

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 0

●
primo piano

Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea

La valutazione delle conseguenze dei conflitti

Ricompense e premi nella disciplina carceraria per gli adulti

Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale

●
dibattito

Legittimazione e metodo della scienza penale:

a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco

●
opinioni a confronto

Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive

Tra analogia e interpretazione estensiva

●
diritto giurisprudenziale

Nullità degli atti

Processo di parti e prova del dolo

●
La recente riforma del codice penale spagnolo

Il nuovo codice etico dei magistrati

La Magna Carta dei giudici europei

Interviste a Ernesto Lupo e Valerio Spigarelli

Antologia

Invito alla Lettura

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

2 0 1 0



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2011
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 978-884672983-5
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

ENNIO AMODIO

Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea 11

M. CHERIF BASSIOUNI

La valutazione delle conseguenze dei conflitti: l'accertamento delle responsabilità e l'impunità 23

MARIO PISANI

Ricompense e premi nella disciplina carceraria per gli adulti 71

MICHAEL TONRY

Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale 91

Dibattito: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*

MASSIMO DONINI

Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario 127

GIOVANNI FIANDACA

Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica? 179

RENZO ORLANDI

La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale 207

TULLIO PADOVANI

Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale 227

DOMENICO PULITANÒ

La scienza penale tra fatti e valori 239

Opinioni a confronto

Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie

Nota introduttiva di Giovanni Canzio 255

Ne dibattono:

TOMMASO RAFARACI

SANDRA RECCHIONE

<i>Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive</i>	
Nota introduttiva di Francesca Ruggieri	301
Premessa storica di Marco Nicola Miletta	304
<i>Ne dibattono:</i>	
CLAUDIO BOTTI	
DOMENICO MANZIONE	
ENRICO MARZADURI	
<i>Tra analogia e interpretazione estensiva.</i>	
<i>A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza</i>	
Nota introduttiva di Fausto Giunta	347
<i>Ne dibattono:</i>	
GAETANO CARCATERRA	
OMBRETTA DI GIOVINE	
NICOLA MAZZACUVA	
VITO VELLUZZI	
La recente riforma del codice penale spagnolo	
INIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO	
<i>Adesso davvero hispanica societas delinquere potest</i>	385
GONZALO QUINTERO OLIVARES	
<i>Modificare la legge e modificare il diritto penale.</i>	
<i>A proposito dell'ultima riforma del codice penale spagnolo</i>	419
Diritto giurisprudenziale	
RENATO BRICCHETTI	
<i>Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale</i>	439
FRANCESCO MAURO IACOVIELLO	
<i>Processo di parti e prova del dolo</i>	463
Il nuovo codice etico dei magistrati	
MARGHERITA CASSANO	
<i>Il nuovo codice etico: utopia o realtà?</i>	519
GIUSEPPE CONTI	
<i>Il codice etico dei magistrati. Un passo in avanti o un'occasione perduta?</i>	531

La Magna Carta dei giudici europei

ANTONIO BALSAMO

*La magna carta dei giudici (e dei pubblici ministeri):
la separazione dei poteri fra tradizione e modernità* 545

VINCENZO MAIELLO

Il 'potere' e i 'diritti' nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici 559

Interviste

Ettore Randazzo

intervista ERNESTO LUPO, Presidente della Corte di cassazione 571

Giovanni Canzio

intervista VALERIO SPIGARELLI, Presidente dell'Unione delle camere penali 587

Antologia

ELIO BELFIORE

*"La mafia si combatte con le leggi".
Diritto e potere, verità e giustizia nel pensiero di Leonardo Sciascia* 597

GIULIO DE SIMONE

Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali 605

LUCIANO EUSEBI

*Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante
per l'ordinamento giuridico?* 637

LUIGI FOFFANI

Il "Manifesto sulla politica criminale europea" 657

Invito alla lettura

LUCIANO EUSEBI

*L'ergastolo «ostativo». Traendo spunto dalla lettura del libro
di Carmelo Musumeci, Gli uomini ombra, Il Segno dei Gabrielli Editori, 2010* 675

Hanno collaborato al volume 679

Primo piano

ENNIO AMODIO

VERSO UNA STORIA DELLA GIUSTIZIA PENALE
IN ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. Il programma della storiografia sul processo penale: la ricerca di una architettura invisibile. Le radici storiche del diritto delle prove penali. – 2. Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il «garantismo inquisitorio» in Italia tra il 1955 e il 1988. – 3. Un tema di storia contemporanea: il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico.

1. *Il programma della storiografia sul processo penale:
la ricerca di una architettura invisibile.
Le radici storiche del diritto delle prove penali*

Negli ultimi vent'anni la storiografia giuridica italiana ha scoperto un continente rimasto troppo a lungo sommerso e inesplorato: quello della giustizia penale amministrata nell'Ottocento postunitario e nel Novecento dell'età liberale, fascista e repubblicana. Un fiorire di studi su temi centrali dell'esperienza processuale penale ha colmato a poco a poco una lacuna da tempo avvertita come un vero vuoto culturale dagli interpreti del sistema vigente¹. Certo, non si può dire che si sia oggi pervenuti ad una compiuta ricostruzione delle vicende storiche che hanno condotto il rito penale ad assumere l'attuale fisionomia plasmata dal codice del 1989 e dalla riforma costituzionale del 1999 sul giusto processo. Si è però scavato molto e le analisi svolte sulle tre codificazioni antecedenti l'ordinamento vigente (1865, 1913 e 1930), le rivisitazioni del dibattito tra le avanguardie del pensiero giuridico, le incursioni nella prassi,

¹ V., ad esempio, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 17 ss.; E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Rivista diritto processuale*, 1970, p. 440 ss. Nonché ID., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.* 1974, pp. 408-409.

Segnala questi contributi come testimonianze di un "dialogo ricercato" con gli storici del diritto, M. PIFFERI, *Le ragioni di un dialogo*, Relazione presentata al Convegno su "Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana", Ferrara 12-13 novembre 2010, p. 4 del dattiloscritto.

documentata anche da una ricca pubblicistica divulgativa sulle cause celebri, hanno consentito di approdare a cospicui risultati². Sono affiorati i nodi problematici e le idee-forza di un sistema processuale che, al traguardo di una lunga marcia durata più di centoventi anni, si è spogliato della eredità inquisitoria di stampo francese per approdare ad un modello accusatorio sensibile alle suggestioni della tradizione angloamericana.

Dopo questi passi da gigante, diventa ora più facile il dialogo tra storici e processualpenalisti. Lo scambio tra le due culture può essere proficuo perché se, da un lato, noi giuristi cominciamo a vedere meglio le radici di tanti gangli vitali della nostra procedura, dall'altro, gli storici possono prendere a prestito da noi le lenti con le quali siamo abituati ad osservare la giustizia penale, per accertare se nel passato vi sono le radici del malessere che avvertiamo nel presente.

Cosa chiediamo ad una storiografia ormai aperta alle ricerche sul processo penale in età moderna e contemporanea? Anzitutto di far affiorare nel modo più leggibile la matrici culturali e ideologiche dell'esperienza processuale con la quale oggi ci confrontiamo. Abituati come siamo a lavorar di bulino sul codice, ad infilarci nei meandri della giurisprudenza e a cercare di scoprire le divaricazioni tra norme e pratica giudiziaria rischiamo ad ogni passo di dimenticare che coloro che ci stanno di fronte – il pubblico ministero che interroga l'inquisito per farlo confessare; il giudice dibattimentale che interferisce nella prova elaborata del difensore: il giudice d'appello che liquida con burocratica superficialità il gravame dell'imputato – non sono gli interpreti di un copione tutto scritto nelle norme processuali, ma recitano un ruolo che viene da una cultura secolare in cui le garanzie sono un orpello o un intralcio al cammino verso la solenne riaffermazione della pretesa punitiva.

Da qui il programma della ricerca storica: far emergere l'architettura invisibile della giustizia penale per accertare quanta parte del vissuto giudiziario del passato sia ancora capace di condizionare l'effettiva operatività degli istituti processuali. Come la sociologia insegna a guardare al di là delle norme per rilevare empiricamente ciò che accade sulla scena giudiziaria, così la storia ren-

² Si vedano i lavori a più voci, talora inevitabilmente disorganici perché volta a volta incentrati su singoli istituti di differenti periodi storici: *Riti, tecniche e interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M. N. MILETTI, Milano, 2006; *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. MARCHETTI, Napoli, 2007; *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÈ e C. STORTI, Bologna, 2008; *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2010.

de percepibile la qualità dell'*humus* sul quale continuano ad operare gli attuali interpreti della vicenda processuale. Aprendo gli occhi, ovviamente, non solo sul terreno sdruciolevole e accidentato che non favorisce la corretta attuazione delle garanzie difensive, ma anche su quel pavimento di legno levigato e stagionato che rende oggi possibile, in molti casi, raggiungere il traguardo di un virtuoso equilibrio tra efficienza e garanzie.

Per non rimanere sul piano della astrazione metodologica, cerco di esemplificare il modo di condurre la ricerca storica integrata dalla consapevolezza dei temi emergenti dalla esperienza processuale del tempo presente.

Prendiamo uno dei settori del vigente codice di procedura penale in cui si registra il maggiore distacco dalla matrice inquisitoria del processo penale del continente europeo.

Come è noto il nuovo sistema ha segnato la nascita di un vero e proprio diritto delle prove penali, inteso come luogo di disciplina dei principi generali e della fisionomia dei mezzi di prova e di ricerca della prova (libro III del codice). Una serrata rete logico-normativa incanala l'acquisizione del materiale probatorio sottraendolo al dominio del giudice: le prove sono ammesse a richiesta delle parti, che hanno diritto alla ammissione dei mezzi funzionali all'accertamento dei rispettivi assunti (art. 190); sono inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (artt. 190 e 191 c.p.p.).

Questa scelta in favore della legalità del conoscere giudiziale, allineata alle esigenze del rito accusatorio, ripudia un passato inquisitorio in cui il principio di "ricerca della verità materiale" è stato in tutto il continente europeo il pilastro di un sistema probatorio che ha consentito di scavalcare qualsiasi ordine o limite nell'*iter* di accertamento del reato. Non va dimenticato che nella stessa relazione al Progetto preliminare del 1988 si sottolinea come la norma con cui è definito l'oggetto della prova (art. 187) segni «l'abbandono di una formula giustamente definita frutto di una iperbole come quella contenuta nell'art. 299 c.p.p. 1930 secondo cui il giudice istruttore doveva compiere tutti e soltanto quegli atti che appaiono necessari all'accertamento della verità»³.

Si sa che sull'onda delle resistenze manifestate dalla magistratura nei confronti di un *modus procedendi* ben diverso da quello che tradizionalmente garantiva al giudice una ampia libertà nell'uso dei dati probatori, in particolare di quelli formati prima del dibattimento, la Corte Costituzionale ha elaborato il principio di non dispersione della prova, una riedizione in forma ma-

³ V. *Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1988, pp. 124-125.

scherata dell'archetipo inquisitorio racchiuso nella ricerca della verità materiale⁴. Superato poi questo assetto mediante la nuova norma costituzionale dell'art. 111 c. 4 che impone la formazione della prova nel contraddittorio, cui ha fatto seguito in sede ordinaria la legge 1 marzo 2001 n. 63 sul giusto processo, la cultura del primato giudiziale nella ricostruzioni del fatto invece di dissolversi continua a conservare tutta la sua vitalità.

Basta pensare al ruolo dominante che il presidente del collegio esibisce tuttora nel dibattimento non solo nei confronti del difensore, dell'imputato e dei testi, ma anche nei riguardi del pubblico ministero, proprio come se fosse il giudice a detenere un monopolio incontrastabile nell'accertamento della verità. Le iniziative delle parti nel condurre l'esame si scontrano con il sovrano assoluto della prova che censura le domande del difensore, rettifica le risposte dei testi, si autorizza a porre ogni genere di quesiti anche in forma decisamente suggestiva, quasi fosse alla ricerca della conferma, come un vero accusatore, di fatti già ben sedimentati nella sua mente⁵.

Come non pensare allora che questa deriva verso un iperattivismo vietato dalle norme sia figlia della vocazione alla ricerca della verità materiale imperante nel processo dell'Italia liberale, così come in quello dell'ordinamento fascista? La magistratura in quei sistemi ha concepito la sua funzione istituzionale come baluardo della società nei confronti della delinquenza. Al di là delle riforme che hanno progressivamente sgretolato l'edificio inquisitorio, recependo il dualismo tra fase istruttoria *contra reum* e fase dibattimentale *pro reo* ovvero aprendo spazi partecipativi alla difesa dell'imputato, è sempre rimasta intatta la figura del giudice come *dominus* della prova che non è l'arbitro di una contesa tra le parti, come il giudice inglese⁶, ma siede in udienza per tutelare l'interesse dello Stato alla repressione dei fatti costitutivi di reato.

Non a caso nella disciplina della fase istruttoria dal 1865 al 1930 il giudice istruttore, il magistrato-investigatore creato dal *code d'instruction criminelle*

⁴ Mi riferisco alle ben note sentenze n. 254 e 255/1992 della Corte Costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità dei limiti normativi imposti con riguardo all'uso probatorio pieno delle dichiarazioni extradibattimentali.

⁵ Ho descritto questa degenerazione dell'imparzialità del giudice in *L'arte del controesame e le anomalie dell'Italian style*, in *Sociologia del diritto*, 2008, p. 155.

⁶ Merita di esser richiamata una illuminante sentenza inglese nella quale si afferma che «nella disciplina del dibattimento frutto della evoluzione storica realizzatasi in questo Paese, il giudice sta in udienza per ascoltare le questioni sollevate dalle parti e pronunciarsi sulle stesse, non già per condurre una indagine o compiere una inchiesta in rappresentanza degli interessi della collettività»: Jones v. N.C.B. (1957) 2 W.L.R. 760.

come organo supremo dell'accertamento della verità⁷, era espressamente inquadrato tra gli ufficiali della polizia giudiziaria ed era sottoposto al controllo del pubblico ministero dipendente dell'esecutivo⁸. Per quanto riguarda il dibattimento è invece il potere discrezionale del presidente della corte d'assise ad offrire la chiave di volta per comprendere il ruolo della magistratura nel diritto delle prove penali. Si trattava di un potere senza limiti, con facoltà di acquisire prove persino in deroga alle forme stabilite dalla legge e dettato certo per "governare" gli orientamenti valutativi dei giurati, ma pur sempre espressivo di una supremazia sulla prova che discendeva dalle funzioni istituzionali riconosciute al giudice⁹.

Sono dunque percepibili le linee di una indagine volta a mettere a nudo le radici della persistente insofferenza dei giudici del vigente sistema processuale verso i confini dettati dal rito accusatorio a favore delle parti nella elaborazione della prova. Occorre individuare le diverse aree di irradiazione del principio di ricerca della «verità materiale ed effettiva» come «criterio vivificatore del processo penale»¹⁰ e tracciarne i punti di saldatura con la regola del libero convincimento inteso, nella sua matrice ottocentesca e nei suoi sviluppi in tutto il Novecento, nella sua versione irrazionale ed emotiva, come metodo di valutazione sottratto a qualsiasi regolamentazione normativa.

È una ricerca affascinante che promette cospicui risultati. Ne dovrebbe tra l'altro scaturire una sorprendente conferma della eterogeneità degli esiti conseguiti ad un medesimo istituto in diversi contesti spaziali e temporali. La giu-

⁷ Oltre al già richiamato art. 299 c.p.p. 1930, v. art. 84 c. 2 c.p.p. 1865 che prescriveva al giudice istruttore «di fare tutte quelle indagini che possono condurre alla manifestazione della verità» Analogamente art. 190 c. 1 c.p.p. 1913.

⁸ A norma dell'art. 57 c.p.p. 1865, il giudice istruttore esercitava le funzioni di polizia giudiziaria «sotto la direzione e dipendenza del procuratore generale presso la Corte d'appello e del procuratore del Re presso il tribunale correzionale».

⁹ Il potere discrezionale del presidente della corte d'assise, disciplinato dagli artt. 478 codice 1865, altro non era se non la puntuale replica dell'istituto nato nel codice napoleonico del 1808 (art. 268 ss.). Sul punto rinvio al mio *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione, in I giudici senza toga. Esperienza e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano, 1979, pp. 12-13 Per una recente accurata analisi, sganciata peraltro dalla tematica del sistema probatorio, v. L. LACCHÈ, *Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica*, cit., p. 101 ss.

¹⁰ V. E. FLORIAN, *Prove penali*, vol. I, Milano, 1924, p. 6, dove si trova la più completa e originale trattazione del sistema probatorio con una ricca rassegna bibliografica di opere dell'Ottocento italiano ed europeo, non senza una acuta messa a punto della eredità desumibile dalla letteratura dei pratici del diritto comune.

ria in Inghilterra ha dato origine alla *law of evidente*, un reticolo di norme sulla ammissione e valutazione della prova finalizzato a prevenire gli errori del giudice laico¹¹. Trapiantato nel continente europeo, il *jury* ha invece generato l'*intime conviction*, una teoria romantica della prova in forza della quale è cancellato ogni limite normativo in sede di valutazione del fatto perché, come dimostra il verdetto monosillabico dei giurati, il convincimento è frutto di una intuizione inesprimibile sul piano logico¹².

Un'altra ricerca volta a fare affiorare l'architettura invisibile della giustizia penale potrebbe essere quella in tema di custodia cautelare dell'imputato nella fase anteriore al dibattimento. Qui la storiografia ha già svolto importanti indagini sul carcere preventivo a cavallo tra Otto e Novecento e non ha trascurato il tema dei rapporti tra diritto al silenzio e misure coercitive¹³, aprendo così la strada a studi di più ampio respiro che rendano percepibili le risalenti origini di una delle malattie più recidivanti del nostro processo penale.

Oggi, nonostante l'impegno del legislatore del 1988 ad imbrigliare il potere cautelare dai giudici con rigorose disposizioni sulle modalità di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari, le misure coercitive continuano ad essere largamente applicate al fine di acquisire dall'indagato dichiarazioni ammissive o autoincriminanti. Una norma di cristallina chiarezza vieta di usare il carcere per scardinare il diritto al silenzio (art. 274 c. 1 lett. a, c.p.p.), ma la prassi mostra come il divieto venga spesso aggirato *ad eruen-dam veritatem*. Questa cultura di stampo inquisitorio merita di essere messa a fuoco nel suo sottofondo ideologico qual è documentato dalle codificazioni e dalla pratica giudiziaria dell'Italia liberale e dell'ordinamento fascista.

¹¹ V. di recente, per una sintesi, DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, p. 107.

¹² Mi sia consentito rinviare ad una risalente ricerca in cui ho proposto alcune riflessioni sui rapporti tra giuria e libero convincimento: *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.

¹³ Mi riferisco ai contributi di L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, e di L. GARLANTI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Indice pen.* 2006, pp. 109-179. V. anche, tra i processualpenalisti, A. GIARDA, *Persistendo il reo nella negativa*, Milano, 1980, e P.M. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000, II, p. 189.

2. Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il «garantismo inquisitorio» in Italia tra il 1955 e il 1988

Vorrei ora svolgere una breve riflessione su un aspetto di metodo della ricerca storica ben noto a chi ha condotto indagini sulla giustizia penale dell'età moderna e contemporanea, ma non trascurato nemmeno dagli interpreti del sistema vigente. Mi riferisco all'impegno a superare le visuali manichee che esasperano l'inconciliabilità delle culture e dei modelli dissimili e irrigidiscono la lettura dalla esperienza processuale di determinati periodi dentro la gabbia di categorie che non ammettono *nuances*. È vero invece che la realtà fa spesso scoprire fenomeni in cui la purezza dell'impronta genetica cede il passo al manifestarsi di incroci tra differenti modi di concepire il processo penale, tanto da esibire vere e proprie forme di ibridazione. Ciò vale in primo luogo per la grande dicotomia accusatorio/inquisitorio¹⁴, anche se la consapevolezza di forme ibride riscontrabili del vissuto giudiziario non deve indurre a cadere nell'errore opposto, consistente nel negare l'utilità della *summa divisio*.

Proprio partendo da questa riflessione, ho coniato negli anni Settanta la formula «garantismo inquisitorio»¹⁵ per designare una stagione del nostro processo penale nella quale hanno convissuto, all'interno del codice del 1930, l'originario impianto autoritario di Rocco e Manzini e le norme sui diritti del difensore nell'istruzione formale, varate con la legge del 1955, cui hanno poi fatto seguito sempre maggiori irrobustimenti delle garanzie mediante le sentenze della Corte Costituzionale. Si tratta evidentemente di un ossimoro che, esaltando la contrapposizione tra le due ideologie, richiama l'attenzione su una convivenza singolare e a prima vista impossibile.

La formula ha avuto una certa fortuna, al punto che Giuliano Vassalli in uno dei suoi ultimi interventi pubblici la ha utilizzata per sottolineare che il «garantismo inquisitorio» ha consentito la sopravvivenza del codice Rocco, in una veste depurata dalle sue asprezze, per ben trentatré anni¹⁶. In questa occasione il grande maestro, che ha avuto il merito di tenere a battesimo come Guardasigilli il codice del 1989, ha osservato che la locuzione da me proposta

¹⁴ Al riguardo v., tra i numerosi contributi di storici, sociologici e giuristi sempre oscillanti tra il rigore definitorio e la variabilità dei parametri concettuali, le limpide pagine di E. DEZZA, *Accusa e inquisizione, I, Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989.

¹⁵ V., per la prima enunciazione, la mia voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, p. 182.

¹⁶ G. VASSALLI, Introduzione al volume *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. GARLATI, Milano, 2009, p. 16.

conterrebbe accenti di “sarcasmo ed ironia”, almeno nell’uso che ne avrei fatto nei miei scritti¹⁷.

Vassalli ha colto con la sua ben nota finezza il limite intrinseco che ho inteso segnalare in una etichetta capace di esaltare l’incontro/scontro tra due culture. La mia era una accentuazione critica che mirava a far intendere come la convivenza tra le due anime non potesse soddisfare l’esigenza di approdare ad un processo penale veramente nuovo. L’apparato delle garanzie nella fase istruttoria finiva per alimentare l’illusione di una giustizia garantista senza peraltro modificare il peso delle risultanze istruttorie ai fini della decisione dibattimentale, ed anzi accreditandone ancor più il valore.

Certo, come ho accennato più sopra, la forma di ibridazione processuale più conosciuta è quella inaugurata con il *code d’instruction criminelle* del 1808 che ha fuso i due modelli contrapposti dell’inquisitorio e dall’accusatorio in un unico rito. Ne è nato il processo misto che tanta fortuna ha avuto in tutto il continente europeo in quanto strumento che, da un lato, consentiva agli Stati di mantenere saldamente nelle mani le redini del potere in ambito giudiziario mediante una fase istruttoria segreta e dominata dal giudice-poliziotto, dall’altro, permetteva di sbandierare la recezione del vento garantista propiziato dai principi di libertà della Rivoluzione francese.

È però evidente il divario tra lo storico *merger* delle due culture attuato nel modello napoleonico e il caso italiano del “garantismo inquisitorio” impostosi tra il 1955 e il 1988. Il primo è frutto di una svolta epocale che esprime la vocazione ad edificare una giustizia penale moderna, senza però avere la forza di liquidare il *modus procedendi* tipico dell’antico regime. Il secondo è frutto di una politica processuale di transizione che ridimensiona la logica repressiva del sistema vigente mediante l’innesto di garanzie difensive desunte da una tavola di valori che è già stata conquistata con l’avvento della Costituzione.

Nell’un caso e nell’altro l’ibridazione, pur di grado diverso, risponde alla stessa *ratio* correttiva e compensativa. C’è insomma la comune presenza di una *ars combinatoria* che vuol riformare il processo senza tagliare del tutto i ponti con il passato.

Un fenomeno analogo, che risponde ad una finalità riparatrice simile a quella della ibridazione, è quello delle prove legali del processo medioevale.

¹⁷ G. VASSALLI, op. loc. cit. Per l’uso di questa categoria nel dibattito degli storici v. P. CAPPELLINI, *Inconscio inquisitorio e regimi autoritari: un collegamento necessario*, in *L’inconscio inquisitorio*, cit. p. 3 nonché G. CHIODI, “Tornare all’antico”: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità, in *L’inconscio inquisitorio*, cit., p. 317.

Qui il “garantismo” è endogeno, nasce all’interno del rito inquisitorio: l’aritmica della prova indiziaria e le limitazioni dettate in punto di valutazione - dall’*unus testis, nullus testis* alle regole sulla credibilità di certi testimoni o del chiamante in correità - erano scaturite dall’intento di prevenire l’arbitrio del giudice in modo da creare un contrappeso al suo strapotere, in funzione di tutela dell’imputato cui era sostanzialmente negata qualsiasi difesa¹⁸.

Non va infine dimenticato che il fenomeno di ibridazione delle forme processuali non è sconosciuto nemmeno al processo di *common law*. Istituti come il *grand jury*, il *coroner* e, alle origini, lo stesso *justice of peace* sono caratterizzati da una forte impronta inquisitoria.

3. Un tema di storia contemporanea: *il codice del 1989 e la dialettica tra giuristi e mondo politico*

Tra i compiti della ricerca storica una posizione non certo secondaria spetta allo studio dell’esperienza contemporanea. E non c’è dubbio che con riguardo al processo penale il tema centrale per questo periodo sia rappresentato dalla grande riforma in senso accusatorio realizzata con il primo codice dell’Italia repubblicana.

A più di vent’anni dalla sua entrata in vigore, l’ordinamento processuale del 1989 merita di essere collocato al centro di una storia in gran parte ancora da scrivere¹⁹, articolata su almeno tre piani: la genesi e lo sviluppo del cammi-

¹⁸ Sul punto v. G. TARELLO, *Il problema penale nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v, 1975, p. 23.

Una ricerca storica di grande interesse sarebbe quella volta ad accertare quanta parte delle massime di esperienza contenute nell’armamentario delle prove legali sia sopravvissuta, nonostante l’imporsi del libero convincimento, nell’esperienza processuale moderna e contemporanea. Penso soprattutto a regole probatorie non scritte, ma vitali nella pratica e nella giurisprudenza quali quelle riguardanti l’alibi, gli indizi e la chiamata di correo, quest’ultima peraltro in parte disciplinata dall’art. 192 c.p.p.

¹⁹ Un primo contributo di grande rilievo, dovuto ad uno dei protagonisti del lavoro di stesura del nuovo codice, è quello di M. CHIAVARIO, *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1994. Una sintesi molto efficace dell’itinerario sfociato nel sistema del 1989 si trova anche in G. CONSO, *L’iter del progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, volume IV, 1990, p. 3 ss.

Per una ricostruzione delle vicende evolutive della giustizia penale dopo il varo del codice del 1989 v. R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell’Italia Repubblicana*, Relazione introduttiva svolta al convegno di Ferrara 13 -14 novembre 2010, testo dattiloscritto.

no verso il nuovo rito; la dialettica tra politica e accademia nella redazione del progetto; la crisi di rigetto *post codicem* e il recupero del rito accusatorio mediante i principi del giusto processo realizzato con la riforma costituzionale del 1999.

