute, ai sensi e per gli effetti del D.M. 31 maggio 2004, pubblicato nella G.U. 2 luglio 2004, n. 153, le quali provvedono ad aggiornarli ogni cinque anni».

2. Al primo comma dell'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, le parole «*di regola*» sono abrogate.

3. All'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, dopo il primo comma è inserito il seguente:

«2. Nella nomina dei consulenti tecnici nell'ambito dei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., si osservano le disposizioni di cui agli articoli 67 e 73-bis».

4. Dopo l'articolo 73 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserito il seguente:

«Art. 73-bis (*Collegio peritale nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*). – 1. Nei procedimenti per morte o lesioni

come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario, ai sensi dell'articolo 590-ter cod. pen., il giudice, a pena di nullità, affida con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole materie oggetto del procedimento, da scegliere negli elenchi e secondo le modalità di cui all'articolo 67».

TITOLO III

Giustizia riparativa in ambito sanitario

Capo I – Programmi di giustizia riparativa

ART. 5

Principi di giustizia riparativa

1. Sono promossi programmi di giustizia riparativa per favorire soluzioni volontarie e responsabili delle controversie in ambito sanitario, nel rispetto dei principi enunciati dalla Raccomandazione (19)99 del Consiglio d'Europa su *Médiation en matière pénale* e dalla Risoluzione 12/2002 del Consiglio Economico e Sociale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite recante i *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*.

ART. 6

Programmi di giustizia riparativa. Definizioni e tipologie

1. Sono programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, ai fini della presente legge:
 - a) la mediazione, preferibilmente diretta;
 - b) l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti;
 - c) l'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato;
 - d) l'ascolto protetto della persona offesa.
2. I programmi di cui alle lettere a) e b) del precedente comma consistono in ogni procedimento informale nel quale la persona offesa, la persona alla quale il fatto è attribuito e, ove occorra, i loro congiunti o altri soggetti interessati partecipano attivamente, in modo libero, a un confronto volontario, diretto o indiretto, con l'aiuto di mediatori imparziali.

3. Quando non è possibile procedere ai sensi del precedente comma per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa, si procede – ove occorra – con uno dei programmi indicati alle lettere c) e d) del primo comma del presente articolo.
4. L'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato può avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34.
5. I programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto.

ART. 7

Risultato del programma

1. Il risultato del programma consiste in adeguate condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo.
2. Le condotte a contenuto conformativo consistono nell'assunzione di impegni quali lo svolgimento di attività informative, formative e di aggiornamento professionale, attività di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative.

Capo II – Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario

ART. 8

Istituzione

1. In ogni distretto di Corte d'appello è istituita una "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario". La Commissione opera ispirandosi ai principi di giustizia riparativa.

ART. 9

Competenze

1. La Commissione:
 - a) promuove programmi di giustizia riparativa a seguito di trasmissione della notizia di reato ai sensi dell'articolo 15;

- b) promuove altresì programmi di giustizia riparativa su richiesta degli interessati per dirimere in via stragiudiziale le controversie relative a profili di responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria.

ART. 10***Composizione***

1. La "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" è composta da commissari onorari specializzati, in funzione di mediatori.
2. I componenti sono scelti tra professionisti esperti di discipline giuridiche, mediche e socio-antropologiche, dotati di specifica preparazione ed esperienza nei settori giuridico-penale e civile, medico-legale e medico-specialistico, dell'antropologia medica, nonché di specifica formazione, attitudini e sensibilità alle pratiche di giustizia riparativa. A tal fine il Consiglio Superiore della Magistratura, in collaborazione con il Ministero della Giustizia, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, gli enti locali e le aziende sanitarie locali, cura la formazione e l'aggiornamento degli operatori, mediante la realizzazione periodica di appositi corsi, anche decentrati.
3. I commissari onorari sono nominati con provvedimento del Consiglio Superiore della Magistratura, su proposta del Presidente della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede la Commissione
4. I commissari onorari durano in carica cinque anni e possono essere confermati non più di una volta.
5. Il Consiglio Superiore della Magistratura provvede altresì a designare il Presidente, scelto tra i commissari onorari.
6. Il numero dei componenti, comunque non inferiore a cinque, è determinato in relazione al carico degli affari.

ART. 11***Organizzazione e gestione degli affari***

1. Il Presidente vigila sul buon funzionamento della Commissione e dirige l'organizzazione del lavoro.
2. La Commissione lavora suddivisa in collegi.
3. Ciascun caso viene trattato da un collegio, rappresentativo delle competenze inter-

disciplinari presenti nella Commissione, composto di regola da tre mediatori, uomini e donne.

4. In situazioni particolari, in relazione al numero delle persone coinvolte nella controversia o alla complessità della questione, il caso viene trattato da un collegio di cinque mediatori, uomini e donne, dotati delle specifiche competenze medico-specialistiche, medico-legali, socio-antropologiche e giuridiche richieste dalle circostanze.
5. Il collegio può sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

ART. 12

Garanzie di libertà e indipendenza della Commissione

1. La Commissione esercita le sue funzioni con indipendenza e autonomia.
2. I componenti della Commissione hanno l'obbligo di astenersi dal deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni.
3. Ai componenti della Commissione non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.
4. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano altresì agli esperti che intervengono ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 11.

ART. 13

Doveri dei mediatori

1. I mediatori improntano la loro attività a imparzialità, curando in special modo l'assenza di qualsiasi discriminazione in ordine alla posizione rivestita dalle parti nel procedimento penale.
2. I mediatori
 - a) accolgono le parti con rispetto per la dignità della persona;
 - b) assicurano il corretto svolgimento del programma di giustizia riparativa e delle eventuali attività connesse;
 - c) sono garanti dell'equità e ragionevolezza degli accordi e vigilano in particolare sulla congruità degli impegni riparatori e conformativi assunti dalla persona alla quale il fatto è attribuito.

ART. 14***Sede***

1. La Commissione ha sede in locali appositi, idonei a garantirne l'accessibilità e tali da salvaguardare la confidenzialità, la dignità e la sicurezza degli utenti.
2. La sede della Commissione è individuata al di fuori degli uffici giudiziari e delle strutture penitenziarie e di pubblica sicurezza.

Capo III – Disciplina dei programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario**ART. 15*****Adempimenti del pubblico ministero***

1. A seguito dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona alla quale è attribuito taluno dei fatti preveduti dall'articolo 590-ter c.p., il pubblico ministero, salvo che debba immediatamente richiedere l'archiviazione, informa senza ritardo la "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario", ai fini dell'avvio di un programma di giustizia riparativa di cui all'articolo 6, a pena di nullità degli atti di indagine successivi.
2. Il pubblico ministero trasmette alla Commissione, unitamente alla notizia di reato con gli eventuali allegati, i dati identificativi e il recapito o domicilio eletto della persona offesa, del danneggiato e della persona alla quale è attribuito il fatto di reato.

ART. 16***Sospensione del procedimento penale***

1. Il procedimento penale per i reati di cui all'articolo 590-ter c.p. è sospeso da quando la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell'articolo 15 comma 1, fino al momento in cui al pubblico ministero perviene l'informativa ai sensi dell'articolo 22 comma 2.
2. La sospensione del procedimento non impedisce l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare.

ART. 17***Sospensione della prescrizione***

1. Il corso della prescrizione dei reati di cui all'articolo 590-ter c.p. rimane sospeso da quando la Commissione riceve la comunicazione ai sensi dell'articolo 15 comma 1. La prescrizione riprende il suo corso dal momento in cui al pubblico ministero perviene l'informativa di cui all'articolo 22 comma 2.

ART. 18***Rapporti con il procedimento disciplinare***

1. Il procedimento disciplinare avviato per uno dei fatti di cui all'art 590-ter c.p., ai sensi degli artt. 38 ss. del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221 e successive modificazioni e integrazioni, è sospeso in pendenza di un programma di giustizia riparativa ai sensi dell'articolo 6.
2. Durante il periodo di sospensione del procedimento disciplinare resta altresì sospeso il corso del termine di prescrizione di cui all'art. 51 d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221.
3. La Commissione informa senza ritardo il presidente del Consiglio dell'Ordine o del Collegio della provincia nel cui Albo il sanitario è iscritto, dell'inizio e della chiusura del programma, indicando le attività comunque svolte.
4. L'illecito disciplinare è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, salvo che, per la eccezionale gravità delle violazioni, debba essere disposta la sanzione disciplinare della radiazione o della sospensione dall'esercizio della professione.

ART. 19***Svolgimento del programma***

1. Ricevuta la comunicazione ai sensi dell'articolo 15 comma 1, la "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario" provvede a:
 - a) informare adeguatamente la persona offesa, il danneggiato e la persona cui il fatto è attribuito, dell'avvio di un programma di giustizia riparativa, con la sommaria indicazione dei principi di cui all'articolo 5;
 - b) invitare le parti di cui alla lett. a) a colloqui preliminari individuali davanti al collegio di mediatori; nel corso dei colloqui viene acquisito l'eventuale consenso delle medesime parti all'incontro;

- c) svolgere l'incontro tra gli interessati, se consenzienti, organizzando le necessarie sedute con il coinvolgimento, se opportuno, di esperti e altri soggetti rilevanti;
 - d) assistere le parti nella definizione degli accordi, anche transattivi, e nelle condotte a contenuto riparatorio e conformativo fino alla chiusura del programma.
2. L'impossibilità, il rifiuto o l'abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona offesa non impediscono lo svolgimento di altro programma pertinente.
 3. In tal caso la Commissione procede comunque agli adempimenti di cui al comma 1, in quanto compatibili, avviando, con il consenso della persona cui il fatto è attribuito, un programma a norma dell'art. 6 comma 1, lett. c). Del risultato del programma è dato avviso alla persona offesa che abbia dichiarato di voler essere informata.
 4. In caso di impossibilità, rifiuto o abbandono del programma di giustizia riparativa da parte della persona cui il fatto è attribuito, la Commissione può procedere a norma dell'articolo 6 comma 1, lett. d), previo consenso della persona offesa.
 5. La Commissione procede a norma del presente articolo, in quanto compatibile, anche nel caso di richiesta pervenuta ai sensi dell'articolo 9 lett. b).
 6. Nel dichiarare la chiusura programma, la Commissione indica le condotte a contenuto riparatorio e conformativo di cui all'art. 7.

ART. 20

Confidenzialità e riservatezza

1. È assicurata la confidenzialità e la riservatezza di ogni programma di giustizia riparativa.
2. Fatte salve le comunicazioni di cui all'articolo 22, le dichiarazioni rese da chi partecipa e gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa sono inutilizzabili nel procedimento penale e in ogni altro procedimento.
3. Si applica quanto previsto dall'articolo 598 c.p.
4. I programmi di giustizia riparativa si svolgono a porte chiuse, salvo l'ipotesi di cui al comma successivo, e in un ambiente sicuro e confortevole.
5. Nell'interesse delle persone coinvolte e con il loro consenso, i mediatori possono proporre di svolgere fasi del programma o altre attività riparative al di fuori della sede della Commissione e alla presenza o con il coinvolgimento di altri soggetti della comunità locale, *ivi* inclusa la struttura in cui è avvenuto il fatto.

ART. 21***Assistenza alle parti***

1. I soggetti invitati a partecipare al programma possono farsi assistere da persone di fiducia e da esperti appositamente nominati, nel rispetto dei principi di giustizia riparativa. La persona alla quale il fatto è attribuito e la persona offesa sono altresì assistite da un difensore appositamente nominato.
2. L'assistenza di un interprete è assicurata a chi non parla o comprende la lingua utilizzata nel programma. È parimenti garantita l'assistenza di un mediatore culturale ove ciò sia richiesto dalle questioni da trattare.
3. Si applicano le norme del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in tema di patrocinio a spese dello Stato.

ART. 22***Informativa all'autorità giudiziaria***

1. La Commissione provvede periodicamente a informare l'autorità giudiziaria penale circa l'andamento del programma di giustizia riparativa.
2. La Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria penale circa il risultato del programma ai sensi dell'articolo 7. In tutti gli altri casi, la Commissione informa senza ritardo l'autorità giudiziaria della chiusura del programma, indicando le attività comunque svolte.

ART. 23***Termini***

1. Il programma di giustizia riparativa viene espletato nel termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona alla quale è attribuito taluno dei fatti preveduti dall'articolo 590-ter c.p.
2. Il termine di cui al comma precedente è prorogabile, in caso di necessità, per un tempo non superiore a sei mesi.

ART. 24***Interventi informativi e di sensibilizzazione alle pratiche di giustizia riparativa in ambito sanitario***

1. Gli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri, gli ordini degli avvocati, i collegi

IPASVI, nonché le società scientifiche e le associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, i comitati etici e altre idonee formazioni sociali collaborano con il Consiglio Superiore della Magistratura alla diffusione della cultura della giustizia riparativa in ambito sanitario con appositi interventi.

2. Le aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale (SSN), le strutture o enti privati operanti in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, le strutture o enti che, a qualunque titolo, rendano prestazioni sanitarie a favore di terzi, gli uffici giudiziari, gli ordini degli avvocati sono tenuti ad affiggere nella propria sede e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente le informazioni inerenti alla possibilità di avvalersi gratuitamente della "Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario".

ART. 25

Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario: finanziamento

1. È istituito un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario.
2. Le imprese assicurative, che abbiano reso la dichiarazione prevista all'art. 30 comma 1, sono tenute a versare annualmente al Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa un contributo commisurato al premio incassato per ciascun contratto stipulato in adempimento dell'obbligo di assicurazione, comunque non inferiore all'1% della massa dei premi raccolti.
3. Con regolamento di attuazione, da emanarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, verranno dettate le norme relative al finanziamento e all'amministrazione del Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario.

ART. 26

Vigilanza sulle Commissioni. Monitoraggio

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura vigila sul funzionamento e sui risultati delle "Commissioni per la giustizia riparativa in ambito sanitario" e promuove, in collaborazione con le università e gli enti di ricerca, periodici monitoraggi sull'efficacia dei programmi e sulla qualità dei mediatori.

TITOLO IV***Disposizioni in materia di assicurazione
per la responsabilità civile in ambito sanitario*****ART. 27*****Assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie
per la responsabilità civile connessa al rischio clinico***

1. Entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda sanitaria del Servizio sanitario nazionale (SSN), ciascuna struttura o ente privato operante in regime autonomo o di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi è tenuta a dotarsi di copertura assicurativa per responsabilità civile verso i terzi, in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, operante a qualunque titolo presso la struttura o ente.
2. Il massimale minimo per la garanzia assicurativa di cui al comma 1 è fissato dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. In prima applicazione, esso non può comunque essere inferiore a euro ...
3. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano provvedono ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, linee guida per l'adempimento dell'obbligo assicurativo da parte delle aziende sanitarie, strutture o enti di cui al comma 1.
4. La copertura assicurativa di cui al comma 1 è condizione necessaria per l'accredimento e la convenzione di enti o strutture private con il Servizio sanitario nazionale, nonché per il finanziamento delle attività istituzionali delle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale, in coerenza con le linee guida di cui al comma 3.

ART. 28***Fondo di garanzia***

1. Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono istituire, in relazione alla responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende sanitarie ubicate sul proprio territorio, un apposito fondo di garanzia sostitutivo della copertura assicurativa di cui all'articolo 27, attribuendo direttamente al fondo le risorse finanziarie necessarie.

2. Entro un anno dall'istituzione del fondo di garanzia di cui al comma 1 cessano di avere efficacia le polizze assicurative eventualmente stipulate dalle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale.
3. Nei casi di cui al comma 1, l'ammontare e le modalità di gestione del fondo di garanzia sono fissati dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, mediante apposito accordo quadro regionale da stipulare con le organizzazioni sindacali del personale sanitario, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro. Il fondo di garanzia non può comunque essere inferiore a euro ... *[deve trattarsi di valore omogeneo a quello di cui all'articolo 27 comma 2]*.

ART. 29

Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria

1. Presso la Concessionaria servizi assicurativi pubblici S. p. A. (CONSAP) è istituito un "Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria" per l'indennizzo dei danni verificatisi nell'esercizio dell'attività sanitaria nei casi in cui:
 - a) i soggetti tenuti all'obbligo di assicurazione non abbiano provveduto ai sensi degli articoli 27 e 28;
 - b) i medesimi soggetti risultino assicurati presso un'impresa di assicurazione che al momento del sinistro si trovi in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente.
2. La liquidazione dei danni è effettuata a cura di un'impresa designata dall'ISVAP secondo quanto stabilito dal regolamento adottato dal Ministero del lavoro, salute e politiche sociali, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, anche oltre la scadenza del periodo assegnato e fino alla data indicata nel provvedimento che designi altra impresa.
3. Le somme anticipate dalle imprese designate, comprese le spese e al netto delle somme recuperate ai sensi del comma 4, sono rimborsate dalla CONSAP secondo le convenzioni stipulate fra le imprese e il Fondo di solidarietà, soggette all'approvazione del Ministero del lavoro, salute e politiche sociali, su proposta dell'ISVAP.
4. L'impresa designata che, anche in via di transazione, ha risarcito il danno nell'ipotesi prevista al comma 1, lett. a), ha azione di regresso nei confronti dei responsabili per il recupero delle somme corrisposte, nonché degli interessi e delle spese. Parimenti è surrogata, per l'importo pagato, nei diritti dell'assicurato e del danneggiato verso l'impresa posta in liquidazione con gli stessi privilegi stabiliti dalla legge a favore dei medesimi.
5. L'azione diretta che spetta al danneggiato nei confronti dell'impresa designata è

soggetta ai termini di prescrizione cui sarebbero soggette le azioni verso il responsabile, ovvero nei confronti dell'impresa posta in liquidazione.

6. Le imprese assicurative, che abbiano reso la dichiarazione prevista all'art. 30 comma 1, sono tenute a versare annualmente alla CONSAP, gestione autonoma del Fondo, un contributo commisurato al premio incassato per ciascun contratto stipulato in adempimento dell'obbligo di assicurazione, comunque non inferiore all'1% della massa dei premi raccolti.
7. Con regolamento di attuazione, da emanarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, verranno dettate le norme relative al finanziamento del Fondo di solidarietà, alla sua amministrazione, nonché alle modalità di esercizio delle azioni di cui ai commi precedenti.