Sul primo tema assume rilievo la vicenda dei due Progetti, il primo messo a punto nel 1978 dalla Commissione Ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia, che conservava la figura del giudice istruttore, il secondo imperniato come è noto su una struttura più affine al modello accusatorio, redatto da una nuova Commissione Ministeriale, anch'essa presieduta da Gian Domenico Pisapia, sulla base di una legge delega approvata dal Parlamento nel 1987. Nell'arco temporale di quasi dieci anni, intercorso tra il Progetto del 1978 e la delega del 1987, si registra sia una continuità operativa nel laboratorio riformistico del Ministero della Giustizia, dove hanno operato incessantemente commissioni più ristrette, sia nella sede parlamentare alla quale il governo volta a volta sottoponeva il prodotto del lavoro dei giuristi che elaboravano nuovi criteri muovendo dalla legge delega del 1974 e dal Progetto del 1978.

Questo dialogo tra la cultura giuridica e la politica schiude l'orizzonte di una indagine storica assai stimolante che dovrebbe far decifrare le ragioni del maturare di una felice congiuntura che ha consentito ai giuristi di acquisire la posizione di attori di primo piano, con un nuovo ruolo del tutto privo di precedenti nella storia delle codificazioni del nostro Paese²⁰.

Certo, ha influito molto la presenza, al vertice del cantiere riformatore, di maestri di grande prestigio come Gian Domenico Pisapia, Giovanni Conso e Giuliano Vassalli. Probabilmente, però, il più decisivo fattore di convergenza tra studiosi e politici è stato il comune sentire nel senso della aspirazione al superamento delle strutture autoritarie del codice Rocco. Ciò che si voleva veramente far emergere e consolidare nella concreta articolazione del nuovo codice era il principio della imparzialità del giudice, obiettivo realizzato mediante la eliminazione di qualsiasi potere di iniziativa istruttoria del giudice nella fase *ante iudicium* nonché con la netta censura tra quest'ultima e il dibattimento in modo da restituire al giudice dell'imputazione la libertà di decidere senza il peso del fascicolo del pubblico ministero, nel rispetto della autonomia garantita alle parti nella elaborazione della prova.

²⁰ Sul punto mi sia consentito rinviare al mio *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, relazione svolta al Convegno di Firenze del 26-28 settembre 1996 sul tema "Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto", ora in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, p. 899 ss.

Proprio in contrasto con questo nuovo equilibrio si è poi sviluppata la controriforma dovuta alla resistenza della magistratura che ha visto nella ridefinizione degli spazi per l'attività probatoria una perdita della centralità del suo potere tradizionalmente deputato all'accertamento del fatto. Si è già ricordato più sopra come il cosiddetto principio di non dispersione della prova, elaborato dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 254 e 255/1992, altro non sia se non un recupero della vocazione alla ricerca della verità materiale, vero pilastro della giustizia penale continentale.

Uno studio sulla nascita del rito accusatorio nel nostro Paese non dovrebbe infine trascurare di puntare il dito sugli errori compiuti per eccesso di zelo ideologico. Ad esempio, volendo ripudiare nel modo più netto il giudice istruttore, come magistrato-investigatore incapace di garantire un minimo di imparzialità, la riforma del 1989 ha dato vita ad una nuova figura di organo giurisdizionale che osserva dall'esterno le indagini quando interviene per esercitare funzioni di controllo e di freno rispetto all'operato del pubblico ministero. Figura esangue nata da una costola del vecchio giudice istruttore, il nuovo organo di garanzia soffre di una paralisi di potere di fronte al debordante gigantismo dell'organo dell'accusa.

Ecco la conferma che le scelte riformatrici possono talvolta rimanere imbrigliate nella trappola di un *horror hereditatis* che spinge ad una depurazione delle forme processuali certamente idonea ad eliminare le incrostazioni inquisitorie, ma foriera di problemi sulla funzionalità del *novum* proprio per l'eccesso di pulizia che ne genera una asettica operatività.

Gli studi storici devono insegnarci a scoprire anche gli effetti devianti che possono scaturire dalle riforme virtuose.

M. CHERIF BASSIOUNI

LA VALUTAZIONE DELLE CONSEGUENZE DEI CONFLITTI: L'ACCERTAMENTO DELLE RESPONSABILITÀ E L'IMPUNITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le crescenti responsabilità della comunità internazionale e le sue limitazioni. – 3. Metodologia e risultati attesi. – 4. I dati. – 5. Trovare un equilibrio tra pace, giustizia e riconciliazione. – 6. L'esigenza di un sicuro accertamento delle responsabilità. – 7. Evoluzione del concetto di giustizia *post-conflict* (PCJ). – 8. L'impegno delle Nazioni Unite per la giustizia *post-conflict*. – 9. Lo sviluppo di un piano integrato. – 10. Presupposti di base. – 11. Considerazioni economiche e criminologiche. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il Progetto “*Fighting Impunity and Promoting International Justice* (Lotta all'impunità e promozione della Giustizia Internazionale)” consente di avere una visione comprensiva e multidisciplinare, mettendo a confronto le singole strategie nazionali con il ruolo in continua evoluzione della Corte Penale Internazionale (CPI) e supportando lo sviluppo di un approccio integrato al problema della giustizia da applicare in contesti post-conflittuali (d'ora in poi PCJ), che tenga in debito conto il principio dell'attribuzione delle responsabilità.

Il Progetto è il risultato della combinazione di una serie di studi comparativistici e della sensibilizzazione su questi temi a livello internazionale finalizzata all'assistenza di Governi, Nazioni Unite, istituzioni internazionali e organizzazioni espressione della società civile, nell'analisi delle varie esperienze di PCJ al fine di determinare le politiche più appropriate da attuare.

Definiremo le Linee Guida Internazionali, sviluppate e contenute in questa pubblicazione, come i *Chicago Principles* sulla PCJ, in quanto la prima versione fu pubblicata dall'Istituto Internazionale di Diritti Umani (IHRLI) di Chicago quale contributo a questo progetto¹. Tali principi rappresentano tut-

¹ Al fine di promuovere il doppio obiettivo di pace e giustizia, l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISIS) e l'International Human Rights Law Institute (IHRLI) hanno iniziato un rapporto di collaborazione 12 anni fa. Questa collaborazione nacque con delle discussioni di esperti sul problema della impunità che condussero poi ad una serie di *meetings* e pubblicazioni. Nel 2008 l'ISIS intraprese un particolare progetto di ricerca, focalizzato alla

ta una serie di pratiche e modalità basate su di una serie di idee fondanti descritte di seguito. Le Linee guida sono state difatti elaborate per:

- favorire una maggiore attenzione e coerenza analitica delle strategie utilizzate per analizzare le atrocità del passato;
- presentare l'accertamento delle responsabilità all'indomani di un conflitto, come un processo multidisciplinare, sfaccettato ed estremamente complesso, che oltrepassa i confini di un normale approccio legale;
- riconoscere le sostanziali differenze che intercorrono fra il diritto umanitario, i diritti umani ed il diritto penale internazionale. Le Linee Guida non affrontano comunque le complesse, e forse eccessivamente tecniche, questioni legali che sorgono dalle suddette distinzioni. Questo soprattutto perché le differenze sostanziali fra queste tre branche del diritto rispecchiano una diversa accezione fra conflitti internazionali e conflitti domestici ed una accettazione della chiara e distinta suddivisione che intercorre fra i conflitti tra attori statali e non statali. Gli ultimi conflitti susseguitisi hanno, di fatto, sostanzialmente offuscato le differenze esistenti, rendendo così insufficienti le vecchie categorie esistenti;
- proporre un approccio focalizzato più sulle vittime che sui conflitti, al fine di migliorare la predisposizione e l'implementazione di politiche che tengano maggiormente in conto le sofferenze umane dei singoli frutto di un conflitto;

lotta all'impunità ed alla promozione della giustizia internazionale, con l'obiettivo di promuovere inoltre lo sviluppo di un approccio integrato alla giustizia *post-conflict*. Fra gli obiettivi centrali del progetto vi era quello di collegare le strategie nazionali con il ruolo, in continua evoluzione, della Corte Penale Internazionale, e di assistere governi, organizzazioni intergovernative ed organizzazioni non-governative nel rivedere le varie esperienze e modalità di PCJ nell'ottica di determinare le migliori politiche di risposta per rafforzare l'accertamento delle responsabilità e contestualmente ridurre l'impunità per i crimini internazionali. Di seguito ad un incontro presso il *Holocaust Memorial Museum* a Washington D.C. le Linee Guida della PCJ, furono discusse durante un meeting, svoltosi presso l'ISIS a Siracusa, Italia, nel 1998, co-sponsorizzato da 26 organizzazioni internazionali e al quale parteciparono 120 esperti internazionali di diritto penale internazionale provenienti da 39 paesi. I risultati del meeting di Siracusa furono poi pubblicati in 14 *Nouvelle études pénales*, 1998 dall'Associazione Internazionale di Diritto Penale (AIDP), e la prima versione delle Linee Guida fu rivista e pubblicata nel volume a cura di questo autore intitolato *Post Conflict Justice* (2002). IHRLI ed in seguito il Chicago Council on Foreign Relations (diventato ora il Chicago Council on Global Affairs), tenne una serie di tre meeting per discutere e rivedere i principi della PCJ, che vennero poi rinominati *Chicago Principles on Post-conflict Justice*. Questa versione iniziale delle linee guida fu fatta circolare fra i massimi esperti internazionali del settore per una ulteriore revisione. Durante questo processo furono consultati 181 esperti provenienti da 30 paesi, rappresentanti distinti background culturali e professionali. Daniel Rothenberg, che ha collaborato con me alla stesura di queste linee guida, merita una menzione speciale quale riconoscimento del suo lavoro su di esse.

- creare un collegamento effettivo fra teoria e pratica, fornendo un valido strumento operativo per coloro i quali sono direttamente coinvolti nei processi di pace, nella ricostruzione nazionale, nelle operazioni di peacekeeping e nello sviluppo ed implementazione di politiche in difesa dei diritti umani.

Le linee guida sono state quindi redatte in una fase di intenso dibattito internazionale sui punti sopra descritti. Tale dibattito si riflette in ogni caso in un numero sempre crescente di contributi scientifici da parte di accademici, attivisti ed organizzazioni, ivi compresi una serie di studi delle Nazioni Unite che si concentrano su le Operazioni di Peacekeeping, le politiche di contrasto all'impunità, i diritti delle vittime e su analisi comparative delle esperienze sul campo².

L'obiettivo principale di queste Linee Guida è sicuramente quello di fornire una vera e propria *roadmap* su come i governi, le organizzazioni intergovernative e non dovrebbero rispondere a quelle gravi violazioni dei diritti umani, nelle fasi successive ad un conflitto, all'interno del processo di ricostruzione nazionale e regionale. Le Linee Guida sono ancorate allo stesso impegno internazionale a favore della giustizia, evidenziato dalla creazione della Corte Penale Internazionale, e ricollegano il supporto internazionale a questa istituzione alla promozione stessa dell'accertamento delle responsabilità, della riconciliazione e della riabilitazione e per il rafforzamento delle istituzioni nazionali nei Paesi appena usciti da un conflitto. Inoltre, è auspicabile che questi sforzi consentano di collegare l'effettivo impiego della Corte Penale Internazionale attraverso una completa comprensione del principio di complementarità (andando oltre i processi giuridici) per collegare le politiche generali di accertamento delle responsabilità e meccanismi internazionali di giustizia con

² Office of the U.N. High Comm'r for H.R., *Rule-of-law Tools for Post-conflict States: Maximizing the Legacy of Hybrid Courts*, U.N. Sales No. 08.XIV.2 (2008). Ulteriori nozioni sono incluse nel Rapporto del Segretario Generale su "Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities" (U.N. Doc. A/63/226, 6 August 2008); il Rapporto del Segretario Generale su "Enhancing United Nations Support for the Rule of Law" (U.N. Doc. A/61/636-S/2006/980, 14 December 2006); il "2005 World Summit Outcome report" (U.N. Doc. A/RES/60/1); il Rapporto del Segretario Generale su "Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies" (U.N. Doc. S/24/616, 23 August 2004); il "Brahimi Report", Comprehensive Review of the Question of United Nations Peacekeeping Operations (A/55/305-S/2000/809, 21 August 2000). Vari rapporti stilati dai Special Rapporteurs on human rights and accountability; infine, l'adozione da parte dell'Assemblea Generale dei "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", G.A. Res. 147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (21 marzo, 2006).

riforme istituzionali a livello nazionale. Inoltre, le Linee Guida si renderanno particolarmente utili per coloro i quali dovranno promuovere la pace e lo sviluppo sostenibile in contesti appena usciti da un conflitto. In quanto tali, le Linee Guida potranno fare parte di una strategia di *peace-building* (costruzione della pace) globale per quei Paesi che escono da un conflitto, rispondendo alle loro conseguenti necessità potendo essere utilizzati come principi validi sia a livello internazionale sia a livello nazionale. Ognuno dei principi inseriti nelle Linee Guida è correlato da una serie di raccomandazioni utili per la definizione e l'implementazione di strategie, politiche e programmi di PCJ.

Le strategie da utilizzare includono: procedimenti penali, investigazioni su violenze commesse nel passato, tutela dei diritti delle vittime, rimedi e riparazioni, sanzioni e misure amministrative, conservazione della memoria, educazione al rispetto della memoria storica, approcci indigeni e religiosi alla giustizia e riforme istituzionali per una *governance* più efficace.

I processi nazionali ed internazionali raramente assicurano alle vittime una giustizia adeguata alle sofferenze sopportate³. Basandosi quasi esclusivamente su azioni legali formali, di solito non riescono a rispondere a tutti i bisogni delle vittime, e anzi rivelano spesso serie limitazioni, soprattutto in presenza di governi di transizione, che, in ultima analisi, indeboliscono ulteriormente la fiducia della società nella legittimità dei processi giudiziari. Se le azioni penali non sono integrate in una più vasta strategia, possono apparire come meri atti politici, correndo così il rischio di trasformare perpetratori di atrocità in martiri, o altrimenti di creare delle vere e proprie barriere ad una visione socialmente corretta di giustizia. Critiche analoghe potrebbero essere mosse a qualsiasi approccio al concetto di giustizia settoriale, specialmente in una società che ha sofferto pesanti e sistematiche violazioni dei diritti umani.

Il progetto si pone l'obiettivo di rafforzare l'impegno internazionale a favore della giustizia, cercando di collegare il sostegno alla Corte Penale Internazionale ad un più vasto spettro di meccanismi istituzionali, creando un quadro generale che consenta di promuovere l'accertamento delle responsabilità e la riconciliazione e, inoltre, di rafforzare le istituzioni nazionali in paesi da poco usciti da conflitti. Una tale sforzo deve essere basato sul principio di complementarità fra le istituzioni giuridiche nazionali e le istituzioni internazionali, con particolare riguardo alla Corte Penale Internazionale. Il progetto

³ Cfr. DIANE ORENTLICHER, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 *Yale L. J.* 2537 (1991), uno dei primi studi contemporanei sull'azione giudiziaria come obbligo legale ed etico.

si propone un ulteriore obiettivo, la promozione di una giustizia sostanziale quale presupposto sociale essenziale, al fine di perseguire la promozione della pace e della sicurezza in realtà appena emerse da conflitti laceranti. Il progetto pertanto è complementare rispetto agli sforzi delle Nazioni Unite e di altre Organizzazioni Intergovernative nel tentativo di promuovere ed affermare lo Stato di diritto nelle realtà PCJ. Il progetto infine vuole anche supportare la Corte Penale Internazionale nel perseguimento della sua missione istituzionale. Il coinvolgimento di più di 600 esperti provenienti da 80 diversi paesi attesta la natura largamente consultiva del progetto.

2. Le crescenti responsabilità della Comunità Internazionale e le sue limitazioni

Dalla seconda metà del XX secolo ad oggi guerre, insurrezioni, scontri etnici ed azioni repressive da parte di regimi autoritari hanno prodotto enormi sofferenze umane e decine di milioni di morti, la maggior parte dei quali fra i civili. Come dimostrato da questo studio, si stima che dal 1945 al 2008 siano state uccise fra 92 e 101 milioni di persone. Questo computo non tiene conto delle vittime indirette, conseguenza di questi conflitti; una stima dell'Organizzazione Mondiale della Salute (WHO) calcola in più del doppio (tra 184 e 202 milioni di morti) il numero di persone uccise nel corso degli stessi conflitti. A questa cifra andrebbero inoltre aggiunti un numero non quantificabile di feriti. Evidente come queste proiezioni siano semplicemente terrificanti.

I 313 conflitti analizzati in questo studio rivelano sistematiche violazioni dei diritti umani, ivi comprese genocidio, crimini contro l'umanità, tortura, riduzione in schiavitù, stupri di massa e migrazioni forzate. Questo studio rivela come le istituzioni preposte proteggano molto spesso attraverso una impunità di fatto, i perpetratori di tali crimini, ignorando le vittime. Questo perché molto spesso, la giustizia viene sacrificata sull'altare della politica, al fine di mettere fine ad un conflitto.

Ciononostante, vi è una crescente presa di coscienza a livello internazionale che la costruzione di una società in grado di reagire ai cosiddetti "crimini atroci" richieda un impegno totale per rispondere ai bisogni delle vittime ed al contempo per il raggiungimento della verità, della giustizia, della riconciliazione e della pace⁴. La Comunità Internazionale, i governi nazionali e le orga-

⁴ Cfr. STEVEN R. RATNER - JASON S. ABRAMS - JAMES L. BISCHOFF, *Accountability for*

nizzazioni espressione della società civile puntano sempre ad accertare le responsabilità relative alle atrocità commesse nel passato; ciò è reso evidente dallo sviluppo di una serie di principi e pratiche conosciute come PCJ⁵. Lo sviluppo di una giustizia specifica nella fase successiva ad un conflitto rappresenta un mutamento significativo nelle politiche internazionali per il raggiungimento della pace, della sicurezza e per la ricostruzione; allo stesso momento rappresenta altresì un importantissimo passo nell'evoluzione di un movimento globale in difesa dei diritti umani.

La PCJ si fonda sulla comprensione che la stabilità a livello nazionale, la sicurezza ed un sistema democratico all'indomani di conflitti atroci vengono consolidati da un concreto impegno nell'assicurare l'accertamento delle responsabilità dei crimini commessi. Affrontare apertamente le eredità delle violenze perpetrate nel passato è essenziale per prevenire nuove vittime in futuro, ottenere una pace ed una riconciliazione duratura ed infine proteggere i diritti umani⁶.

È importante definire chiaramente i concetti di verità e riconciliazione per raggiungere un consenso minimo al fine del conseguimento di questi obiettivi nella comunità internazionale⁷. L'accertamento della verità consiste nell'accer-

Human Rights Atrocities in International Law (3d ed. 2009); MARK DRUMBL, *Atrocity, Punishment, and International Crimes* (2007); DAVID SCHEFFER, *Atrocity Crimes and their Relationship to the Responsibility to Protect*, in *Responsibility to Protect: The Global Moral Compact for the 21st Century* (Richard H. Cooper & Juliette Voinov Kohler eds., 2009); and DAVID SCHEFFER, *Introduction: Atrocity Crimes Litigation During 2008*, 7, *Northwestern U. J. Int'l Hum. Rts.* 161 (2009).

⁵ Intesa anche come giustizia transitoria. Il termine di giustizia *post-conflict* è da preferirsi in quanto in quasi tutte le lingue la parola transitoria modifica il significato del termine giustizia. La giustizia transitoria è da riferirsi a quelle misure adottate dagli stati in periodi di transizione immediatamente successivi a dei conflitti. Cfr. a tal proposito *Post-Conflict Justice* (M. Cherif Bassiouni ed., 2002); RUTI TEITEL, *Transitional Justice* (2002); JANE STROMSETH, *Accountability for Atrocities: National and International Responses* (2003); 1, 2 *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (Neil Kritz, ed., 1995); e inoltre numerose pubblicazioni dell'International Center for Transitional Justice di New York.

⁶ Per il dibattito sul motivo per il quale un'amnistia generale sia contraria agli obiettivi della giustizia *post-conflict* vedi MONIKA NALEPA *on amnesty laws*. Vedi inoltre LEILA NADYA SADAT, *Exile, Amnesty and International Law*, 81 *Notre Dame L. Rev.* 955 (2006).

⁷ Cfr. ERIC WIEBELHAUS-BRAHM *on truth commissions*. Vedi in generale PRISCILLA HAYNER, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2002); PRISCILLA B. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A Comparative Study*, 16 *Hum. Rts. Q.* 558 (1994). Vedi inoltre MARTHA MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (1999); JANE STROMSETH - DAVID WIPPMAN - ROSA BROOKS, *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*

tamento di quei fatti che possono essere verificati attraverso fonti di prima mano. Poiché i ricordi diretti si dimostrano cruciali nello stabilire la verità, è sorprendente come gli studi sulla PCJ abbiano messo poco in evidenza l'importanza dei ricordi diretti e della conservazione della loro memoria. Probabilmente il ruolo dei ricordi viene spesso escluso proprio perché risultano fondamentali nell'accertamento della verità. In realtà, i ricordi fungono da catalizzatore per la riconciliazione in quanto portano alla verità, la quale facilita il raggiungimento della giustizia, che promuove a sua volta la riconciliazione. Un obiettivo finale quale la riconciliazione "si riferisce ad una pace fra ex avversari attraverso l'uso di strumenti conciliatori, caratterizzati da perdono e pietà, i quali entrambi distinguono la riconciliazione dalla semplice coesistenza pacifica"⁸.

Nonostante la crescente rilevanza politica delle idee oggetto di questa analisi ed un aumento costante delle risorse per iniziative di PCJ, la comunità internazionale rimane largamente impreparata di fronte ad ogni nuova sfida che le si presenta. In qualche modo i governi, soprattutto quelli membri del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, danno l'impressione che i nuovi conflitti si verifichino senza che sia possibile prevederli. Probabilmente ciò avviene in quanto le Nazioni Unite non posseggono un database sui conflitti passati. Un tale strumento diventerebbe fondamentale per prevedere nuovi conflitti, i quali non potrebbero più essere considerati imprevedibili.

Il Consiglio di Sicurezza, altre Agenzie delle Nazioni Unite, governi, organizzazioni intergovernative e non governative, rispondono di solito a situazioni di PCJ in modo improvvisato e spesso poco efficace. Troppo spesso, questi attori fondamentali mancano di coordinamento nei programmi e nei finanziamenti, mettendo in pratica strategie di PCJ scarsamente integrate e non rispondenti adeguatamente alle necessità ed ai bisogni di culture e contesti locali.

In parte questo problema deriva dall'assenza di chiari e largamente condivisi principi di PCJ e da come le modalità di PCJ possano essere adattate al fine di meglio rispondere ai bisogni di diversi contesti. Ogni conflitto è *sui generis*, e di conseguenza non esiste un approccio "*buono per ogni occasione*" ("*one size fits all*") alla PCJ. In aggiunta l'assenza di chiare linee guida rende difficile per gli attori nazionali ed internazionali, elaborare efficacemente strategie politiche e determinare quale combinazione di strategie possa essere più

(2006); *Global Perspectives on the Rule of Law* (James Heckman, Robert L. Nelson & Lee Cabatingan eds., 2009).

⁸ Cfr. JENS MEIERHENRICH, *Varieties of Reconciliation*, 33 *Law & Social Inquiry* 195 (2008).

efficace per rispondere a specifici bisogni sociali, politici e culturali. Delle linee guida aiuterebbero inoltre a definire un linguaggio chiaro e condiviso per discutere di PCJ. L'uso di una terminologia, di concetti e definizioni uniformi migliora la comunicazione, l'analisi ed il coordinamento fra le varie agenzie delle Nazioni Unite, i governi e le organizzazioni intergovernative e non. Inoltre, una conoscenza dei fatti e ampie consultazioni internazionali, come è stato fatto nel corso di questo progetto, aggiungono una nuova dimensione al sempre crescente dibattito sulla PCJ e sul suo futuro ed in particolar modo sul futuro della Corte Penale Internazionale.

3. Metodologia e risultati attesi

Questo progetto ha avuto inizio con un primo incontro presso l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) a Siracusa, Italia, durante il quale un gruppo di esperti ha approvato le Linee Guida per l'accertamento delle responsabilità, i *Chicago Principles*. Queste Linee Guida sono divenute uno strumento per analizzare quanto e cosa fatto in diverse situazioni di PCJ. Esperti provenienti da numerose regioni hanno poi in seguito svolto delle revisioni di tali Linee Guida, con l'obiettivo di migliorarle laddove fosse necessario. A questo primo incontro ha fatto seguito un altro incontro presso l'Ufficio delle Nazioni Unite a Ginevra, durante il quale è stata presentata la struttura del progetto, la metodologia perseguita ed il piano generale. Questa consultazione ha coinvolto non solo la Missione Permanente delle Nazioni Unite a Ginevra ma anche alcune organizzazioni non governative accreditate nel campo della difesa dei diritti umani.

Sulla base di questi incontri a Siracusa e presso le Nazioni Unite a Ginevra è stato finalizzato e messo in pratica il piano dettagliato del progetto. Non appena conclusa la revisione delle Linee Guida, quest'ultime sono state messe a disposizione dei responsabili per i report delle Conferenze Regionali di Africa, Asia, Centro e Sud America, Europa e Mondo Arabo. Allo stesso tempo è stato deciso di predisporre una serie di report "orizzontali" su temi di particolare rilievo. Queste combinazioni tra report regionali e tematici ha costituito uno strumento capace di valutare con più efficacia le esperienze di PCJ. All'interno di ogni realtà regionale, alcune esperienze specifiche di determinati Paesi sono state prese ad esempio come casi di scuola. I responsabili dei Report Regionali (ed in alcuni casi più di uno per ogni regione) hanno condotto le loro ricerche identificando le diverse tipologie di conflitti in una singola

regione o in un dato paese, ed allo stesso tempo, analizzando il livello di vittimizzazione e le modalità di PCJ eventualmente poste in essere. I report tematici hanno affrontato i vari sottotemi dell'azione penale a livello internazionale e nazionale, delle commissioni per l'accertamento delle verità, del risarcimento delle vittime, delle amnistie e della cosiddetta purificazione (*lustration*). L'approccio dei rapporti tematici si è concentrato particolarmente sui vari meccanismi e sulla loro applicazione nei diversi paesi. Alla fine del lavoro di stesura, i report regionali ed i report tematici sono stati rivisti e collegati tra loro al fine di assicurare uniformità e coerenza.

I risultati di questo lavoro mai condotto prima, sono da considerare eccezionali sia per lo scopo sia per la profondità e il respiro scientifico, soprattutto grazie all'impegno profuso dai ricercatori che hanno predisposto i report regionali e tematici, ma anche grazie a tutti i partner coinvolti nel progetto. I report regionali sono estremamente accurati, e le conferenze durante le quali tali report sono stati presentati e discussi hanno inoltre fornito ulteriori approfondimenti, come evidenziato dalle raccomandazioni approvate alla fine delle conferenze.

Parallelamente al lavoro degli esperti regionali e tematici, è stato predisposto un Rapporto Speciale il quale ha combinato tutti i dati raccolti, ottimizzandoli attraverso la compilazione di dati pubblicamente reperibili in un Report sui conflitti, la vittimizzazione e le loro conseguenze⁹. Questo report costituisce probabilmente il più sintetico, ed al contempo omnicomprensivo, studio sui conflitti e la vittimizzazione, mai condotto prima.

Il progetto si è concluso con una Conferenza internazionale presso il *Peace Palace* dell'Aja che ha rappresentato un momento di rilevanza storica senza precedenti. Il Presidente della Corte Internazionale di Giustizia, così come i presidenti, vicepresidenti, giudici, procuratori ed i cancellieri di tutti i tribunali penali internazionali erano presenti per la prima volta allo stesso evento. L'unicità di tale occasione è stata inoltre testimoniata dalle dichiarazioni dei Presidenti di ognuna delle istituzioni invitate che hanno fornito una testimonianza diretta del contributo delle suddette istituzioni alla giustizia penale internazionale.

A dimostrazione del successo di questo progetto vi sono non solo la Conferenza internazionale tenutasi all'Aja, la conferenza preparatoria di Ginevra e le conferenze regionali, ma anche la partecipazione di più di 800 esperti provenienti da 80 paesi. Anche se alcuni di questi esperti hanno partecipato a più

⁹ Cfr. CHRISTOPHER MULLINS, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1948-2008*.

di un evento all'interno del progetto, mai un numero così elevato di partecipanti era stato raggiunto. La qualità e la portata di questa partecipazione (che ha incluso governi, organizzazioni intergovernative e non governative, accademici, magistrati, procuratori e componenti delle forze dell'ordine), non solo ha contribuito a tutti gli approfondimenti contenuti nella pubblicazione finale del progetto, ma ha inoltre assicurato una disseminazione a livello mondiale dei risultati del progetto. La conseguenza non potrà che essere di supporto ai governi, alle organizzazioni intergovernative e non ed alla società civile internazionale nella comprensione dell'importanza della PCJ e sulla missione ed il ruolo della Corte Penale Internazionale nel promuovere la giustizia penale internazionale.

L'importanza del progetto consiste sostanzialmente in due aree. La prima, è quella di aver contribuito a definire una strategia globale per la PCJ ed il *peace-building* (costruzione della pace) che includa un accertamento delle responsabilità più efficace ed una riduzione dei casi di impunità, assistendo così governi, organizzazioni intergovernative e non, e la società civile. La seconda consiste nel supporto di cui beneficerà la Corte Penale Internazionale grazie agli insegnamenti derivati (*lessons learned*) dalle analisi delle varie esperienze di PCJ e di giustizia penale internazionale. Difatti, l'analisi di tali insegnamenti fa emergere la grande richiesta di una giustizia penale internazionale e le conseguenti grandi aspettative che vengono riposte nella Corte Penale Internazionale. Ciò consentirà di preparare la Corte Penale Internazionale a rispondere a tali aspettative. Da questo punto di vista i risultati di questo progetto supporteranno la Corte Penale Internazionale nel meglio comprendere le sfide future e di conseguenza nel meglio definire la propria missione, la propria strategia ed il modo migliore per raggiungere i propri obiettivi.

I risultati di questo progetto serviranno anche ad assistere governi, organizzazioni intergovernative ed altri attori internazionali nello sviluppare un ampio consenso sul ruolo fondamentale della Corte Penale Internazionale e sulla necessità di un forte impegno a favore delle iniziative nazionali di ricostruzione così come una maggiore integrazione degli impegni internazionali di *peace-building*. Questo progetto fornirà infine assistenza alle comunità nazionali ed internazionali nello sviluppare un approccio globale per collegare la giustizia ad una pace sostenibile ed alla difesa dei diritti umani in una realtà post-conflittuale.

4. I dati

La pubblicazione realizzata alla fine del progetto contiene i dati raccolti relativi al numero di conflitti succedutisi nel mondo dal 1945 al 2008, il livello di vittimizzazione prodotto da questi conflitti e quali meccanismi di PCJ siano stati applicati ai suddetti conflitti¹⁰. Lo studio rivela che si sono succeduti 313 conflitti in questo lasso di tempo, suddivisi tra conflitti di tipo internazionale, non internazionale e conflitti esclusivamente interni – categorie legali previste dal Diritto Umanitario¹¹. Come dimostrato nello studio, questi conflitti si sono verificati in tutti i continenti (fatta eccezione per l'Australia), avendo una durata variabile. Alcuni di questi conflitti hanno coinvolto in varia misura anche altri Stati, e attori non-statali¹². Le vittime causate da questi conflitti sono state molto rilevanti, e si stimano in una cifra oscillante fra 92 e 101 milioni di individui – il doppio delle vittime causate complessivamente dalla Prima e dalla Seconda Guerra Mondiale. Questa stima non include però tutte le vittime morte successivamente, come conseguenza di questi conflitti, il che raddoppia la stima fatta in precedenza. A tale dato non sono stati neanche inclusi i feriti ed i malati, sui quali non è possibile ottenere stime attendibili.

Nel momento in cui si sono verificati questi conflitti e sono state rese note queste cifre, l'opinione pubblica mondiale si è assuefatta progressivamente alla violenza – metabolizzando i nuovi dati con grande facilità, probabilmente a causa della internazionalizzazione delle precedenti cifre sulla vittimizzazione. La risposta dell'opinione pubblica mondiale ricorda quella di un tossicodipendente che necessita di quantità di droga sempre più alte per soddisfare la propria dipendenza. In una maniera perversa, l'opinione pubblica è diventata quasi insensibile a certe cifre riguardanti la vittimizzazione, al punto di accettarle, sviluppando così una tolleranza maggiore per questi livelli di vittimizzazione. Ciò che ne consegue è che l'opinione pubblica, abituandosi progressivamente ai nuovi conflitti, trova meno stimoli a fare pressione nei confronti dei propri governi.

¹⁰ Cfr. CHRISTOPHER MULLINS, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1948-2008*. Mentre questo studio si avvale dei dati compilati da Jennifer Balint, R.J. Rummel, ed il Uppsala Conflict Data Program, vi sono molte altre catalogazioni, fra le quali ricordiamo i *Correlates of War project* attualmente conservati presso la Pennsylvania State University.

¹¹ Cfr. *A Manual on International Humanitarian Law and Arms Control Agreements* (M. Cherif Bassiouni ed., 2000); 1-3 *Customary International Humanitarian Law* (Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck eds., 2005).

¹² M. CHERIF BASSIOUNI, *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors*, 98 *J. Crim. L. & Criminology* 711 (2008).

I dati raccolti all'interno di questo progetto, la descrizione e le analisi svolte nei vari report regionali e tematici, non solo rivelano lo stato dei conflitti, il livello di vittimizzazione e cosa è stato fatto nelle fasi immediatamente successive, ma allo stesso tempo forniscono un punto di partenza indispensabile per prevedere il corso futuro della PCJ, anche riguardo alle aspettative che la comunità internazionale ripone sul ruolo e il funzionamento futuro della Corte Penale Internazionale. Questi dati saranno altresì utili alle Nazioni Unite ed all'Unione Europea, così come ad altre organizzazioni intergovernative qualora si trovino a partecipare a processi di PCJ o di sostegno allo stato di diritto in paesi che hanno vissuto dei conflitti.

Sorprendentemente le Nazioni Unite non hanno un database ed un sistema di registrazione che tenga conto di queste informazioni; né tantomeno hanno mai messo assieme le informazioni relative ai conflitti che abbiano visto il coinvolgimento del Dipartimento per le Operazioni di Peacekeeping (DPKO), del Coordinamento degli Affari Umanitari (OCHA) o di altre agenzie per la tutela dei diritti umani. Se questa sia una conseguenza della incapacità delle Nazioni Unite di andare oltre le proprie consuetudini burocratiche interne o una vera e propria scelta politica consapevole, allo stato attuale non può essere determinato. Considerando però l'importanza per le Nazioni Unite, e soprattutto per il Consiglio di Sicurezza, di questo tipo di dati, risulta di difficile comprensione il motivo per il quale una tale analisi non sia mai stata condotta prima. Va però sottolineato che un database dei conflitti verificatisi potrebbe quanto meno fungere da strumento di pre-allerta o di auto-apprendimento sulle passate esperienze per il Consiglio di Sicurezza. Sarebbe altresì utile per il Consiglio di Sicurezza avere a disposizione un database che definisca e quantifichi i costi, sia umani quanto finanziari, derivanti dal non essere intervenuti ad evitare un conflitto prima che si sviluppi attraverso un intervento, laddove necessario, preventivo. I costi economico-finanziari necessari dopo il verificarsi di un conflitto, come dimostrato dall'attuale budget del DPKO, sono straordinariamente più elevati di un intervento preventivo – senza fare menzione dei danni provocati alle persone ed alle cose come conseguenza indiretta dell'aver permesso ad un conflitto di svilupparsi e propagarsi senza azioni di prevenzione o interventi diretti.

I dati accumulati in questo studio sono basati sulle informazioni disponibili raccolte da organizzazioni intergovernative e non governative, istituti di ricerca, report dei mass-media ed altre fonti aperte¹³. Le fonti spesso si differenzia-

¹³ Cfr CHRISTOPHER MULLINS, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1945-2008*.

no nei metodi e nella tempistica di acquisizione dei dati. Un fenomeno interessante che si ripete di frequente è quello relativo ad una fonte che dichiara o fornisce una stima su un dato specifico in materia di vittimizzazione; altri utilizzando il dato originario, citando la fonte, diffondono ulteriormente la stima facendola così diventare un dato reale per semplice reiterazione.

Numerose questioni emergono in relazione alla documentazione sui conflitti e sulla conseguente vittimizzazione. Il primo è la mancanza di condivisione nel dare una definizione ai conflitti, in particolare: internazionali, non internazionali, esclusivamente interni. Governi, organizzazioni governative e non, accademici e media stessi, spesso non definiscono allo stesso modo un singolo determinato conflitto. Lo stesso dicasi per la definizione degli elementi caratteristici delle violazioni che si verificano nell'ambito di questi conflitti: genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Spesso la categoria assegnata ed i crimini perpetrati variano al variare delle fonti. Ad esempio le definizioni giornalistiche raramente riflettono le tipizzazioni giuridiche. Al contrario, queste definizioni sono spesso caratterizzate dall'uso di termini legali ambigui quali guerriglia, guerra, terrorismo ed altri. Le definizioni delle violazioni commesse durante questi conflitti variano anche significativamente in base a chi le riporta, soprattutto con riguardo alla distinzione tra tipizzazioni penali (ad esempio genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra). I mass media e le organizzazioni in difesa dei diritti umani, le quali ultimamente riescono ad avere un maggior impatto sull'opinione pubblica nazionale ed internazionale, spesso contribuiscono a creare questa confusione, al punto che il numero di vittime per tipologia di conflitto varia al variare della fonte. Non vi sono inoltre mezzi per verificare i dati riportati negli studi, soprattutto a causa delle diverse agende, politiche e non, delle singole organizzazioni che riportano tali dati.

Da una parte non vi sono però dubbi sul fatto che molte fra le fonti di questi dati, in particolare le organizzazioni in difesa dei diritti umani (pur perseguendo i più nobili obiettivi), spesso possono ingigantire i dati effettivi o stimati sul livello di vittimizzazione al fine di aumentare o amplificare le preoccupazioni a livello internazionale come strumento per mitigare i danni. L'opposto si verifica in alcuni casi, dove Governi o organizzazioni private possano negare o ridurre le stime sulla vittimizzazione allo scopo di tutelare i propri interessi. Si possono difatti ritrovare esempi di situazioni simili in ogni singolo conflitto avvenuto. Infine è importante sottolineare che al momento non esiste nessun meccanismo a livello internazionale per monitorare o accertare il livello di vittimizzazione durante un conflitto in corso.

5. *Trovare un equilibrio tra pace, giustizia e riconciliazione*

Un sistema di PCJ implica un complicato bilanciamento fra pace, giustizia e riconciliazione. Gestire tali temi è difficile, soprattutto quando ci si trova in presenza di situazioni socio-politiche derivanti da regimi autoritari, caratterizzate da guerre, scontri civili e da vittimizzazioni. La situazione nel suo complesso è particolarmente complessa quando si deve rispondere ai bisogni delle vittime, o si mettono a confronto i protagonisti politici che sono direttamente o indirettamente responsabili delle atrocità condotte.

Nonostante le tensioni derivanti dal dover bilanciare obiettivi che spesso entrano in conflitto fra di loro, è sbagliato presupporre che i Paesi debbano scegliere fra sicurezza politica ed incapacità nell'affrontare le atrocità commesse nel passato. Allo stesso modo è sbagliato contrapporre il pieno accertamento delle responsabilità alla riconciliazione, o la pace alla giustizia. Uno degli obiettivi del movimento internazionale per una PCJ è quello di dimostrare che questi elementi sono complementari fra di loro. Nella loro piena applicazione la pace e la giustizia sono caratterizzate e permeate da considerazioni di natura politica. Non vi sono criteri nel pesare l'interazione fra pace e giustizia, ma solo punti di intersezione all'interno dei quali una potrebbe incontrare l'altra. In alcuni momenti la pace consolida la giustizia, in altri, la sostituisce. Modalità e motivi per i quali ciò accade risultano essere sempre *sui generis* per ogni singolo conflitto.

La cessazione delle ostilità e la realizzazione della pace sono spesso il risultato di un difficile e delicato processo frutto di lunghe negoziazioni e dell'intervento e dell'assistenza di vari Governi, delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni intergovernative. Gli attori a livello globale devono affrontare diverse realtà che complicano i processi di PCJ. Innanzitutto, la comunità internazionale dovrebbe riconoscere quelle che sono la percezione e l'effettiva esistenza di doppi standard in relazione all'applicazione della PCJ. Con riferimento ad esempio al Sudan, l'Unione Africana ha supportato la richiesta del Presidente Al-Bashir di respingere le accuse mosse contro di lui dalla Corte Penale Internazionale, affermando che il tentativo di attribuzione delle responsabilità a livello internazionale stava vanificando il processo di pace condotto dall'Unione Africana stessa¹⁴. Inoltre, la politicizzazione dei conflitti

¹⁴ Assemblea dell'Unione Africana, Tredicesima sessione ordinaria, 1-3 Luglio 2009 Sirte; Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya Assembly/AU/Dec. 243-267 (XIII) Rev.1 Assembly/AU/Decl.1- 5(XIII). Vedi altresì: Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case

pone delle ulteriori minacce al processo di riconciliazione. La guerra è la prosecuzione della politica con ulteriori altri mezzi, ma la politica può anche essere considerata come una guerra condotta attraverso altri mezzi, come una transizione dal conflitto alla riconciliazione¹⁵. Questa idea di transizione dovrebbe essere vista come un'opportunità per creare un precedente nel considerare la pace come una conseguenza di un conflitto, che si spinge oltre gli scopi e gli obiettivi di un semplice cessate il fuoco. Più spesso di quanto si possa pensare, la pace viene semplicemente vista come l'assenza della guerra. In ogni caso, una pace reale necessita di solide basi per una crescita sociale, politica ed economica nel pieno rispetto dei diritti umani.

I processi di pace e la formazione di nuovi governi coinvolgono spesso gli stessi perpetratori i quali tentano di fuggire le responsabilità per le atrocità commesse nel passato. Tuttavia se coloro i quali sono coinvolti nei negoziati di pace accettano l'impunità per le violazioni passate come una richiesta legittima, i perpetratori potranno essere autorizzati a richiedere una piena protezione per i crimini passati in cambio di altre promesse.

I *Chicago Principles* evidenziano i valori di lungo periodo derivanti da un solido impegno verso un accertamento delle responsabilità, integrato in un vasto piano di azione per la ricostruzione nazionale ed una vera riconciliazione. Queste Linee Guide, che stabiliscono chiaramente gli impegni fondanti di PCJ, potranno aiutare i negoziatori a resistere alle tentazioni di evitare di approfondire questioni giuridiche al fine di ottenere accordi politici.

Al termine ufficiale di un conflitto, quella che viene comunemente definita fase di transizione di un paese, necessita spesso di interventi per assicurare la sicurezza, smobilitare i gruppi armati, ricostruire i soggetti istituzionali ed incoraggiare lo sviluppo economico e più in generale una stabilità complessiva del sistema paese. Questi obiettivi non possono essere raggiunti contemporaneamente o implementati rapidamente. Al contrario, essi dipendono da un numero di fattori i quali variano, ovviamente, da conflitto a conflitto, e che sono spesso legati indissolubilmente al supporto della comunità internazionale ed alla volontà di quest'ultima di contribuire con risorse ed *expertise*¹⁶.

No. ICC-02/05-01/09, Warrant of Arrest for Omar Hassan Al Bashir (March 4, 2009). Deve essere notato che nel Settembre del 2009, il Sudan inserì nel proprio codice penale i tre crimini (genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra) che ricadono sotto la giurisdizione della Corte Penale Internazionale.

¹⁵ Cfr. CARL VON CLAUSEWITZ, *On War* (1982).

¹⁶ Per l'impatto del diritto penale internazionale, dei tribunali penali internazionali e dei tribunali ibridi sulla costruzione dello Stato di diritto nelle società *post-conflict* vedasi: JANE

Un approccio serio alla PCJ richiede un continuo bilanciamento fra le pressanti esigenze di carattere morale, volte a richiedere un intervento urgente, ed il riconoscimento dei limiti pratici e politici che caratterizzano i contesti di transizione. Ciò è particolarmente vero nelle fasi successive ad un conflitto ed alla caduta di regimi autoritari, quando si verificano il collasso delle infrastrutture nazionali, un'insicurezza sistemica, una persistente presenza di gruppi armati, una popolazione traumatizzata, un'economia devastata, una povertà endemica e governi di transizione con risorse limitate. I *Chicago Principles* riconoscono che i sistemi giuridici in tali circostanze presentano spesso pesanti disfunzioni o sono del tutto inesistenti, e che le operazioni di peacekeeping generalmente non sono adeguatamente pianificate per rispondere ai bisogni delle vittime e alle richieste di giustizia¹⁷. Istituire un ordine sociale ed una *governance* anche minima in tali contesti rappresenta una sfida sia per gli attori nazionali quanto per quelli internazionali.

Negli ultimi vent'anni è divenuto via via più chiaro come il ristabilire la pace e la sicurezza nelle fasi successive ad un conflitto richieda un impegno a lungo termine, basato su di un'attenta pianificazione ed un'effettiva implementazione, ma anche su un coordinamento dei meccanismi a supporto. Ciò è purtroppo avvenuto solo raramente, soprattutto nelle aree della *governance*, della giustizia e dello stato di diritto. Recentemente gli sforzi delle Nazioni Unite testimoniano una maggiore consapevolezza di questa necessità ed un crescente impegno per un approccio più globale ed integrato alla PCJ.

Di particolare interesse è sicuramente il riconoscimento dell'esistenza di un collegamento fondamentale fra la PCJ, la pace globale e lo sviluppo sostenibile. I *Chicago Principles* attingono ad un numero crescente di documenti delle Nazioni Unite, così come ad esperienze sul campo di varie missioni internazionali. Rispondere a tali problemi richiede il coordinamento della programmazione e dell'implementazione, finanziamenti concreti e consistenti, una

STROMSETH, *Justice on the Ground: Can International Criminal Courts Strengthen Domestic Rule of Law in Post-Conflict Societies?*, 1 *Hague J. on the Rule of L.* 87, 90 (2009).

¹⁷ La comunità internazionale ha il dovere di assistere nella ricostruzione dei sistemi giuridici nazionali. Considerando il principio di complementarità, ciò dovrebbe essere anche nell'interesse della Corte Penale Internazionale. Mark S. Ellis sostiene che nel lungo periodo le azioni penali domestiche rafforzeranno la Corte Penale Internazionale. Vedi MARK S. ELLIS, *International Justice and the Rule of Law: Strengthening the ICC through Domestic Prosecutions*, 1 *Hague J. on the Rule of L.* 79, 80 (2009). Vedi inoltre MARK S. ELLIS, *Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability – The Role of International War Crimes Tribunals*, 2 *J. Nat'l Security L. & Pol'y* 111 (2006).

maggiore considerazione ed una promozione degli input locali e la formale adozione di linee guida basilari sulla PCJ.

È essenziale che le strategie nel campo dello stato di diritto siano implementate subito dopo che una pace formale sia stata sancita, e che questi sforzi ricevano supporto ed adeguati finanziamenti dalla comunità internazionale. La ricostruzione dovrebbe essere gestita avendo chiari i presupposti fondamentali della PCJ. Questo favorirebbe una migliore integrazione politica ed allo stesso tempo dimostrerebbe che la ricostruzione di una società civile in un contesto di distruzione è di per sé un atto di riconciliazione ed un modo per ricercare la giustizia.

Lo sviluppo e l'implementazione di strategie di PCJ sono spesso contestate sia a livello nazionale che internazionale. Mentre gli elementi specifici di ogni singolo intervento diventano necessariamente materia di dibattito, la visione globale della PCJ dovrebbe sempre essere centrata sulle vittime, strettamente collegata alla riconciliazione sociale e non basata su obiettivi di breve periodo ma su un solido impegno, sia morale sia giuridico, nei confronti dei diritti umani.

Ogni singola società ha una diversa percezione del significato della vittimizzazione all'interno del proprio contesto culturale; di conseguenza la soglia per un'azione varia da conflitto a conflitto¹⁸. Le differenze culturali sono fon-

¹⁸ Nel conflitto in Darfur, sembra che gli individui in Sudan, e più in generale in altre società Africane ed arabe, non siano stati mossi all'azione dallo shockante livello di vittimizzazione (250.000 vittime), e dall'addizionale numero di vittime prodotte indirettamente da circa 2 milioni di profughi che lottano per sopravvivere nelle difficili condizioni del deserto. Ciononostante l'Unione Africana si è strenuamente opposta all'inquisizione del Presidente Sudanese Al-Bashir, anche se il conflitto nel Darfur ha prodotto, come detto, 250.000 morti e 2 milioni di profughi. In opposizione vi è invece la bassa soglia di accettazione delle vittime causate nella società israeliana dal conflitto palestinese e con altri stati arabi. Nel 2006 Israele invase il Libano, giustificando la sua azione militare con il rapimento di due soldati israeliani da parte di Hezbollah e con i bombardamenti occasionali degli insediamenti israeliani dai confini libanesi. La reazione al rapimento o anche alla morte di due soldati, da parte della gran parte degli stati sarebbe stata proporzionale. Come spiegare tale reazione da parte di Israele che causò la morte di migliaia di individui in Libano e circa mezzo milione di sfollati? Inoltre, le operazioni militari Israeliane nella Striscia di Gaza nel biennio 2008-2009 hanno prodotto circa 1.400 morti, gran parte dei quali civili (e più della metà donne e bambini), circa 6.000 civili feriti a fronte di 13 vittime fra i soldati israeliani in quattro anni dai militanti di Hamas – cfr. Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, United Nations Human Rights Council, A/HRC/12/48 (15 September 2009) (il 'Goldstone Report'). Una prima spiegazione potrebbe essere il cosiddetto "effetto cumulativo" di vittimizzazione per il quale la società Israeliana, fortemente colpita dalla tragedia dell'Olocausto, non percepisce la morte di due o di tredici solda-

damentali per comprendere perché una determinata società in un dato momento sceglie di ignorare la necessità di una PCJ, preferendo al contrario soprassedere e dimenticare, o decida consapevolmente di non tenere in considerazione i crimini commessi in passato, proponendo, ad esempio, un'amnistia. A tutt'oggi, ad esempio, non vi è una spiegazione sul perché la società russa, vittimizzata durante il regime comunista dal 1917 con Lenin al 1985 con Gorbachev – si parla di una stima di circa 50 milioni di vittime – non abbia mai chiesto giustizia¹⁹.

È altresì rilevante prendere in analisi il rapporto fra vittime civili e militari nei vari conflitti. Durante la I Guerra Mondiale il rapporto di vittime fra civili e militari è stato di 1 a 10; durante la II Guerra Mondiale il rapporto è diventato di 1 a 1; durante la Guerra di Corea il rapporto è stato di 8 a 1, durante la Guerra in Vietnam di 9 a 1. Prendendo in considerazione la stima di vittime tra i 92 a 101 milioni, il rapporto fra morti civili e militari è complessivamente di 9 a 1. Sembra pertanto esserci un progressivo aumento in negativo del rapporto tra morti civili e militari, tale da far ritenere che un incremento così sostanziale della vittimizzazione verificatosi nei conflitti più recenti sia dovuto alla maggiore facilità nell'accesso alle informazioni che non era possibile per i conflitti nel passato.

La giustizia penale internazionale ha storicamente trovato forte opposizione nei governi, i cui obiettivi sono sempre stati determinati da un forte realismo politico o da ciò che viene comunemente definita *realpolitick*. L'idea che possano esistere considerazioni di carattere etico/morale al di sopra degli interessi politici degli stati è sempre stata sostanzialmente rigettata dalla *realpolitick*. Solo occasionalmente vi è una convergenza tra gli interessi della *realpolitick* e la ricerca di una giustizia penale internazionale. Negli ultimi tempi la *realpolitick* ha trovato utile cooptare la giustizia penale internazionale cercando di utilizzarla a favore dei propri scopi²⁰.

ti, bensì percepisce sei milioni di vittime più due o più tredici. Risulta oltremodo chiaro da questi due esempi come esistano diverse soglie di tolleranza sociale per la vittimizzazione. A sua volta, quando una società raggiunge un alto livello di tolleranza, diventa intollerante ed è passibile di reagire in maniera sproporzionata. Non vi sono misure culturali o antropologiche prevedibili che possono essere usate per stabilire dove si colloca la soglia di sopportazione di una data società; la migliore analogia possibile è quella con il dolore individuale dal momento che ogni singolo individuo ha una soglia personale, data da un numero diverso di fattori comunque passibile di mutamenti a seconda delle circostanze.

¹⁹ Cfr. CHRISTOPHER MULLINS, *Conflict Victimization and Post-Conflict Justice 1945-2008*.

²⁰ Cfr. KINGSLEY MOGHALU, *Global Justice: The Politics of War Crimes Trials* (2008).