ART. 30

Obbligo a contrarre

1. Le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa nel territorio della Repubblica, che intendano stipulare, ai sensi dell'art. 27, contratti di assicurazione della responsabilità civile in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, devono rendere dichiarazione di disponibilità al Ministero dello sviluppo economico entro il 31 gennaio di ogni anno, indicando i rischi per i quali offrono copertura, le condizioni di contratto e le tariffe praticate, nel rispetto dei massimali minimi stabiliti annualmente dallo stesso Ministero, su proposta dell' ISVAP.
2. Le imprese assicurative che abbiano reso la dichiarazione di cui al comma precedente sono tenute ad accettare le proposte che vengano loro presentate per l'assicurazione obbligatoria, di cui alla presente legge.

ART. 31

Responsabilità per danni occorsi nell'ambito di strutture sanitarie

1. La responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende, strutture o enti di cui all'articolo 27 comma 1, è sempre a carico dell'azienda, ente o struttura sanitaria.
2. Nei casi in cui sia stata attivata la Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, l'assicuratore è tenuto a garantire il soddisfacimento delle obbligazioni patrimoniali nascenti dal completamento del programma di giustizia riparativa, ai sensi dell'articolo 7.

3. Salvo che il fatto sia stato commesso con dolo o colpa grave, accertati con sentenza passata in giudicato, è escluso il diritto di rivalersi nei confronti del sanitario da parte dell'assicuratore e delle aziende, enti o strutture di cui all'articolo 27 comma 1.
4. Nel caso di colpa grave accertata con sentenza passata in giudicato, l'assicuratore ovvero le aziende, enti o strutture di cui all'articolo 27 comma 1, procedono al recupero dell'ammontare riconosciuto a titolo di risarcimento, attraverso trattenute sullo stipendio del sanitario, nella misura massima del quinto.

ART. 32***Esercizio dell'azione per il risarcimento dei danni
occorsi nell'ambito di strutture sanitarie***

1. Il danneggiato a seguito di prestazioni sanitarie esercita l'azione per il risarcimento dei danni convenendo in giudizio direttamente l'assicuratore e l'azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 27 comma 1, presso cui la prestazione è stata ricevuta.
2. Il danneggiato che intenda proporre innanzi al giudice civile la domanda di risarcimento deve previamente inviarla, a pena di improcedibilità dell'azione, all'assicuratore ovvero al fondo di garanzia di cui all'articolo 28, ove istituito, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, allegando alla domanda idonea documentazione medica.
3. L'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 28 ove istituito, comunica al danneggiato, entro novanta giorni dal ricevimento della domanda di cui al comma 2, l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, ovvero indica i motivi per i quali non ritiene di formulare alcuna offerta.
4. Se il danneggiato accetta l'ammontare offerto a titolo di risarcimento, l'assicuratore, ovvero il fondo di garanzia di cui all'articolo 28 ove istituito, è tenuto a provvedere al pagamento entro venti giorni dal ricevimento per iscritto dell'accettazione.
5. L'assicuratore non può opporre al terzo eccezioni di carattere contrattuale, tranne che si tratti di mancato versamento del premio; in tale ipotesi, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1901 c.c.
6. In ogni stato e grado del giudizio, il danneggiato che, a causa del fatto, venga a trovarsi in stato di bisogno, può chiedere l'assegnazione di una somma da imputarsi alla liquidazione definitiva del danno. Il giudice, sentite le parti, qualora da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del sanitario o dell'azienda, ente o struttura di cui all'articolo 27 comma 1, provvede con ordinanza immediatamente esecutiva all'assegnazione della somma, nei limiti dei quattro quinti della presumibile entità del risarcimento che sarà liquidato con la sentenza.

ART. 33***Prescrizione***

1. Il diritto al risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio dell'attività sanitaria, per i quali vige l'obbligo dell'assicurazione, si prescrive nel termine di dieci anni.
2. Il termine di cui al comma precedente decorre dal momento della conoscenza del danno. Per conoscenza del danno si intende la consapevole presa di coscienza delle conseguenze dannose, di cui all'art. 31 comma 1, e in ogni caso del loro consolidamento, verificatesi nella sfera fisica o psichica del paziente.
3. Il corso del termine di prescrizione di cui al comma 1 resta sospeso per tutto il periodo di svolgimento di un programma di giustizia riparativa ai sensi dell'articolo 6.

ART. 34***Unità di gestione del rischio clinico***

1. Entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, ciascuna azienda, struttura o ente, di cui all'articolo 27 comma 1, istituisce, all'interno della propria organizzazione ovvero con l'ausilio di soggetti esterni specialisti della materia, una «Unità di gestione del rischio clinico», alla quale, salvo eventuali integrazioni da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, compete:
 - a) di realizzare iniziative e promuovere azioni finalizzate a ridurre i rischi e a migliorare gli standard di qualità dell'assistenza sanitaria, grazie alla programmazione e alla gestione del rischio clinico. In particolare, l'Unità di gestione del rischio clinico individua le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, favorisce l'apprendimento organizzativo dagli errori, promuove attività formative, informative e comunicative sulla gestione del rischio clinico, realizza *audit* e sistemi di *incident reporting*, individuando le soluzioni da adottare nell'ottica della più efficace riduzione del rischio e al fine di aumentare la sicurezza del paziente;
 - b) di cooperare, se richiesta, con gli organi di prevenzione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori;
 - c) di interagire con la Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario di cui all'articolo 8, ovvero con l'assicuratore o il fondo di garanzia di cui all'articolo 28, ogniqualvolta si verifichi un fatto che importi l'attivazione del percorso di giustizia riparativa o della copertura assicurativa obbligatoria.
 - d) di svolgere attività di consulenza, in materia assicurativa e di analisi e gestione del rischio, a favore delle aziende, strutture o enti di cui all'articolo 27 comma 1, e di quanti, nel loro ambito, siano dotati di poteri di amministrazione, gestione e controllo.

-
2. Ai componenti dell'Unità di gestione del rischio clinico, in relazione all'attività di *incident reporting*, non si applicano gli articoli 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni.
 3. Gli atti compiuti dall'Unità di gestione del rischio clinico nello svolgimento della propria attività di *incident reporting* sono inutilizzabili ai fini dell'avvio di ogni procedimento e nell'ambito dei procedimenti già avviati.

Sintesi delle relazioni di accompagnamento al progetto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Titolo I: Principi generali. – 3. Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. – 4. Titolo III: Giustizia riparativa. – 5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario.

1. *Premessa*

Il «*Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*» – elaborato dal Centro Studi “*Federico Stella*” sulla *Giustizia penale e la Politica criminale* (CSGP) – si propone di fornire una adeguata risposta normativa al problema, estremamente delicato e attuale, della c.d. medicina difensiva.

Senza qui addentrarsi in un'analisi dettagliata delle problematiche connesse alla *defensive medicine* (sul punto, si rinvia alle considerazioni espresse nella *Presentazione*), basterà appena ricordare – per comprendere l'estrema attualità del fenomeno – come tutti gli studi empirici condotti sul tema, ivi compreso quello eseguito dai ricercatori del CSGP, indichino in maniera inequivoca che il timore di essere chiamati a rispondere giudizialmente di comportamenti di c.d. *medical malpractice* esercita una grande influenza sulle decisioni cliniche dei sanitari, dando vita a una situazione di grave crisi nel rapporto “medico-paziente”, con pesanti ricadute per l'intera società. Oltre che una tutela meno efficace della salute, infatti, i comportamenti di medicina difensiva determinano un significativo aggravio dei costi a carico del Sistema Sanitario Nazionale, creando squilibri che, nel lungo periodo, portano ad una contrazione delle prestazioni erogate gratuitamente a tutti i cittadini.

Il *Progetto di riforma* elaborato dal CSGP si sforza di suggerire un percorso innovativo per la gestione del fenomeno della medicina difensiva e del contenzioso legato al c.d. “rischio clinico”, nel tentativo di perseguire una tutela più efficace della salute dei cittadini attraverso una serie di misure che, in estrema sintesi, possono riassumersi come segue: 1) una ragionevole restrizione dell'area dei comportamenti colposi che, realizzati nell'esercizio dell'attività sanitaria, abbiano rilevanza penale; 2) un migliore assetto delle norme che disciplinano l'acquisizione dei “saperi tecnici” nel processo penale, attraverso una modifica delle previsioni in tema di consulenza e perizia nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto fatti di *medical malpractice*; 3) un percorso di “giustizia riparativa”, alternativo al processo penale ordinario, in grado di assicurare risposte più efficaci da parte dell'ordinamento, rispetto alla minaccia, spesso soltanto teorica, dell'irrogazione di una pena detentiva; 4) una nuova disciplina in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario, basata sull'introduzione di un obbligo assicurativo in capo a tutte le strutture che rendono prestazioni sanitarie a favore di terzi; 5) una specifica previsione di legge dedicata al fenomeno, ineliminabile, del c.d. “rischio clinico”, che dia finalmente la possibilità alle strutture

sanitarie complesse, attraverso un'apposita Unità di gestione del rischio, di apprendere dai propri errori ed evitare quelle situazioni di "miopia organizzativa" che spesso sono alla base degli eventi avversi in danno dei pazienti.

2. Titolo I: Principi generali

La proposta di legge, costituita da quattro titoli per complessivi 34 articoli, si apre con una dichiarazione di principio, finora assente nell'ordinamento italiano, che recepisce autorevoli posizioni assunte da una parte della dottrina e della giurisprudenza, al contempo richiamando previsioni simili contenute in codici penali stranieri¹.

L'articolo 1, intitolato «*Trattamento medico-chirurgico*», statuisce infatti che «I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica».

Si stabilisce, pertanto, che il trattamento medico-chirurgico, eseguito in ossequio alle *leges artis*, non è da considerarsi, per definizione, un fatto tipico di offesa all'integrità fisica del paziente, accogliendo così l'impostazione dottrinale secondo la quale l'attività medica trova legittimazione nella sua intrinseca utilità e adeguatezza sociale e nel fatto che essa viene realizzata per garantire il perseguimento di beni costituzionalmente tutelati².

¹ È il caso del codice penale portoghese: «Artigo 150: Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal» (Redação da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro). Affine l'*Entwurf 1962*, § 161 Heilbehandlungen – «Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschaden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar».

² «Un intervento praticato *lege artis* dal chirurgo non è assimilabile, seppur privo di consenso, a una qualsiasi ferita da arma da taglio. Il che implica, in termini giuridici, o escludere la tipicità della stessa, quanto al delitto di lesioni, dell'aspetto invasivo di un trattamento chirurgico *leges artis*, o, almeno, configurare l'indicazione terapeutica come scriminante» (EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, II, p. 729). La questione relativa alla natura intrinseca dell'attività medica e dunque anche all'efficacia del consenso rispetto a quest'ultima ha lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza italiane: basti ricordare che già il Crispigni se ne occupò a partire dal 1914. Secondo un primo orientamento, soltanto il consenso

In tal modo, il *Progetto di riforma* elaborato dal CSGP recepisce, tra l'altro, posizioni ormai consolidate nella giurisprudenza civile e ribadite di recente anche in quella penale. Da tempo, infatti, le sezioni civili della Corte di cassazione affermano la c.d. autolegittimazione dell'attività medica³, la quale trova il suo fondamento nella finalità

del paziente potrebbe scriminare la condotta del medico, altrimenti connotata da illiceità e dunque sussumibile sotto la fattispecie di lesioni volontarie o, in caso di esito infausto, sotto quella di omicidio preterintenzionale. Conforme a tale orientamento, Cass. sez. V, n. 5639/1992 (Massimo). Altra autorevole dottrina, invece, pur ritenendo che, presente il consenso, il comportamento del medico «diviene un normale accadimento della vita sociale o di relazione, refrattario a qualsiasi valutazione giuridico-penale» (ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, artt. 1-84, III ed., Milano, 2004, p. 528), e considerando quindi il consenso non perfettamente assimilabile alle tradizionali cause di giustificazione, non esclude, in caso di trattamento con esito infausto eseguito senza consenso, la configurabilità di una responsabilità penale dell'agente. Anche questo orientamento viene recepito in alcune sentenze della Cassazione: esemplificativamente, Cass., sez. IV, n. 35822/2001. Si afferma in tale sentenza che l'attività medica sarebbe autolegittimata, trovando la propria giustificazione negli articoli 13 e 32 della Costituzione: riduttivo sarebbe, pertanto, fondare la sua legittimazione soltanto sul consenso dell'avente diritto; d'altro canto, la legittimità dell'attività medica richiederebbe comunque di per sé il consenso del paziente. Altrettanto controversa poi la questione relativa alla fattispecie penale realizzata dal medico, prospettandosi come alternative o le lesioni e l'omicidio preterintenzionale, da un lato, o la violenza privata, dall'altro. Alla dottrina che sostiene il primo orientamento si oppone generalmente l'insussistenza dell'elemento oggettivo (poiché la *malattia* non sarebbe assimilabile alle *lesioni*) oltre che la mancanza dell'elemento soggettivo (non essendo riscontrabile, in un'attività medica terapeuticamente orientata, alcun *animus laedendi*). La giurisprudenza è altrettanto ondivaga: nella sentenza Massimo, più sopra citata, si ritengono ad esempio integrate le lesioni e l'omicidio preterintenzionale, mentre nella sentenza n. 26446/2002, invece, si prospetta solo la sussistenza del reato di violenza privata. Una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, da ultimo, ha rivisitato l'intera giurisprudenza in materia, ed è giunta a escludere anche la configurabilità di quest'ultimo reato, (Cass. sez. un., n. 2437/2009, la quale testualmente afferma: «la violenza, infatti, è un connotato essenziale di una condotta che, a sua volta, deve atteggiarsi alla stregua di mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore: vale a dire la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere qualche cosa; deve dunque trattarsi di "qualcosa" di diverso dal "fatto" in cui si esprime la violenza. Ma poiché, nella specie, la violenza sulla persona non potrebbe che consistere nella operazione; e poiché l'evento di coazione risiederebbe nel fatto di "tollerare" l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di "costrizione a tollerare" rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 cod. pen.»); si lascia invece impregiudicata la possibilità che assumano «un particolare risalto le figure di colpa impropria, nelle ipotesi in cui si possa configurare un errore sull'esistenza della scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa».

³ Sulla salute come diritto fondamentale dell'individuo: Cass. n. 356/1991, 202/1991, 559/1987. Sul diritto ai trattamenti sanitari come diritto a sua volta fondamentale: Cass. n. 432/2005, 233/2003, 252/2001. A questo proposito, la sentenza delle Sezioni Unite penali n. 2437/2009 afferma a sua volta che: «non è senza significato la circostanza che l'articolo 359 c.p. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, di pubblica necessità abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il

di tutela della salute come bene costituzionalmente rilevante. Tale posizione è stata di recente recepita anche dalle Sezioni Unite penali della Suprema Corte, secondo le quali: «l'attività sanitaria, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare la prescrizione dettata dall'articolo 2 della Carta, ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo»⁴.

Ciò ovviamente non significa escludere l'importanza centrale che riveste, in ogni caso, il consenso del paziente: tale centralità, riconosciuta in numerosi atti internazionali⁵, è stata di recente oggetto di un'importante sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali e negli articoli 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge. La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative»⁶.

L'affermazione dell'articolo 1 non sottrae, quindi, il medico all'obbligo deontologico di impegnarsi, per quanto possibile, nella ricerca di un pieno e consapevole consenso da parte del paziente, costruendo un rapporto di fiducia che è la migliore e più efficace garanzia contro l'ingenerarsi di comportamenti di medicina difensiva, da parte del sanitario, o di iniziative giudiziarie infondate, da parte del paziente o dei suoi congiunti⁷.

paziente. Se di scriminante si vuole parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di scriminante costituzionale, tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che giustifica l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica, in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici»

⁴ Cass. sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437.

⁵ Convenzione sui diritti del fanciullo, 1989, art. 24. In particolare, poi, la Convenzione dei diritti dell'uomo e sulla biomedicina, c.d. Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia con legge 145/2001 prevede, all'articolo 5, che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato; da ultimo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 7 dicembre 2000) sancisce che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica».

⁶ Corte Cost. 15 dicembre 2008, n. 438.

⁷ Cfr. EUSEBI L., *Sul mancato consenso*, cit., p. 739: «Il consenso – la cui rilevanza permette al malato di controllare le scelte terapeutiche – serve per riuscire ad ottenere il meglio (inteso nel senso più pregnante) secondo la *lex artis* e non già, come qualcuno sembra ritenere, per poter non fare

Tuttavia, non si è ritenuto opportuno inserire il consenso del paziente quale requisito essenziale della liceità del trattamento medico-chirurgico, al fine di evitare possibili letture di tipo “contrattualistico”, che non paiono del tutto consone alle peculiarità dell’attività medica. Ciò che è necessario – e al contempo sufficiente – per escludere la rilevanza giuridica del comportamento del medico, *sub specie* «offesa all’integrità fisica del paziente» – è che si tratti di atti «adeguati alle finalità terapeutiche» (la precisazione esclude dalla disciplina i trattamenti con finalità non terapeutiche, quali, salvo casi specifici, il trattamento cosmetico, estetico e plastico, la sperimentazione sulla persona umana, l’inseminazione artificiale), che siano eseguiti «secondo le regole dell’arte» e con lo scopo di «prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia».

D’altra parte, non è nemmeno da sottovalutare l’impatto verosimilmente deleterio che un riferimento al consenso, quale condizione di legittimità del trattamento medico, produrrebbe sull’occorrenza di atteggiamenti di “medicina difensiva” e, dunque, sulla qualità ed efficacia delle cure prestate al paziente: una tale previsione nella norma dedicata al «Trattamento medico chirurgico» (art. 1) finirebbe con l’esporre costantemente il sanitario a un rischio altissimo di contenzioso giudiziario.

La mancanza di un riferimento espresso al consenso, nella norma di cui all’art. 1 del *Progetto*, non deve ovviamente essere ricondotta a un intento – ispirato da principi di paternalismo anche semplicemente *soft* – di sminuire il ruolo fondamentale della volontà del paziente: il *Progetto* punta, in realtà, a un obiettivo del tutto differente rispetto a quello della normativizzazione delle conseguenze giuridiche connesse alla eventuale violazione del consenso. Sul punto, l’unico dato ricavabile dal testo dell’art. 1 è che – ove si sia in presenza di esigenze terapeutiche e siano state osservate le regole dell’arte medica – il comportamento del sanitario (che sia intervenuto, in ipotesi, anche senza aver raccolto validamente il consenso del paziente) non rileverà come aggressione all’integrità fisica.