La domanda di una giustizia penale internazionale è stata portata avanti dalla società civile internazionale, la quale pone le considerazioni etico/morali al di sopra della *realpolitik*. Questa richiesta è stata spesso disattesa, se non apertamente osteggiata, da parte dei governi, sempre concentrati sull'ottenimento dei propri obiettivi politici. Ciò è stato interpretato come il paradigma della pace contro la giustizia – un paradigma di per sé falso e non corretto, dato che pace e giustizia non sono né contraddittori né si pongono in conflitto fra di loro. Questo non significa però che le problematiche relative alla tempistica non siano rilevanti. La tempistica delle iniziative volte al perseguimento di una soluzione politica potrebbe essere condizionata in negativo dalla semplice minaccia o dal concreto sviluppo di procedimenti penali internazionali, ma il fatto che vi siano tempistiche diverse è solo una questione di buon senso e di saggezza²¹. Fin troppo spesso coloro i quali propongono accordi politici affermano la necessità di adottare amnistie o concedere l'impunità al fine di ottenere la pace, sacrificando così la giustizia. Questo accade perché non vi sono altre forze di pressione in grado di far desistere le parti coinvolte in un conflitto dal commettere crimini quali il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra. Non è quindi la ricerca di giustizia ad essere di impedimento alla pace, ma l'assenza di una chiara volontà politica degli stati di usare la forza per prevenire o fermare i conflitti.

Se il presupposto dell'uso della deterrenza/prevenzione deve avere un qualche effetto, allora la falsa dicotomia della pace contro la giustizia deve essere eliminata una volta per tutte. Altrimenti coloro i quali avranno le possibilità e la volontà di portare avanti conflitti violenti, useranno la loro capacità per rafforzare la loro posizione nelle trattative per ottenere la loro impunità in cambio della cessazione delle ostilità – e ciò è controproducente per l'uso della deterrenza/prevenzione.

6. *L'esigenza di un sicuro accertamento delle responsabilità*

L'impunità per i crimini internazionali e le gravi violazioni ai diritti umani è stata motivo di preoccupazione per la comunità internazionale fin dalla fine della Seconda Guerra Mondiale²². Fin d'allora gran parte delle vittimizzazioni

²¹ Questo concetto è ben espresso dall'*Ecclesiaste* 3:1-8 nel Nuovo Testamento, che postula vi sia un tempo per tutto, e non necessariamente allo stesso tempo.

²² Cfr. 59 *Law & Contemp. Probs.* (1996). Vedi altresì: United Nations, Agreement for the

sono avvenute in conflitti non a carattere internazionale – conflitti interni e violenze causate da regimi autoritari. Questo è stato in parte conseguenza dei vuoti normativi nel diritto umanitario che hanno reso non applicabili a questa tipologia di conflitti ed a queste tipologie di vittimizzazioni le sue norme, per cui gran parte dei perpetratori sono riusciti a non dover rispondere dei propri crimini. Ad ogni modo spesso a livello nazionale, anche se i sistemi giuridici prevedono sufficienti strumenti di indagine ed esecuzione, non sono state portate avanti indagini contro autori di crimini quali genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. La conseguenza è stata che coloro che hanno commesso tali crimini spesso non hanno dovuto risponderne nemmeno a livello nazionale. Una così diffusa impunità, sia a livello nazionale sia a livello internazionale potrebbe far sospettare la mancanza di un vero e proprio impegno morale da parte della comunità internazionale.

I conflitti nell'Ex Jugoslavia ed in Ruanda hanno innalzato il livello di attenzione della comunità internazionale, ed in risposta il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha costituito due tribunali penali internazionali *ad hoc* per questi paesi²³. L'esperienza di questi due tribunali ha dimostrato sia la necessità quanto l'effettiva possibilità di istituire un tribunale penale internazionale permanente. Nel 1995, l'Assemblea Generale dell'ONU ha istituito una commissione *ad hoc* e nel 1996, una commissione preparatoria per predisporre una prima bozza dello statuto per un tribunale penale internazionale permanente. Nel 1997 l'Assemblea Generale ha quindi convocato una conferenza diplomatica, tenutasi successivamente a Roma, dal 15 giugno al 17 luglio 1998, al fine di adottare una convenzione che istituisse un corte penale internazionale²⁴.

prosecution and punishment of major war criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945, U.N.T.S. 280, Agreement by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the Union of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis; United Nations, Charter of the International Military Tribunal – Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, Aug. 8, 1945.

²³ Per ICTY vedi S.C. Res. 808, U.N. Doc. S/RES/827 (May 25, 1993) e *Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council resolution 827*, U.N. Doc. S/25704 (May 3, 1993). Per ICTR vedi S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994) and *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES955 (Nov. 8, 1994).

²⁴ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, Art. 8, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. Vedi anche: 1-3 *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text* (M. Cherif Bassiouni ed., 2005).

Fra il 1999 ed il 2004, le Nazioni Unite e diversi Stati istituirono tribunali misti in Sierra Leone, Kosovo, Timor Est ed in Cambogia²⁵. Contemporaneamente altri conflitti si scatenarono, alcuni dei quali ancora in corso nella Repubblica Democratica del Congo, in Uganda ed in Somalia, ma la richiesta di giustizia per questi ed altri conflitti sembra essere svanita.

I procedimenti penali internazionali non rappresentano necessariamente la più appropriata fra le varie modalità di accertamento delle responsabilità per tutti i tipi di conflitto. In realtà vi è tutta una serie di modalità, adoperate singolarmente o in combinazione fra di loro, che possono essere più appropriate in una determinata situazione²⁶. Fra queste ritroviamo: le così dette commissioni di accertamento della verità e di riconciliazione, le commissioni investigative, meccanismi di compensazione, procedimenti nazionali e meccanismi di purificazione (*lustration*). Riconoscendo la natura assolutamente *sui generis* di ogni conflitto, queste diverse modalità spesso necessitano di una commissione di coordinamento o di un *ombudsperson* al fine di creare un approccio specifico per la PCJ in un determinato conflitto. L'applicazione di una modalità specifica o una combinazione di quelle più appropriate in una determinata situazione di PCJ dipende da una varietà di fattori quali gli obiettivi specifici delle parti in conflitto, la loro effettiva volontà di riconciliazione, la portata dei crimini commessi, la durata del conflitto ed ulteriori variabili interne ed esterne le quali possono condurre nel migliore dei casi ad una riconciliazione e nel peggiore ad una scissione dello stato esistente.

Non importa quale modalità per l'accertamento delle responsabilità sia alla fine scelta, ma non vi possono essere dubbi sul fatto che una forma di accertamento delle responsabilità vi debba necessariamente essere, come percorso necessario per lenire le ferite del passato e spianare la strada ad una futura riconciliazione²⁷. Per questa ragione è importante notare che a volte il meglio è nemico del bene. Proprio in questo senso, la migliore soluzione in un conflitto non dovrebbe impedire l'implementazione di buoni modelli giuridici e di conseguenza ignorare il bisogno di una PCJ durante un conflitto. Infatti è sempre meglio fare qualcosa piuttosto che non fare nulla. La giustizia non

²⁵ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Mixed Models of International Criminal Justice*.

²⁶ Cfr. STROMSETH, *Justice on the Ground*, cit.

²⁷ Cfr. ELLIS, *International Justice and the Rule of Law*, cit., "(...) la giustizia si ottiene innanzitutto e soprattutto attraverso una certa assunzione delle responsabilità. Vedi altresì il Preambolo dello Statuto della Corte Penale Internazionale: "[T]he most serious crimes (...) must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation (...)".

può essere ignorata né elusa nella ricerca di soluzioni politiche di ripiego. Facendo così non si farebbe altro che creare i presupposti per una ripresa del conflitto. Dal momento che la giustizia ha in sé la forza per spegnere le braci della vendetta, essa è evidentemente un elemento essenziale per il raggiungimento della pace e della riconciliazione. La giustizia deve però essere perseguita con trasparenza, imparzialità, integrità, indipendenza politica ed equità.

7. *Evoluzione del concetto di giustizia post-conflict (PCJ)*

Fino al 1992, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU non si è mai occupato di questioni relative alla PCJ, considerandole al di fuori degli scopi del proprio mandato stabilito al Capitolo VII della Carta (in pratica la parte che riguarda la pace e la sicurezza), per come intendeva interpretarlo (o meglio come intendevano interpretarlo i cinque membri permanenti). In ogni caso, dal 1992, il Consiglio di Sicurezza ha istituito due tribunali penali internazionali *ad hoc* per i conflitti nell'Ex Jugoslavia ed in Rwanda, e diversi tribunali misti. La ragione per cui il Consiglio di Sicurezza non ha agito intervenendo in contesti di PCJ fra il 1948 ed il 1992 risponde sostanzialmente a valutazioni di carattere politico, ed è a causa di considerazioni altrettanto politiche che dal 1992 in poi, il Consiglio di Sicurezza ha iniziato ad agire in maniera così selettiva. Il perché di tale mancanza di coerenza nei comportamenti deve comunque essere attribuita all'incapacità di comprensione dei meccanismi di PCJ ed al fallimento nello sviluppare politiche e comportamenti coerenti.

Il bilanciamento fra la giustizia penale internazionale e gli altri obiettivi di natura politica è sempre un esercizio *sui generis*, visto che già di per sé ogni conflitto è un conflitto *sui generis*. Infatti, non esiste una modalità di PCJ, o una combinazione di modalità, adattabile a tutte le situazioni. Considerando che non esiste "una misura giusta per tutte le situazioni" la scelta di una determinata modalità, o la combinazione delle varie modalità di PCJ, varierà in ogni situazione. La selezione delle modalità, ed in particolare quella dell'esercizio dell'azione penale, da parte di istituzioni nazionali, internazionali, o modello misto nazionali/internazionali, è quasi sempre stata condizionata da considerazioni non giuridiche. Fra queste vi sono la ricerca della pace fra stati e la riconciliazione fra i popoli. Questi obiettivi pur essendo essenzialmente di natura politica, riflettono allo stesso tempo valori che non possono essere sotto-stimati, o peggio, ignorati. La giustizia penale internazionale non può essere vista interamente al di fuori del quadro più generale della pace e della riconci-

liazione, obiettivi che includono di per sé il concetto di giustizia, anche se inteso in modo differente da quello considerato nei procedimenti penali²⁸.

Gli obiettivi della giustizia penale internazionale includono: la prevenzione attraverso la deterrenza, la retribuzione perseguita attraverso azioni penali specifiche, le quali anch'esse dovrebbero avere una qualche funzione deterrente, dando alle vittime la percezione dell'esistenza della giustizia e di una fine alle loro sofferenze. In ogni caso, questi obiettivi sono praticamente impossibili da valutare. Ciò che rimane è il simbolismo dell'azione penale specifica ed il presunto impatto sulla pace o il ritorno alla normalità per una società dilaniata dalla guerra. L'assunto che i procedimenti penali internazionali siano capaci di produrre effetti di deterrenza e conseguentemente di prevenzione per nuove azioni criminali, non è provato. Esso si basa, infatti sugli stessi principi generali in materia di deterrenza che esistono nei sistemi penali nazionali. Vi è comunque un dato aneddotico su un qualche effetto di deterrenza in un dato conflitto creato attraverso procedimenti penali internazionali, come nel caso della guerra nell'ex Jugoslavia dal 1991 al 1995. In tutti gli altri casi di procedimenti internazionali bisogna registrare purtroppo come l'effetto deterrente sia stato sostanzialmente nullo, in quanto i procedimenti penali si sono tenuti dopo la fine dei conflitti in questione. Presumibilmente, il complesso dei procedimenti esperiti nel settore della PCJ potrà produrre effetti deterrenti su eventuali conflitti futuri; ciò resta comunque un dato da dimostrare scientificamente.

²⁸ Bisogna evidenziare che non vi è nulla di intrinsecamente incompatibile fra gli obiettivi politici e gli obiettivi tesi alla realizzazione dei valori più nobili di giustizia finalizzata al bene comune, ed in casi particolari, al fine di raggiungere obiettivi quali la pace e la riconciliazione. Come in tutte le questioni che riguardano obiettivi diversi fra di loro, il bilanciamento fra la giustizia ed obiettivi politici "positivi" è difficile da raggiungere, se non altro perché la prima si basa su dei valori che non possono essere compromessi, mentre i secondi si basano su di interessi che sono essenzialmente, di per sé, dei compromessi. Giungere ad una sintesi perfetta fra le due cose non è possibile, ma si può cercare una conciliazione. Se la richiesta di pace viene per prima, gli obiettivi politici dovranno seguire la prima, deferendo nel tempo, non nella sostanza. La contraddizione sorge quando l'imposizione di accordi politici impedisce la PCJ. La lacuna principale di questo approccio è il non prendere in considerazione le lezioni del passato che ci insegnano che non vi può essere pace senza giustizia. Le ingiustizie commesse dall'uomo non scompaiono con il raggiungimento di un accordo politico fra leader politici, esse persistono in una sorta di limbo, sempre pronte a riemergere. La conseguenza principale di ciò è l'assenza di una pace vera, ed il rischio perpetuo di nuovi e rinnovati conflitti. La giustizia è una componente essenziale della pace. D'altra parte, cosa davvero costituisca giustizia in un dato momento in un dato contesto rimane una domanda di difficile risposta. Vedi: ASHRAF GHANI & CLARE LOCKHART, *Fixing Failed States: A Framework for Rebuilding a Fractured World* (2009); PIERRE ALLAN - ALEXIS KELLER, *What is a Just Peace?* (2008).

Uno degli obiettivi più importanti, e non ancora sufficientemente evidenziato, della giustizia penale internazionale è quello di dare soddisfazione alle vittime e assicurare loro un risarcimento. Ad ogni modo, soltanto nel 2006 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato una risoluzione sui *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*²⁹. Visto che tali principi e linee guida non sono vincolanti, è evidente come debbano ancora essere applicate sia a livello nazionale quanto a quello internazionale. Il riconoscimento di questi principi e delle linee guida è sicuramente un segno di progresso. Ciò che risulta essere particolarmente importante è che sia i principi quanto le linee guida prefigurano la giustizia penale internazionale come un diritto per le vittime, mentre nella storia recente della giustizia penale internazionale, i diritti delle vittime difficilmente sono mai stati presi in considerazione.

Le altre componenti della giustizia penale internazionale comprendono l'annotazione delle conseguenze negative dei conflitti e lo sviluppo di misure atte a prevenire futuri conflitti. La giustizia penale internazionale dovrebbe essere vista in questa ottica per così dire globale, che prevede di integrare tutti o quasi tutti i meccanismi di PCJ sviluppati negli ultimi decenni. Inoltre la giustizia penale internazionale dovrebbe essere altresì integrata nelle modalità di pacificazione (*peace-making*), di costruzione della pace (*peace-building*) e di assistenza umanitaria. Le considerazioni politiche hanno tenuto separato ciò che dovrebbe essere integrato.

Risultati giuridici conseguenti al cambiamento dei paradigmi sopradescritti possono essere facilmente valutati adoperando diversi strumenti di misurazione, come ad esempio gli sviluppi normativi: fra il 1815 ed il 2009 sono state elaborate 26 convenzioni internazionali direttamente riconducibili al diritto penale internazionale³⁰. Comunque, considerando quanto segue: 1) dopo 50 anni di delibere, non esiste una convenzione internazionale sull'aggressione,

²⁹ Cfr. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, G.A. Res. 147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (March 21, 2006). Vedi anche M. CHERIF BASSIOUNI, *International Recognition of Victims' Rights*, 6 HUM. RTS. L. REV. 203 (2006). Per una prospettiva statunitense vedi ALFRED BROPHY, *Reparations: Pro and Con* (2006).

³⁰ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *International Crimes: The Ratione Materiae of ICL*, in 1 *International Criminal Law* 129 (M. Cherif Bassiouni ed., 3d ed. 2008) at 134.

la cui proibizione è sancita nella Carta delle Nazioni Unite³¹; 2) non vi sono più state convenzioni sui crimini contro l'umanità dopo che questo concetto è emerso nel 1919 a seguito della fine della Prima Guerra Mondiale e fu successivamente utilizzato di fronte ai Tribunali militari, l'IMT e il IMTEF, dopo la Seconda Guerra Mondiale³²; 3) non si è mai raggiunta una definizione unanime di terrorismo o una convenzione omnicomprensiva sull'argomento fin da quando questo tema fu sviluppato dalla Lega delle Nazioni nel 1937, per poi essere ripreso dalle Nazioni Unite nel 1969³³; 4) non è mai stato approvato un codice penale internazionale sin da quando se ne discusse nel 1947 a proposito del *UN Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*³⁴. Di contro vi è un guazzabuglio di 267 convenzioni che trattano di 28 diverse categorie di crimini internazionali, con numerosissime sovrapposizioni, differenze, inconsistenze ed ambiguità³⁵.

La storia più recente ci ha dimostrato come assicurare un pieno accertamento delle responsabilità e ridurre i casi di impunità siano elementi molto importanti per la pace, la stabilità e la costruzione di stati democratici all'indomani di un conflitto. Le modalità di PCJ sono altresì essenziali nello stabilire lo stato di diritto, rispettare i diritti umani, rispettare le sofferenze delle vittime e prevenire il ripetersi di violazioni future³⁶.

³¹ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI - BENJAMIN B. FERENCZ, *The Crime Against Peace and Aggression: From Its Origins to the ICC*, in 1 *International Criminal Law* 207 (M. Cherif Bassiouni ed., 3d ed. 2008); YORAM DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defense* (3d ed. 2001).

³² Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Law* (2d ed. 1999); GEOFFREY ROBERTSON, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice* (2d ed. 2002); EGON SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, 23 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 178 (1946). Vedi anche: SAMANTHA POWER, *A Problem From Hell: America and the Age of Genocide* (2002).

³³ Cfr. 1 *International Terrorism: Multilateral Conventions 1937-2001* (M. Cherif Bassiouni ed., 2001).

³⁴ Cfr. BASSIOUNI, *The Legislative History of the International Criminal Court*, cit.

³⁵ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities*, 8 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 199 (1998).

³⁶ In un sistema in cui prevale lo stato di diritto, le leggi sono di pubblico dominio, chiare nel significato ed applicate equamente a tutti gli individui. Istituzioni e singoli individui obbediscono alla legge, non potendo quindi usare arbitrariamente il proprio potere. L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite distingue fra lo stato di diritto a livello nazionale e quello a livello internazionale. Su questo punto vedi *The Rule of Law at the National and International Levels*, U.N. Doc. A/Res/62/70, (Jan. 8, 2008). Per la promozione di uno stato di diritto internazionale vedi: ANDRÉ NOLLKAEMPER, *The Internationalized Rule of Law*, 1 *Hague J. Rule of L.* 74 (2009). Sostiene Nollkaemper che lo stato di diritto viene definito sempre di più dalle connessioni ed interazioni che intercorrono fra il diritto internazionale ed i vari diritti nazionali.

Gli impegni essenziali della PCJ si fondano nelle premesse generali che stabilirono il moderno sistema di diritti umani circa 50 anni fa. In ogni caso il termine descrive uno specifico processo che rappresenta un significativo, e relativamente recente, progresso la cui coerenza sta emergendo solo adesso dopo due decenni di sviluppi pratico-teorici. Le radici culturali della PCJ possono essere rintracciate nel periodo immediatamente successivo alla Prima Guerra Mondiale, quando la comunità internazionale che ne stava emergendo, iniziò seriamente a considerare il valore che poteva avere la ricerca di giustizia all'indomani di un conflitto, nonostante poco fosse stato sostanzialmente fatto. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la comunità internazionale istituì degli organi di PCJ, tra cui i Tribunali Militari Internazionali a Norimberga e Tokio ed inoltre supportò procedimenti penali a livello nazionale per crimini di guerra in Europa ed in Asia.

Queste iniziative erano collegate alla nascita del moderno sistema di tutela dei diritti umani attraverso la creazione delle Nazioni Unite e la vasta accettazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948³⁷. Dagli anni '50 agli '80, l'impegno per i diritti umani si è continuato a sviluppare. Purtroppo però, la *realpolitik*, conseguenza della Guerra Fredda e le profondissime divisioni ideologiche e politiche di quegli anni, non permisero l'implementazione di politiche più sostanziali di accertamento delle responsabilità e di ricerca della giustizia. Durante questi anni vi sono stati grandi avanzamenti nel diritto dei trattati, significativi sviluppi delle istituzioni internazionali ed un impegno crescente nella definizione degli obblighi relativi al rispetto dei diritti umani.

Dalla metà degli anni ottanta, vi è stato un crescente interesse per PCJ in quanto associata ad un numero non indifferente di transizioni politiche da regimi autoritari a sistemi democratici. In Sud e Centro America molti paesi iniziarono a fare i conti con l'eredità lasciata dalle passate repressioni sistematiche. I nuovi Governi democratici misero in atto procedimenti penali a livello nazionale, commissioni di indagini, politiche per le riparazioni e meccanismi a favore della memorializzazione, spesso motivate dalla pressione popolare, dalla società civile e da gruppi locali per la tutela dei diritti umani. Nell'Europa centro-orientale, i governi portarono avanti iniziative parallele coinvolgendo l'opinione pubblica, rendendo consultabili archivi segreti e istituendo sanzioni amministrative conosciute come purificazione (*lustration*) o valutazione

³⁷ Cfr. Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at 71 (Dec. 10, 1948).

(*vetting*). Più in generale, queste strategie di PCJ emersero partendo dal basso, essendo promosse dai movimenti popolari e sviluppandosi come risposta ad esperienze e bisogni locali.

Già alla metà degli anni novanta un ampio consenso internazionale si era sviluppato sulla necessità di collegare la giustizia e la riconciliazione nazionale con la fine di un conflitto e la transizione democratica. Questo cambiamento storico emerse grazie alla legittimazione generata dal dibattito sui diritti umani, alle attività delle organizzazioni non governative a livello nazionale ed internazionale e ad una espansione più generale dell'impegno dei singoli stati nei confronti della difesa dei diritti umani. L'accettazione internazionale dei principi e delle strategie internazionali di PCJ è altresì da collegarsi all'espandersi delle operazioni delle Nazioni Unite, ivi incluse le missioni di *peace-keeping* ed in difesa dei diritti umani, così come allo stesso modo ha pesato il crescente riconoscimento a livello istituzionale del collegamento fra diritti umani e sviluppo internazionale.

8. *L'impegno delle Nazioni Unite per la giustizia post-conflict*

Mentre le Nazioni Unite sono sempre state in prima linea nel tentativo di promuovere la giustizia penale internazionale, il suo reale impegno a favore di una PCJ ha sempre peccato di una mancanza di coordinamento centrale, che ha causato inefficienza, costi eccessivi ed una scarsa capacità di reale implementazione. Gli interventi di PCJ sono stati generalmente gestiti da troppi attori, collegati alle Nazioni Unite, diversi e non coordinati fra di loro, fra cui l'Alto Commissario per i Diritti Umani (UNHCR) a Ginevra, il Dipartimento per le Operazioni di Peacekeeping (DPKO) a New York, l'Agenzia per la lotta ed il contrasto alla Criminalità ed alla Droga (UNODC) a Vienna, il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP) a New York, così come altri uffici direttamente dipendenti dal Segretario Generale. Le Agenzie delle Nazioni Unite coinvolte in questi processi operano generalmente grazie a burocrazie tra loro indipendenti e consolidate all'interno delle stesse agenzie, limitando il coordinamento, l'integrazione, e lo sviluppo di un quadro generale unificante.

Questi problemi vengono poi accentuati dal ruolo svolto dal Consiglio di Sicurezza, il quale attualmente dedica una quantità assolutamente sproporzionata del suo prezioso tempo e delle sue risorse ad un piccolo numero di questioni di PCJ, come ad esempio i due tribunali *ad hoc*. Inoltre il Consiglio di

Sicurezza non si trova in una posizione ideale per gestire programmi coordinati di PCJ poiché politiche vincenti richiedono un impegno sensibile e flessibile alle diverse realtà locali, ivi compresi gli input ricevuti dalle organizzazioni intergovernative e non governative e dai rappresentanti delle comunità internazionali.

Diversi paesi hanno implementato proprie strategie di PCJ assieme a questi processi internazionali, a volte indipendentemente a volte con il supporto ed una guida esterna. Queste strategie possono includere azioni giudiziarie a livello nazionale nei confronti di autori di crimini di alto e basso livello ed una serie di riforme istituzionali quali nuove costituzioni, riforme dei sistemi giudiziari e la creazione di organi ufficiali di controllo e monitoraggio per il rispetto dei diritti umani. Governi in dozzine di paesi hanno inoltre utilizzato commissioni di accertamento della verità, una pratica unica dell'evoluzione della PCJ, politiche di valutazione (*vetting*), sistemi di riparazione e meccanismi per la conservazione della memoria.

Negli anni più recenti i principi, le idee, le strategie ed i processi interni alla PCJ hanno acquisito uno slancio notevole. Tutte le diverse modalità implementate hanno segnato un rinnovamento nei modi in cui la comunità internazionale in generale concepisce la ricostruzione istituzionale di una nazione, la pace e la democrazia. Questioni quali l'accertamento della verità, la riconciliazione e l'accertamento delle responsabilità morali e legali sono adesso viste come elementi essenziali delle negoziazioni di pace e formano le basi stesse di numerosi programmi di ricostruzione nazionale. Grazie all'implementazione generalizzata di politiche di PCJ in tutto il mondo, è adesso possibile iniziare a ragionare su quanto imparato dalle esperienze precedenti. Visto che i protagonisti globali continuano a lottare per coagulare il consenso attorno all'impegno in favore di una PCJ percepita come funzionante e necessaria, risulta chiaro quanto il pressante bisogno di un'attività di ricerca comparativa e la creazione di linee guida chiare, come i *Chicago Principles*, costituiscano un notevole valore aggiunto.

9. *Lo sviluppo di un piano integrato*

Sviluppare appropriate strategie di PCJ richiede flessibilità ed un impegno aperto ed in costante evoluzione in relazione alle necessità specifiche di una realtà locale. Il ruolo che in futuro svolgerà la Corte Penale Internazionale dovrà essere parte di questa strategia integrata. La Corte non può essere perce-

pita come un meccanismo separato di PCJ. Politiche di PCJ efficaci devono possedere un alto livello di legittimazione e richiedono una precisa volontà da parte dei leader politici, sia di governo quanto di opposizione. Pur essendo il completo accertamento delle responsabilità l'obiettivo ideale, difficilmente può essere praticabile o possibile da raggiungere. Di conseguenza interventi efficaci di PCJ richiedono un coinvolgimento costruttivo con le realtà politiche esistenti. Le strategie di PCJ dovranno sempre cercare di massimizzare l'accertamento delle responsabilità e ridurre al minimo l'impunità. Una strategia appropriata di PCJ consentirà di accertare la verità per quanto possibile, porterà ad una riconciliazione per quanto fattibile, fornirà una piena e completa riparazione per quanto possibile, e definirà le violenze commesse nel passato in maniera trasparente ed equa.