Restano aperti, dunque, tutti gli altri possibili inquadramenti dell’atto medico posto in essere in assenza del consenso del paziente, nessuno dei quali esplicitamente escluso dalla norma, la quale non sancisce in alcun modo la conformità all’ordinamento di tale atto e nemmeno ne esclude la rilevanza penale. Quest’ultima resta anzi senz’altro compatibile col tenore complessivo del *Progetto*, ancorché sulla base della lesione di un bene giuridico diverso rispetto all’incolumità individuale del paziente: a essere offesa risulterà infatti la libertà morale, ossia la possibilità di scegliere consapevolmente se sottoporsi a un trattamento sanitario e di individuare in maniera informata il percorso terapeutico più congeniale a garantire il proprio diritto alla salute.

Da ultimo, si segnala come si sia scelto di limitare l’ambito di operatività della nor-

quel meglio». Peraltro, l’importanza di tale “alleanza terapeutica” viene anche riconfermata dal nuovo codice di deontologia medica (approvato nel 2000) il quale prevede che il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente» (art. 5).

ma di cui all'art. 1 del *Progetto*, a differenza di quelle contenute nel titolo II, ai soli «esercenti una professione medico-chirurgica», escludendo perciò il riferimento al più ampio concetto di «professione sanitaria», che comprende, ai sensi dell'art. 99 del t.u.l.san., oltre al medico-chirurgo, anche il veterinario, il farmacista, l'odontoiatra non medico. La nozione di «professione medico-chirurgica», accolta nell'art. 1 del *Progetto*, esclude evidentemente queste tre ultime categorie: tale scelta, che accorda in certa misura una "preferenza" nei confronti del medico-chirurgo, serve a indicare con maggiore evidenza che solo a questo soggetto compete la scelta delle opzioni diagnostico-terapeutiche. Tuttavia, si è reputato opportuno aggiungere, come nel modello portoghese, il riferimento ad «altra persona legalmente autorizzata», così da ricomprendere nella portata della norma anche altri soggetti, come gli infermieri e i tecnici di laboratorio o di altre specialità (tecnico-radiologo, ecc.), che cooperano col medico-chirurgo nell'effettiva erogazione della prestazione sanitaria.

Quanto alle conseguenze che derivano, per l'ordinamento, dalla presenza dei requisiti sopra indicati, si è optato per una formula che – a differenza della classica "non punibilità" – esprima in maniera immediata l'assenza di tipicità della condotta, in virtù della intrinseca adeguatezza sociale della condotta del medico. Oltre tutto, trattandosi di una norma di principio, non destinata a entrare nel codice penale, la formulazione indicata è sembrata più omogenea col tessuto complessivo della proposta di riforma.

3. *Titolo II: Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*

Il titolo II del *Progetto di riforma* consta di tre articoli, che innoverebbero in maniera significativa il tessuto del codice penale e del codice di rito, in relazione al tema della responsabilità colposa del sanitario⁸.

a) *La fattispecie di cui all'art. 2 del Progetto*. Prima di analizzare nel dettaglio le norme di cui si propone l'introduzione, si deve precisare che il *Progetto* elaborato

⁸ Si segnala che, nel titolo II e in particolare nell'art. 2 che prevede un nuovo assetto della responsabilità penale, l'alveo dei soggetti presi in considerazione è più ampio rispetto al titolo I, facendosi qui riferimento, almeno come proposta giudicata preferibile secondo il *CSGP*, alla più vasta categoria degli «esercenti una professione sanitaria», così da comprendere anche ostetrici, infermieri, fisioterapisti, tecnici laboratoristi ecc. In alternativa si potrebbe prevedere una limitazione ai soli esercenti la professione medico-chirurgica: tale restrizione dell'ambito di applicazione della norma, tuttavia, se pure avrebbe il beneficio di accentuare la particolarità dell'attività tipica del medico, si esporrebbe probabilmente a censure di irragionevolezza, lasciando maggiormente l'impressione, oltre tutto, di un privilegio eccessivo e ingiustificato a vantaggio della sola categoria professionale dei medici. Nell'ottica di un efficace contrasto a tutte le forme di medicina difensiva, invece, pare senz'altro preferibile l'estensione a tutte le professioni sanitarie, purché – naturalmente – nel rispetto delle competenze di ciascuna professione.

dal CSGP ha espressamente escluso (a differenza di altre proposte di legge recentemente avanzate) l'opportunità di interventi riformatori che possano incidere su istituti generali del diritto penale (in particolare, sull'imputazione causale dell'evento lesivo), e che finirebbero dunque per avere, fatalmente, un impatto notevole su questioni e problematiche anche molto distanti da quelle relative al fenomeno della medicina difensiva.

Il rapporto di causalità costituisce infatti un elemento oggettivo del reato e l'architrave su cui poggia l'intera categoria dei delitti d'evento. La disciplina vigente, così come precisata dalla pronuncia delle Sezioni Unite penali del 10 luglio 2002, n. 30328 – che ha ricostruito in modo analitico e coerente l'interpretazione da assegnare alle norme del codice penale in materia – prevede che il giudice, attraverso il richiamo a leggi scientifiche o a massime d'esperienza equiparabili a generalizzazioni scientifiche, sia in grado di affermare che l'evento dannoso è conseguenza della condotta (attiva od omissiva) dell'imputato e che, senza tale condotta, l'evento lesivo non si sarebbe verificato. Solo a queste condizioni egli potrà affermare la responsabilità dell'imputato, viceversa dovrà assolverlo con la formula più ampiamente liberatoria.

È evidente, allora, che l'attuale assetto della responsabilità penale, per un qualsiasi reato d'evento (non solo, dunque, le fattispecie di omicidio e lesioni), prevede, dal punto di vista della causalità, soltanto due possibili esiti: o l'evento è conseguenza dell'azione/omissione dell'imputato, e allora l'indagine del giudice potrà proseguire nell'accertamento degli altri elementi costitutivi del reato (*in primis*, nel caso della colpa professionale del medico, la effettiva negligenza dell'imputato), oppure l'evento non è conseguenza dell'azione/omissione dell'agente, e allora mancherà lo stesso elemento oggettivo del reato ipotizzato.

Alla luce di ciò, sembrerebbe davvero una scelta singolare, quella di introdurre una norma che intervenisse appositamente per escludere, in presenza di determinate condizioni, la sussistenza "giuridica" del rapporto di causalità materiale tra l'omissione di un trattamento medico-chirurgico e la morte o le lesioni del paziente. Una regola di questo genere, infatti, costituirebbe una vistosissima e ben difficilmente giustificabile eccezione all'intero sistema di imputazione penale degli eventi lesivi, finendo per realizzare una sorta di "diritto speciale" degli operatori sanitari che si porrebbe in evidente stridore con principi costituzionali fondamentali.

Le considerazioni che precedono concorrono dunque a spiegare perché, tra le svariate opzioni prospettabili in vista di un contenimento del problema della medicina difensiva, si sia scelta quella di un intervento legislativo più specifico che, introducendo nel tessuto del codice penale (all'art. 590-ter) una fattispecie autonoma dal titolo «Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario», provveda a disciplinare in maniera innovativa i profili della responsabilità penale "per colpa" del sanitario, spezzando quel meccanismo vizioso che, nella vigenza dell'attuale normativa, ha consentito (e, per certi aspetti, favorito) il preoccupante aumento dei comportamenti di medicina difensiva.

La scelta delineata nel presente *Progetto* muove dalla considerazione che un eccessivo sindacato dell'autorità giudiziaria penale sull'attività del sanitario può andare a scapito di una tutela efficace della salute dei cittadini, favorendo l'insorgere di atteggiamenti "difensivi" da parte del medico, spinto a preoccuparsi della propria "incolumità giudiziaria", piuttosto che della salute del paziente affidato alle sue cure.

Già questa considerazione potrebbe giustificare una limitazione dell'ambito di responsabilità nell'esercizio dell'attività medica. In aggiunta, peraltro, si deve osservare che la necessità di delineare un ambito, quanto più possibile chiaro e determinato, di astensione del diritto penale dal giudizio sull'attività del sanitario discende, come già sottolineato, dalla rilevanza sociale di questa, nonché dalla diffusa constatazione della difficoltà di distinguere gli eventi avversi dovuti a un errore "colposo" del sanitario da quelli legati al semplice svolgimento di un'attività intrinsecamente rischiosa qual è l'attività medica.

L'intervento riformatore deve, dunque, farsi carico di adeguare per quanto possibile l'assetto normativo all'alto valore sociale dell'atto medico, alla complessità intrinseca della scienza e della pratica medica e alle condizioni in grado di preservare quella "base fiduciaria" del rapporto medico-paziente così essenziale per propiziare l'efficacia terapeutica degli interventi.

Il versante della colpa è dunque sembrato quello più indicato per dar vita a un nuovo equilibrio tra esigenze generalpreventive e tutela della professione medica, tra il *proprium* del rimprovero penale, come strumento a forte invasività stigmatizzante nei confronti della persona, e il suo essere, conseguentemente e necessariamente, *extrema ratio* di tutela contro specifici e frammentari fatti lesivi di beni giuridici. È proprio attraverso una ridefinizione della colpa rilevante in ambito medico che sembra possibile intervenire lungo quella prospettiva *ex ante* caratteristica delle regole cautelari alla base della responsabilità colposa e così ridefinire, nel rispetto del principio di legalità, lo spazio del diritto penale nell'ambito degli errori in medicina.

Tale attitudine della colpa a divenire il centro di un possibile intervento riformatore dipende, a ben vedere, dalla stessa origine e fondamento delle regole cautelari della cui violazione si discute. Esse, infatti, costituiscono il precipitato tecnico di un bilanciamento, cui partecipa l'intero ordinamento, del «valore o l'utilità dell'attività esercitata da una parte con il tipo e le dimensioni del possibile danno dall'altra, con un peso decisivo assegnato al grado di probabilità del verificarsi della lesione (e, sia pure in parte, altresì al grado di probabilità di raggiungere lo scopo proprio dell'attività)»⁹.

Peraltro, questa prospettiva di maggior tutela della prestazione sanitaria – ma il discorso potrebbe valere, *de iure condendo*, anche per altre attività professionali – attraverso un peculiare bilanciamento degli interessi in gioco non è, già oggi, estranea al

⁹ FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 255 ss. Sul tema, v. anche CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 556 ss.

nostro ordinamento. Come noto, infatti, l'art. 2236 c.c.¹⁰, rubricato «*Responsabilità del prestatore d'opera*», dispone che «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

La rilevanza e l'interpretazione di questa disposizione in sede penale è stata ed è piuttosto discussa. Senza che sia possibile riprendere qui l'ampio dibattito in argomento, sembra comunque opportuno riassumerne alcuni degli snodi essenziali da cui ha tratto ispirazione la proposta di riforma avanzata dal CSGP, avendo come riferimento iniziale le indicazioni espresse dalla Corte Costituzionale con la notissima sentenza interpretativa n. 166 del 1973.

In tale sentenza, la Corte costituzionale¹¹, respingendo l'interpretazione allora prevalente in giurisprudenza – secondo cui colpa penalmente rilevante sarebbe stata da considerarsi soltanto quella propriamente grossolana – ritenne di poter ancorare l'interpretazione della norma a un corretto bilanciamento degli interessi in gioco: «la particolare disciplina in tema di responsabilità penale desumibile dagli artt. 589 e 43 c.p., in relazione all'art. 2236 c.c., per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, è

¹⁰ Sull'argomento specifico la letteratura è decisamente vasta. Partendo dall'imprescindibile CRESPI A., *La colpa grave nell'esercizio dell'attività chirurgica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 255, tra contributi più recenti e rilevanti si vedano: IADECOLA G., *Colpa medica e adeguata scelta del perito nel processo* in *Giur. Merito*, 2007, p. 1942 ss.; ID., voce *Colpa professionale (dir. pen.)* in Cassese S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 961 ss.; SALCUNI G., *Aporie e contraddizioni in tema di colpa professionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1594 ss.; VITALE G., *Responsabilità e rischi professionali del chirurgo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1866; PIERRI P., *Riflessioni in tema di applicabilità dei principi dell'art. 2236 c.c.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005 p. 179; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, p. 1279 ss.; DI LANDRO A., *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della gravità ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 733 ss.; CRESPI A., *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 785; SIRACUSANO F., *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulla forma e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2804 ss.; BLAIOTTA R., *Art. 43*, in Lattanzi G., Lupo E. (direttori), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. I, tomo I, Milano, 2000, p. 336-342; VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi* in Marinucci G., Dolcini E. (direttori), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, tomo II, Padova, 2003, p. 322 ss.; FRESA R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in Cadoppi A., Canestrari S., Papa M. (direttori), *I reati contro la persona. I, Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, p. 615 ss.; LUNGHINI G., *Art. 43*, in Dolcini E., Marinucci G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 433 ss.; TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in Canestrari S., Fantini M.P. (a cura di), *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, p. 1 ss.

¹¹ La Corte costituzionale in questa sentenza sembra aver fatto proprio l'orientamento di Alberto Crespi, il cui pensiero può riassumersi nella formula: «quanto maggiori le difficoltà del compito, tanto più indulgente il giudizio del magistrato sulla perizia dell'agente, ma tanto più severo quello sulla diligenza e prudenza spiegate nel medesimo».

il riflesso di una normativa dettata di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. Ne consegue che solo la colpa grave, e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale».

In virtù di questa decisione, per circa un decennio, la giurisprudenza si orientò nel senso di richiedere una imperizia grave e di ritenere, invece, sufficiente anche una lieve negligenza o imprudenza per affermare la responsabilità del medico.

Non tardò, tuttavia, ad emergere, in dottrina e in giurisprudenza, un orientamento – che oggi pare prevalente specie in quest'ultima¹² – teso a escludere la rilevanza dell'art. 2236 c.c. in sede penale. Vari gli argomenti: l'eccezionalità della norma; l'assenza nel codice penale di qualsivoglia riferimento al grado della colpa per decidere sull'an della responsabilità, ma solo, *ex art.* 133 c.p., sul *quantum*; il principio di uguaglianza, che impedirebbe di configurare aree sottratte alla generale rilevanza anche della colpa lieve. A questo orientamento, la dottrina ha variamente replicato, opponendo, soprattutto in virtù del principio penalistico di *extrema ratio*, l'irrazionalità di un'interpretazione che consenta di chiamare a rispondere il medico nel processo penale e, contemporaneamente, ne escluda ogni responsabilità civilistica¹³.

Anche ove, peraltro, la giurisprudenza si orientasse per l'applicabilità in sede penale dell'art. 2236 c.c., rimarrebbe, comunque, decisamente problematica la definizione di quelle «prestazioni di speciale difficoltà», cui la norma subordina la limitazione alla colpa grave della responsabilità del medico, specie ove si tenga conto delle interpretazioni iper-restrittive cui quel concetto può essere sottoposto¹⁴.

¹² Tra le tante, si vedano: Cass. sez. IV, n. 39627/2002; Cass. sez. IV, n. 28617/2004; Cass. sez. IV, n. 39592/2007.

¹³ In particolare è sembrato inconcepibile che, ove si consideri irrilevante in sede penale l'art. 2236 c.c., non possa poi risarcirsi, una volta che sia stata affermata la responsabilità penale dell'imputato, il danno derivante da reato, così generando una macroscopica violazione dell'art. 185 c.p. In questo senso, CRESPI A., *op. ult. e loc. citt.*; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1279 ss., p. 1296. A detta di Angioni, peraltro, l'art. 2236 «non rompe l'equilibrio e la validità dell'ancoraggio alla figura dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*: in situazioni di particolare difficoltà anche tale professionista modello può frequentemente incorrere in errori minimi di conoscenza o di esecuzione. Piuttosto, va sempre tenuto in conto che di fronte a un caso clinico o chirurgico di speciale difficoltà il medico che comunque intervenga e operi potrebbe incorrere in un'ipotesi di colpa per assunzione, ove il caso appaia al di sopra delle sue capacità professionali. Pertanto, se così è, l'area di operatività dell'art. 2236 c.c. viene a ridursi alle situazioni di repentinità ed di emergenza, dove cioè urge l'immediato intervento ovvero la difficoltà della prestazione si manifesti solo in corso d'opera, e non ci sia per il medico agente la possibilità spazio temporale di chiedere l'ausilio o la consulenza di un espertissimo del settore».

¹⁴ Si veda, ad esempio, Cass. civ. Sez. III, n. 2428/1988: «il medico risponde per colpa grave quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, si da essere non adeguatamente studiato

La descritta situazione normativa e giurisprudenziale appare dunque ben lontana da quel corretto e necessario bilanciamento – indicato dalla Corte costituzionale – delle due istanze fondamentali, che si confrontano nella definizione del quadro di responsabilità del medico: da una parte, «non mortificare l’iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso» e, dall’altra, «non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso» (Corte Cost. n. 166/1973).

Lo strumento più congruo per introdurre nel nostro ordinamento un nuovo contemperamento dei contrapposti interessi sembra, dunque, quello di agire sui criteri della imputazione colposa, che, per loro stessa natura, esprimono la operatività di un bilanciamento normativo condotto alla stregua dell’intero ordinamento. Rispetto a ciascuno degli elementi caratterizzanti la colpa, infatti, è possibile esprimere un giudizio di minore o maggiore rimproverabilità – soggettiva od oggettiva – del comportamento tenuto rispetto a quello doveroso in base all’*homo eiusdem professionis* (*ex ante*) preso in considerazione. Così: il *quantum* di prevedibilità dell’evento; il *quantum* di rappresentabilità della propria condizione di incapacità nelle ipotesi di colpa c.d. per assunzione; il *quantum* di evitabilità dell’evento; il *quantum* di divergenza tra la condotta tenuta e quella doverosa; la più o meno elevata esigibilità di un comportamento diverso da parte del soggetto concreto¹⁵. Tale criteri di misurazione degli scostamenti dal modello dell’agente “accorto e avveduto”, dunque, sembrano poter guidare l’interprete nell’individuazione di un livello al di là del quale la condotta del soggetto può assumere senz’altro la caratteristica della “gravità”.

Proprio partendo da tale consapevolezza, il *Progetto* elaborato dal *CSGP* prevede, all’art. 2, comma 1, che «L’ esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omissso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli art. 589 e 590 solo in caso di colpa grave».

Attraverso tale disposizione viene dunque fissato un limite espresso di rilevanza penale della colpa del sanitario, che – focalizzandosi esclusivamente sul disvalore della condotta (si è scelto infatti di non prevedere risposte sanzionatorie diverse a seconda della gravità dell’evento lesivo cagionato) – consentirà verosimilmente di ottenere una significativa riduzione dei comportamenti di medicina difensiva.

Si tratta, evidentemente, di una scelta molto forte di riduzione del perimetro di rilevanza penale della colpa medica (in ipotesi, anche la morte del paziente, se conseguenza di una condotta solo lievemente colposa da parte del sanitario, resterebbe

nella scienza medica e sperimentato nella pratica, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico opera la sua scelta».

¹⁵ Cfr. MANTOVANI F., *Colpa (voce)* in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 313. Nello stesso senso anche PADOVANI T., *Il grado della colpa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969 p. 819 ss.

penalmente irrilevante), ma essa non si connota come un irragionevole privilegio riconosciuto ad una determinata categoria professionale, bensì come un riconoscimento delle peculiarità dell'attività terapeutica e, soprattutto, delle conseguenze perniciose che derivano dai comportamenti di medicina difensiva.

Senza incidere sulle cornici edittali degli artt. 589 e 590 c.p., che dunque resterebbero immutate, il *Progetto* persegue infatti una valorizzazione del principio di *extrema ratio*, ritenendo opportuno riservare l'intervento dell'autorità giudiziaria penale soltanto in relazione a quei comportamenti del sanitario che siano caratterizzati da un elevato coefficiente di rimproverabilità, tale da far ritenere irrimediabilmente compromessa e "tradita" quell'alleanza medico-paziente che costituisce il fondamento di ogni corretto intervento terapeutico.

Quanto ai profili che connotano la gravità della colpa, si è scelto – nonostante si tratti di concetti che hanno già trovato una discreta elaborazione giurisprudenziale – di tentarne comunque una definizione. Essa è contenuta nell'art. 2 comma 2 del *Progetto*: in particolare, si è stabilito che «ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

Come si vede, si fa innanzi tutto riferimento a tutte le "regole dell'arte" e non solo a quelle definibili come "fondamentali", in modo da non limitare la responsabilità penale del sanitario alle sole ipotesi di violazione delle cosiddette "regole minime essenziali" della professione: in tal modo, si è evitato di dar vita a un assetto normativo eccessivamente sbilanciato a favore del medico. Inoltre, la formulazione proposta consente di tener conto, in maniera adeguata e soddisfacente, anche delle ipotesi di violazioni seriali e ripetute di regole cautelari di per sé non fondamentali, ma comunque orientate alla protezione della salute del paziente: il parametro della "gravità della violazione", infatti, deve intendersi riferito alla concreta dimensione – sia qualitativa, sia quantitativa – del discostamento dalla condotta doverosa prescritta dall'ordinamento, così consentendo una protezione efficace del bene giuridico rispetto a tutte le condotte pericolose in grado di concretizzarsi in un evento lesivo della salute del paziente.

Sul punto, si deve poi osservare come – ferma restando la piena applicabilità della previsione tanto ai casi di colpa cosciente, quanto a quelli di colpa incosciente – la definizione sembri assicurare sufficienti margini di elasticità interpretativa, coniugando l'indispensabile adattabilità alle caratteristiche dei singoli casi concreti e la necessaria vincolatività della disposizione legislativa nei confronti del giudice: non si tratta, dunque, di una norma priva di autonoma portata precettiva e destinata, di volta in volta, a essere "riempita" di contenuto dall'interprete, bensì di una definizione che, pur dotata della opportuna flessibilità applicativa, risulta in grado di orientare adeguatamente le valutazioni operate in sede di giudizio.

Attraverso il successivo riferimento alla creazione di un «rischio irragionevole per

la salute del paziente» si è poi voluto chiarire come il limite della colpa grave, nella norma in esame, sia costruito e orientato su due diversi concetti: quello di “regola cautelare violata” e quello di “rischio”. In tal senso, si è ritenuto di dare spazio, dal punto di vista concettuale, alla distinzione – ben nota alla dottrina di lingua tedesca – tra *Leichtfertigkeit* e *grobe Fahrlässigkeit*: mentre la *Leichtfertigkeit* rappresenta sostanzialmente la “mancata percezione di un rischio prevedibile e alto”, la *grobe Fahrlässigkeit* si presenta come la violazione di una regola cautelare di ampio spettro e perciò come una violazione crassa, un discostamento molto rilevante dalla regola cautelare. La formulazione proposta mostra di tenere in considerazione entrambi i profili, parametrando la valutazione in tema di gravità della colpa tanto sotto il profilo “qualitativo/intensivo”, ancorato alla natura della regola cautelare violata, quanto sotto l’aspetto “quantitativo/estensivo”, da verificare in rapporto sia alla entità del discostamento dal comportamento doveroso, sia alla frequenza (o addirittura sistematicità) delle violazioni commesse.

In relazione al concetto di «rischio irragionevole», già ampiamente esplorato dalla giurisprudenza penale, con risultati convincenti e largamente condivisibili, non è sembrato necessario aggiungere alcuna precisazione terminologica, mentre è parsa fondamentale, viceversa, la esplicitazione del dato relativo alla “concretizzazione” del rischio nell’evento lesivo.

La necessità di assicurare che il soggetto sia rimproverato e punito “proprio” perché il rischio generato dalla sua condotta gravemente colposa si sia effettivamente concretizzato nell’evento lesivo oggetto di contestazione è enunciata apertamente e senza ambiguità di sorta nella definizione normativa. Per l’applicabilità dell’art. 590-ter c.p., dunque, non sarà sufficiente la creazione di un generico “rischio per la salute” seguito da un evento di danno all’integrità fisica del paziente, ma dovrà essere accertato – secondo il consueto canone probatorio dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio” – che l’evento dannoso verificatosi sia stato proprio la conseguenza della violazione della regola cautelare (di una regola cautelare, per essere maggiormente precisi, la cui finalità fosse appunto quella di prevenire quel tipo di evento avverso ai danni del paziente)¹⁶.

¹⁶ Nel concetto di “concreta realizzazione del rischio”, si vuole qui ricomprendere anche il rischio che residui dopo l’impiego dei mezzi e delle capacità professionali del medico, la cui “comune riconoscibilità” derivi quindi dal riscontro di un difetto di idoneità tecnica dei mezzi impiegati durante l’esecuzione dell’atto medico. La riconoscibilità del “rischio iniziale”, ossia sorto nel momento in cui viene avviato il trattamento non basta dunque per la configurabilità della colpa, richiedendosi altresì la riconoscibilità del rischio anche dopo l’impiego da parte del medico dei mezzi diagnostici e terapeutici diretti a “tenerlo sotto controllo”. Sul punto, Cass. sez. IV, 15 maggio 1977, in *Giur.it.*, 1978, II, p. 294, come cit. in CRESPI A., *Medico chirurgo*, cit., p. 594, secondo cui il rischio che si fa correre al paziente deve essere sotto il costante controllo del medico in ogni momento della sua evoluzione. Si ritiene che il requisito della realizzazione del rischio possa assorbire anche la valutazione che il rischio iniziale fosse irragionevole, tenuto conto del bilanciamento. Per una recente applicazio-

Attraverso i requisiti appena descritti, si ritiene di aver delineato un percorso di accertamento della gravità della colpa in grado di orientare adeguatamente l'interprete, consentendo di superare quelle perplessità che hanno indotto una parte della dottrina, apertamente scettica sulla possibilità di distinguere adeguatamente la colpa grave dalle altre forme di colpa, ad affermare che «in difetto di canoni puramente logici, il giudizio dovrà largamente ispirarsi ad intuizioni emotive»¹⁷.

Non ci si nasconde, naturalmente, l'inevitabile elasticità che il parametro normativo così individuato può assumere nelle concrete applicazioni giurisprudenziali. Ciò non significa, tuttavia, che la norma penale sia priva di idoneità a esprimere un criterio valutativo generale tale da guidare la prassi in modo sufficientemente stringente. Al contrario, tale strada sembra l'unica possibile espressione del principio di legalità e della necessaria funzione di orientamento della legge penale in materie caratterizzate da un altissimo livello di tecnicità e da una fisiologica, inestirpabile, incertezza scientifica¹⁸.

Del resto, come osserva autorevole dottrina¹⁹, se il «predicato della colpa grave (*Leichtfertigkeit*) è primariamente quello di una azione particolarmente pericolosa» e tuttavia la rilevanza del pericolo ai fini dell'imputazione penale dipende innanzi tutto dal significato sociale dell'attività rischiosa esercitata, la limitazione della responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria alla sola colpa grave rispecchia una tale elevazione del livello di rischio consentito, sulla base del valore sociale della attività svolta.

Come si è già anticipato, peraltro, il *Progetto* elaborato dal *CSGP* non vuole risolversi in una semplice riduzione dell'area dei comportamenti di *medical malpractice* penalmente rilevanti, ma punta a dar vita ad un complessivo riassetto del contenzioso legato alla gestione del rischio clinico.

In questa prospettiva, riveste particolare importanza la norma contenuta al comma 3 dell'art. 2, che fissa, per tutte le ipotesi disciplinate (*i.e.*: tanto per le lesioni, quanto per la morte), una speciale causa di estinzione del reato, connessa al positivo comple-

ne giurisprudenziale del criterio della concretizzazione, v. Cass. sez. IV, 19 maggio 2005, in *Ced*, rv. 232438.

¹⁷ Cfr. GALLO M., *Colpa (voce)* in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 331. Queste difficoltà sono segnalate anche da una parte della dottrina medico-legale, che pone in rilievo come, nella prassi, si ponga maggiore attenzione al disvalore dell'evento che non al disvalore della condotta: «Quali parametri tecnici di riferimento autenticamente medico-legali esistono per giudicare la gravità della colpa del medico? Non sarà forse la gravità delle conseguenze morbose che alla condotta medica sono addebitate? Criteri oggettivi e seri per l'individuazione della gravità dell'eventuale colpa non sussistono, per cui la decisione resta affidata a valutazioni molto discrezionali» (FIORI A., D'ALOJA E., *In tema di cosiddetta certezza del diritto: la colpa grave del medico, ovvero in qual modo le buone intenzioni del legislatore sono state vanificate e tramutate in danno* in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1317 ss.).

¹⁸ Sulla necessità della introduzione del limite della colpa grave anche come realizzazione del principio di sussidiarietà dell'intervento penale e del principio di colpevolezza, si veda DONINI M., *Teoria del reato. Un'introduzione*, Milano, 1996, spec. p. 78, p. 368.

¹⁹ ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*^h, München, 2006, p. 1094, p. 1077.

tamento di uno dei percorsi di giustizia riparativa in ambito sanitario, dettagliatamente disciplinati nel Titolo III del *Progetto* (cui si rinvia).

In tale ipotesi, viene normativamente prevista – mediante l'introduzione nel codice di procedura penale di un art. 411-*bis* – una speciale ipotesi di richiesta di archiviazione del procedimento per intervenuta estinzione del reato, da formularsi da parte del pubblico ministero, una volta sentite la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa (art. 3 del *Progetto*).

b) Le modifiche alle disposizioni di attuazioni del codice di procedura penale di cui all'art. 4 del Progetto. – Uno dei punti riconosciuti unanimemente tra i più problematici, nell'accertamento della responsabilità del sanitario, è quello relativo all'ingresso, nel contesto del processo penale, delle indispensabili conoscenze tecnico-scientifiche, mediante gli strumenti della consulenza tecnica e della perizia.

Anche su questo tema il *Progetto* elaborato dal CSGP ha ritenuto opportuno introdurre alcune modifiche, contenute nell'art. 4, riformulando gli articoli 67 e 73 delle norme att. c.p.p. e prevedendo l'introduzione di un nuovo art. 73-*bis*.

La proposta di riforma nasce dalla consapevolezza che il tema della prova scientifica, nei procedimenti penali per colpa medica, assume un rilievo sempre crescente, in dipendenza del carattere specialistico del sapere cui il giudice attinge nella ricostruzione del fatto. La nomina dei periti e, ancor prima, dei consulenti tecnici del pubblico ministero e delle parti private costituisce, il più delle volte, il momento risolutivo per le scelte inerenti all'esercizio dell'azione penale ovvero per il sindacato sulla colpevolezza.

La valutazione circa la competenza dell'esperto, in tale quadro, deve affidarsi a criteri di natura oggettiva, che siano definibili *ex ante* e che orientino il sapere giudiziale nell'ambito tecnico delle distinte specialità medico-chirurgiche. La necessità di garantire uno standard adeguato di competenza professionale dei tecnici rispetto all'oggetto del procedimento suggerisce, anzitutto, un'adeguata suddivisione delle competenze. Questo risultato appare perseguibile mediante due scelte, in stretta connessione reciproca

Si ritiene essenziale, in primo luogo, il ricorso alla collegialità dell'organo peritale, sì da imporre al giudice o all'inquirente la pertinenza delle competenze scientifiche richieste dal caso concreto. Si impedisce, così, che il perito o il consulente che non siano in possesso di un adeguato grado di specializzazione, tale da garantire un'appropriata capacità valutativa, possano essere chiamati a esprimere una valutazione medica senza essere in possesso delle conoscenze tecnico-scientifiche più aggiornate. L'uso di parametri generalisti, propri della scienza medica di base, può dar luogo a errori valutativi di non poco momento, soprattutto laddove la patologia oggetto di cura afferisca a specialità molteplici, per natura o sequela.

Ciò impone, in seconda analisi, una scelta di tecnici afferenti a distinte scuole di specialità medica, con l'unica costante della presenza di uno specialista in medicina

legale, si da consentire l'instaurazione di una sorta di ponte tra il *thema decidendum* e il campo medico, secondo categorie non solo tecniche, bensì anche giuridiche, riguardanti – in particolar modo, ma non esclusivamente – il tema del nesso causale tra condotta (attiva/omissiva) ed evento e quello dell'accertamento della colpa e del relativo grado.

La duplice opzione, collegialità e pluralità di settori d'afferenza, ha suggerito al *CSGP* la modifica delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, espressamente dedicate alla materia, in particolar modo mediante l'inserimento di una normativa speciale, da coordinare con le già presenti previsioni dettate in materia di perizia e consulenza tecnica del pubblico ministero.

Si è ritenuto così anzitutto necessario inserire la nuova previsione dell'art. 73-*bis* delle norme attuative, che disciplina il collegio peritale nei procedimenti per omicidio e lesioni colpose riconducibili alla professione sanitaria (art. 4, comma 4 del *Progetto*) e che stabilisce: «Nei procedimenti per morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario, ai sensi dell'art. 590-*ter* c.p., il giudice, a pena di nullità, affida con ordinanza motivata l'espletamento della perizia a un collegio composto da uno specialista in medicina legale e da uno o più specialisti nelle singole materie oggetto del procedimento, da scegliere negli elenchi e secondo le modalità di cui all'art. 67».

Come si vede, la norma sancisce il principio di collegialità e quello della pluralità di competenze, con l'espressa nomina di un esperto in medicina legale. La previsione è posta a pena di nullità dell'atto, in vista di un'esigenza di effettività che riempia di contenuto la discrezionalità vincolata dell'autorità giudiziaria.

Si tratta, dunque, di una previsione non avente esclusiva valenza organizzativa del lavoro giudiziario, bensì destinata a incidere in maniera diretta sulle modalità di ricostruzione del fatto demandate al giudice, e – di conseguenza – coperte dalla sanzione processuale della nullità per il caso dell'inosservanza.

In chiusura, l'art. 73-*bis*, norme att. c.p.p., richiama la previsione dell'art. 67 norme att., anch'essa in parte emendata, per la determinazione delle modalità di scelta dei periti che siano in possesso di specifiche conoscenze tecniche: il giudice, per il combinato disposto degli artt. 221 c.p.p. e 67, comma 2 norme att. c.p.p., ha l'obbligo di scegliere il perito tra gli iscritti nell'apposito albo e, nell'impossibilità di trovare esperti nella materia di cui si controverte, ovvero qualora siano richieste particolari competenze nella specifica disciplina, può sceglierlo in modo autonomo, individuando preferibilmente una persona che svolga la propria attività professionale presso un ente pubblico.

Secondo il disegno suesposto è poi da ripensare la modalità di formazione dei cataloghi peritali di area medica: gli elenchi degli esperti in medicina legale, psichiatria e altre specialità mediche dovranno essere forniti e periodicamente aggiornati dalle società scientifico-professionali di appartenenza, in modo da consentire un ricambio periodico effettivo e la scelta dei esperti che garantiscano un maggior affidamento anche sotto il profilo dell'aggiornamento e della competenza (art. 4, comma 1).

Le garanzie previste per la formazione del collegio peritale valgono, nella prospettiva di riforma, anche per la consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero, di regola nella fase delle indagini preliminari (art. 4, comma 3, del *Progetto*). La frequente non ripetibilità dell'accertamento compiuto dalla parte pubblica per il tramite degli esperti e la rilevanza della dinamica dialettica dell'incidente probatorio impongono l'estensione dei criteri già enunciati anche all'organo inquirente, la cui ricerca è finalizzata, anzitutto, a sciogliere l'alternativa azione/inazione. In tal senso si spiega la proposta di modifica dell'articolo 73 norme att. c.p.p., mediante l'inserimento di un nuovo comma, finalizzato a rendere pienamente operative le disposizioni di cui agli articoli 67 e 73 *bis* anche nel caso di consulenza tecnica investigativa ovvero peritale.

Si è ritenuto opportuno, da ultimo, eliminare dal testo dell'art. 73, comma 1 norme att. c.p.p. l'inciso «di regola», in modo da rendere del tutto speculare la modalità di nomina dei consulenti tecnici da parte del pubblico ministero rispetto a quella periti: anche gli esperti della pubblica accusa, pertanto, dovranno soddisfare i criteri di collegialità e pluralità delle competenze (art. 4, comma 2).