Lo sviluppo di strategie globali di PCJ richiede altresì che ai gruppi più vulnerabili, quali donne, bambini, rifugiati, anziani e minoranze religiose ed etniche vengano assicurate protezioni speciali e mezzi efficaci per poter prendere parte al processo di accertamento del passato³⁸. In particolare, i programmi dovrebbero essere istituiti avendo ben chiara la natura, spesso di genere, che caratterizza le violenze politiche, e le necessità particolari delle donne, siano esse vedove che leader della loro comunità. La PCJ richiede una profonda sensibilità ai diversi contesti socio-culturali ed una chiara comprensione degli interessi politici locali. I responsabili politici devono impegnarsi in consultazioni nazionali e cercare indicazioni anche dalle organizzazioni non governative, dai gruppi di comunità, leader tribali o tradizionali, organizzazioni religiose ed altri. Il processo di ricostruzione dei sistemi giudiziari dovrebbe sempre essere intrapreso con l'impegno e la piena consapevolezza di doversi tenere in debito conto i bisogni e le indicazioni locali.

Così come i conflitti vengono spesso generati da specifiche dispute a livello locale e si caratterizzano per le differenti forme di repressione e violenza, le situazioni di PCJ differiscono enormemente. Il processo di ricostruzione all'indomani di un conflitto internazionale non potrà seguire le medesime strategie della ricostruzione dopo un conflitto di tipo interno. Ulteriori differenze esistono fra conflitti etnici o religiosi, o situazioni di transizione politica a seguito della caduta di un regime.

³⁸ Sulla posizione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sulla protezione dei fanciulli colpiti dai conflitti armati vedi: S.C. Res. 1612, U.N. Doc. S/RES/1612 (July 26, 2005); sul ruolo delle donne nei conflitti armati vedi: S.C. Res. 1325, U.N. Doc. S/RES/1325 (Oct. 31, 2000).

La PCJ dipende anche molto dalle modalità che hanno portato alla cessazione di un determinato conflitto. Alcuni conflitti terminano con una schiacciante vittoria di uno dei contendenti, assicurando a questi ultimi il controllo pressoché totale sulla ricostruzione nazionale. Se da un lato questa situazione potrebbe favorire e semplificare la creazione di strategie per definire le violenze commesse nel passato, dall'altro favorisce uno sbilanciamento degli interessi in gioco che potrebbe avere un conseguente impatto negativo sullo sviluppo di politiche imparziali ed efficaci. Altri conflitti terminano con accordi negoziali che spesso riflettono le richieste e i bisogni delle diverse parti, ma che presentano anche problemi propri. Gli accordi negoziali riflettono il potere e l'influenza delle rispettive parti e questo, in aggiunta ad una serie non indifferente di problemi e gruppi di pressione esterni, giocano un ruolo nel modellare i risultati degli accordi di pace.

In realtà alle sofferenze causate da conflitti violenti – in special modo quelli nei quali vengono commessi crimini quali il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra, gli omicidi di massa, torture ed altre sistematiche violazioni dei diritti umani – non è possibile dare una risposta adeguata. Non esistono dei rimedi veramente efficaci per le vittime di queste azioni. Ad ogni modo, le società ed i governi dovrebbero riconoscere le sofferenze perpetrate nel passato e promuovere attivamente azioni a favore della giustizia. La PCJ trova le proprie fondamenta nell'intrinseco bisogno umano di riconoscere la verità sulle sofferenze subite e di spingere per l'accertamento delle responsabilità quale strumento per costruire il futuro.

Tutte le atrocità prese in considerazione in questo studio sono state commesse da numerosi attori e hanno prodotto numerose vittime. La ovvia conclusione è che maggiore è il numero delle persone coinvolte nella massiccia produzione di sofferenza umana, maggiore è la sofferenza che ne scaturisce. È sconvolgente che così tante persone possano essere messe nella lista di coloro che hanno partecipato ad atrocità di massa. Il fenomeno può essere spiegato attraverso due dinamiche: la prima, è pertinente alle interazioni fra i gruppi violenti e la seconda alla violenza c.d. di stato. Le interazioni fra gruppi, in particolare quelle inter-etniche o inter-religiose, tendono a creare dinamiche di gruppo che non solo rimuovono le naturali inibizioni a compiere tali atrocità, ma addirittura riescono a creare una sorta di spirito collettivo che incoraggia tali azioni. Nella c.d. violenza di stato, un dittatore dispotico o l'élite al potere, possono mobilitare l'intero apparato statale al fine di attuare una violenza indiscriminata, creando diverse dinamiche operative di gruppo. La differenza essenziale fra questi due fenomeni è che la prima viene generata dal

basso verso l'alto mentre la seconda si muove dall'alto verso il basso. Da un certo punto di vista si sarebbe tentati a credere che i singoli abbiano una maggiore capacità di staccarsi dai gruppi; in realtà si osserva che lo stato genera un alto livello di conformismo. Un'altra situazione tipica nella quale in uno stato in mobilitazione si genera questo conformismo, è quella in cui i *decision-maker* dividono in compartimenti stagni i diversi aspetti del conflitto. In questo modo, coloro i quali sono coinvolti in uno dei singoli aspetti esecutivi di un più vasto piano d'azione possono o non conoscere il piano per intero o trovare una giustificazione per convincersi di non conoscerlo per intero³⁹. Questa compartimentazione permette ai singoli di separare i principi morali dal risultato finale. Per certi aspetti, questo processo rende molte delle singole azioni apparentemente banali⁴⁰. Di conseguenza, questa riduzione a compartimenti stagni impedisce di vedere il quadro per intero, parcellizzando le responsabilità ed aumentando il conformismo verso condotte illegittime.

In aggiunta al grande numero di soggetti che partecipano attivamente alla commissione di queste atrocità, vi sono coloro i quali vi contribuiscono passivamente, consentendo che queste atrocità si verifichino. La ragione di tale passività potrebbe risiedere nella mancanza di impegno morale, dissociazione o indifferenza. Se ne deduce che coloro i quali ordinano queste atrocità di massa, confidano sul fatto che nessuno si opporrà. È importante determinare l'incidenza di tale fenomeno per capire il perché tali atrocità si verificano, in modo da poterlo tenere sotto controllo. Infatti la conservazione della memoria, le commissioni di accertamento della verità e l'istruzione possono essere uno strumento di sensibilizzazione della gente, riducendo l'apatia e aumentando la capacità di opposizione della società.

È possibile a livello mondiale migliorare la capacità di risposta alle violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario verificatesi nel passato. Ad ogni modo, un mutamento sostanziale nell'applicazione della PCJ richiede volontà politica, risorse ed impegni di lungo periodo. I *Chicago Principles* incoraggiano un approccio globale ed integrato per rispondere alle atrocità commesse nel passato, attraverso rapide azioni di risposta, una pianificazione di lungo periodo, consultazioni nazionali, la partecipazione di diverse realtà, una profonda sensibilità ai singoli contesti e culture locali ed un impegno a livello

³⁹ A titolo d'esempio basterebbe pensare ai nazisti in Germania, i quali quando accusati, fra le altre cose, di aver stipato vittime su dei treni destinati ai campi di concentramento, risposero di non conoscere la destinazione finale di quei treni.

⁴⁰ Cfr. HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963).

sia nazionale sia internazionale nel collegare la giustizia alla pace ed alla riconciliazione.

Nella comunità internazionale vi è la percezione che i meccanismi di PCJ si dimostreranno vincenti, ma il determinare quale modalità dovrebbe essere applicata ad un determinato conflitto, contesto e regione presenterà grosse difficoltà⁴¹. Pertanto la possibilità di definire le caratteristiche di un conflitto risulta fondamentale per individuare la migliore strategia di risposta. Come già menzionato, la caratterizzazione dei conflitti e dei crimini è contraddistinta da approcci diversi e non uniformi ed è spesso influenzata da fattori di natura politica. Inoltre, la caratterizzazione di un conflitto in termini legali si differenzia spesso da una caratterizzazione in termini politici, complicando oltre modo l'applicazione di meccanismi di PCJ. Ad esempio, può risultare complesso determinare il ruolo di un attore non statale quando questo si comporta da attore statale. Quando si parla di "altre forme di violenza collettiva di gruppo da parte di attori non statali", ci si riferisce a quelle condotte aberranti che hanno alcuni elementi tipici "dei crimini di stato", quando sono commessi da attori non statali operanti al di fuori dalla struttura statale. Entrambi condividono caratteristiche fenomenologiche simili, producono effetti significativi sugli esseri umani e non sono adeguatamente controllati da meccanismi sociali e legali. Si differenziano fundamentalmente per quanto riguarda i partecipanti e gli strumenti istituzionali sotto il loro controllo.

10. *Presupposti di base*

La PCJ si basa su una serie di presupposti fondati sul buon senso importati per analogia dai sistemi giuridici nazionali, in particolare che i procedimenti penali fungono da deterrente e che la deterrenza conduce alla prevenzione. Di conseguenza, se fosse possibile avere esclusivamente procedimenti nazionali e internazionali efficienti, come parte integrante dei meccanismi PCJ descritti nei *Chicago Principles*, si potrebbe ottenere una migliore prevenzione generale e ridurre così il numero dei conflitti e le loro conseguenze negative. Semplicemente non ci sono dati scientifici validi per supportare questa posizione, eccezion fatta per alcune esperienze estrapolate da sistemi penali nazionali.

⁴¹ Cfr. GEORGE P. FLETCHER - JENS DAVID OHLIN, *Defending Humanity: When Force is Justified and Why* 170 (2008).

Effettivamente l'esperienza umana dimostra che esiste la deterrenza, e che essa funziona tanto meglio quanto la possibilità di una immediata e certa punizione sia in una qualche maniera percepita come effettiva. A tutt'oggi in nessun sistema penale è stato effettuato uno studio sulla deterrenza che abbia mai dimostrato l'effettività della deterrenza in mancanza di un efficace sistema di minaccia ed esercizio dell'azione legale. Esistano senz'altro una serie di fattori inibitori interni, che inibiscono gli esseri umani dall'assumere condotte dannose per altri esseri umani o contro l'interesse sociale o pubblico. Se non fosse per questi fattori inibitori, nessun sistema penale nel mondo potrebbe funzionare. Ogni società è necessariamente basata sulla condivisione di determinati valori sociali, e le norme penali di ogni società rispecchiano la riprovazione sociale collegata alla violazione di tali valori. Il presupposto è quindi che coloro i quali sono propensi a violare quei valori sociali rispecchiati dalle norme penali costituiscono una piccola parte della società, e che quindi la società potrà svolgere una forma di controllo sociale sui rei attraverso il sistema penale. Nessun sistema penale potrebbe esistere se il presupposto fosse che la maggior parte dei membri della società potessero violare le norme penali. Perciò, più la norma penale riflette i valori sociali, più sarà probabile o almeno ragionevole presupporre che le violazioni saranno limitate e di conseguenza che il controllo sarà più efficace. Comunque, in assenza di questi presupposti le violazioni aumentano considerevolmente.

Durante i conflitti, sia essi a carattere internazionale, non-internazionale o a carattere interno, i sistemi di controllo sociale vengono eliminati o sostanzialmente ridotti, lasciando gli individui in balia dei gruppi che sono propensi ad utilizzare la violenza come strumento di controllo. Quasi in ognuna di queste situazioni, la patina di civiltà umana che resta si rivela essere molto sottile. La ripartizione dei controlli sociali si sostanzia in quello che verrebbe definito un atavico o primitivo ricorso alla violenza, dove l'uso della forza rimpiazza facilmente l'uso della legge o della ragione. Affermare che, in queste situazioni, la minaccia potenziale rappresentata dai procedimenti penali e dalle conseguenti condanne possa produrre un effetto deterrente speciale o generale, è davvero molto difficile – soprattutto nei casi in cui il leader di un gruppo esercita un controllo assoluto sui propri membri. I componenti di un gruppo sono alla completa mercé dei rispettivi leader, ed è la legge di questi leader che viene applicata.

Di conseguenza è difficile pensare che i componenti di un gruppo coinvolto in un conflitto, indipendentemente dalla sua caratterizzazione giuridica, reagiranno condizionati più sulla base della minaccia immediata percepita dai

propri leader piuttosto che sulla base della minaccia rappresentata da un futuro procedimento penale alla fine del conflitto. Quello che sembra prevalere fra gruppi coinvolti in violenza armata sono la disciplina ed il senso di onore (qualora esista in un gruppo di combattenti): questo solitamente caratterizza più le unità militari organizzate, le quali hanno ricevuto formazione sul diritto dei conflitti armati e sono sotto l'effettivo comando e controllo di un sistema gerarchico. Questa struttura organizzativa, allo stesso modo dell'addestramento, delle tradizioni, del comando e del controllo, non esiste in gruppi irregolari ed in altri gruppi coinvolti in violenze armate all'interno di conflitti. Ciò porta a concludere che il presupposto della deterrenza e della prevenzione può solo funzionare se realmente percepita come tale dal leader di un gruppo. In ogni caso, quando anche il leader di un gruppo percepisce che le probabilità di un'azione penale internazionale è bassa e che contestualmente la probabilità di una impunità *de jure* è alta, difficilmente farà rispettare il diritto umanitario all'interno dei gruppi sotto il suo controllo. In questi casi è difficile anche solo affermare che la PCJ sia in grado di creare degli effetti di prevenzione.

Le azioni giudiziarie intraprese sia a livello nazionale che internazionale basate sul nucleo centrale dei crimini internazionali quali il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra, indicano che per la stragrande maggioranza dei perpetratori di questi crimini è molto più alta la possibilità di ottenere l'impunità rispetto a quella che vengano accertate le loro responsabilità. Basti considerare, a titolo di esempio, che nei conflitti nell'Ex Jugoslavia ed in Ruanda, il numero approssimato di vittime totale è di un milione di persone, a fronte di un numero totale di incriminati, dai tribunali internazionali *ad hoc* ICTY ed ICTR, pari a 240. È chiaro come gli accusati rappresentino solo una minima percentuale di coloro i quali hanno davvero commesso i crimini in questione e provocato un milione di vittime – senza contare i feriti, i torturati, le donne ed i bambini violentati e abusati sessualmente. Questo dato non include neanche la distruzione delle proprietà pubbliche e private in violazione sia del diritto umanitario sia del diritto interno. Quindi se ne deve dedurre che in questi due conflitti la deterrenza speciale e generale ed il suo effetto complessivo come strumento di prevenzione dei conflitti e minimizzazione del danno è al massimo di tipo aneddotico.

In aggiunta a tali considerazioni, l'impatto a livello mondiale di deterrenza/prevenzione esercitato dalla Corte Penale Internazionale è probabilmente limitato innanzitutto per ragioni economiche e di capacità, ma allo stesso tempo a causa di altri motivi fra i quali l'incapacità della CPI di condurre investi-

gazioni dirette su conflitti in parti del mondo difficilmente raggiungibili ma anche per ragioni di natura politica che non permettono alla Corte di raggiungere i propri obiettivi. È sufficiente ricordare che Joseph Kony, leader del *Lord's Resistance Army* in Uganda, è riuscito ad evitare l'arresto da parte della Corte Penale Internazionale grazie alla prospettiva di un accordo di pace con il governo, ponendo così fine al conflitto. Infatti ad un certo punto è stato di pubblico dominio il fatto che Kony si fosse rifiutato di firmare un accordo di pace fin quando il mandato d'arresto della Corte Penale Internazionale non fosse stato revocato. Ed è stato riportato che il Governo ugandese abbia valutato questa opzione. In maniera non dissimile, l'atto di accusa ed il mandato di arresto nei confronti di Al Bashir in Sudan, non è stato eseguito sia a causa del supporto ricevuto da Al Bashir quanto per l'opposizione alla Corte Penale Internazionale da parte dell'Unione Africana e degli Stati Arabi. Solo il Sud Africa ed il Botswana, Stati parte della Corte Penale Internazionale, hanno, e gliene va dato atto, preso una posizione diversa. Ciononostante, si può affermare che vi è un effetto di deterrenza nell'emissione di questi atti d'accusa o mandati di arresto, perlomeno nei confronti di quegli individui soggetti a questi strumenti giuridici. Ad ogni modo questo effetto limitato e circoscritto non può essere valutato come esteso alla massa degli autori di violazioni dei tre *core crimes* (crimini principali) in relazione con gli attuali conflitti.

Va anche detto che i conflitti osservati in questo studio rivelano che essi possono ricadere in un numero di categorie non distinguibili. Una di queste categorie è caratterizzata dalla presenza di un dittatore o di elite al potere in un determinato paese in grado di utilizzare le strutture organizzative e le risorse di uno stato al fine di vittimizzare una parte della propria popolazione o per dirigere i propri attacchi contro altri civili in uno stato confinante. Una tipologia diversa di conflitti è quella caratterizzata da scontri fra gruppi diversi su base etnica, tribale o religiosa. Questi tre tipi di conflitti sono più complicati di quelli della categoria precedente, a causa di un livello di decentramento delle decisioni ed a causa di un numero di attori individuali la cui motivazione personale non è collegata ad una struttura di comando. Per la prima categoria di conflitti, gli assunti di deterrenza e prevenzione sono maggiori in quanto sono diretti ad un numero più ristretto di individui i quali possono, di conseguenza, più facilmente essere processati o anche solo semplicemente catturati alla fine delle ostilità. Nella seconda categoria, il coinvolgimento di larghe masse di individui in atti di violenza incontrollati ed incontrollabili, nei confronti di altri gruppi etnici, tribali o religiosi non pare essere soggetto alle stesse inibizioni derivate da meccanismi di deterrenza.

La lezione che deve essere tratta da questo studio sulla vittimizzazione a livello mondiale e sulle modalità di PCJ è che la Corte Penale Internazionale dovrebbe sviluppare politiche di indagine e incriminazione più focalizzate e mirate su quei soggetti più probabilmente sensibili alla minaccia di procedimenti penali. Questi soggetti dovrebbero necessariamente essere capi di stato, capi di governo, e alti funzionari di governo e delle forze armate. Questo vorrà anche dire purtroppo che tali soggetti saranno più facilmente in grado di esercitare il loro potere e la loro influenza come scudo per eventuali azioni penali nei loro confronti, come è accaduto negli esempi riportati in precedenza. Con lo scorrere del tempo, e con un numero maggiore di tali soggetti sottoposti e processati dalla Corte Penale Internazionale, questa procedura diventerà sempre più efficace e la probabilità di evitare i processi si ridurrà sensibilmente. Allo stesso tempo, le difficoltà che la Corte Penale Internazionale sta incontrando e continuerà ad incontrare per i prossimi anni, non avranno ovviamente alcun effetto sul livello di deterrenza e di prevenzione dei conflitti attualmente in corso. Perciò, la Corte Penale Internazionale dovrebbe concentrarsi nel rafforzare la capacità istituzionale dei sistemi giuridici nazionali a promuovere procedimenti a livello nazionale. Questo ruolo è già compreso nelle finalità della Corte Penale Internazionale, come è deducibile dal principio della complementarità, e d'altronde fa parte degli obiettivi enunciati nel preambolo dello Statuto di Roma⁴².

Il concetto della complementarità non deve essere interpretato nella ristretta ottica giurisdizionale attribuibile al semplice termine utilizzato, cioè come se ci si trovasse in presenza di due sistemi giuridici che si completano tra loro. Al contrario, andrebbe visto secondo una concezione più generale nella quale la Corte Penale Internazionale diventa "la forza guida" tesa a sostenere lo sviluppo delle capacità istituzionali a livello nazionale, fornendo assistenza tecnica e supporto ai sistemi giuridici penali a livello nazionale. La Corte non ha fino ad ora ancora messo in pratica questa dimensione della sua missione istituzionale che richiederebbe non solo l'istituzionalizzazione di programmi di educazione e formazione per investigatori, giudici, procuratori e avvocati difensori, in varie regioni e paesi nel mondo, ma anche la previsione di assistenza tecnica in campo giuridico per lo sviluppo di legislazioni a livello nazionale e per il supporto nelle investigazioni ed nei procedimenti di quei casi che potrebbero ricadere sotto la giurisdizione della Corte Penale Internazionale. L'istituzionalizzazione di tali programmi di assistenza tecnica, di

⁴² Cfr. *Rome Statute*, cit.

supporto e di formazione dovrebbe essere seguita dall'ufficio del Cancelliere della Corte, in collaborazione con l'ufficio del Procuratore e la Presidenza della Corte.

Infine, va evidenziato che per ottenere la massima efficacia dalla PCJ, i governi, le organizzazioni intergovernative, ed in particolare le Nazioni Unite, dovrebbero integrare le modalità di PCJ nelle operazioni di peacekeeping e nei programmi di assistenza umanitaria. L'esperienza nei conflitti esaminati nel corso di questo progetto ci dimostra che l'intero processo decisionale del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite relativamente alle operazioni di peacekeeping solo raramente ha preso in considerazione la PCJ, e che le attività di assistenza umanitaria, che sono sempre separate e distinte dalle operazioni di peacekeeping, sono anche loro totalmente distinte dalla PCJ. Quest'ultima viene collocata nel più ampio contesto delle operazioni a favore dei diritti umani senza però ulteriori risorse finanziarie a disposizione. Quando il caso lo richiede, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite affronterà un singolo segmento della PCJ come nel caso dell'istituzione dei tribunali *ad hoc* ICTY e ICTR e dei tribunali misti. Fatta eccezione per l'ICTY ed l'ICTR, i cui costi, negli ultimi 15 anni, sono stati coperti dal budget ordinario dell'Assemblea Generale, la comunità internazionale non è stata altrettanto generosa nel sostenere finanziariamente il modello dei tribunali misti⁴³. Preoccupazioni di bilancio, probabilmente dovute agli alti costi dei due tribunali *ad hoc* e della Corte Penale Internazionale, pare abbiano raffreddato il sostegno dei governi e delle organizzazioni intergovernative a favore dei procedimenti penali internazionali. Se questi problemi finanziari perdureranno, ed in particolare se i costi della Corte Penale Internazionale continueranno ad essere così elevati, sarà molto probabile che le attività della Corte stessa subiranno un ridimensionamento. La conseguenza sarà probabilmente l'ulteriore riduzione dell'effetto di deterrenza e prevenzione della Corte Penale Internazionale⁴⁴.

È evidente che i processi non possono sempre stabilire la verità o la completa ed esatta ricostruzione degli eventi storici, così come viene frequente-

⁴³ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Mixed Models of International Criminal Justice*.

⁴⁴ Uno dei modi per rimediare a tale situazione potrebbe essere quello di non legare più l'amministrazione della Corte Penale Internazionale ai meccanismi burocratici basati sulle regole amministrative e finanziarie delle Nazioni Unite. La Corte dovrebbe diventare una Organizzazione Intergovernativa, con il potere di decidere autonomamente sulle proprie regole interne di amministrazione e sulle questioni finanziarie, non dovendo necessariamente rispettare le pratiche e gli standard O.N.U.

mente affermato⁴⁵. Stabilire le responsabilità su di un determinato crimine è molto diverso dall'accertare la verità su di un determinato conflitto. Nel processo ad Eichmann, l'obiettivo principale dell'accusa è stato quello di stabilire un resoconto ufficiale sui fatti che si sono verificati e conosciuti da quel momento in poi come l'Olocausto⁴⁶. Questo approccio differisce da quello assunto nel processo a Saddam Hussein, che in definitiva si è limitato ad accertare pochi fatti e non ha consentito di accertare chiaramente la sua colpevolezza o la sua innocenza, che in effetti non è mai stata messa in discussione, in relazione alle sue condotte ben conosciute pubblicamente⁴⁷.

11. *Considerazioni economiche e criminologiche*

Il bisogno di risolvere un conflitto e di minimizzare le sofferenze umane è essenzialmente un obbligo etico-morale che non può e non deve essere esaminato nella prospettiva di costi/benefici. Per questo motivo risulta complesso affrontare questioni di costi economici in relazione al bisogno etico-morale di prevenire un conflitto e ridurre il più possibile le sue conseguenze a livello umano. Ciononostante, i costi umani ed economici dei conflitti sono sempre più rilevanti per i *decision-makers*, con riguardo sia alla loro prevenzione attraverso l'analisi delle necessità economiche degli stati in bancarotta, o sul punto di divenirlo, sia ai costi di un intervento militare tardivo. Questi costi saranno necessariamente valutati dai governanti in relazione agli interessi dei singoli stati, ma anche in confronto ai costi che potrebbero derivare a causa di un mancato intervento teso a minimizzare o a prevenire un determinato conflitto.

La situazione del Darfur può essere usata come esempio. Questa crisi si è sviluppata in oltre un decennio come risultato della progressiva desertificazione in quella regione del Sudan. La desertificazione ha avuto come conseguenza che tribù dedite alla pastorizia hanno avuto un accesso sempre più limitato

⁴⁵ Cfr. STEPHAN LANDSMAN, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases* (2005); M. CHERIF BASSIOUNI, *Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy*, 36 *Case W. Res. J. Int'l L.* 299-306 (2004).

⁴⁶ Cfr. in generale ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, cit.; GIDEON HAUSNER, *Justice in Jerusalem* (1966).

⁴⁷ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI & MICHAEL WAHID HANNA, *Ceding the High Ground: The Iraqi High Criminal Court and the Trial of Saddam Hussein*, 39 *Case W. Res. J. Int'l L.* 21-97 (2007).

alle risorse idriche ed ai terreni da pascolo, causando l'inevitabile sconfinamento in terre usate da contadini. Benché entrambi i gruppi siano di colore, africani e musulmani, appartengono a tribù differenti. Non è comunque stata la distinzione tribale a causare il conflitto quanto piuttosto l'accesso alle risorse idriche. Si tratta perciò sostanzialmente di una questione meramente economica. Se fosse esistito un piano di prevenzione dei conflitti dovuti ad emergenze economiche, l'utilizzo di altri strumenti per ottenere nuove risorse idriche avrebbe potuto prevenire il conflitto. Supponendo per semplice spirito polemico, che fornire risorse idriche con dei pozzi o degli acquedotti anche molto distanti sino al Nilo o trasportare mangimi attraverso le città del Sudan, fosse costato 100 milioni di dollari, questo costo sarebbe stata un'efficace misura di prevenzione del conflitto alla luce dei prevedibili costi economici, ma soprattutto umani, che avrebbe causato un conflitto prevedibile. Inoltre, il costo finanziario necessario a prevenire il conflitto, sarebbe stato giustificabile se paragonato ai miliardi di dollari necessari e preventivabili per il mantenimento e la tutela della pace dopo lo scoppio del conflitto. Tutte queste riflessioni sono basate esclusivamente su calcoli economici, e non prendono in considerazione la questione etico-morale dei costi umani. In questo caso, ci si dovrebbe chiedere se 100 milioni di dollari necessari per prevenire lo scoppio del conflitto avrebbero rappresentato un più efficace uso di risorse finanziarie rispetto al mettere a contatto due gruppi in conflitto che in seguito avrebbe causato circa 250.000 vittime ed un milione di rifugiati. Comparando i costi sostenuti, si osserva che per le operazioni di peacekeeping e di assistenza umanitaria nella regione sono stati spesi circa 6 miliardi di dollari negli ultimi cinque anni.