4. Titolo III: Giustizia riparativa

Il Titolo III del *Progetto di riforma* consta di ventidue articoli, suddivisi in tre capi, e costituisce essenziale completamento delle previsioni contenute nel Titolo II e illustrate in precedenza, formando con queste un unico *corpus* normativo volto ad apprestare una risposta equilibrata al fenomeno della *medical malpractice*, in vista di un efficace contrasto ai comportamenti di medicina difensiva.

a) *La giustizia riparativa nel disegno politico-criminale del progetto.* – L'impianto politico-criminale del *Progetto* ha suggerito l'introduzione di un sistema di "giustizia riparativa", da cui dipende il prodursi dell'effetto estintivo del (nuovo) reato di «morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario» (art. 2).

La disciplina del Titolo III si ispira ai principi internazionali in materia, espressi nelle raccomandazioni delle Nazioni Unite²⁰ e del Consiglio d'Europa²¹, nel rispetto altresì di quanto disposto dalla Decisione Quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale²².

²⁰ UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, Risoluzione n. 12/2002, recante i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*.

²¹ CONSIGLIO D'EUROPA *Raccomandazione 99(19)* concernente la *Médiation en matière pénale*, adottata dal Comitato dei Ministri nel settembre 1999.

²² Per un breve commento alle fonti internazionali, cfr. CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e Nazioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, n. 6, p. 772-776; più ampiamente: MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; MAZZUCATO C., *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2005, p. 123 ss.; EAD., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in Picotti L.,

Si ricorda fin d'ora che, secondo la definizione delle Nazioni Unite, con l'espressione *restorative justice in criminal matters* si fa riferimento a procedimenti nei quali «la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, leso da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»²³. In estrema sintesi, e ricorrendo ancora una volta ai *Basic Principles* dell'ONU, la giustizia riparativa consente alle parti di pervenire a risposte concordate «quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili, aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole»²⁴.

L'opzione a favore di un sistema di giustizia riparativa, e non di un organo di conciliazione stragiudiziale volto a favorire il mero componimento transattivo delle controversie, è motivata da ragioni politico-criminali e criminologiche che più avanti verranno chiarificate. È utile fin d'ora segnalare che, con questa opzione, il metodo riparativo di risoluzione del conflitto qui proposto viene iscritto all'interno degli scopi tipici di un sistema penale «orientato alle conseguenze», fuggendo – a garanzia di soggetti attivi e persone offese – il pericolo di improprie derive verso privatizzazioni negoziali e monetizzazioni di vicende pur sempre penalmente rilevanti.

Quello qui illustrato è infatti un sistema per l'appunto di *restorative justice in "criminal" matters*, dove cioè le ipotesi che danno causa tipicamente ai programmi riparativi sono dei reati e dove questo modello di giustizia si fa carico di fornire una risposta – costruttiva – a responsabilità propriamente penali.

Si tratta di un elemento distintivo di particolare novità, non solo – in tutta evidenza – rispetto all'ordinamento italiano vigente, ma anche in rapporto ad altri ordinamenti che hanno sì optato per metodi alternativi di risoluzione delle controversie, nel quadro però di una responsabilità medica di pertinenza della *tort law* (es. Stati Uniti) o nel quadro di un ricorso a tali strumenti limitato ai soli profili non penali di fatti pur qualificati come criminosi (es. Francia).

Con la scelta di innovare le modalità di risposta ai reati nascenti da responsabilità medica, grazie alla previsione di strumenti riparativi «in ambito penale», il

Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85 ss.

²³ UN *Basic Principles*, I, § 2: «Restorative process means any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative justice may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles».

²⁴ UN *Basic Principles*, I, § 3: «Restorative outcome means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcome includes responses and programmes such as reparation, restitution, and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender».

Progetto concilia le istanze che hanno motivato la diffusione di pratiche alternative di *dispute resolution*, con la funzione di orientamento culturale alla rilevanza dei beni giuridici offesi svolto dai precetti penali. A ciò si aggiunga che la collocazione penalistica dell'intero sistema non si accompagna a finalità repressive, bensì reca il corredo di garanzie tipiche dell'intervento penale, a ulteriore tutela di soggetti attivi e passivi.

Intriso di componenti riparative è già il prioritario obiettivo – caro a chiunque, dal lato attivo o passivo, si è trovato coinvolto in fatti di colpa medica – di istituire un sistema in grado di evitare il ripetersi degli eventi lesivi, grazie all'apprendimento e all'educazione dagli errori, nonché all'implementazione di procedure per correggerli.

Unità di gestione del rischio clinico (art. 34 del *Progetto*, su cui vd. *infra*, par. 5) e giustizia riparativa in ambito sanitario rappresentano, nel *Progetto* qui illustrato, due profili della stessa innovativa logica politico-criminale giocata su una regolazione “dinamica” e “responsiva” del rischio clinico e, dunque, su forme di prevenzione ‘consensuale’ della responsabilità penale derivante da colpa medica. L'unità di *risk management* e la giustizia riparativa sono sorrette da un identico intento: favorire rispettivamente il non verificarsi e il non ripetersi di eventi lesivi/pericolosi nell'esercizio della professione medico-chirurgica, senza tentare (per lo più inutilmente) di impedirli sotto la (sola) minaccia di sanzioni o di punirli una volta accaduti.

L'Unità di *risk management* rappresenta *ex ante*, in termini organizzativi e di gestione interna dell'ente, ciò che la giustizia riparativa esprime a valle di un evento avverso colposamente cagionato, in termini di responsabilizzazione del medico e, ove occorra, dell'équipe, del reparto o dell'intera struttura sanitaria.

La causa estintiva del reato, *ex art. 590-ter* ultimo comma (art. 2 del *Progetto*), è connessa a condotte riparatorie, ad attività conformative e alla collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico scaturenti dalla partecipazione del professionista sanitario a un programma di *restorative justice* (art. 7, 22, 34 lett. d). Tale previsione incentiva comportamenti virtuosi da parte del medico: a tutto vantaggio della prevenzione (generale e speciale) delle condotte colpose incriminate, e dunque della sicurezza dei malati, come pure a vantaggio dei medici tutelati dall'incombere di un rischio penale foriero di atteggiamenti difensivi.

In questa prospettiva, sia l'Unità di gestione del rischio clinico sia il sistema di giustizia riparativa sono pensati come realtà che devono operare tenendo conto – in modo non formale – della difficoltà e della complessità specifiche della professione sanitaria, troppo banalmente dimenticate dalle criteriologie correnti di responsabilità penale e civile cui gli esercenti tale professione sono quotidianamente esposti.

b) *Le ragioni della scelta a favore di un sistema di giustizia riparativa in ambito sanitario.* – I fatti da cui origina la responsabilità civile e penale del medico sono molto particolari: coglierne la specificità aiuta a comprendere perché la giustizia riparativa può rappresentare una risposta particolarmente efficace alla domanda di giustizia che

si leva dai malati, dai medici, dai congiunti²⁵, e a spiegare ulteriormente le ragioni che ne hanno motivato l'inserimento nel *Progetto* elaborato dal *CSGP*.

Sono qui in gioco beni giuridici primari – la vita, l'integrità fisica, la salute – i quali fra l'altro vengono “affidati” al medico, all'interno di una relazione particolarissima, non paritaria, fondata sulla fiducia e, se vogliamo, sulla speranza²⁶. Se è tipico di ogni vittima sentire un pungente senso di tradimento²⁷ a seguito del reato, le persone offese da condotte di cd. colpa medica si sentono doppiamente tradite. O meglio tradite proprio da chi, in qualche misura, aveva loro “promesso” una cura, talvolta persino una guarigione.

Dal versante del medico, l'altro polo della «molecola criminale»²⁸, tutto appare diverso: i sentimenti, i vissuti e le prospettive sono capovolti. Del resto, nel reato colposo – per definizione – l'evento lesivo non è voluto. Così, l'autore delle condotte colpose ha spesso un profondo bisogno di spiegarsi e, per certi aspetti, di vedere riconosciute delle “ragioni” ovvero di poter mostrare alla controparte le proprie reali intenzioni e i propri – magari maldestri o persino inopportuni – sforzi volti ad attenuare le conseguenze dannose del reato. Si tratta di un'altra peculiarità della responsabilità medica: l'esercente la professione sanitaria, che ha il compito di guarire, curare, alleviare le sofferenze ecc., si muove in verità in costante esposizione al rischio dell'errore e dell'evento avverso e a operare nell'ambito di organizzazioni complesse, non sempre efficienti.

Queste brevi osservazioni bastano forse a chiarire il livello di conflittualità e, comprensibilmente, il grado di emotività che circonda le vicende giudiziarie del settore e aiutano a cogliere quanto un percorso di giustizia riparativa, libero e volontario, possa ospitare un confronto tra le parti proprio sui temi umanamente decisivi in gioco, in vista di una riparazione che potrebbe persino contribuire a riannodare l'alleanza tra quel paziente e, come minimo, la classe medica. Non altrettanto può dirsi per il procedimento penale o civile che finisce per radicalizzare la conflittualità, innescando di-

²⁵ Per un primo approfondimento, si rinvia a DUBLER N.N., LIEBERMAN C.B., *Bioethics Mediation. A Guide to Shaping Shared Solutions*, United Hospital Fund of New York, New York, 2004; FARBER POST L., BLUSTEIN J., NEVELOFF DUBLER N., *Handbook for Health Care Ethics Committees*, Baltimore, 2006, pp. 140-150.

²⁶ Per l'approfondimento di tali complessi profili, occorre riferirsi agli studi di antropologia medica, fra cui per esempio PIZZA G., *Antropologia medica. Saperi, pratiche e politiche del corpo*, Roma, 2005. Evocativo, per gli intrecci con i temi del progetto, il riferimento dell'A. al medico come «mediatore della guarigione» (p. 216 ss.).

²⁷ Per l'approfondimento, si rinvia a CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, p. 793 ss.; nonché ID., *Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 57 ss.

²⁸ FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 287 ss.

namiche difensive che non contribuiscono alla prevenzione e non favoriscono certo lo scambio di gesti significativi tra le parti. Del pari, anche le procedure conciliative in senso stretto, spersonalizzano la controversia rendendola oggetto di una giustizia di tipo negoziale, se vogliamo “mercantile”.

Tra gli obiettivi della *restorative justice*, invece, trovano posto la “riparazione dell’offesa” nella sua “dimensione globale” (vale a dire anche nei suoi profili esistenziali ed emozionali), il riconoscimento delle vittime²⁹, la (auto)responsabilizzazione dell’autore della condotta lesiva, il coinvolgimento della comunità (nella specie: i familiari dell’offeso, i colleghi dell’équipe medico-chirurgica, gli organi direttivi dell’ospedale) nel procedimento di riparazione delle conseguenze del fatto e nella prevenzione, l’innalzamento degli «standard di cultura civica»³⁰ (nella specie: la promozione di una cultura sanitaria meno difensiva).

La mediazione e i programmi di giustizia riparativa donano, in particolare, alla persona offesa uno spazio nel quale poter essere accolta, riconosciuta e aiutata a riguadagnare progressivamente il controllo sulla propria vita e sulle proprie emozioni, superando gradualmente eventuali sentimenti di rancore o di sfiducia³¹. Il dialogo

²⁹ Innumerevoli le raccomandazioni internazionali dirette a indicare i programmi di mediazione e giustizia riparativa quali utili risorse, fra altre, per offrire un adeguato sostegno alle vittime di reato: tra le più rilevanti, Consiglio dell’Unione Europea, *Decisione Quadro sulla posizione delle vittime nei procedimenti penali*, art. 10, che impone agli Stati membri di provvedere a «promuovere la mediazione nell’ambito dei procedimenti penali per i reati» ritenuti idonei per questo tipo di misura e a «garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l’autore del reato nel corso della mediazione nell’ambito di procedimenti penali vengano presi in considerazione»; Consiglio d’Europa, *Raccomandazione (2006)8 sull’assistenza alle vittime di reato*, § 13, che sollecita a «prendere in considerazione i potenziali benefici della mediazione riguardo alle vittime» (così, in sostanza, già la *Raccomandazione R (85)11 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penali*: § G. II.1); ONU, *Dichiarazione dei Principi Base di giustizia per le vittime dei reati e degli abusi di potere*, 1985, § 7, che invita a ricorrere a percorsi informali per la risoluzione delle controversie per favorire la riparazione e il recupero delle vittime («informal mechanisms for the resolution of disputes, including mediation, arbitration and customary justice or indigenous practices, should be utilized where appropriate to facilitate conciliation and redress for victims»).

³⁰ Per un’analisi di tali obiettivi, si rinvia a CERETTI A., DI CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., p. 311-312. Più ampiamente: UNITED NATIONS, UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York, 2006, p. 9 ss. che elenca i seguenti obiettivi: «a) supporting victims, giving them a voice, encouraging them to express their needs, enabling them to participate in the resolution process and offering them assistance; (b) repairing the relationships damaged by the crime, in part by arriving at a consensus on how best to respond to it; (c) denouncing criminal behaviour as unacceptable and reaffirming community values; (d) encouraging responsibility taking by all concerned parties, particularly by offenders; (e) identifying restorative, forward-looking outcomes; (f) reducing recidivism by encouraging change in individual offenders and facilitating their reintegration into the community; (g) identifying factors that lead to crime and informing authorities responsible for crime reduction strategy».

³¹ I dati ricavabili dalla più che trentennale esperienza statunitense nel campo generico della *restorative justice in criminal matters* sono confortanti: i livelli di gradimento e soddisfazione da parte di vittime e autori di reato sono particolarmente elevati. Questo dato è confermato anche da alcune

libero consentito (solo) da un programma di *restorative justice* offre alle parti la *chance* di spiegarsi, senza trascurare quei “particolari” esistenzialmente significativi che fanno della vicenda un *unicum*, e di ricomporre delle ragioni. La reciproca fiducia, tanto decisiva nell’alleanza terapeutica, può essere piano piano ricostruita dandosi nuovamente delle “regole” – a partire dalla riscoperta del precetto penale e delle *leges artis* che sarebbe stato necessario osservare per prevenire l’evento lesivo. Quel non aver fatto ciò che era possibile e doveroso fare viene messo in comune dentro un confronto che volge verso un atto di riparazione aperto al futuro.

Le condotte riparatorie consisteranno presumibilmente, nella maggior parte dei casi (cfr. *infra* il *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario*), nelle scuse non disgiunte dall’assunzione di impegni comportamentali (attività conformative) o da attività socialmente utili, volte per lo più a segnalare la presa di distanza dalla condotta colposa e a garantirne la prevenzione.

Dal punto di vista della tipizzazione normativa di tali situazioni, il *Progetto* affronta tale problematica nei due commi che costituiscono l’art. 7: il primo, in particolare, mira a meglio definire il concetto di riparazione e a precisare il rapporto tra «condotte a contenuto riparatorio» in senso stretto e «condotte a contenuto conformativo»; il secondo fornisce una definizione di queste ultime, costruita attraverso una serie di esempi, chiusi da una clausola generale. Le attività propriamente riparative sono volte ad attenuare o elidere le conseguenze del reato, mentre le attività conformative sono «dirette alla prevenzione e correzione dell’inosservanza delle regole dell’arte e di eventuali lacune organizzative» (art. 7, comma 2).

Un’identica e cruciale *ratio* “correttivo-riparativa” anima entrambe le ipotesi, cariche di un significato diacronico che lega passato, presente e futuro in un gesto costruttivo di responsabilizzazione: evitare il ripetersi dell’evento lesivo è la riparazione più imporrante. Sia le condotte riparatorie che quelle conformative, poi, devono avere significato per chi le compie volontariamente e per chi – eventualmente – le riceve (la persona offesa, la vittima specifica, la “comunità”, a seconda del programma³²). Risultano

ricerche italiane. Gli studi empirici evidenziano inoltre effetti positivi di riduzione della recidiva. Si è poi riscontrato che la diffusione della cultura riparativa favorisce l’iniziativa delle persone offese le quali, negli Stati Uniti per esempio, richiedono e attivano direttamente i programmi di *restorative justice*, preferendoli significativamente ad altri servizi loro offerti. Sul punto cfr. UMBREIT M.S., VOS B., COATES R.B., LIGHTFOOT E., *Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls*, *Marquette Law Rev.*, 2005, vol. 89, p. 251 ss.; UMBREIT M.S., *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, San Francisco 2001; ID., *Impact of Victim-Offender Mediation in Canada, England and the United States*, in *The Crime Victims Report*, 1998. Per le ricerche empiriche italiane: CERETTI A., DI CIÒ F., *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un’indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, p. 99 ss.; MASTROPASQUA I., CIUFFO E., *L’esperienza della mediazione penale nei servizi della Giustizia Minorile. Indagine su un anno di attività*, in A. Mestitz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, 2004.

³² Cfr. *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa*, in appendice alla presente Relazione.

ta perciò accentuato – nello schema fatto proprio dalla norma – il ruolo delle attività conformative, che diventano una componente *fissa* del «risultato del programma di giustizia riparativa in ambito sanitario», accanto alle attività riparative in senso stretto.

c) *Le norme che compongono il Titolo III del Progetto.* - Il Titolo III del *Progetto di riforma* consta di tre capi: il primo ha carattere generale e disciplina principi e tipologie di programmi di giustizia riparativa. I successivi capi riguardano l'applicazione della giustizia riparativa allo specifico ambito sanitario, prevedendo l'istituzione di una Commissione *ad hoc* presso ogni distretto di Corte d'Appello (Capo II - «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario», d'ora in avanti Commissione) e il funzionamento dei programmi di giustizia riparativa, con gli opportuni raccordi al procedimento penale (Capo III).

L'articolato offre una disciplina senza precedenti nell'ordinamento italiano, dove ancora la giustizia riparativa *tout court* non è espressamente disciplinata³³, nonostante i vincoli imposti dalla citata Decisione Quadro dell'Unione europea³⁴, le più recenti sollecitazioni del Consiglio d'Europa³⁵ e pur essendo stati istituiti negli ultimi anni appositi "uffici" o "centri" di mediazione penale e/o giustizia riparativa mediante accordi e convenzioni tra Ministero della Giustizia ed enti locali³⁶. La progettazione normativa delle disposizioni del Titolo III è avvenuta anche alla luce delle *best practices* consolidate in Italia in oltre un decennio di esperienze³⁷.

³³ Non è possibile, in questa sede, dar conto invece delle scelte dei legislatori europei in materia di mediazione reo-vittima o di altri programmi riparativa, strumenti compiutamente incorporati ormai negli ordinamenti giuridici di molti Paesi, fra cui Austria, Germania, Francia, Belgio, Gran Bretagna. Si rinvia, per una sintetica (ma piuttosto accurata e recente) illustrazione, Stato per Stato, al saggio di PELIKAN C. (già componente dell'Experts Committee che ha predisposto la citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa) e TRENCEZEC T., *Victim Offender Mediation and Restorative Justice. The European Landscape*, in Sullivan D., Tift L. (Eds.), *Handbook of Restorative Justice. A Global Perspective*, London-New York, 2006, p. 63 ss. Per una più ampia ricognizione comparatistica, si rinvia a MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., con particolare riguardo alla Sezione II e *ivi* a p. 197 ss.

³⁴ Decisione Quadro 2001/220/GAI che, quanto all'art. 10 in tema di mediazione reo-vittima, prevedeva il termine del 22 marzo 2006 per ottemperare all'obbligo di entrata in vigore delle «disposizioni legislative, regolari o amministrative necessarie ai fini dell'attuazione» della Decisione stessa.

³⁵ Consiglio d'Europa, *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, Strasburgo, 2007, CEPEJ (2007)13, sui cui per un commento cfr. CERETTI A., MAZZUCATO C., *Mediazione reo/vittima: le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa. Un commento alle Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, in *Nuove Esperienze di Giustizia minorile*, Ministero della Giustizia – Dipartimento per la Giustizia minorile, 2008, n. 1, p. 201-209.

³⁶ Tali uffici/centri operano prevalentemente in ambito minorile e della competenza penale del giudice di pace. Sono ormai numerosi, inoltre, i servizi di mediazione sociale.

³⁷ L'articolato qui proposto, con gli opportuni adattamenti, può essere una base di partenza per l'avvio di una seria riflessione su una normativa generale in tema di giustizia riparativa. I nodi giuridici che è stato necessario risolvere in questa sede valgono invero per ogni pratica di *restorative justice* nell'ordinamento italiano.

Alle disposizioni di apertura del Capo I (artt. 5, 6, 7) è affidato il compito di “situare” culturalmente il sistema di giustizia riparativa nel solco di principi internazionali riconosciuti e con un richiamo alle finalità promozionali dell'intero titolo³⁸, da cui dipende il carattere “cooperativo”, proattivo e dinamico della sicurezza in ambito medico-chirurgico nell'impianto politico-criminale qui congegnato.

Il tratto distintivo della *restorative justice* è condensato nel principio del consenso più volte ribadito nelle fonti internazionali che integrano l'art. 5³⁹: la partecipazione al programma, il suo svolgimento, le eventuali condotte riparatorie, i possibili impegni comportamentali futuri decisi dalle parti avvengono su base squisitamente volontaria. La giustizia riparativa, insomma, non ospita contenuti coercitivi. Diverse disposizioni, nel Progetto, tornano sul punto saliente, senza lasciare adito a dubbi.

L'altro aspetto decisivo è la dimensione partecipativa, già presente nelle parti definitive degli strumenti internazionali cui rinvia l'art. 5: reo, vittima e collettività sono invitati a partecipare attivamente, insieme, a un confronto “costruttivo” sugli effetti “distruttivi” del fatto criminoso. I modelli di *restorative justice* si fanno, dunque, carico della dimensione plurisoggettiva, “molecolare”, del crimine che finisce invece per rimanere dimenticata all'interno del procedimento giudiziario e trascurata dal diritto penale, entrambi giocoforza “reo-centrici” a motivo delle loro finalità punitive.

Come è facile intuire, la fedeltà alla vocazione della giustizia riparativa ha richiesto un complesso (e non scontato) raccordo con il procedimento penale. La natura della giustizia riparativa è stata preservata intatta, senza cedimenti a istanze di controllo e repressive e senza compromessi con la giustizia penale “tradizionale”, nella consapevolezza che l'efficacia del disegno complessivo del *Progetto* dipende dalla capacità delle norme qui illustrate di innescare dinamiche consensuali e motivazionali che sarebbero impedita da ibridi sconfinamenti in territori *adversary* o punitivi.

Così, nel Titolo III, la giustizia riparativa non viene sacrificata nei suoi profili caratterizzanti alle esigenze del processo penale: lo dimostrano l'esclusione di poteri ispettivi, coercitivi e sanzionatori in capo alla Commissione, la quale deve invece ispirarsi, nel suo operare, ai principi di cui all'art. 5 (art. 8), la garanzia della confidenzialità e riservatezza dei programmi (art. 20), l'obbligo per i mediatori e gli altri esperti che intervengono nei programmi riparativi di «astenersi dal deporre sui fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 12, comma 2), l'inapplicabilità ai mediatori e agli altri esperti delle disposizioni del codice penale in tema di omesse denuncia,

³⁸ Art. 5, comma 1: «Sono *promossi* programmi di giustizia riparativa»; art. 9: «La Commissione [per la giustizia riparativa in ambito sanitario] *promuove* programmi di giustizia riparativa...».

³⁹ UN *Basic Principles*, II, § 7: «restorative processes should be used only... with the free and voluntary consent of the victim and the offender. [...] Agreements should be arrived at voluntarily...»; IDEM, III, § 13, c): «neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes»; Raccomandazione (99)19, II, § 1 «la médiation... ne devrait intervenir que si les parties y consentent librement»; IDEM, V.4, § 31: «des accords devraient être conclus volontairement par les parties».

rapporto, referto (art. 12, comma 3)⁴⁰, l'ingresso "senza alcuna formalità" di saperi specialistici nelle procedure di giustizia riparativa, mediante la possibilità di sentire il parere di esperti che non si qualificano come consulenti tecnici della Commissione (art. 11, comma 5)⁴¹.

È, semmai, il sistema penale a venire adattato alla giustizia riparativa, grazie ad apposite previsioni in deroga alla disciplina ordinaria: si pensi alla sospensione del procedimento penale «dal momento in cui la Commissione riceve la comunicazione» della notizia di reato «fino al momento in cui il pubblico ministero riceve l'informativa» sull'esito del programma riparativo (art. 16), alla sospensione del corso della prescrizione di cui all'art. 17, alla inutilizzabilità «nel procedimento penale e in ogni altro procedimento» delle «dichiarazioni rese da chi partecipa e [de]gli atti compiuti nel corso del programma di giustizia riparativa» (art. 20, comma 2).

L'obiettivo di incentivare le pratiche riparative, a motivo della loro particolare utilità nel contesto sanitario, è perseguito mediante la massima accessibilità⁴² a tali programmi, espressamente indicati e disciplinati dall'art. 6, i quali sono *a fortiori* attivabili dai «soggetti in conflitto», «indipendentemente dal procedimento penale» (art. 6, comma 5), per le situazioni di mera rilevanza civile, incluse, quindi, le ipotesi di morte o lesioni per colpa lieve dell'esercente la professione medico-chirurgica.

Il *Progetto* elaborato dal *CSGP* ha inteso unificare in capo all'apposita Commissione la trattazione di affari sia penali sia civili, evitando il problematico "sdoppiamento" che si riscontra invece in altri Paesi dove coesistono pratiche generali, legislativamente previste, di mediazione reo-vittima (*in criminal matters*) e metodi alternativi specifici (civilistici) di risoluzione delle liti tra medico, paziente e assicuratore (pur in presenza di una rilevanza anche penale della *medical malpractice*)⁴³. Il modello qui

⁴⁰ Previsioni estese dall'art. 30 anche al personale dell'*unità di gestione del rischio clinico*, a dimostrazione dell'identica *ratio* politico-criminale che accomuna unità di *risk management* e giustizia riparativa.

⁴¹ Analoga previsione è presente nel procedimento penale minorile, dove l'art. 9 d.P.R. 448/1988 dà facoltà al giudice e al pubblico ministero di «assumere informazioni da persone che hanno avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, *anche senza alcuna formalità*». Il parallelo è interessante poiché, a sua volta, il processo a carico di minorenni si conforma al preminente interesse del minore, adeguandosi ex art. 1 d.P.R. 448/1988, alle esigenze educative del giovane imputato.

⁴² Peraltro richiesta anche dalle raccomandazioni internazionali, le quali prevedono che i programmi di giustizia riparativa siano «generalmente fruibili» e «utilizzati in ogni stato e grado del processo» (*Raccomandazione (99)19*, II, § 3 - 4; *UN Basic Principles*, II, § 6).

⁴³ Limitandoci all'Europa continentale, è questo il caso di Paesi come il Belgio dove dal 2006 è entrata in vigore la *Loi 22 juin 2005*, recante disposizioni «relatives à la médiation dans le Titre préliminaire du Code de procédure pénale et dans le Code d'instruction criminelle», che ha introdotto un compiuto sistema di mediazione reo-vittima, creando qualche problema di raccordo, per i casi di rilevanza prenale, tra le due forme di giustizia "alternativa", in ambito sanitario e processuale-penale. Apertamente ispirata ai medesimi principi internazionali qui più volte richiamati è la definizione di mediazione contenuta nell'art. 2 della legge belga, dove si dispone che «La possibilité de recourir à une médiation est offerte aux personnes ayant un intérêt direct dans le cadre d'une procédure judi-

proposto si presenta dunque lineare e unitario: alla «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario» viene affidato il funzionamento dei diversi programmi riparativi i quali – merita ribadirlo – possono servire chiunque si trovi coinvolto in «controversie relative a profili di [generica] responsabilità giuridica nell'esercizio della professione sanitaria»⁴⁴.

Si osservi che l'articolata tipologia di programmi di cui all'art. 6 consente, ove opportuno, il coinvolgimento (con il loro consenso) di «altri soggetti rilevanti» (art. 19, lett. c): non solo i familiari del malato o i colleghi di reparto, ma anche il responsabile dell'unità di gestione del rischio clinico e/o l'assicuratore (art. 34, lett. c). Il punto è importante, a fronte della disciplina del successivo Titolo IV in tema di assicurazione e responsabilità civile che ridisegna i rapporti tra danneggiante e danneggiato sotto il profilo degli obblighi risarcitori.

La necessaria copertura finanziaria per l'attivazione e l'operatività del sistema di «giustizia riparativa in ambito sanitario» viene garantita da un apposito Fondo, all'uopo costituito (art. 25), alimentato dal versamento di contribuzioni obbligatorie da parte degli assicuratori, in ragione dei contratti stipulati per la copertura assicurativa della responsabilità civile nell'esercizio della professione sanitaria. Altre provvigioni, anche a carattere riparativo, potrebbero essere individuate (si pensi, solo per fare uno dei tanti esempi ipotizzabili, al versamento di somme da parte dell'autore del reato di cui all'art. 590-ter a titolo di condotta riparatoria).

d) Tipologie di programmi. – L'art. 6, secondo comma, disegna con precisione le diverse tipologie di programmi, comunque riferibili, in generale, a due macro-categorie (v. *infra*, il *Quadro di sintesi dei programmi di giustizia riparativa*):

- programmi che prevedono l'*incontro delle parti*: mediazione diretta, mediazione "indiretta" o *shuttle mediation*⁴⁵, «incontro delle parti allargato ad altri soggetti» (art. 6 lett. a) e b);
- programmi modellati ora sul reo ora sulla vittima («assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato» e

ciaire, conformément aux dispositions légales y afférentes. La médiation est un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation». In Francia, dove pure sono istituiti sistemi alternativi di composizione delle controversie in ambito medico, la mediazione penale è prevista dall'art. 41 del *code de procédure pénale* (a seguito di diversi interventi legislativi) su iniziativa del pubblico ministero, prima dell'esercizio dell'azione penale, «s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits».

⁴⁴ Cfr. il già richiamato art. 9, lett. b).

⁴⁵ Così chiamata proprio perché i mediatori "fanno la spola" tra una parte e l'altra, favorendo un dialogo a distanza tra gli interessati.

«ascolto protetto della persona offesa»), cui si ricorre, per l'appunto, *in via residuale*, solo cioè ove non sia «possibile» procedere ai programmi di cui sopra «per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa».

Si è poi provveduto a mettere in rilievo un profilo operativo, forse scontato per chi pratica la giustizia riparativa, ma la cui specificazione è parsa opportuna in un testo di riforma così “pionieristico”: si è scelto di precisare, infatti, che l'individuazione delle attività riparative e conformative risultanti dal programma di «assistenza alla riparazione indiretta» può «avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34».

Si è dato così rilievo, simultaneamente, a tre diversi aspetti, tutti significativi: in primo luogo, l'ingresso di vittime di reati simili, con le quali il medico può condurre l'elaborazione *dialogica* degli effetti della propria condotta e *verso* le quali può rispondere in termini riparativi; in secondo luogo, la comparsa degli enti esponenziali che possono rivestire un ruolo costruttivo senza che le procedure riparative si orientino in senso eccessivamente vittimologico “organizzato”; infine, il maggior risalto in sede di programma di *restorative justice* alla Unità di gestione del rischio clinico, con una sottolineatura della dimensione anche collettiva della singola vicenda e con il dischiudersi delle condotte riparative a forme di *community service*

Il combinato disposto degli artt. 6 e 19 è di particolare importanza nella struttura del sistema di giustizia riparativa in ambito sanitario, poiché ne garantisce l'effettiva volontarietà. Non basta, invero, il riferimento al consenso (alla partecipazione al programma e allo svolgimento delle attività riparatorie): la volontarietà è assicurata anche dal fatto che, per l'appunto, il rifiuto o l'abbandono di uno degli interessati non osta alla prosecuzione del programma che può coinvolgere singolarmente chi ne resterebbe altrimenti escluso, grazie proprio all'attivazione delle modalità appena descritte. Si vuole evitare che l'atteggiamento di eventuale ostilità o chiusura di una parte impedisca all'altra di avvalersi della giustizia riparativa. In tal modo, in particolare, la persona cui il fatto è attribuito è messa in condizione di assicurarsi l'effetto estintivo del reato mediante un autonomo e unilaterale impegno in chiave riparativa, anche ove – per le più svariate ragioni – la persona offesa o i suoi congiunti fossero indisponibili o impossibilitati a partecipare alla procedura.

La norma sul «risultato del programma»⁴⁶ (art. 7) è decisiva per le sue implicazioni penali: le «condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo» estinguono il reato⁴⁷. L'art. 7, nella sua precisione, lascia comunque “aperto” l'esito estrinseco del

⁴⁶ Locuzione ricavata dai *Principi Base* delle Nazioni Unite, I, § 3 («*restorative outcome*»).

⁴⁷ Si ricorda che la *Decisione Quadro 2001/220/GAI* prescrive, in via generale, che ogni Stato membro provveda a garantire che «eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione» (art. 10)

programma riparativo. Quel che conta, anche per le implicazioni politico-criminali, non è solo (o tanto) cosa l'autore del fatto si vincolerà a svolgere, quanto come egli sarà pervenuto a simile decisione: da qui l'aggettivo «adeguate» che qualifica le condotte e le attività concordate, sottraendole alle logiche perverse (e impossibili) di una commisurazione (retributiva) alla gravità del reato.

L'essenziale, in altre parole, è che gli impegni volontariamente assunti – siano essi di carattere economico o riguardino comportamenti futuri, di contenuto materialmente apprezzabile o meramente simbolici – risultino comunque dal programma, cioè siano il prodotto esteriore di quel «partecipare attivamente, in modo libero» alla «neutralizzazione dell'offesa»⁴⁸. Il «risultato del programma» può condurre all'estinzione del reato proprio perché in sé «conforme allo scopo dell'incriminazione» e lungi dall'arrecare un «indebolimento del precetto»⁴⁹ che ne esce al contrario rafforzato, pur senza ricorrere a controproducenti dinamiche punitive.

Le «attività conformative», in particolare, consentono all'esercente la professione sanitaria di impegnarsi in condotte correttive, in linea con la vocazione di tutto il sistema. Tali condotte potranno essere anche solo simboliche e prendere la forma di attività atte a segnalare la comprensione critica della condotta colposa tenuta e il proposito di non ripeterla.

In estrema sintesi e a titolo di mero esempio, il «risultato del programma» potrà consistere, a seconda dei casi e alla luce del confronto tra gli interessati, in un gesto di scuse accompagnato da un'attività socialmente utile, nella collaborazione con l'Unità di gestione del rischio e nel contributo fattivo del medico a un migliore *risk management* futuro, nella volontà di seguire un corso di aggiornamento professionale, nella disponibilità a sottoporre a verifica di altri esperti il proprio operato, nell'impegno ad astenersi da determinate prestazioni professionali, nella devoluzione di una parte del proprio stipendio in opere benefiche in qualche modo connesse all'evento lesivo causato, nel promuovere il miglioramento delle regole e/o delle prassi organizzative interne al proprio reparto o alla struttura sanitaria, ecc.

e) *Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario. Mediatori.* – Gli artt. 8-14 disciplinano la «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario».

Il carattere penalistico della giustizia riparativa ha suggerito la collocazione della Commissione nel sistema *lato sensu* «giudiziario»: non quanto ai compiti – che restano esclusivamente riparativi – bensì quanto alle garanzie, prime fra tutte quelle di indipendenza e imparzialità. Si osservi fin d'ora, comunque, che per evitare ogni sospetta confusione con funzioni inquirenti, giudicanti o sanzionatorie, la Commissione ha sede, ai sensi dell'art. 14, «fuori dagli uffici giudiziari e dalle strutture penitenziarie e di pubblica sicurezza»⁵⁰.

⁴⁸ DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1047 ss.

⁴⁹ DONINI M., *Non punibilità*, cit., p. 1047.

⁵⁰ In linea, fra l'altro, con la disposizione dell'art. 8, comma 3, della *Decisione Quadro*

Per il resto, la Commissione opera sotto la vigilanza del Consiglio Superiore della Magistratura, competente a nominarne i commissari e il presidente, su proposta del Presidente della Corte d'Appello nel cui distretto ha sede la Commissione (art. 10). La disciplina della nomina dei commissari è analoga a quella vigente per i giudici onorari dei tribunali per i minorenni e i componenti esperti dei tribunali di sorveglianza⁵¹: così, i membri della Commissione «sono scelti tra professionisti esperti di discipline giuridiche, mediche e socio-antropologiche, dotati di specifica preparazione ed esperienza, nonché specifica formazione, attitudini e sensibilità alle pratiche di giustizia riparativa». In tal modo si coniuga l'attenzione per l'elevato grado di specializzazione ed esperienza richiesti dalle materie da trattare con l'apprezzamento per sensibilità e attitudini proprie di un incarico alquanto delicato che presuppone una forte motivazione personale⁵².