È inoltre necessario che anche i governi prendano in considerazione, ritornando una volta ancora ad una più prosaica analisi di costi-benefici, la comparazione fra i costi per missioni di peacekeeping ed il mantenimento della pace rispetto a quelli per un intervento militare per la prevenzione di un conflitto. Continuando ad usare l'esempio del Darfur, come già detto i costi per il peacekeeping e l'assistenza umanitaria hanno superato i 6 miliardi di dollari solo negli ultimi 5 anni. Un'analisi dei costi delle missioni di peacekeeping delle Nazioni Unite nel 2008 rivela una spesa stimata per eccesso di oltre 100 miliardi di dollari, che non comprendono i circa 50 miliardi di dollari spesi per fornire assistenza umanitaria a popolazioni civili colpite da guerre e conflitti.

Un altro fattore che non può non essere tenuto in considerazione in termini di costi sia umani sia economici, è il numero di rifugiati e di sfollati causato

da un conflitto, inclusi gli sfollati all'interno di un paese. Una stima rivela che gli sfollati nel mondo negli ultimi 2 decenni variano tra i 20 e i 25 milioni mentre i rifugiati sono stati circa 70 milioni. Pur facendo queste considerazioni è, in realtà, molto difficile riuscire a calcolare in anticipo quali potrebbero essere i costi umani ed economici di un conflitto, ma è anche un pensiero illusorio presumere o sperare che si potrebbero ridurre semplicemente i conflitti sul nascere.

Come mostrato da questo studio, negli ultimi 60 anni vi sono stati circa 313 conflitti, ad una media di sei nuovi conflitti ogni anno, i quali, a causa della rispettiva durata, probabilmente si sono sovrapposti tra loro, vista la naturale evoluzioni di ogni singolo conflitto. Negli ultimi 30 anni la comunità internazionale è stata testimone di circa 30 conflitti in corso contemporaneamente. Tenendo presente che il numero delle vittime stimato in questo studio si attesta fra 92 e 101 milioni di individui, non sarebbe realistico affermare che i conflitti non siano una componente presente in maniera permanente nel mondo. Empiricamente, il dato che si ottiene dalla fine della Seconda Guerra Mondiale giustifica l'osservazione del XVII secolo di Thomas Hobbes, secondo il quale la guerra è una condizione permanente dell'essere umano, che solo occasionalmente viene interrotta dalla pace⁴⁸. Dando per assodato che questa affermazione sullo stato di guerra sia valida, e assumendo che i costi umani di un conflitto in termini di vittime non siano calcolabili, come si potrebbe stimare il costo di 100 milioni di vittime negli ultimi 60 anni in termini etici, morali, sociali ed economici? Inoltre vi sono anche dati limitati sulle sofferenze umane causate dai danni fisici e psichici causati sia a civili che a combattenti, durante questi conflitti. Non è possibile nemmeno stimare il numero di persone ferite, o conseguentemente il numero di persone morte in seguito a ferite, o il numero di persone vittime di malattie e morte successivamente a causa di conflitti e delle terribili condizioni di vita che essi hanno creato per i sopravvissuti. Infine, non vi è modo di stimare i costi materiali causati dai conflitti in termini di distruzioni delle proprietà pubbliche e private, delle infrastrutture economiche e di interruzione della vita sociale.

Possono tutti questi costi essere quantificati in qualche modo per dimostrare che il costo economico relativo ai programmi di sviluppo e di assistenza come mezzo di prevenzione dei conflitti è di molto inferiore ai costi umani e materiali? Se fosse così, spetterebbe alla comunità internazionale pensare alla

⁴⁸ Cfr. THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* ([1651] M. Oakeshott ed., 1957), capitolo XIII.

prevenzione dei conflitti in termini di sviluppo economico e di assistenza finanziaria.

La quasi totalità dei conflitti analizzati in questo studio, sono conflitti a carattere non internazionale o esclusivamente interni, i quali vengono comunemente denominati nella Scienza Politica ed in letteratura economica come guerre civili o guerre interne. Geograficamente, questi conflitti si sono concentrati in Africa ed in Asia. All'interno di questi continenti, i paesi colpiti dal più alto numero di conflitti sono stati i paesi in via di sviluppo ed i paesi con il più basso indice di sviluppo umano (LDC), i cosiddetti *bottom billion* fra i più poveri del mondo⁴⁹. Fra questi: il Bangladesh, la Cambogia, il Laos, Haiti, la Somalia, la Liberia, la Sierra Leone, la Repubblica Democratica del Congo, il Ciad, l'Afghanistan. I conflitti che hanno riguardato questi Paesi ma non solo, sono spesso descritti come frutto di povertà, sfruttamento e repressione, ma anche di rivendicazioni e rimostranze politiche, divergenze etniche e intolleranze religiose. Alcuni osservatori tendono a non considerare la povertà quale fattore di rischio, citando come esempio nazioni e popoli la cui povertà non ha condotto ad un conflitto. Queste motivazioni riecheggiano ciò che i criminologi hanno già appurato, cioè che è discutibile il collegamento fra povertà e criminalità. Invero, il numero di soggetti che commettono crimini nelle società in via di sviluppo così come il numero di coloro i quali sono coinvolti in conflitti nei paesi meno sviluppati, sono oltremodo indicativi di tale collegamento. Ciò ovviamente non vuole dire che non siano anche presenti altri fattori criminologici, ma di certo una povertà endemica ed una stagnazione della situazione economica sono fattori primari. Le differenze etnico-religiose e le rivendicazioni socio-politiche sono anche fattori importanti che si pongono trasversalmente alla povertà ed allo sviluppo economico, così come l'avidità e la sociopatia.

È inoltre importante sottolineare come i conflitti a carattere internazionale non durano, di media, più di sei mesi, con anzi alcuni che non superano i pochi giorni. All'opposto, le guerre civili tendono a durare, sempre prendendo un valore medio, circa sei anni, con alcune che possono protrarsi per circa dieci-quindici anni. Dati i costi della guerra, è comprensibile l'incentivo per gli stati a limitarle al massimo, ma purtroppo questo non succede per le guerre civili, i cui costi devastanti non sembrano essere percepiti dalle parti in conflitto. Ammesso che si possano davvero calcolare le perdite economiche

⁴⁹ Cfr. in generale PAUL COLLIER, *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It* (2007).

derivanti da tali conflitti, e sommare a questa cifra le perdite economiche connesse al mancato sviluppo economico e quindi moltiplicare questi costi per gli anni di conflitto, questo conto totale darebbe una visione particolarmente fosca delle potenzialità economiche di queste società, che già hanno scarse capacità di sviluppo economico.

Nello studio dei conflitti, l'avidità ed i fattori politico-economici sono spesso intercorrelati. I fautori dei conflitti in zone del mondo particolarmente povere sono spesso spinti dall'avidità personale, e sono in grado di combinare i loro obiettivi personali con tali fattori politico-economici facendoli divenire surrogati degli interessi di altri stati (come nel caso della Guerra Fredda), o portando avanti l'interesse di compagnie straniere (petrolio, diamanti ed armi). Pertanto le tipologie criminologiche di questi conflitti sono assimilabili a quelle della criminalità organizzata o delle gang (così come sono conosciute nei paesi sviluppati, soprattutto nelle zone ad alta densità urbana).

Tutto questo conduce ad affermare che i presupposti tradizionali alla base del rispetto del diritto internazionale umanitario non sono più validi, e che, di conseguenza, devono essere messe a punto nuove misure di controllo⁵⁰. Le attività degli attori non statali nei conflitti, generalmente descritte come guerra civile, possono in realtà essere comprese in quella serie di azioni che di solito viene definita come "terrorismo", e forse più specificatamente, "crimine organizzato" e "gang criminali". Le distinzioni tradizionali tra le varie fenomenologie dei comportamenti sociali aberranti non sono più valide, né tantomeno lo sono i meccanismi tradizionali di controllo sociale, in particolar modo i presupposti alla base della deterrenza e della prevenzione.

È diventato indispensabile un approccio strategicamente globale che includa in sé una varietà di possibili tecniche di intervento. I costi diretti ed indiretti della guerra, i costi connessi all'applicazione di una giurisdizione straniera o universale, l'assistenza umanitaria, la stabilizzazione e la ricostruzione dovrebbero diventare le basi per comprendere come prevenire i conflitti e come condurli ad una più rapida conclusione. Priorità fra queste considerazioni andrebbe data alle condizioni economiche dei paesi meno sviluppati e a quegli Stati economicamente instabili, o sul punto di divenirlo.

Queste osservazioni rivelano qualcosa di abbastanza ovvio: cioè che ogni conflitto comporta costi sia economici che umani. Molti studi condotti da economisti e sociologi hanno dato stime diverse su questi costi, eppure pare

⁵⁰ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors*, cit.

che i governanti che hanno il potere di decidere, così come le organizzazioni intergovernative, o non siano ben informati delle dimensioni di tali costi o preferiscano ignorarli. Porre enfasi sulle modalità di PCJ non deve tuttavia essere un modo, per coloro che prendono le decisioni sia nelle organizzazioni intergovernative che nei governi, di evitare di doversi confrontare con i costi umani ed economici dei conflitti, basandosi sul presupposto che la PCJ, ed in particolar modo i procedimenti penali, possono servire come efficaci meccanismi per la prevenzione dei conflitti. Non esistono studi che possano dimostrare l'efficacia deterrente o preventiva delle modalità di PCJ. I dati disponibili sono aneddotici, e le conclusioni a cui si arriva sono basate sull'esperienza comune.

12. Conclusioni

Come si può valutare obiettivamente il significato reale e simbolico e l'impatto che produce il vedere i 22 maggiori criminali nazisti alla sbarra di fronte al Tribunale di Norimberga⁵¹ e i 28 maggiori criminali di Classe A di fronte al Tribunale di Tokio⁵²? Come si può valutare l'impatto di quella che è stata probabilmente una delle più dirette manifestazioni della giustizia penale internazionale, quando il 29 Marzo 2006, Charles Taylor fu trasportato in elicottero da Freetown (Sierra Leone) fino alla sede della *Sierra Leone Special Chambers* presso New England, un sobborgo di Freetown, mentre folle di cittadini che avevano subito le violenze scatenate dalla guerra dello stesso Taylor, camminando per strada gioivano alla vista dell'elicottero? Al momento dell'atterraggio dell'elicottero di fronte al tribunale ci fu un breve momento di silenzio, seguito da un'esplosione di applausi. Per le persone lì presenti, e per tutti gli abitanti della Sierra Leone quello aveva rappresentato un segno tangibile della giustizia penale internazionale.

Come si può misurare l'impatto che ha su di una popolazione vittima di violenze, l'immagine di un capo di stato, responsabile di tali atti criminali,

⁵¹ Cfr. EUGENE DAVIDSON, *The Trial of the Germans: An Account of the Twenty-Two Defendants Before the International Military Tribunal at Nuremberg* (1966); *Perspectives on the Nuremberg Trial* (Guénaël Mettraux, ed. 2008).

⁵² Cfr. NEIL BOISTER - ROBERT CRYER, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (2008); YUMA TOTANI, *The Tokyo War Crimes Trial: The Pursuit of Justice in the Wake of WWII* (2008); KIM MAGA, *Judgment at Tokyo: The Japanese War Crimes Trials* (2001).

posto sotto processo come nel caso di Kambanda, capo di stato ruandese, Milosevic, leader serbo e Taylor, capo di stato Liberiano? Se nel 1950 qualcuno avesse chiesto quanto sarebbe costato alla giustizia penale internazionale stabilire la responsabilità penale internazionale di un capo di stato e di processarne tre tra i più brutali, quale risposta ci si sarebbe potuti aspettare? Può qualcuno dare un prezzo a tutto questo?

I procedimenti penali internazionali sono stati sporadici, limitati nel numero, con costi molto alti e selettivi. È ancora più significativo osservare come nessuno fra i cinque paesi membri permanenti del Consiglio di Sicurezza (U.S.A., Cina, Gran Bretagna, Russia e Francia) sia mai stato sottoposto ad un procedimento. Si è pertanto portati a concludere che esista, o almeno sia presumibile l'esistenza di una sorta di eccezionalità per questi paesi. Nessun procuratore internazionale sarebbe in grado di dimostrarlo, laddove volesse anche solo provarci. Tuttavia, tale eccezionalità va anche oltre. Essa comprende i casi in cui è stato realizzato il desiderio di queste potenze su chi indagare, per quali capi d'accusa e quando. Di conseguenza finisce per essere, in un certo senso, uno strumento di egemonia politica. Di sicuro, non sussistono elementi di alcun tipo che provino l'esistenza di questa eccezionalità o influenza egemonica. Non vi sono impronte digitali, ma coloro che lavorano nel campo della giustizia penale internazionale, recepiscono il messaggio. In caso contrario, il loro lavoro sarà inaspettatamente rallentato da intralci burocratici, riduzioni di fondi, pubblicità negativa sui media seguita da attacchi personali nei confronti di coloro che non recepiscono il messaggio, fino alla minaccia di rimozione dal proprio incarico, in un modo o in un altro. Nella migliore delle ipotesi verranno aspramente criticati⁵³.

Per coloro i quali non si sono mai trovati all'interno della realtà del sistema internazionale, fatti del genere potrebbero essere di difficile comprensione⁵⁴.

⁵³ Quest'ultimo fu il caso che coinvolse Richard Goldstone successivamente al suo rapporto al Consiglio sui Diritti Umani delle Nazioni Unite sulle incursioni di Israele nella Striscia di Gaza nel biennio 2008-09. Vedi il Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, United Nations Human Rights Council, A/HRC/12/48 (15 September 2009); vedi altresì SHARON OTTERMAN, *Gaza Report's Author, Goldstone, Asks U.S. to List Concerns*, *N.Y. Times*, Oct. 22, 2009. Goldstone, misurato ed obiettivo nella sua analisi, è stato ciononostante attaccato dai sostenitori di Israele sia negli Stati Uniti quanto in Europa, e da Israele stesso. Gli interessi politici si dimostrano spesso agli antipodi con gli obiettivi della giustizia. Vedi infine: M. CHERIF BASSIOUNI, *The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik*, 22 GA. STATE U. L. REV. 541 (2006)

⁵⁴ Essendoci passato, avendolo provato e avendone sentito il peso, posso testimoniare alla

In ogni caso, tali episodi accadono in quanto nella giustizia penale internazionale non vi è trasparenza o certa assunzione di responsabilità, a meno che per quest'ultima non si tratti di responsabilità politica. Inoltre, non vi sono sistemi di controlli e contrappesi per prevenire l'influenza politica sui processi di PCJ, per non parlare della possibilità di correggere o rimediare a tali influenze politiche. Così come gli stati abusano dei loro poteri internamente, lo stesso fanno a livello internazionale, con in più una maggiore probabilità di impunità. Gli unici fattori compensativi possono essere i mass media e le reazioni che essi possono suscitare nell'opinione pubblica mondiale. In ogni caso, tale effetto è di tipo aleatorio e temporaneo. Coloro i quali abusano del proprio potere nel settore della PCJ devono solo aspettare che la "tempesta mediatica" esaurisca i suoi effetti. A meno che i fatti scoperti siano straordinariamente atroci, vengono di solito facilmente dimenticati dall'opinione pubblica, viene trovato un capro espiatorio e tutto ritorna come prima.

Gli studi presentati nel corso di questa ricerca includono analisi orizzontali e verticali. Vi sono i Rapporti Regionali sull'Asia, Africa, Mondo Arabo, Europa e le Americhe, più altri 13 Rapporti tematici. Nel complesso rappresentano il lavoro più completo sullo stato dei conflitti avvenuti nel mondo fra il 1945 ed il 2008 mai preparato. Essi descrivono, fra l'altro, fatti ed eventi mai riportati prima in un singolo studio. L'obiettivo prefissato di questi studi è quello di dare una valutazione oggettiva alla PCJ e di supportare la Corte Penale Internazionale nel raggiungere i propri obiettivi alla luce delle esperienze del passato. La missione della Corte Penale Internazionale e le modalità per la sua realizzazione, dovrebbe essere guidata dalle esperienze passate e presenti nella PCJ.

Nel 2012 ICTY, ICTR ed i tribunali misti concluderanno la loro missione. La Corte Penale Internazionale si troverà ad essere l'unica istituzione di giusti-

luce delle esperienze da me vissute direttamente e di quelle di cui sono stato testimone. Storie che ho vissuto direttamente sulla mia pelle, riguardanti l'ex Jugoslavia, l'Afghanistan e l'Iraq, potrebbero riempire un libro di testo. In linea di principio, coloro i quali rispettano le volontà dei potenti, vengono spesso premiati, mentre coloro i quali non lo fanno sono surrettiziamente puniti. I mezzi impiegati per fare ciò sono incentivi e disincentivi legati alla carriera professionale, così come gratificare o punire coloro i quali vengono a trovarsi sulla strada degli interessi delle nazioni più potenti. La natura umana è fragile e vulnerabile, e coloro i quali hanno potere sanno come manipolare le ambizioni umane così come le debolezze. Di contro non esistono premi per la virtù. Coloro i quali compiono il loro dovere, nel migliore dei casi possono essere brevemente ricordati o lodati nel momento della loro uscita di scena per poi essere velocemente dimenticati.

zia penale internazionale. Se altre istituzioni come quelle già menzionate verranno create nel futuro è materia di pura speculazione. Il successo della Corte Penale Internazionale diventa quindi di fondamentale importanza per il futuro della giustizia penale internazionale. Tale successo non pare essere dipendente dal numero dei casi di cui la Corte si occuperà, che resterà sempre comunque limitato, ma piuttosto sulla capacità della Corte di creare complementarietà nei sistemi giuridici nazionali. Questo dovrebbe quindi significare che il principale obiettivo della Corte diventerà quello di migliorare le capacità a livello nazionale di modificare la legislazione, condurre procedimenti penali e diventare più efficaci nella cooperazione inter-statale in materia di investigazioni e procedimenti dei crimini ricadenti nella giurisdizione della Corte.

I progressi compiuti dalla giustizia penale internazionale dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, e soprattutto dal 1992 con l'istituzione da parte del Consiglio di Sicurezza della Commissione di Esperti per indagare sulle violazioni del diritto umanitario internazionale nell'ex Jugoslavia, alla luce della risoluzione 780 (1992) e culminanti con l'istituzione della Corte Penale Internazionale nel 1998, non dovrebbero essere dati per scontati come prova inconfutabile di una crescita irreversibile. Sia per ragioni politiche, quanto per costi economici o per ogni altro motivo, la giustizia penale internazionale, così come siamo abituati a conoscerla adesso, non deve essere data per scontata. Nuove realtà derivanti dalla società globale in cui viviamo potrebbero fare emergere nuove priorità. Se a causa del cambiamento climatico, o per altre circostanze non prevedibili al momento, la società globale dovesse trovarsi di fronte a nuovi pericoli e nuove sfide, la rilevanza che oggi ha la giustizia penale internazionale potrebbe scemare. È abbastanza probabile che accada che il bisogno di sicurezza, in risposta ad una rinnovata minaccia terrorista, soprattutto se condotta con armi di distruzioni di massa, sostituisca quei principi che apparirebbero come tutele legali eccessive. In altre parole, la ricerca della sicurezza potrebbe oscurare alcuni fra quei valori che vengono oggi considerati e percepiti come fondamentali nella scala dei valori comuni della comunità internazionale. Se infatti la sicurezza dovesse diventare ancora più importante, o se pericoli naturali derivanti da eventi catastrofici dovessero modificare le priorità nella scala dei valori e i timori della comunità internazionale, la giustizia penale internazionale come la conosciamo oggi verrebbe accantonata fino a scomparire.

Tali eventualità, che potrebbero apparire remote o poco probabili non sono, purtroppo, prive di fondamento e rientrano fra le realtà emergenti di una società globalizzata che sta consistentemente rafforzando i suoi processi deci-

sionali collettivi nei settori economico-finanziari. Questi processi di cambiamento, in ogni caso, non includono la giustizia penale internazionale. Infatti, le continue conquiste di quella che può essere definita la società globalizzata dei diritti umani e dei valori della giustizia, non sono basate su dati empirici e non rivelano il nascere di nessuna nuova istituzione appositamente concepita per rafforzare i diritti umani o la giustizia penale internazionale. Si potrebbe quindi concludere che, nella migliore delle ipotesi, gli impegni della comunità internazionale per i diritti umani e per la giustizia penale internazionale siano di carattere puramente esortativo o idealistici, in contrapposizione alla creazione di nuove istituzioni o al consolidamento di quelle esistenti e al fine di un rafforzamento dei diritti umani e della giustizia⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. in generale M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Justice in the Era of Globalization: Rising Expectations*, in *The Global Community: Yearbook Int'l L. & Jurisprudence* 3-14 (2006); GIULIANA ZICCARDI CAPALDO, *Global Law and Politics: A Legal Approach to Political Changes*, in *1 Yearbook Int'l L. & Jurisprudence* 5 (2008); RICHARD W. MANSBACH, *The Great Globalization Debate*, in *1 Yearbook Int'l L. & Jurisprudence* 21 (2008).

MARIO PISANI

RICOMPENSE E PREMI NELLA DISCIPLINA CARCERARIA PER GLI ADULTI

“Art. 36. Le ricompense che possono essere concesse ai condannati, negli stabilimenti di pena ordinarii, sono le seguenti:
(...)
e) permesso di tenere a proprie spese più lungamente il lume in cella o nel cubicolo
(...)”
(Dal r.d. 14 novembre 1903, n. 484)

SOMMARIO: 1. Ricompense e premi nel regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 18 giugno 1931. – 2. Le ricompense disciplinari nel lungo *iter* di gestazione della riforma: verso i nuovi traguardi del trattamento rieducativo. – A) Il progetto Gonella del 1960. – B) Il progetto Reale del 1965. – C) Il progetto Gonella del 1968. – D) I progetti Gonella del 1971 e del 1972. – 3. Regime disciplinare e ricompense nella l. 26 luglio 1975, n. 354, e nel regolamento del 1976. – 4. Il nuovo regolamento del 2000.

1. *Ricompense e premi nel regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 18 giugno 1931*

Anche il mondo delle carceri, come quello della scuola e dell'esercito, conosce tradizionalmente, accanto a misure disciplinari di carattere punitivo, e in posizione di “simmetria inversa”, determinate misure disciplinari di carattere premiale, designabili come ricompense¹. E così come alle prime possono riconoscersi, al contempo, finalità retributive e di prevenzione, generale e speciale, all'inverso alle seconde possono riconoscersi, parallelamente, finalità compensative e di promozione, generale e speciale.

¹ Ai livelli più alti della speculazione in quest'ordine di idee si collocano le generali teorizzazioni di MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tit. I, l. V, capit. XVIII, il *Trattato delle ricompense* di BENTHAM e il trattato *Del merito e delle ricompense* di Melchiorre GIOIA.

Il presente studio è stato pensato dall'autore in progressione rispetto ai suoi precedenti *Studi di diritto premiale*, 2^a ed., Milano, ed. L.E.D., 2010. Esso è dedicato anche alle onoranze, a cura dell'Università di Atene, in memoria del prof. Christos Dedes.

1.1. Un itinerario ricognitivo a tale riguardo potrebbe muovere dal r.d. 1° febbraio 1891, n. 260, che approvava il corposo e minuzioso “Regolamento generale per gli stabilimenti carcerari e pei riformatori governativi del Regno”², e recava le firme di Francesco Crispi, presidente del Consiglio e ministro dell’interno, e di Giuseppe Zanardelli, in qualità di guardasigilli.

Ma per evitare possibili dispersioni sarà bene concentrarsi sul successivo r.d. 18 giugno 1931, n. 787, che approvava il “Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena”, recante la firma del guardasigilli Alfredo Rocco.

Nella relazione con la quale sottoponeva al sovrano l’approvazione del Regolamento, “in esecuzione dei nuovi codici penale e di procedura penale”, il ministro sottolineava l’esigenza che tutta la materia venisse “riveduta e riordinata” in conformità dei nuovi indirizzi legislativi, ed anche alla luce dell’esperienza di tanti anni di applicazione del Regolamento previgente, che pur aveva subito, col passare del tempo, numerose modificazioni legislative³.

Pure la materia delle ricompense, per lo più regolamentata, nel testo del 1891, negli artt. 382 e seguenti, e in altre previsioni piuttosto disperse, veniva sottoposta ad un generale riordino, ed accorpata, per i detenuti negli stabilimenti di pena ordinari, nella Parte prima, tit. II, e più precisamente al capo XI del nuovo regolamento, dedicato all’ampio tema della disciplina. Il tutto in una prospettiva, e con certe ambizioni, di sistematicità, sottolineate dalle statuizioni contenute nell’art. 148, comma 1°: “La disciplina negli stabilimenti – vi si diceva – è soprattutto affidata all’autorità del direttore”; comma 2°: “Per premiare i detenuti che ne sono meritevoli e per correggere quelli che tengono cattiva condotta, sono concesse ricompense e inflitte sanzioni disciplinari”. In coerenza con l’inquadramento della materia, l’aggettivo (“disciplinari”) era dunque testualmente riferito sia alle punizioni che alle ricompense⁴.

In particolare, a proposito del direttore il ministro faceva rilevare: “... in

² Ne era stato propugnatore ed artefice il direttore generale Beltrani-Scalia – già autore di alcuni ragguardevoli studi in materia: *Sul governo e sulle riforme del carcere in Italia*, 1867; *La riforma penitenziaria in Italia. Studi e proposte*, 1879 – al quale va anche riconosciuto il merito della unificazione della multiforme disciplina carceraria previgente. A giudizio di NEPPI MODONA (*Carcere e società civile*, in AA.Vv., *Storia d’Italia*, vol. 5, *I documenti*, 2, 1976, p. 1924), nel regolamento del 1891 pene e ricompense rappresentano il “vero perno attorno a cui ruota la vita carceraria”.

³ Nella relazione (v. in *Riv. dir. penit.*, 1930, p. 581 ss.) si faceva anche notare come “molte disposizioni che non furono abrogate ebbero da circolari c.d. interpretative, raccolte in tre volumi, reali ed effettive innovazioni di sostanza”.

⁴ Per le ricompense riguardanti i minori e gli internati per misure di sicurezza v., rispettivamente, gli artt. 223 e 278 del regolamento.

un agglomerato di uomini delle più opposte tendenze, obbligati allo stato di detenzione da una condanna, cioè da un provvedimento contro cui si appunta in genere tutto il loro risentimento, solo l'autorità del direttore, fatta di dignità, di energia, di umanità, di giustizia può dare quella tranquillità che è condizione indispensabile – si noti – per il buon esito della esecuzione della pena” (e quasi dunque per lo più si trattasse di una pratica amministrativa, protratta nel tempo, da portare a compimento).

Quanto poi alle ragioni ispiratrici delle ricompense, e, per converso, delle punizioni, la relazione così proseguiva: “Nel fissare le une e le altre si è, naturalmente, posto mente ai bisogni, ai desideri, alle preferenze (passeggio, lettura, vita in comune, remunerazione del lavoro ecc.) dei detenuti, soddisfacendoli più largamente con le ricompense, limitandoli con le punizioni”.