Nel caso di specie, si è poi avvertita la necessità di optare per un organismo di giustizia riparativa *ad hoc* e non per l'appoggio a realtà di mediazione penale già esistenti, ritenendo decisivo considerare la specificità delle controversie in ambito medico-chirurgico e la «complessità» di talune questioni per risolvere e riparare le quali possono essere indispensabili «competenze specialistiche» (art. 11, comma 4).

Tipicamente ispirata alle prassi riparative è l'organizzazione interna della Commissione che «lavora suddivisa in collegi» di mediatori, composti necessariamente da uomini e donne (art. 11, commi 2 e 3).

L'esperienza maturata in oltre un trentennio di pratiche di *restorative justice* ha suggerito l'adozione del modello d'*équipe* (tre o cinque mediatori), anziché del mediatore singolo (art. 11, commi 3 e 4). Tale modello, più gravoso sul piano economico, si è però rivelato l'unico davvero efficace nel garantire la conduzione in sicurezza degli incontri di mediazione reo-vittima e l'imparzialità dei mediatori, senza contare che nell'ambito sanitario è ancora una volta la specifica complessità dei temi del conflitto ad escludere l'opportunità di un organo monocratico.

L'art. 13, dedicato ai «doveri dei mediatori», riprende puntualmente i principi internazionali ispiratori dell'intero Titolo III. Imparzialità, assenza di giudizio, pari considerazione e premura per tutti gli utenti dei programmi (indipendentemente dalla

2001/220/GAI il quale impone che «si evitino i contatti tra vittima e autore del reato negli edifici degli organi giurisdizionali» (seppure prevalentemente riferita ai momenti

⁵¹ Parimenti unificabile a tale disciplina, potrebbe essere anche la regolamentazione dei requisiti per la nomina (per es. il possesso della cittadinanza italiana; la residenza in un comune compreso nel distretto in cui ha sede la commissione; l'esercizio dei diritti civili e politici; la condotta incensurabile; l'età compresa tra i 30 e i 72 anni), la durata della carica (per es. tre anni rinnovabile), il regime delle incompatibilità, le ipotesi di rimozione dall'incarico, l'ammontare del gettone di presenza, ecc.

⁵² Il riferimento a «specificità attitudine, preparazione ed esperienza» è locuzione testualmente contenuta, per es., nell'art. 4 disp. att. p.p.m. (assegnazione dei magistrati alla sezione di corte d'appello per i minorenni) e ripresa più volte in altri articoli (art. 6, comma 2; 7, comma 5, ecc.).

«posizione rivestita nel procedimento penale») sono i criteri guida dell'attività dei mediatori che si pongono anche quali "custodi" del «corretto svolgimento del programma» e «garanti dell'equità e ragionevolezza degli accordi»⁵³, con una specifica attenzione per gli impegni assunti dal soggetto più esposto al riguardo, cioè la persona cui il fatto è attribuito.

L'imparzialità e l'indipendenza dei mediatori e dell'apposita Commissione, la genuinità della loro funzione (artt. 12 e 13) e la libertà delle parti (artt. 6, 13, 19) sono condizione protette in modo sostanziale dal combinato disposto degli artt. 12 e 20, i quali "sigillano" i contenuti dei programmi di giustizia riparativa, rendendoli inaccessibili al sistema penale nel suo complesso, grazie a un regime, da un lato, di tutela dei mediatori da obblighi di testimonianza e denuncia, dall'altro, di inutilizzabilità di atti e dichiarazioni dalle parti, dichiarazioni alle quali è comunque applicabile l'art. 598 c.p.

f) *Funzionamento dei programmi di giustizia riparativa.* – Senza ripetere le considerazioni già espresse in precedenza sulle disposizioni del Capo III, ci si limita qui alla descrizione del funzionamento della procedura riparativa nelle sue fasi essenziali.

Ai sensi dell'art. 15, il pubblico ministero, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato per taluno dei fatti di cui all'art. 590-ter c.p., procede – salvo che non debba immediatamente richiedere l'archiviazione – a darne informazione alla Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario.

Ricevuta la notizia di reato, la Commissione, a sua volta, contatta le parti e, con l'assenso di queste, procede a una serie di incontri, dapprima individuali e poi collettivi, eventualmente anche "allargati" a vari soggetti, in vista della risoluzione della controversia con la definizione delle condotte e delle attività di cui all'art. 7 (art. 18). La scansione delle fasi del programma (colloqui preliminari individuali, incontro di mediazione o *conferences*, eventuali sedute per l'individuazione degli accordi e le condotte riparatorie) è simile in tutto il mondo, ma è qui costruita tenendo conto delle specifiche esperienze consolidate nei centri e uffici di mediazione penale italiani, rivelatesi efficaci.

Colloqui individuali e incontri si svolgono «a porte chiuse» (art. 20, comma 4), preferibilmente nei locali della Commissione «idonei a garantirne l'accessibilità e tali da salvaguardare la confidenzialità, la dignità e la sicurezza degli utenti» (art. 14, comma 1), salvo che «nell'interesse delle persone coinvolte e con il loro consenso» non sia più utile spostarsi in altri luoghi, così da coinvolgere «soggetti della comunità locale, ivi inclusa la struttura in cui è avvenuto il fatto» (art. 20, comma 5). È lasciata dunque una certa libertà ai mediatori di adattare il *setting* al tipo di programma riparativo da portare a termine (individuale, bilaterale o "allargato").

I mediatori sono in ogni caso tenuti a svolgere le sedute «in un ambiente sicuro e confortevole» per tutti gli intervenuti. Per la sua efficacia, l'espressione è mutuata te-

⁵³ I concetti di ragionevolezza e proporzione delle prestazioni riparatorie sono ricavati testualmente dai *Principi Base* delle Nazioni Unite (II, § 7) e dalla *Raccomandazione (99)19* (V.4, § 31).

stualmente dalla Raccomandazione (99)19⁵⁴. La precisazione potrebbe parere espressione di uno scrupolo eccessivo; si tratta invece di un aspetto non secondario: la vulnerabilità della persona offesa e del soggetto attivo va costantemente tenuta in conto e il ricorso al termine “ambiente” segnala opportunamente come si debba valutare non solo il luogo fisico, ma l'intero contesto di svolgimento del programma – inclusi i profili reputazionali e gli spazi e i tempi interiori delle parti.

Durante lo svolgimento del programma di giustizia riparativa, il procedimento penale resta sospeso (art. 16), così come il decorso del termine di prescrizione del reato (art. 17). In tal modo, il programma potrà svolgersi secondo le modalità più opportune, con garanzia di riservatezza e confidenzialità, assicurata sia dalla previsione di una clausola di inutilizzabilità, in ogni procedimento, delle dichiarazioni rese e degli atti compiuti nel corso del programma, sia da un obbligo di astensione dal deporre per i mediatori e gli esperti che abbiano partecipato al programma.

L'art. 21 richiama alcune garanzie del giusto processo: diritto di difesa per l'indagato, diritto all'assistenza da parte di persone di fiducia – compresa l'assistenza legale –, ausilio tecnico di eventuali esperti, assistenza di un interprete per chi non conosce la lingua utilizzata nel programma⁵⁵.

L'attività della Commissione dovrà concludersi entro sei mesi, prorogabili in caso di necessità fino a un massimo di altri sei mesi (art. 23). La conclusione del programma, con esito positivo, è oggetto di apposita informativa da parte della Commissione all'autorità giudiziaria procedente (art. 22, comma 2). Lo svolgimento delle attività risarcitorie o riparatorie, nonché delle attività conformative, accertato dall'autorità giudiziaria, estingue il reato (art. 2) di cui all'art. 590-ter c.p.

g) *Rapporti con il procedimento disciplinare.* – Un'importante novità delineata dal Progetto è rappresentata dall'art. 18, dedicato ai rapporti tra giustizia riparativa in ambito sanitario e procedimento disciplinare nei confronti del medico.

La norma in esame prevede la sospensione del procedimento disciplinare (eventualmente avviato per taluno dei delitti di nuovo conio, ai sensi degli artt. 38 ss. del d.P.R. 5 aprile 1950, n. 221) «in pendenza di un programma di giustizia riparativa», nonché la sospensione del corso della relativa prescrizione.

La previsione più rilevante è però contenuta nel quarto comma, dove si contempla

⁵⁴ Racc. (99)19, V.3, § 27: «Le médiateur a la charge d'assurer un environnement sûr et confortable pour la médiation»; si veda anche il § 10 dei *Basic Principles* dell'ONU che sollecita a tenere in considerazione «the safety of the parties... in conducting a restorative process».

⁵⁵ Oltre agli evidenti vincoli costituzionali, la disposizione si pone in conformità, per quel che riguarda i programmi di *restorative justice*, con le indicazioni internazionali: UN *Basic Principles*, § 13 («Fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness to the offender and the victim should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes»); Racc. (99)19, III, § 8 («La procédure de médiation devrait être assortie de garantie fondamentales: en particulier, les parties devraient avoir le droit à l'aide judiciaire et, le cas échéant, à un service de traduction/interprétation»).

l'estinzione *anche* dell'illecito disciplinare per effetto dell'adempimento delle condotte a contenuto riparatorio e conformativo risultanti dal programma di giustizia riparativa, «salvo che, per la eccezionale gravità delle violazioni, debba essere disposta la sanzione disciplinare della radiazione o della sospensione dall'esercizio della professione».

A tal fine, il comma 3 dell'art. 18 prescrive l'invio di un'informativa da parte della Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario al presidente del Consiglio dell'Ordine o del Collegio della provincia nel cui Albo il sanitario è iscritto, avente ad oggetto l'«inizio e la chiusura del programma», con l'indicazione – importantissima per gli effetti estintivi che possono prodursi anche in sede disciplinare – delle attività comunque svolte avanti alla Commissione medesima.

Le questioni relative ai rapporti con il procedimento disciplinare sono indubbiamente delicate: un'accentuazione eccessiva di quest'ultimo – mediante, ad esempio, la previsione di obblighi di segnalazione da parte della Commissione e un'espansione delle sanzioni disciplinari – in vece di quelle penali, potrebbe certamente dar vita a una serie di effetti controproducenti, proprio riguardo al contenimento dei comportamenti di medicina difensiva; d'altra parte, non vi è dubbio che, ridimensionata in maniera drastica la pena detentiva, le sanzioni disciplinari interdittive possono mostrarsi sicuramente efficaci nel quadro di una razionale politica preventiva della colpa medica.

I diversi profili sono stati attentamente esaminati e si è ravvisata la possibilità di un loro contemperamento grazie all'interazione virtuosa dei procedimenti penale, riparativo e disciplinare, i quali restano saldamente e armonicamente uniti nell'intento di favorire la scoperta, la correzione e la riparazione delle condotte gravemente colpose dei medici, integranti fatti di omicidio o lesioni personali.

Così, la volontaria assunzione di impegni a contenuto riparativo o, a maggior ragione, conformativo “assorbe” la sanzione disciplinare rendendola inutile ed estingue l'illecito che ne è il presupposto (ove sussistente). Il «risultato del programma di giustizia riparativa» – e in particolare di quelle «attività informative, formative e di aggiornamento professionale, [...] di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative» (art. 7, comma 2) – è di per sé denso di implicazioni deontologiche atte a reintegrare il medico nel decoro professionale che la sua “manchevolezza” può aver pregiudicato.

Del resto, se le sanzioni disciplinari previste dall'art. 40 del d.P.R. 221/1950 hanno – oltre a quella interdittiva per i casi più gravi – funzioni di diffida e biasimo⁵⁶, le con-

⁵⁶ Merita, per comodità del lettore, ricordare che, secondo quanto previsto dal citato art. 40, le sanzioni disciplinari irrogabili al medico sono: «1) l'avvertimento, che consiste nel diffidare il colpevole a non ricadere nella mancanza commessa; 2) la censura, che è una dichiarazione di biasimo per la mancanza commessa; 3) la sospensione dall'esercizio della professione per la durata da uno a sei mesi, salvo quanto è stabilito dal successivo art. 43; 4) la radiazione dall'Albo».

dotte conformative e riparatorie di cui al *Progetto* assolvono in pieno a tali scopi, arricchendoli però di una vantaggiosa natura *reintegrativa*, per dirla con John Braithwaite⁵⁷. La riparazione che il sanitario individua all'esito di uno dei programmi sopra descritti è perciò frutto non di un intervento coercitivo sterile, bensì di una autonoma revisione del proprio operato, combinata allo spontaneo riconoscimento della "manchevolezza" professionale e al volontario, fattivo, sforzo per non ripeterla.

Il *Progetto* ha ritenuto di escludere dal beneficio dell'estinzione dell'illecito disciplinare solo i casi «di eccezionale gravità delle violazioni», riguardo ai quali gli Ordini professionali conservano il potere di disporre la radiazione o la sospensione dall'esercizio della professione. Si osservi che, a fronte del carattere macroscopico delle violazioni commesse, la sanzione disciplinare interdittiva (perpetua o temporanea), irrogata all'esito del relativo procedimento e con le garanzie ad esso proprie, finisce per rivestire ancora una volta finalità preventivo-corrective, senza recare lo stigma di pene accessorie di contenuto analogo.

5. Titolo IV: Disposizioni in materia di assicurazione per la responsabilità civile in ambito sanitario

Il titolo IV del *Progetto di riforma* consta di otto articoli, che ripropongono – con una serie di modifiche non del tutto trascurabili – alcune soluzioni già ipotizzate nell'ambito di alcuni disegni di legge attualmente sottoposti all'esame delle competenti commissioni parlamentari.

In particolare, questa parte del *Progetto* elaborato dal *CSGP* punta a disciplinare in maniera efficace anche le problematiche connesse alla responsabilità civile per l'operato del sanitario, così da completare, in un disegno il più possibile equilibrato e armonico, le innovazioni già introdotte, nei titoli precedenti, sul terreno della responsabilità penale.

L'intento complessivo del *Progetto* è quello di prevedere così una migliore allocazione delle obbligazioni risarcitorie, coinvolgendo le strutture sanitarie di appartenenza e prevedendo un sistema di garanzie assicurative obbligatorie, che sia in grado, da un lato, di tutelare adeguatamente le vittime di condotte colpose dei sanitari, e di garantire, dall'altro, mediante una più attenta politica di prevenzione e monitoraggio delle fonti di pericolo in ambito sanitario, l'effettivo interesse delle compagnie assicuratrici a farsi carico dei costi connessi alla copertura del c.d. "rischio clinico"⁵⁸.

⁵⁷ J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge, 1989.

⁵⁸ Secondo i dati presentati nel 2007 dall'ANIA (Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici), in relazione al periodo 1995-2005, il numero di sinistri denunciati dalle imprese assicuratrici in Italia, nel campo della responsabilità civile in ambito sanitario, è passato da poco più di 17.000 a circa 28.500 casi, facendo registrare un incremento del 65%. In particolare, i sinistri legati alla copertura assicurativa dei singoli medici hanno fatto registrare un aumento più marcato, passando da 5.798 del 1995 a 12.374 del 2005 (+134%), mentre i sinistri legati alla copertura assicurativa delle strutture sanitarie so-

A tale scopo, viene innanzi tutto previsto, all'art. 27 del *Progetto*, che ogni azienda sanitaria, struttura o ente, pubblico o privato, che renda prestazioni sanitarie a favore di terzi, sia tenuto a dotarsi, entro un anno dall'entrata in vigore della legge di riforma, di una «copertura assicurativa per responsabilità civile verso i terzi, in relazione ai danni a persone causati dal personale sanitario, operante a qualunque titolo presso la struttura o ente».

In analogia a quanto già previsto per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, la previsione di un "obbligo assicurativo" punta a porre fine all'attuale sistema caratterizzato da formule assicurative facoltative, spesso contraddistinte da incompletezza di copertura, limitatezza dei massimali, incongruità della garanzia prestata rispetto al reale contenuto di rischio insito nell'attività della struttura sanitaria. Allo stesso modo, la previsione di massimali fissati su base regionale, attraverso appositi accordi-quadro (art. 27, comma 2) che non possano stabilire (almeno in prima applicazione) livelli di garanzia inferiori a una certa soglia patrimoniale, contribuisce a fornire omogeneità a un sistema che, attualmente, non prevede alcuna regola precisa.

Da questo punto di vista, la parificazione prevista per tutte le strutture sanitarie, siano esse pubbliche o private, consentirebbe di eliminare l'attuale disparità di trattamento tra operatori sanitari che prestano servizio in strutture pubbliche, private o private accreditate, ponendo fine a quelle situazioni, correttamente qualificate come "ai limiti del grottesco", nelle quali il sanitario che presta servizio in strutture private con parziale convenzionamento dei posti-letto, può trovarsi ad essere garantito dall'assicurazione dell'ente allorché operi nella parte convenzionata col SSN, mentre perde tale copertura qualora svolga la stessa attività nei confronti di un paziente che si sia rivolto privatamente alla struttura sanitaria.

L'effettiva coerenza della previsione di tale copertura assicurativa obbligatoria è determinata dalla previsione di cui al comma 4 dell'art. 26 del *Progetto*, che stabilisce, per le strutture private, come essa sia «condizione necessaria per l'accreditamento e la convenzione di enti o strutture private con il Servizio sanitario nazionale». Quanto alle strutture pubbliche, un analogo meccanismo *lato sensu* sanzionatorio, per l'ipotesi in cui non provvedano a dotarsi della copertura assicurativa, è previsto mediante l'eventuale esclusione della partecipazione al riparto dei fondi regionali «per il finanziamento delle attività istituzionali delle aziende sanitarie del Servizio sanitario nazionale».