1.2. Più in particolare, in ordine alle ricompense il nuovo regolamento seguiva l'impostazione di quello del 1891, per il fatto che – a differenza di quanto stabilito, ispirandosi al principio di legalità, in ordine alle fattispecie punitive – continuava a mancare la configurazione delle fattispecie premiali, e dunque delle concrete ipotesi di meritevolezza⁵.

A fronte di tale carenza, la decisione se concedere o meno le ricompense, e in caso positivo l'una a preferenza dell'altra, e con l'una o con l'altra gradazione, era affidata soltanto alle “attribuzioni” degli organi preposti alla loro applicazione. Era appunto la relazione a far rilevare che il regolamento, mentre “determina espressamente (artt. 161 e 166) per quali mancanze vanno applicate le singole punizioni”, lascia invece “alle facoltà discrezionali del direttore e del Consiglio di disciplina di proporzionare le ricompense ai fatti per i quali sono concessi”⁶.

La specificazione andava peraltro integrata col rinvio a quanto statuito nell'ultimo comma dell'art. 173, alla stregua del quale – sarà il caso di anticiparlo – alcune delle ricompense previste, quanto ai “detenuti classificati buoni” risultavano senz'altro “dovute”.

1.3. Nel delineare la gamma delle ricompense possibili il regolamento Roc-

⁵ Scrive, di recente, SENDEL, *Justice*, trad. it., *Giustizia*, 2010, p. 16: “Aristotele insegna che giustizia è dare a ciascuno ciò che merita, e per poter stabilire chi merita che cosa, dobbiamo determinare quali sono le virtù degne di essere onorate e premiate”.

⁶ Ne prendevano atto CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. IV, 1949, p. 208, ed ancor prima SIRACUSA, *Istituzioni di diritto penitenziario*, 1935, p. 244, che ne parlava in termini di “prudente arbitrio”.

co riprendeva ed aggiornava, *in bonam partem*, quella prevista nel regolamento Crispi.

Al primo posto – al n. 1 – dell’art. 151, veniva in considerazione “la lode”, che il direttore doveva apprestarsi a concedere sulla base di una sorta di cerimoniale: “in presenza di un impiegato, del comandante o capoguardia e, possibilmente, di tre detenuti che nell’anno hanno ricevuto una ricompensa”⁷.

Al n. 2 scompariva, rispetto alla regola previgente, la “concessione di sussidiare la famiglia della parte offesa”, che, se mai, l’art. 145 c.p. aveva all’opposto convertito nei termini – peraltro poi rimasti inattuati – di un prelievo obbligatorio, sulla remunerazione corrisposta per il lavoro prestato, delle “somme dovute a titolo di risarcimento del danno”. Rimaneva però fermo – ma pur sempre a titolo di ricompensa da meritarsi (!) – il “permesso” (già “concessione”) di “sussidiare la [propria] famiglia bisognosa” (con i conseguenti oneri di contabilizzazione a carico dell’amministrazione).

Al n. 3 veniva ampliata – dalla periodicità di “non più di una volta per trimestre” si passava a quella di “non più di due volte al mese” – la “concessione gratuita (...) della carta da lettere e della francatura postale”: una ricompensa pur sempre alquanto espressiva del basso livello di *standard* economico ipotizzato per i possibili beneficiari.

Sempre in tema di corrispondenza, al n. 4 – e riproponendo il testo del 1891 (art. 382, lett. g) – si prevedeva “il permesso di scrivere più frequentemente e (*sic*) più lungamente in famiglia, in modo però da non eccedere il doppio dei limiti fissati” (quanto alla frequenza v. gli artt. 104 e 105).

L’intensificazione, sempre a titolo premiale, dei rapporti con la famiglia, veniva riproposta al n. 5 dello stesso art. 151 del regolamento, dove si delineava “il permesso di un numero maggiore di visite da parte della famiglia, e di riceverle in camera separata, ma non più di una volta al mese”.

Con riferimento ad altro settore, al n. 6 si profilava, sempre a titolo di ricompensa, “la concessione dell’aumento di un decimo della remunerazione”, così come prevista dall’art. 145 c.p., e concretamente determinata alla stregua dell’art. 125 del regolamento. In quest’ultimo testo si delineavano anche la distinta e concorrente disciplina delle “mercedi”, e, da ultimo, la possibilità che il ministero concedesse, a titolo di incentivo, supplementare rispetto alla mera remunerazione, dei “premi speciali ai detenuti lavoranti designati dalle direzioni per speciale rendimento”. Correlativamente, nell’art. 133, comma 2°, si

⁷ Notava CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 209: “nel regime di umiliazione, al quale il condannato è sottoposto, la lode (...) gli conferisce una dignità che non deve essere sottovalutata”.

ipotizzava la concessione di “premi di sussidio” attinti dal fondo “profitti del detenuto”, che andavano a confluire nel “fondo particolare” del condannato, quale componente, accanto al “fondo di lavoro”, del suo “peculio”.

Seguiva, al n. 7, la previsione della possibilità, sempre a titolo di ricompensa, di una “raccomandazione speciale al Consiglio di patronato”, allo scopo di sollecitare l’attivazione delle sue attribuzioni assistenziali (art. 149 c.p.; art. 8 ss. regol.).

L’ultima previsione di ricompensa, anch’essa attinta alla regolamentazione previgente, era quella (n. 8) della “proposta per la grazia sovrana”, della quale si dirà più oltre.

1.4. Accanto all’implicita funzione di “promozione speciale” – riferibile, cioè, ai singoli detenuti – di per sé connaturata alle previsioni normative del settore, nel regolamento (art. 151, ult. comma) si poneva l’accento anche sul profilo di “promozione generale” o pedagogica, ovviamente riferito, in particolare, alla specifica comunità carceraria. Veniva infatti stabilito che, salvo “ragioni in contrario”, le concessioni delle ricompense dovessero venire “rese pubbliche mediante speciali ordini del giorno (mod. 22)”.

Più in particolare, poi, per l’ipotesi in cui la grazia proposta in ambito carcerario venisse in effetti concessa, nello stesso ordine di idee era prevista la comunicazione della notizia “in tutte le sezioni dello stabilimento” (v. l’art. 202, con rinvio alle norme dell’art. 200), con una serie di consequenziali e molteplici illustrazioni ed ammonimenti, “per stimolare i condannati a serbare una condotta che li renda meritevoli del beneficio”.

1.5. Quanto alle autorità cui era attribuita la concessione delle ricompense, l’art. 152 teneva distinte, rispetto alle altre, quelle previste nei numeri da 1 a 5, oltre che nel n. 7. Per tali ipotesi la relativa concessione era di spettanza del direttore, alla cui autorità del resto, e in linea generale (1.1), anche la disciplina carceraria era affidata in linea preminente.

La concessione delle altre ricompense, invece – e cioè relativamente (n. 6) all’aumento della remunerazione e (n. 8) alla proposta per la grazia – era riservata (l’ultimo comma dell’art. 149 ne parlava come delle “ricompense più notevoli”) al Consiglio di disciplina, del quale, ad ogni modo, il direttore costituiva *magna pars*, affiancato dal “funzionario di grado immediatamente inferiore”, oltre che dal cappellano e dal medico.

La funzione spiccatamente disciplinare-premiale, e non semplicemente “graziosa”, delle ricompense, era sottolineata dalla previsione (art. 152, com-

ma 2°) in base alla quale, quelle, tra di esse, che avevano “carattere continuativo”, dovevano venire revocate allorquando il detenuto, in prosieguo, ne fosse stato ritenuto non più “meritevole”.

1.6. Il campo delle concessioni riservate collegialmente al Consiglio di disciplina veniva però circoscritto, nello stesso art. 152, comma 2°, essendo state testualmente escluse le ricompense da ritenersi (art. 173) “conseguenza della classifica di buono” (corrispondente – art. 330, comma 3° – a quella che, per il passato, era la “classifica di merito”).

Tale “classifica”⁸ era il possibile risultato della periodica valutazione, affidata al direttore, sia pure “sentiti il medico e il cappellano”, circa il comportamento dei “detenuti ammessi alla vita in comune”. Più precisamente, a venire in considerazione era il comportamento del detenuto che “durante il semestre”, e quindi in termini continuativi, avesse “serbato sempre buona condotta”, ed al contempo avesse “dato prova di attaccamento al lavoro ed alla scuola”.

Si specificava, inoltre, che, per un verso (art. 173, comma 3°) il fatto di non essere incorsi “in una punizione disciplinare più grave dell’ammonizione”, era da ritenersi “condizione necessaria, ma non sufficiente” per la concessione della classifica di “buono”, e soprattutto, in linea positiva, che la valutazione della condotta dovesse venire operata “tenendo presente *tutto il tenor di vita* del detenuto nella scuola, nell’officina, nelle funzioni religiose, nei rapporti con i superiori, nelle relazioni con gli altri detenuti”.

La “classifica” di “buono” aveva una notevole rilevanza d’ordine premiale, in quanto ai detenuti così classificati (art. 173, comma 3°) “le ricompense indicate nei numeri da 1 a 7 dell’art. 151” – ed esclusa dunque la proposta per la concessione della grazia (n. 8) – erano, secondo la previsione testuale, “dovute”⁹.

⁸ Sul ruolo della “ripartizione secondo ranghi o gradi” v. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., 1976, p. 198.

⁹ A proposito di tale previsione si era posto il dubbio se essa comportasse una *deminutio* delle “facoltà discrezionali” di concessione attribuite al direttore. Con una circolare (n. 213 del 5 agosto 1931), il Ministero, premesso (con felice anticipazione di prospettive) che la classifica di buono dava luogo “ad un vero e proprio periodo nella esecuzione progressiva della pena”, precisava che, “ove alcuna delle ricompense prevedute nell’art. 151 abbia dei limiti di estensione entro i quali il direttore può concederle” (cfr. i nn. da 3 a 5), fermo restando l’obbligo di concedere la ricompensa restava però “immutata la facoltà discrezionale del direttore di determinarne la misura”, entro i limiti regolamentari previsti. V. anche – in *Riv. dir. penit.*, 1931, p. 1301 ss. – l’antecedente circolare n. 211, con la quale la Direzione generale delimitava ulteriormente, *pro-tempore*, la possibilità della corresponsione mensile gratuita di carta da lettere ed affrancatura.

Alla riconosciuta qualifica classificatoria era dunque necessariamente conseguente l'applicazione della più gran parte delle varie e predette "ricompense". E se, pertanto, era pur sempre vero che, nel regolamento Rocco, in linea generale mancava la previsione delle fattispecie premiali, correlative alle ricompense (1.2), non mancava però, come s'è visto, la previsione della fattispecie premiale, ad ampio raggio, correlativa al fertile presupposto di molte tra le ricompense medesime: una classificazione-presupposto, di spiccata connotazione rieducativa, anche eccedente il piano della mera gestione carceraria¹⁰.

Ma alcune puntualizzazioni ulteriori sembrano per lo meno opportune.

In primo luogo, va rimarcata l'intersezione prevista tra la ricompensa "dovuta", e in corso di applicazione, ed il regime disciplinare di carattere punitivo. E ciò in quanto per il detenuto al quale fosse stata "inflitta una punizione disciplinare più grave dell'ammonizione" veniva "annullata la classifica di buono", e conseguentemente l'ulteriore applicazione della ricompensa (art. 174).

In secondo luogo, quanto alla proposta di grazia (la ricompensa indicata al n. 8 dell'art. 151) era previsto, sotto il profilo comportamentale, che la proposta era condizionata alla "condotta tenuta" dal condannato, ed in particolare alle "prove date di attaccamento al lavoro" – il lavoro era posto al vertice (art. 1) delle modalità dell'esecuzione carceraria – che potevano rendere il condannato "meritevole di speciale considerazione". E ciò pur sempre in una prospettiva eccedente il ristretto ambito della "gestione" carceraria.

Al di là di tutto ciò, ed in linea più generale, anche *temporibus illis* avrebbe ad ogni modo potuto o dovuto apparire piuttosto riduttiva l'idea secondo cui, quasi a prescindere dalle carenze del complessivo apparato istituzionale ed ambientale del carcere, i "premi disciplinari", combinati con le sanzioni, potessero essere di per sé idonei ad incidere in misura sostanziale sulla rieducazione del condannato¹¹.

¹⁰ Sembra dunque non giustificabile – anche per quanto si dirà più oltre – la distinzione operata in una pregevole indagine (PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, 1986, p. 12 ss., p. 40 ss.) secondo la quale soltanto la riforma del 1975, precisamente con le misure alternative alla detenzione, ha consentito di aggiungere, a differenza ed integrazione di una "premierità come mezzo di gestione della comunità carceraria" (o "premierità-gestione"), una "premierità come mezzo di rieducazione" (o "premierità-rieducazione": p. 14). Sul sistema dei premi e delle punizioni disciplinari quale mezzo, adottato già nei sistemi penitenziari ottocenteschi, per garantire l'assimilazione del trattamento educativo, v. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, 1981, p. 34 ss.

¹¹ Rilevata "una certa analogia" tra le ricompense disciplinari e i mezzi di educazione "che si adoperano con i bambini", CARNELUTTI, *loc. ult. cit.*, invitava a non meravigliarsene, atteso che "il recluso è oggetto, appunto, di una rieducazione assai più difficile che quella di un fan-

Va anche considerato, per amore di verità, e quindi anche per un'esigenza di contestualizzazione storica, che l'art. 27, comma 3°, della Costituzione, ancora non era stato scritto, e che, del resto, il grande Zanardelli che aveva dato vita al celebrato codice del 1889 era pur sempre ... il guardasigilli che aveva posto la sua firma sotto il "Regolamento generale" del 1891, assai più antiquato e retrogrado – a voler essere obiettivi – di quello sopravvenuto a distanza di quarant'anni.

2. *Le ricompense disciplinari nel lungo iter di gestazione della riforma: verso i nuovi traguardi del trattamento rieducativo*

A dodici anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione, viene dato l'avvio al lungo *iter* di una riforma organica dell'ordinamento penitenziario.

A) L'11 giugno 1960 il ministro di grazia e giustizia Guido Gonella presenta al Consiglio dei ministri, sulla scorta di un'ampia relazione, un disegno di legge a largo raggio intitolato "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile"¹².

Nella parte II, tit. I, del disegno di legge si delinea con una certa analiticità (art. 59 e seguenti) la nozione di "trattamento penitenziario", che dà l'impronta ad una nuova filosofia dell'esecuzione carceraria, ed in tale contesto viene inquadrata anche la disciplina del regime disciplinare, che – si precisa – va considerato quale "parte integrante del trattamento penitenziario", e va attuato "in modo da stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo" (art. 81, comma 1°). Esso, inoltre (comma 2°), tende ad ottenere la "spontanea adesione" dei detenuti "al rispetto delle norme della vita collettiva",

ciullo". Osserviamo: una tale maggior difficoltà avrebbe se mai dovuto comportare il dubbio circa la fruttuosa congruenza tra i mezzi previsti e il più elevato livello degli obiettivi finali.

Con altrettanto, e più o meno ingenuo, ottimismo SIRACUSA, *Istituzioni*, cit., p. 243 (e, pedissequamente, VELOTTI, *La disciplina penitenziaria*, in *Rass. st. penit.*, 1975, p. 459) indicava nelle ricompense lo scopo di "stimolare i detenuti ad assolvere non solo volentieri, ma con amore ed attaccamento, tutti i loro doveri": il che – si aggiungeva – "alla lunga" non poteva che "esercitare una notevole quanto benefica influenza nel loro modo stesso di concepire la vita e, quindi, facilitano la rieducazione sociale".

¹² Il disegno di legge, preceduto dalla relazione illustrativa – il § 1 è dedicato ai "precedenti della riforma dell'ordinamento penitenziario" – è pubblicato nel suppl. al fasc. IV della *Rass. st. penit.* 1960 (la relazione inizia a p. 177). V. anche DI GENNARO, *Legislazione penitenziaria attuale e linee di sviluppo in relazione all'adempimento costituzionale*, *ibid.*, 1971, p. 271.

ovvero della comunità carceraria.

Più in particolare, quanto alle “ricompense” si dice che esse (art. 82) “hanno lo scopo di premiare la buona condotta, l’impegno dimostrato nel secondare la attuazione del programma di trattamento e di stimolare una maggiore e spontanea adesione ad esso”. Precisa la relazione che in tale materia “è stato enunciato un concetto nuovo per la nostra legislazione”; e ciò nel senso che esse “sono destinate a premiare non la buona condotta esteriore, che può essere frutto di un adattamento passivo alla vita penitenziaria o di un atteggiamento ipocrita, ispirato a meri motivi utilitaristici, bensì l’adesione spirituale al trattamento intrapreso, la quale postula la comprensione delle finalità rieducative di esso ed un sincero impegno per favorirlo”¹³.

Continua a mancare, nel testo di riforma, la configurazione delle fattispecie premiali, ed inoltre, a differenza di quanto previsto (tit. V, capo I, artt. 108 e 109) per le punizioni disciplinari – in dichiarata estensione all’ambito penitenziario dei principi legalistici propri della materia penale – nessuna previsione è operata, sul piano dell’effettualità, quanto alla tipologia delle ricompense (e, correlativamente, quanto alle autorità preposte alla loro concessione). L’art. 82 del disegno di legge si limita infatti ad anticipare che esse saranno “previste dal regolamento”, ovvero dal regolamento attuativo della nuova disciplina penitenziaria, per la prima volta elevata al rango di legge formale.

Degno di nota è anche il fatto che nello stesso tit. V, capo II, del disegno di legge, già si delinea l’istituto della semilibertà (art. 115), in correlazione – si noti – coi “progressi compiuti nel corso del trattamento e al fine di favorire il graduale reinserimento dei soggetti nella società”, oltre che (art. 116) la previsione di licenze al condannato ammesso a godere di tale regime.

La materia delle ricompense risulta però non potersi estendere a tali nuovi istituti, posto che, come s’è ricordato, di tipologia delle ricompense espressamente si parla soltanto come tema *de iure condendo*.

B) Nella scia di quel primo progetto si viene a collocare un nuovo disegno di legge, di pari intitolazione, datato dicembre 1965. Nel presentarlo, il ministro Oronzo Reale riferisce che il provvedimento “si riallaccia alle linee generali di un precedente progetto governativo (...) che, presentato al Parlamento nel 1960, decadde con lo spirare della decorsa Legislatura”¹⁴. Segue l’aggiunta: il nuovo testo “se ne discosta, tuttavia, per numerosi ed importanti aspetti,

¹³ V. la relazione *cit.*, p. 273.

¹⁴ Per il testo introduttivo dove così si riferisce v. *Rass. st. penit.*, 1966, fasc. II.

in quanto si è voluto tener conto di proposte, osservazioni ed istanze da varie parti formulate e si è cercato di dare *una più moderna impronta* – la sottolineatura è nostra – *alla disciplina penitenziaria*”. E così spiega: “Nuovi istituti invero sono stati previsti¹⁵, tra cui quelli della liberazione anticipata e della remissione del debito per spese di giustizia e di mantenimento, che rientrano anch’essi nella prospettiva generale del riadattamento sociale dell’individuo”.

Si riprende poi, e si ribadisce, la nozione centrale di “trattamento”, inteso come “il complesso delle attività strumentali da adottare e utilizzare ai fini della rieducazione” (in tal senso si esprime il § 2 della relazione illustrativa¹⁶), e quanto al capitolo della “disciplina”, si ripropongono, nei nuovi artt. 82 e 83 del rinnovato disegno di legge, le formulazioni del 1960, sia quanto alla caratterizzazione e alle formalità del “regime disciplinare” (art. 82) che quanto alla materia delle “ricompense”.

Con una sola aggiunta, relativamente a queste ultime. Esse, infatti, fermi restando gli scopi ad esse sottesi, vengono profilate, non più soltanto come futuribili, e cioè emergenti dal futuro regolamento attuativo, ma anche dalla stessa legge in programma (art. 83: “Le ricompense, previste *dalla presente legge* e dal regolamento ...”).

Con il che il legislatore lascia intendere che i predetti e “nuovi istituti”, o per meglio dire: la semilibertà, con la possibile concessione delle licenze “a titolo di premio” (artt. 120 e 121), e, inoltre, il nuovissimo istituto della “liberazione anticipata” (art. 123) – di essi, per l’appunto, parla la “presente legge” – abbiano fatto in certo modo lievitare e maturare l’antico istituto delle ricompense disciplinari. E ciò nel senso che esse, anche per via della loro stretta interconnessione con gli sviluppi del “trattamento”, più non siano ritenute riferibili, come in passato, soltanto a singoli comportamenti meritevoli dei detenuti, in puntuale correlazione, quasi sinallagmatica, con delle ricompense semplicemente migliorative delle condizioni dell’*habitat* carcerario, ma si candidino a proiettarsi, ben al di fuori di questo, (anche) come riconoscimenti premiali di “condotte di vita” coerenti con gli sviluppi del trattamento rieducativo.

Nel nuovo disegno di legge manca pur sempre la configurazione, in concreto, sia delle fattispecie strettamente premiali che della tipologia delle ricompense ad esse correlative.

¹⁵ Nuovi – si intende – anche rispetto alla semilibertà e alle correlative licenze per i condannati, secondo quanto previsto nel disegno di legge del 1960.

¹⁶ V. *loc. cit.*, p. 60.

C) Anche il disegno di legge del 1965 non completa il suo *iter*, a causa della fine della legislatura, e vi subentra un nuovo disegno di legge, ancora di iniziativa del ministro Gonella, presentato al Senato nell'ottobre 1968, e più opportunamente circoscritto, con minori ambizioni, alla tematica dell'ordinamento penitenziario¹⁷.

Come già nell'ultimo disegno di legge, viene ribadita l'interconnessione del "regime disciplinare" con il "trattamento penitenziario" (art. 26), e in particolare quanto alle "ricompense" (art. 27), insieme allo scopo al quale devono ispirarsi, si ribadisce che esse sono "previste", oltre che dal futuro "regolamento attuativo" (art. 90), anche, ed ancor prima, dalla "presente legge".

La quale ultima – beninteso, allo stadio di progetto – viene ancora ad incorporare la disciplina del regime di semilibertà (art. 63) e la connessa previsione delle possibili licenze – premio (art. 64), ed incorpora anche l'istituto, ampiamente innovativo, della liberazione anticipata (art. 66).

Continua però a mancare, sempre quanto alle tradizionali "ricompense", la configurazione delle fattispecie premiali, ed anche (non così avveniva – come si ricorderà – alla stregua del regolamento del 1891), della tipologia delle ricompense medesime, almeno secondo le configurazioni tradizionali.

D) Anche questo disegno di legge rinnova l'antica vicenda di Sisifo, e cioè non riesce a concludere l'itinerario normativo. Al suo posto – sempre con il circoscritto, ma pur sempre amplissimo, obiettivo dell'ordinamento penitenziario – nel 1971 subentra un nuovo disegno di legge Gonella, che verrà approvato in sede di Commissione Giustizia del Senato, e poi in Assemblea¹⁸.

Il progetto del 1971 ripropone, sia, per così dire, in positivo – art. 27 (*Regime disciplinare*); art. 28 (*Ricompense*); incorporazione della disciplina della semilibertà e connessa possibile concessione delle licenze a titolo di premio, oltre che della liberazione anticipata – sia in negativo, per le carenze normative sopra indicate, il progetto del 1968¹⁹.

¹⁷ Il testo del progetto è pubblicato in *Ind. pen.*, 1969, p. 410 ss.

¹⁸ La relazione all'Assemblea del sen. Follieri è pubblicata in *Rass. st. penit.*, 1971, p. 201 ss.

¹⁹ In un commento aspramente critico al disegno di legge del 1971 (esso "nasce vecchio e sclerotizzato e si rifà molto da vicino allo schema autoritario e fascista dell'attuale Regolamento carcerario"), NEPPI MODONA, *I rischi di una riforma settoriale*, relaz. all'VIII Convegno nazionale dei Comitati di azione per la giustizia (giugno 1971) deprecava (p. 27) il mantenimento del "ben noto sistema delle punizioni e delle ricompense – il bastone e la carota – le prime usate al fine di adattare il detenuto all'innaturale sistema di vita carceraria, le seconde per premiare chi, essendosi adattato, ha ormai perso la sua personalità ed il suo valore sociale". È però il caso di

La fine anticipata della IV Legislatura travolge anche il disegno di legge del 1971, che però, nell'ottobre 1972, viene ripresentato a Palazzo Madama dal ministro Gonella²⁰.

Ma anch'esso non raggiunge il traguardo legislativo, e gli subentra quindi un nuovo testo – “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà” – che, presentato alla Camera Alta nell'ottobre 1972, prosegue il suo, ancora non semplice, *iter*, fino poi a tradursi nella l. 26 luglio 1975, n. 354²¹.

3. *Regime disciplinare e ricompense nella l. 26 luglio 1975, n. 354, e nel regolamento del 1976*

Affrontiamo ora la disciplina in vigore in materia di regime disciplinare, e più particolarmente in materia di ricompense.

3.1. Utilizzando la formulazione del disegno di legge del 1960 (2.1), l'art. 36 della legge del 1975 sinteticamente stabilisce che il regime disciplinare deve essere “attuato in modo da stimolare il senso di responsabilità e la capacità

osservare che prospettazioni radicali di questo genere – più tardi riproposte, anche da altri – potrebbero forse maturare qualche maggior grado di persuasività ove fossero accompagnate – ma non lo sono – da plausibili prefigurazioni alternative di un modello ideale di carcere. Né certo può bastare, a rimedio della fondamentale lacuna, il rilievo, immotivato, circa “l'incongruenza di un sistema di trattamento rieducativo di cui viene considerato parte integrante il regime disciplinare” (p. 28), senza avvertire che proprio quel nuovo collegamento, e cioè il riportare quest'ultimo entro l'ambito del trattamento rieducativo, gli conferisce una nuova caratterizzazione e un nuovo finalismo (cfr. GAETANO, *Governo disciplinare negli istituti di pena*, in *Rass. st. penit.*, 1968, p. 854).

Quanto poi all'espressione, magari semplificatrice ma banalizzante – oltre che di ascendenza mussoliniana (MACK SMITH, *Storia d'Italia del 1861 al 1958*, 4ª ed., 1960, p. 647) – che abbina il bastone e la carota, sembra il caso di richiamare JEMOLO, *L'autorità caduta*, in *La Stampa* del 16 settembre 1979: “... «Il bastone e la carota» è un'espressione odiosa, e questo coniare espressioni odiose è uno dei tanti mezzi, e non il meno idoneo, per minare le fondamenta di una società; ma dal Genesi in poi, in ogni struttura, quelle che si dicono rivoluzionarie al pari delle altre, c'è sempre il compenso – che potrà anche essere puramente morale, un appellativo, una medaglia, un gallone – e la punizione, che proprio nelle organizzazioni rivoluzionarie suole essere crudele”.