Tuttavia, essendo evidente la diversa posizione rivestita dalle strutture private rispetto a quelle pubbliche, il *Progetto* prevede la possibilità – all'art. 28 – che le regioni possano decidere di non rivolgersi al mercato delle compagnie assicuratrici private,

no passati da 11.444 a 16.085, con una crescita del 41%. Di conseguenza, i premi incassati negli anni precedenti la rilevazione di tali dati (2007) sono risultati insufficienti per soddisfare le obbligazioni nascenti dai sinistri denunciati: ciò ha determinato, per un verso, una vera e propria fuga di alcuni operatori da tale comparto assicurativo, dando vita, per altro verso, a un cospicuo aumento dei premi assicurativi da parte delle compagnie che hanno deciso di continuare a offrire questo tipo di polizze.

istituendo un apposito «Fondo di garanzia» che sostituisca, attraverso una dotazione di risorse pubbliche omogenee a quanto previsto *ex lege* per le strutture sanitarie private, la copertura assicurativa prevista dall'art. 27, in relazione alla responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende sanitarie ubicate sul territorio regionale.

La previsione di una copertura assicurativa obbligatoria costituisce il primo passaggio per realizzare una più equilibrata allocazione della responsabilità tra il singolo sanitario e la struttura di appartenenza. È un dato ormai noto a tutti gli studiosi, infatti, che l'attività (e, correlativamente, l'errore) del sanitario è solo un momento, un segmento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione concorre integralmente un assetto organizzativo, una struttura complessa, in cui il singolo operatore non rappresenta altro che un piccolo ingranaggio. L'analisi retrospettiva degli "errori in sanità"⁵⁹, infatti, mette sempre più spesso in luce come siano davvero rari i casi in cui la responsabilità dell'evento avverso sia riconducibile esclusivamente a un comportamento scorretto dell'operatore, e non sia, invece, il frutto di un "errore organizzativo" che ha come protagonista, in misura più o meno significativa, l'intera struttura sanitaria nella sua complessità.

In virtù di tale consapevolezza, il *Progetto* elaborato dal *CSGP* prevede dunque che «la responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario operante a qualunque titolo presso le aziende, strutture o enti di cui all'art. 27, comma 1, è sempre a carico dell'azienda, ente o struttura sanitaria» (art. 31, comma 1). Anche questa disposizione segnerebbe un significativo passo avanti rispetto alla realtà attuale, ponendo fine a quelle situazioni di conflitto tra l'interesse della struttura sanitaria e quello del singolo operatore che, nonostante tutti gli sforzi della contrattazione collettiva, costituiscono oggi un'autentica piaga del sistema sanitario italiano, che si manifesta inevitabilmente ogniqualvolta venga attivato un contenzioso giudiziale per eventi dannosi cagionati in danno di terzi.

La previsione della responsabilità patrimoniale in capo alla struttura sanitaria, peraltro, non si risolve in una totale esenzione di responsabilità per il singolo operatore: sempre secondo l'art. 31 del *Progetto* (art. 31, commi 3 e 4), infatti, l'ente può rivalersi nei confronti del sanitario qualora risulti, con sentenza passata in giudicato, che il fatto sia stato commesso con dolo o colpa grave. In tale ultima ipotesi, peraltro, l'ente (o, più verosimilmente, l'assicuratore) potrà recuperare l'ammontare riconosciuto a titolo di risarcimento attraverso il meccanismo della «trattenuta sullo stipendio del sanitario, nella misura massima del quinto». Si realizza, così, un adeguato temperamento tra l'esigenza di garantire il soddisfacimento delle pretese risarcitorie della parte lesa (che potrà sempre convenire in giudizio, come previsto dall'art. 32 del *Progetto*, direttamente la struttura sanitaria o l'assicuratore, vale a dire soggetti certa-

⁵⁹ Si veda, tra i tanti, CISNOTTI R., *La gestione del rischio nelle organizzazioni sanitarie*, Roma, 2004, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

mente solvibili) e quella di predisporre un equilibrato assetto di responsabilità nel rapporto interno tra il sanitario e l'ente di appartenenza.

Sempre per semplificare il più possibile la procedura giudiziale – che dovrebbe, a ben vedere, riguardare solo pochi e marginali casi, visto che la gran parte del contenzioso dovrebbe risolversi in via transattiva o, nei casi di possibile rilevanza penale, attraverso il percorso di giustizia riparativa di cui al Titolo III – l'art. 32 del *Progetto* prevede un meccanismo di “offerte risarcitorie” ed eventuali “pagamenti”, nel caso di accettazione della proposta da parte dell'assicuratore o del Fondo di garanzia, entro termini perentori (90 + 20 giorni), così da assicurare una rapida definizione di tali controversie.

Per incentivare ulteriormente la definizione del contenzioso in via stragiudiziale si prevede poi una limitazione delle eccezioni contrattuali opponibili dall'assicuratore (solo quelle consistenti nel mancato pagamento del premio), alla quale si accompagna la possibilità, per il danneggiato che a causa del fatto venga a trovarsi in stato di bisogno, di ottenere da parte del giudice l'assegnazione, in ogni stato e grado del giudizio, di «una somma da imputarsi alla liquidazione definitiva del danno» (art. 32, comma 6). Si realizza, così, un sistema nel quale l'ente (e con esso l'assicuratore) ha tutto l'interesse a definire nel più breve tempo possibile le controversie che presentino un qualche rischio di soccombenza, non potendo ottenere significativi vantaggi da una strategia volta alla dilatazione dei tempi processuali.

A completamento del sistema, merita dar conto anche della previsione contenuta nell'art. 29 del *Progetto*, intitolato «Fondo di solidarietà per le vittime di danni da attività sanitaria». Attraverso la creazione di tale Fondo di solidarietà – da non confondersi, si badi, col Fondo di garanzia previsto dall'art. 28, che rappresenta lo strumento attraverso il quale le Regioni e le Province autonome possono, se lo ritengono, assicurare “in proprio” il rischio legato all'attività sanitaria prestata nelle strutture pubbliche, senza rivolgersi al mercato delle compagnie assicuratrici private – si è ritenuto di accogliere l'impostazione già sperimentata in Francia con la *Loi Kouchner* del 2002, prevedendo un sistema c.d. “a doppia corsia”, imperniato, da un lato, sull'assicurazione obbligatoria delle strutture sanitarie per i danni colposamente cagionati al paziente, e, dall'altro, su un apposito Fondo di solidarietà, da attivare nelle ipotesi in cui non sia individuabile, in capo all'organizzazione che ha erogato la prestazione, alcun elemento di colpa.

Mentre nel primo caso ci si troverà di fronte a un reale “risarcimento del danno”, causato da una condotta colposa del sanitario e coperto dall'assicurazione obbligatoria della struttura; nel secondo caso a intervenire sarà un Fondo di solidarietà di natura chiaramente indennitaria, che opererà in relazione a danni i quali non saranno, tecnicamente, “risarciti” – manca, infatti, il requisito essenziale della colpa, e quindi non è possibile individuare un vero danneggiante – bensì “riparati”, in ossequio ai principi di solidarietà sociale costituzionalmente sanciti e già operanti, secondo uno schema del tutto analogo, nei confronti della categoria delle c.d. “vittime della strada”.

Sul punto, peraltro, si sono anche considerati i costi economici e finanziari, verosimilmente ingenti, connessi a tale previsione, che, se da un lato contribuirebbe a

diffondere una opportuna chiarezza concettuale nella giurisprudenza civile, spesso affaticata nel ricostruire colpe delle strutture sanitarie davvero pallide, pur di riconoscere una qualche forma di risarcimento al paziente che abbia subito dei danni, dall'altro potrebbe prestarsi a richieste di indennizzo pretestuose e opportunistiche. Proprio in virtù di tale considerazione, si è deciso allora di limitare l'operatività del Fondo di solidarietà – almeno nella fase iniziale della sua gestione – a due ipotesi del tutto peculiari e più vicine al tradizionale ambito della colpa e del risarcimento del danno: in particolare, si è ritenuto di prendere in considerazione, nel comma 1 dell'art. 28, i soli casi in cui la struttura sanitaria, pur essendo obbligata ad assicurarsi, non abbia osservato tale obbligo e quello dell'impresa assicurativa che, al momento del sinistro o durante la fase di evasione della pratica, sia posta in stato di liquidazione coatta.

Senza soffermarsi analiticamente sui dettagli operativi del Fondo, disciplinati nei commi da 2 a 7 dell'art. 29, è opportuno dedicare qualche parola alla previsione contenuta nell'art. 30 e relativa alla disciplina dell' «Obbligo a contrarre» in capo alle imprese assicuratrici. Sul punto, si è osservato come l'obbligo di assicurarsi in capo alle strutture sanitarie debba necessariamente accompagnarsi a un impegno, da parte delle compagnie assicuratrici, di coprire i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività sanitaria. Con la previsione di cui all'art. 30 del *Progetto* si è ritenuto di realizzare tale equilibrio, stabilendo la necessità di una “dichiarazione di disponibilità” – da rendersi ogni anno, da parte delle compagnie assicurative che intendano operare nell'ambito della copertura dei rischi legati allo svolgimento delle attività sanitarie – con la quale ogni impresa assicuratrice indichi i rischi per i quali offre copertura, le condizioni di contratto, nonché le tariffe praticate, nel rispetto dei massimali fissati annualmente su proposta dell'ISVAP. Una volta formulata la scelta di partecipare al mercato in esame, però, le compagnie assicurative saranno obbligate ad accettare le proposte che vengano loro presentate per l'assicurazione obbligatoria, naturalmente in conformità alle condizioni indicate nella “dichiarazione di disponibilità”.

Da ultimo, sempre in merito alle peculiarità dell'obbligazione risarcitoria, si è dedicata una norma specifica alla disciplina della prescrizione (art. 33). Sul punto, si è ritenuto di individuare nel termine decennale – caratteristico delle ipotesi di responsabilità contrattuale – il tempo necessario per il perfezionamento della prescrizione del diritto al risarcimento: tale termine decorrerà dal momento della conoscenza del danno, inteso sia come consapevole presa di coscienza delle conseguenze dannose subite, sia come piena cognizione del consolidamento di tale pregiudizio alla sfera psico-fisica del soggetto. Anche la prescrizione civilistica, peraltro, resta sospesa durante lo svolgimento di uno dei programmi di giustizia riparativa, in modo da garantire un trattamento armonico e coerente delle vicende procedurali relative ai profili penali, disciplinari e civili dell'illecito.

L'ultima norma del *Progetto*, di cui si è già avuto modo di parlare in precedenza, attiene alla istituzione, presso ciascun ente, azienda o struttura sanitaria, di una «Unità di gestione del rischio clinico» (art. 34), volta ad assicurare lo sviluppo di prassi idonee ad

aumentare la sicurezza dei pazienti e a ridurre il rischio del verificarsi di eventi avversi.

In particolare, tale Unità di gestione del rischio clinico è chiamata a individuare le situazioni e le prestazioni sanitarie potenzialmente rischiose, anche sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro, nonché a favorire l'apprendimento organizzativo dagli errori, promuovendo attività formative, informative e comunicative sulla gestione del rischio clinico, realizzando altresì *audit* e sistemi di *incident reporting*.

Quest'ultimo profilo riveste particolare delicatezza. Le attività di *incident reporting*, infatti, sono ritenute assolutamente indispensabili – secondo le più aggiornate ricerche degli scienziati dell'organizzazione⁶⁰ – affinché le organizzazioni complesse, analizzando i propri errori, apprendano comportamenti più efficaci e possano così fronteggiare in maniera adeguata il potenziale di rischio insito nelle attività che esse svolgono. Tuttavia, non sussistono, nella legislazione attuale, norme di salvaguardia che garantiscano la “riservatezza” delle informazioni ottenute nell'esercizio di tale attività, col risultato di porre le organizzazioni di fronte a un singolare dilemma: o svolgere un'attività di *incident reporting* puramente “cosmetica”, con la conseguenza di non riuscire a percepire per tempo i segnali d'allarme e le lacune organizzative, ovvero realizzarla secondo protocolli efficaci e puntuali, col rischio però di dar vita ad autentici dossier utilizzabili, in futuro, contro l'organizzazione stessa.

Proprio per evitare tale paradosso, il *Progetto* elaborato dal CSGP prevede, con una disposizione fortemente innovativa, che le informazioni raccolte e gli atti compiuti dall'Unità di gestione del rischio clinico, nello svolgimento della propria attività di *incident reporting*, rimangano segreti e siano inutilizzabili in ogni procedimento giudiziario (art. 34, comma 3).

Parallelamente, si stabilisce che «ai componenti dell'Unità di gestione del rischio clinico, in relazione all'attività di *incident reporting*, non si applicano gli artt. 361, 362, 363, 364, 365 c.p. in relazione ai reati di cui hanno avuto notizia nell'esercizio o a causa delle loro funzioni». Attraverso l'esclusione di qualsivoglia obbligo di denuncia/referto, si garantisce ulteriormente quella riservatezza che è la condizione indispensabile per il buon funzionamento dell'attività di apprendimento dagli errori organizzativi, dando vita ad un sistema virtuoso nel quale la struttura sanitaria può indagare su se stessa, adottando le più efficaci politiche di riduzione del “rischio clinico”, senza timore di danneggiarsi in alcun modo.

L'incentivazione di tali comportamenti di “buona organizzazione”, insieme alla complessiva rivisitazione degli assetti di responsabilità penale e civile del sanitario, secondo le cadenze illustrate nei paragrafi precedenti, costituiscono – ad avviso del CSGP – gli strumenti più indicati per contrastare il fenomeno della medicina difensiva e promuovere, per il futuro, una tutela della salute dei cittadini più efficace rispetto a quella garantita dall'attuale assetto normativo.

⁶⁰ Cfr. CATINO, M., *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Bologna, 2009.

**QUADRO DI SINTESI DEI PROGRAMMI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA
IN AMBITO SANITARIO**

Tipologia di programma	Mediazione (diretta / indiretta) <i>Art. 6, lett. a</i>	Incontro allargato <i>Art. 6, lett. b</i>	Riparazione indiretta <i>Art. 6, lett. c</i>	Ascolto protetto della persona offesa <i>Art. 6, lett. d</i>
Soggetti coinvolti	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Persona offesa</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Persona offesa Congiunti dell'offeso</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario Altri soggetti interessati (équipe medica, altro personale sanitario del reparto, direttore sanitario, ecc.)</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona cui il fatto è attribuito (medico, professionista sanitario)</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Con l'eventuale coinvolgimento di: – vittime aspecifiche – enti esponenziali di interessi lesi dal reato (Associazioni di malati, associazioni di volontariato ospedaliero, ecc.)</p> <p>Eventuali esperti</p>	<p>Persona offesa</p> <p>Mediatori della Commissione per la Giustizia riparativa in ambito sanitario</p> <p>Con l'eventuale coinvolgimento di: – autori aspecifici di reati analoghi a quello subito dall'offeso – enti esponenziali di interessi lesi dal reato</p> <p>Eventuali esperti</p>
Consenso della persona offesa	Sì	Sì	No	Sì
Consenso della persona cui il fatto è attribuito	Sì	Sì	Sì	No
Tipo di attività svolta nel programma	<p>Incontro diretto</p> <p>Contatti indiretti, per il tramite dei mediatori</p> <p><i>Apology</i></p>	<p>Incontro diretto</p> <p>Adattamento del modello del <i>Family/Community Group Conferencing</i></p>	<p>Adattamento del modello del <i>Victim/Offender Group...</i> ...e del <i>Community Group Conferencing o Circle</i></p>	<p>Adattamento del modello dei <i>Victim Impact Statements</i> <i>Victim Impact Classes</i> <i>Victim Impact Panels</i></p>

Destinatari del “risultato del programma”	<p>Persona offesa Collettività/Stato</p>	<p>Persona offesa Familiari dell'offeso e/o <i>entourage</i> dell'offeso <i>Entourage</i> della persona cui il fatto è attribuito (ove opportuno) (per es.: reparto, ospedale, ecc.) Collettività/Stato</p>	<p>Collettività/Stato Vittime aspecifiche <i>Entourage</i> della persona cui il fatto è attribuito (ove opportuno) (per es.: reparto, ospedale, ecc.)</p>	<p>Persona offesa</p>
Caratteristiche del “risultato del programma”	<p><i>Victim-oriented</i> Contenuti concordati con la persona offesa, sotto la guida dei mediatori</p>	<p><i>Victim-oriented</i> Contenuti concordati con la persona offesa, sotto la guida dei mediatori</p>	<p><i>Community-oriented</i> Contenuti definiti con i mediatori, con l'eventuale coinvolgimento di vittime aspecifiche e enti esponenziali</p>	<p><i>Victim-centered</i> Possibilità di riparazione simbolica concordata con autore aspecifico</p>
Forme del “risultato del programma”	<p>Attività riparativa diretta alla vittima Attività socialmente utili con significato riparativo per l'offeso Attività conformative con significato preventivo e correttivo anche di carattere generale</p>	<p>Attività riparativa diretta alla vittima e/o ai prossimi congiunti Attività socialmente utili con significato riparativo per l'offeso e/o i suoi congiunti Attività conformative con significato preventivo e correttivo anche di carattere generale</p>	<p>Attività conformative con significato preventivo e correttivo di carattere generale Attività riparativa/attività socialmente utili dirette alla collettività e/o a vittime aspecifiche (<i>community service, community reparation boards</i>)</p>	<p>Riparazione simbolica Attività conformativa da autore aspecifico Attività socialmente utili da autore aspecifico</p>



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore Fausto Giunta

Comitato scientifico

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

Periodicità annuale, costo singolo numero € 40,00 - abbonamento: € 35,00
Abbonamento per l'estero: € 50,00

Da rispedire a: Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19 I-56126 PISA
tel. (+39) 050-29544-503868 - fax. (+39) 050-20158

Desidero sottoscrivere un abbonamento alla rivista
Criminalia. Annuario di scienze penalistiche

Il pagamento sarà effettuato:

- Contrassegno
- Versamento sul Conto Corrente Postale n. 14721567 intestato a Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
- Bonifico bancario sul CC n. 000002427102 ABI 06200 CAB 14011, Cassa di Risparmio di Pisa, Piazza Dante, 1.
- Carta di credito: EuroCard Master Card VISA

Numero

Codice di sicurezza Data di scadenza

Nome e cognome

I volumi devono essere inviati a:

Nome e Cognome

Indirizzo

Eventuale fattura da intestare a:

cod. fisc.

Data

Firma