²⁰ Per il testo (che, rispetto a quello dell'anno prima, presenta un'unica modifica in materia di oneri finanziari) e la relazione ministeriale v. *Riv. ital. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 614.

²¹ V. alcuni passaggi in *Riv. ital. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 667; *ibid.*, p. 924 (con la relazione alla Camera dell'on. Felisetti); 1975, p. 936 (con la pubblicazione del testo finale).

di autocontrollo”. Più non si prevede, rispetto a quella formulazione di quindici anni prima, che tale regime tende anche ad ottenere la spontanea adesione al rispetto delle norme che regolano la vita della comunità carceraria, e nemmeno si prevede che il regime medesimo sia da considerarsi “parte integrante del trattamento penitenziario”. Ma tale seconda aggiunta, non meno di quanto è avvenuto per la prima, è stata ritenuta superflua, non solo attesa la formulazione della norma che è stata in definitiva adottata²², ma anche per quanto non a caso formulato nell’art. 1 della legge. Esso infatti rappresenta la *Grundnorm* del nuovo ordinamento penitenziario, che, a guisa di principio direttivo d’ordine generale investe e sorregge, come meglio si specificherà in seguito, tutta la disciplina del “trattamento penitenziario” in quanto “trattamento rieducativo”, a sua volta teso, “secondo un criterio di individualizzazione”, al “reinserimento sociale” dei condannati.

3.2. Più in particolare, anche in ordine alle ricompense la nuova formulazione (art. 37 della legge) è, per le stesse ragioni, più sintetica rispetto a quella del richiamato e remoto disegno di legge (art. 82). Esse – si scrive – “costituiscono il riconoscimento del senso di responsabilità dimostrato nella condotta personale e nelle attività organizzate negli istituti”²³.

E mentre nel regolamento del 1931 si delineava analiticamente la gamma delle ricompense concedibili come misure premiali, e non invece anche quella delle fattispecie della meritevolezza – affidando semplicemente la loro individuazione in concreto, e la misura premiale conseguente, al “prudente arbitrio” delle autorità ad esse preposti – il nuovo art. 37 si limita a così stabilire: “Le ricompense e gli organi competenti a concederle sono previsti dal regolamento”.

Parlando, *tout court*, delle “ricompense” come oggetto di una differita disciplina regolamentare, è da ritenere che il legislatore abbia per brevità voluto usare quell’espressione (indicativa di una parte per il tutto) a guisa di sineddoche, e cioè nel senso di fare riferimento sia alla gamma delle misure premiali che a quella delle correlative fattispecie di meritevolezza²⁴.

²² In questo senso v. COPPETTA, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 3^a ed., 2006, p. 395.

²³ Sulle ricompense come strumenti del trattamento rieducativo v. ancora COPPETTA, *loc. cit.*, p. 396, e, inoltre, DI GENNARO-BONOMO-BREDA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 2^a ed., 1980, p. 197.

²⁴ Nel senso, invece, che il regolamento, nel tipizzare anche la condotta, sia andato “oltre il mandato legislativo”, v. COPPETTA, *loc. ult. cit.*. Analogamente v. DI GENNARO ed a., *op. cit.*, p. 198. Per ragioni comprensibili, anche le nuove “Regole penitenziarie europee”

E così ad ogni modo è avvenuto, nel rispetto dei tempi previsti (art. 87), già nel regolamento contenuto nel d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431.

3.3. L'art. 71 di tale regolamento esordisce con la configurazione delle fattispecie premiali²⁵, e passa poi all'enunciazione della tipologia delle ricompense.

Va premesso che l'art. 15, comma 1°, della legge del 1975 (qui di seguito: OP, ordinamento penitenziario) indica, nell'ordine come elementi primari del trattamento rieducativo: l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive; gli "opportuni contatti con il mondo esterno"; i rapporti con la famiglia.

A tale scopo, il comma 2° stabilisce che, salvi casi di impossibilità, il lavoro debba essere "assicurato", mentre tra le varie previsioni contenute nell'art. 20, specificamente dedicate alla materia del lavoro penitenziario, si prevede che esso (comma 2°) "non ha carattere affittivo ed è remunerato", e che (comma 3°) per i condannati "è obbligatorio". Sotto quest'ultimo profilo v. anche l'art. 48 del regolamento del 1976 (con la successiva modifica).

Mentre l'art. 72, n. 3, dello stesso regolamento indica il "volontario inadempimento di obblighi lavorativi" come infrazione disciplinare sanzionabile, per converso l'art. 71 del testo medesimo prevede la concessione di una ricompensa per i detenuti che (lett. a) si siano invece distinti per "particolare impegno nello svolgimento del lavoro" (e quindi, per quanto detto in premessa, nel percorso rieducativo)²⁶.

(11 gennaio 2006) si occuperanno, quanto al regime disciplinare, soltanto delle infrazioni e delle sanzioni (v. art. 56.1 e seguenti).

²⁵ In linea del tutto generale JIMÉNEZ ASÚA, *La recompensa como prevención general – El derecho premial*, 1915, p. 38, dopo d'aver sostanzialmente condiviso, alla base, il pensiero di HOLBACH, secondo cui è meno importante fissare la tipologia delle benemerienze che non quella degli atti punibili, perché "l'errore, come l'arbitrio, sono infinitamente meno gravi in materia di ricompense che di pene", avverte però che l'arbitrarietà nelle ricompense produce un discredito per la misura premiale, che ne annulla lo scopo. L'osservazione appare tanto più significativa e pertinente, anche in termini di gravità di errori e di arbitri, con riferimento alla particolare sensibilità dell'ambiente carcerario, dove, al di là del discredito, errori, arbitrii e discriminazioni possono facilmente determinare situazioni di irrequietudine e di disordine.

Dirà MANTOVANI – *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, in Atti del VII Simposio della Fondazione Luzzani (a cura dello scrivente), 1983, pp. 202-203 – che, poiché "come la pena anche il premio è espressione, anzitutto del principio retributivo, alla premialità va operata la trasposizione, nei limiti del possibile e del ragionevole, dei principi operanti nel campo della punitività".

²⁶ Anche LOI e MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in

Altro elemento primario del trattamento, come ricordato più sopra, è costituito dall'istruzione, oggetto di particolari e plurime attenzioni nell'art. 19 OP.

In connessione premiale con tale disciplina, l'art. 71 del regolamento, lett. b), prevede giustappunto che sia ricompensato il detenuto che si sia distinto "per particolare impegno e profitto nei corsi scolastici e di addestramento professionale".

Altro elemento primario enunciato dall'art. 15 OP è quello delle "attività culturali, ricreative e sportive". Tale previsione ha un correlativo d'ordine premiale, sempre orientato nella logica del trattamento rieducativo, nella lett. c) del predetto art. 71, alla stregua del quale viene premiata la "attiva collaborazione nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività culturali, ricreative e sportive".

Il regolamento del 1976 ha ritenuto di ricompensare (o premiare) anche coloro che si siano distinti – art. 71, lett. d) – per "particolare sensibilità e disponibilità nell'offrire aiuto ad altri detenuti o internati, per sostenerli moralmente nei momenti di difficoltà di fronte a loro problemi personali".

Ed il fatto che in tal modo "si viene a premiare il detenuto proprio per aver svolto, con la sua opera di assistenza, un compito che doveva, invece, essere adempiuto dalla *nuova* istituzione carceraria e dai suoi operatori"²⁷ – e ci si può chiedere: giorno per giorno? ora per ora? – non sembra davvero una buona ragione per screditare il riconoscimento di gesti spontanei di solidarietà umana.

Ma sembra che, oltre alla solidarietà umana, neanche la solidarietà istituzionale, premiata nella lett. e) dell'art. 71 – laddove si configura l'ipotesi di un "responsabile comportamento" tenuto "in situazioni di turbamento della vita dell'istituto, diretto a favorire atteggiamenti collettivi di ragionevolezza" – a giudizio di alcuni non meriterebbe un qualche specifico riconoscimento²⁸.

BRICOLA (a cura di) *Il carcere "riformato"*, 1977, p. 95, erano disposti ad ammettere che la messa in opera del comportamento ipotizzato nella predetta lett. a) – così come di quelli ipotizzati nelle successive lett. b) e c) – fungesse da "riconoscimento dell'acquisizione, da parte del detenuto, delle regole fondamentali del *nuovo* trattamento".

²⁷ LOI e MAZZACUVA, *op. e loc. citt.* (Oltretutto, a proposito di pubblici "operatori" inadempienti, e ... impropriamente suppliti dai detenuti, questi AA. parlano del "Consiglio di Patronato" – v. p. 75 – come di organo "inutile").

²⁸ Gli AA. di cui alle note precedenti a tale riguardo azzardano, infatti, un' inopportuna ironia, parlando dell'autore del "responsabile comportamento" di cui nel testo come di un soggetto "evidentemente già ben *rieducato*".

A chiudere la serie delle fattispecie premiali è, con la lett. f) dell'art. 71, l'ipotesi del detenuto che si sia distinto per "fatti meritori di valore civile", e che a giudizio di alcuni non dovrebbe invece avere rilievo, per mancanza di determinatezza nella fattispecie²⁹.

È anche vero che, in linea generale, non disponiamo – ovviamente neanche quanto ad applicazione e scelta delle ricompense correlative alle varie altre ipotesi di meritevolezza – di rassegne di "giurisprudenza premiale penitenziaria".

Ma non sembra proprio, d'altronde, che la scelta critica dello scetticismo programmatico si profili come quella più raccomandabile.

3.4. La seconda parte dell'art. 72 del regolamento contiene l'elencazione globale delle possibili ricompense conseguenti alle ipotesi di merito delineate nella prima parte, rettificando ed aggiornando la gamma a suo tempo delineata nell'art. 151 del regolamento del 1931 (1.3).

Sopravvive, alla lett. a), la ricompensa della "lode", sotto il mutato nome, preso a prestito dall'ordinamento militare, di "encomio", che di per sé sottolinea l'ufficialità del riconoscimento, a prescindere da quella sorta di cerimoniale che era previsto nel regolamento del 1931, e che non viene riproposto.

Il regolamento del 1976, sotto la lett. b) dell'art. 72, prevedeva una ricompensa così delineata: "autorizzazione alla visita da parte di congiunti e conviventi, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro in appositi locali, o all'aperto, e di consumare un pasto in compagnia, ferme restando le modalità prevedute dal secondo comma dell'art. 18 della legge" ("controllo a vista e non auditivo del personale di custodia"). Non va dimenticato che anche l'agevolazione dei "rapporti con la famiglia" figura nell'art. 15 OP tra gli "elementi del trattamento".

Ma anche proprio per tale ragione la ricompensa in discorso sarà destinata – come si vedrà (*sub* 4.A) – ad una metabolizzazione per "assorbimento" nella disciplina futura.

Dalla lista del 1931 scompaiono, per vetustà, oltre che per "assorbimento", del pari significativo, nella disciplina ordinaria, la più gran parte delle altre figure di ricompensa, e piuttosto vengono delineate – sotto la lett. c) – figure

²⁹ V. ancora gli AA. di cui alle note precedenti, che, in senso riduttivo, in qualche modo evocano – a loro giudizio non commendevoli – reminiscenze deamicisiane. Non è detto, però, che Antonio Spavone, e gli altri nove condannati ai quali, anche per l'encomiabile comportamento collaborativo manifestato in carcere in occasione della nota "alluvione di Firenze", è stata addirittura concessa la grazia (v. PISANI, *Dossier sul potere di grazia*, 2^a ed., 2006, p. 104), avessero tutti quanti tratto profitto soltanto dalla lettura del libro *Cuore*

del tutto nuove, non premiate con riferimento all'*iter* della vita carceraria, ma, se mai, in direzione opposta.

Stiamo parlando della “proposta di concessione dei benefici indicati” in una serie di articoli della legge (cioè dell'OP):

- art. 47: affidamento in prova al servizio sociale;
- art. 50: ammissione alla semilibertà;
- art. 52: licenza al condannato ammesso al regime di semilibertà;
- art. 53: licenze agli internati;
- art. 54: liberazione anticipata;
- art. 56: remissione del debito.

Si tratta di espressioni concrete della maturazione delle ricompense disciplinari (v. *retro*, sub 2.B) e della correlativa apertura verso il mondo esterno e, prevalentemente, verso il conseguimento extra-carcerario degli obiettivi del trattamento rieducativo.

Per ciascuna di quelle varie “proposte” – destinate ad un ampliamento negli sviluppi ulteriori della materia – si precisa che le proposte medesime presuppongono (“... sempreché ne ricorrano”) l'individuazione dei “presupposti” dei rispettivi benefici. Ma è anche ovvio che, trattandosi per l'appunto di proposte, la più completa valutazione di quei presupposti, e, complessivamente, del merito, resta affidata all'organo in definitiva chiamato a deliberare (magistratura di sorveglianza)³⁰.

Concludendo, nel 1976, la serie delle ricompense concedibili, la lett. d) del richiamato art. 71 indica la ricompensa – già presente nell'art. 151 del regolamento 1931 – costituito dalla “proposta di grazia”³¹, cui si aggiungono anche

³⁰ Tale essendo la disciplina normativa, non sembra possa parlarsi – così, invece, M. FERRAIOLI, *Il regime disciplinare: ricompense e punizioni*, in GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, 1981, p. 238, di una “tendenziale automaticità dell'assegnazione” della ricompensa a titolo di proposta –, che l'A. riferisce addirittura anche alla successiva ipotesi di cui alla lett. d) –, né, trattandosi appunto di proposta, di “riconoscimenti determinanti per le condizioni di vita dei detenuti”, quasi che la proposta di concessione fosse senz'altro determinante per la concessione medesima.

³¹ Per il passato, era l'art. 201 del regolamento del 1931 a fissare le “condizioni per la proposta di grazia”: di tipo oggettivo (periodo di pena già scontato) e di tipo soggettivo (“... per la condotta tenuta e per le prove date di attaccamento al lavoro”). La nuova disciplina penitenziaria non specifica tale tipo di condizioni, e nemmeno ipotizza – come nella lett. c) dell'art. 71 del regolamento del 1976 – la necessità di una preliminare valutazione, da parte dei proponenti, circa la ricorrenza dei “presupposti”, e piuttosto l'art. 681, comma 3, c.p.p., si limita a stabilire che la proposta di grazia è sottoscritta dal presidente del consiglio di disciplina ed è presentata al magistrato di sorveglianza, per i vari adempimenti di cui al comma 2.

le proposte “di liberazione condizionale³² e di revoca anticipata della misura di sicurezza”.

3.5. Il procedimento di concessione delle ricompense è – se ci si passa la metafora – di natura “domestica”, o, se si preferisce, endo-carceraria, e di tipo amministrativo.

In primo luogo, la “iniziativa” delle concessioni compete esclusivamente al direttore dell’istituto (art. 71, prima parte).

A lui è poi riservata anche la deliberazione di concessione dell’encomio (art. 71, seconda parte, lett. a), mentre – sempre alla stregua del regolamento del 1976 – le menzionate ricompense di cui alla lettera b), c) e d), vengono affidate *tout court* alla deliberazione del consiglio di disciplina (art. 40, comma 2°, OP), del quale il direttore è pur sempre *magna pars*.

Atteso che il regolamento, come s’è visto, elenca, dapprima il gruppo delle fattispecie premiali, e, poi, ma con determinazioni globali e non individualmente specificate, il gruppo delle correlative ricompense – così attuando una sorta di correlazione multipla globalizzata – si poneva il problema di come determinare, in concreto, la corrispondenza tra meriti e ricompense.

Si è pensato di risolvere il problema affidandolo semplicemente agli organi preposti alle concessioni, nel senso che (art. 71, penult. comma): “Nella scelta del tipo e delle modalità delle ricompense da concedere si deve tener conto della rilevanza del comportamento nonché della condotta abituale” della persona³³.

L’accento sulla abitudine della condotta è ovviamente mirato a prevenire, per quanto possibile, comportamenti sporadici, artificialmente motivati soprattutto dall’intento utilitaristico del conseguimento delle ricompense.

Quanto poi alle “modalità” delle ricompense medesime, o per meglio dire quanto a possibili modalità successive alla loro concessione, il regolamento, avendo scelto la via del silenzio, ha con ciò optato per l’esclusione del tipo di misure di “promozione generale” (1.4) previste per il passato³⁴.

³² Ad esempio, già il Progetto Gonella del 1968 (2.C), che non conteneva l’elencazione delle ricompense concedibili, prevedeva un’apposita ed articolata disciplina (art. 68) della proposta di liberazione condizionale formulata dal “direttore dell’istituto” (“... avuto riguardo al grado di riadattamento sociale del condannato”): v. *Ind. pen.*, 1969, p. 429.

³³ Secondo COPPETTA, *op. cit.*, p. 398, si tratta (più che di un criterio duplice) di un “limite” al potere discrezionale, “per la verità molto labile e poco significativo”.

³⁴ A tale esclusione ha verosimilmente portato la cospicua serie di mutamenti, di tipo quantitativo e di tipo qualitativo, intervenuti nella composizione delle varie e fluide comunità carcerarie.

4. Il nuovo regolamento del 2000

Abrogando (art. 136) il regolamento del 1976, il d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, interverrà a dettare, *ex novo*, le norme regolamentari “sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative della libertà”.

Il nuovo regolamento conserva l’impianto complessivo della disciplina delle ricompense disciplinari, con qualche modifica di aggiornamento e di perfezionamento.

A) Dall’elenco delle ricompense previsto dall’art. 71, lett. b), del regolamento del 1976, scompare, nella versione proposta dal nuovo art. 76, comma 2, lett. b), la previsione concernente la “autorizzazione alla visita da parte di congiunti e familiari ecc.”, in quanto assorbita dalla disciplina ordinaria contenuta nel nuovo art. 61, comma 2, lett. b). (E questa trasmigrazione, considerata in prospettiva storica, risulta esemplare di una vicenda – il passaggio di previsioni a titolo di ricompense al rango, in tempi men duri, di previsioni ordinarie – già verificatasi anni addietro, quando il regolamento del 1931 è subentrato a quello del 1891).

B) Nella nuova lett. b) dell’art. 76, comma 2, mentre è stata confermata l’incorporazione aggiuntiva – a suo tempo (l. 10 ottobre 1986, n. 663) operata entro l’omologo testo previgente, della ricompensa costituita dalla proposta di concessione della detenzione domiciliare (art. 47 *ter* OP) – il richiamo all’ulteriore aggiunta, rispetto alla disciplina del 1976, dal beneficio di cui all’art. 47 *bis* OP è stato sostituito dal più aggiornato riferimento all’art. 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Affidamento in prova in casi particolari*).

C) L’innovazione più significativa dal punto di vista sistematico è però quella costituita dalla previsione, contenuta nel nuovo art. 76, comma 3, del d.P.R. del 2000, in base alla quale, per le deliberazioni di tutte le varie forme di ricompensa di cui alle lettere b) e c), è previsto che venga “sentito” il gruppo di osservazione e di trattamento, disciplinato negli artt. 28 (*Espletamento dell’osservazione della personalità*) e 29 (*Programma individualizzato di trattamento*) del nuovo regolamento. E ciò – è stato precisato nella relazione ministeriale – perché il “gruppo abbia la possibilità di dare esplicito conto di quale sia stata la partecipazione dell’interessato allo sviluppo del percorso trattamentale”.

Tale previsione viene incontro, in maniera ragionevole ed auspicabilmente ottimale, alle preoccupazioni di chi, in base alla disciplina previgente, poteva lamentare, sotto profili diversi, il rischio di un tendenziale automatismo nella concessione delle ricompense³⁵; la relativa indeterminatezza in tema di crite-

³⁵ M. FERRAIOLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 238.

rio di scelta delle medesime³⁶; la carenza di una disamina, nelle determinazioni ad esse inerenti, delle “motivazioni interiori” dei comportamenti ipotizzati come meritevoli di ricompensa³⁷.

³⁶ V. nota (33).

³⁷ Così LOI e MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 102, nota (97).

A parte il rilievo in discorso, non sembra proprio che il regime disciplinare carcerario degli anni '70, potesse (ancora una volta – v. nota (19) – all’insegna del *cliché* “del bastone e della carota”: p. 101) venire così brutalmente sintetizzato: il “vero obiettivo” del legislatore, da raggiungere con gli strumenti dei premi e delle punizioni, “non è la *risocializzazione*, ma la distruzione della personalità, l’annullamento dell’individuo”. Il che, oltretutto, sembra suonare in contrasto con quanto rilevato (... ed ammesso) dagli AA. in altra parte del loro saggio: v. nota (26).

MICHAEL TONRY

ALLE RADICI DELLE POLITICHE PENALI AMERICANE:
UNA STORIA NAZIONALE^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'unicità delle politiche americane di controllo del crimine. – 3. Perché le politiche penali americane sono così severe? – 4. La paranoia politica. – 5. Il fondamentalismo protestante e l'intolleranza morale. – 6. La struttura costituzionale. – 7. Il fattore razziale. – 8. Quale futuro?

1. *Introduzione*

La storia naturale delle moderne spiegazioni delle tendenze delle politiche penali ha cominciato ad emergere. Si tratta di una storia circolare, che muove da una presupposto inespresso ed inesplorato, secondo il quale le cause devono essere individuate all'interno di ciascun Paese¹, verso la ricerca di teorie e modelli prevalenti²; passa poi alla identificazione di fattori predittivi e protettivi³, ed infine torna a spiegazioni locali⁴. I mutamenti sociali ed economici di larga scala, se non addirittura globali, che influenzano i Paesi più sviluppati fanno certamente da sfondo, ma spiegazioni convincenti sul perché le politiche e le pratiche cambino o meno in determinati luoghi si possono trovare solo nelle storie e nelle culture di quegli stessi luoghi.

Fino agli anni settanta negli Stati Uniti non vi era alcuna evidente tendenza in atto. I tassi di carcerazione erano rimasti sostanzialmente stabili per almeno

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

¹ Cfr. W.J. BENNETT - J.J. DI IULIO - J.P. WALTERS, *Moral Poverty...And How to Win America's War Against Crime and Drugs*, New York, 1996.

² V. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford-New York, 2001; N. LACEY, *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, 2008.

³ Cfr. ad es. M. TONRY, *Determinants of Penal Policies*, in ID. (ed.), *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*, *Crime & Justice*, vol. 36, Chicago, 2007, p. 1 ss.

⁴ Cfr. J. SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, 2007; D.A. GREEN, *When Children Kill Children: Penal Populism and Political Culture*, Oxford, 2008; V. BARKER, *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, New York, 2009.

mezzo secolo⁵ ed il controllo del crimine era stato al centro del dibattito politico solo in maniera episodica. Altri Paesi seguivano i propri modelli. In alcuni di essi – Finlandia e Svizzera, per esempio – i tassi di carcerazione erano prossimi a 200 detenuti ogni 100.000 abitanti nei periodi immediatamente precedenti e successivi alla seconda guerra mondiale, per poi registrare in seguito un netto calo. Dopo la seconda guerra mondiale i tassi di carcerazione giapponesi sono gradualmente diminuiti per mezzo secolo e quelli olandesi per un quarto di secolo. I tassi scandinavi, tranne in Finlandia, sono rimasti sostanzialmente stabili fino alla fine degli anni novanta, mentre quelli dei più grandi Paesi europei – Inghilterra e Galles, Francia, Germania, Italia e Spagna – hanno avuto tendenze altalenanti. I Paesi dell'Europa orientale hanno registrato tassi compresi tra i 200 e i 400 individui incarcerati ogni 100.000 abitanti.

Gli Stati hanno modificato i loro sistemi di giustizia penale e le loro politiche penali dopo la seconda guerra mondiale, indirizzandosi generalmente verso un accresciuto investimento in programmi di risocializzazione fino alla fine degli anni settanta, ma ciò non ha inciso più di tanto su di un quadro complessivo di modelli di politiche penali specificamente nazionali. I tassi di carcerazione giapponesi sono scesi perché sono scesi i tassi di criminalità e ciò (almeno visto dall'esterno) è accaduto perché vi erano forti controlli sociali informali. I tassi di carcerazione finlandesi sono scesi perché i *policymakers* hanno lavorato affinché ciò avvenisse. I tassi di carcerazione tedeschi sono rimasti stabili perché *policymakers* e giudici hanno aderito ad un generale scetticismo circa la desiderabilità della reclusione, sostenendo la visione neoclassica secondo cui le pene dovrebbero fondarsi su valutazioni relative alla colpevolezza del reo. Le politiche e le pratiche inglesi hanno invece oscillato in base alle mutevoli visioni delle c.d. *policy élites*.

La ricerca di spiegazioni generali è iniziata solo alla fine degli anni ottanta e nei primi anni novanta, accelerata in parte dalla rilevazione che i tassi di detenzione americani erano triplicati tra il 1973 ed il 1990 e sembravano essere in aumento in alcuni altri Paesi, ed in parte in ragione della accresciuta disponibilità di dati più o meno standardizzati relativi ai tassi di carcerazione nazionali⁶.

⁵ Cfr. A. BLUMSTEIN - J. COHEN, *A Theory of the Stability of Punishment*, in 64(2) *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1973, p. 198 ss.

⁶ V. ad es. K. PEASE, *Punishment Demand and Punishment Numbers*, in D.M. GOTTFREDSON - R.V. CLARKE (eds.), *Policy and Theory in Criminal Justice. Contributions in Honour of*

Prima di allora non vi era letteratura scientifica generale sul tema⁷ e le spiegazioni profane si focalizzavano sui tassi di criminalità in aumento, sull'atteggiamento punitivo dell'opinione pubblica e sul cinismo politico. In seguito, una serie di autorevoli pubblicazioni è andata alla ricerca di spiegazioni di carattere generale, essenzialmente incentrate sulla globalizzazione, sulle accresciute insicurezze e su varie 'condizioni della tarda modernità'.

Sebbene continui ad accumularsi una letteratura incentrata su spiegazioni di carattere generale⁸, gli studi più recenti si concentrano invece su spiegazioni di carattere nazionale o locale piuttosto che di carattere globale (in entrambi i suoi significati principali). David Green⁹ attribuisce le risposte radicalmente diverse rispetto ai casi assai pubblicizzati di omicidi di ragazzi minorenni compiuti ad opera di coetanei avvenuti in Inghilterra e in Norvegia a fattori diversi quali le differenze nella cultura nazionale e politica, la legittimità del governo e le caratteristiche dei *mass media*. Jonathan Simon¹⁰ descrive due secoli di storia americana delle carceri come simbolo politico totemico. Anne-Marie Cusac¹¹ ricerca spiegazioni specificamente americane nel ruolo delle credenze e negli atteggiamenti religiosi dal XVII secolo. Marie Gottschalk¹² concentra la sua analisi sull'interazione dei movimenti sociali con le evoluzioni politiche strettamente americane. Lisa Miller¹³ e Vanessa Barker¹⁴ illustrano le politiche e le temperie penali in California, New

Leslie T. Wilkins, Farnborough, 1991, pp. 113-137; W. YOUNG - M. BROWN, *Cross-National Comparisons of Imprisonment*, in 17 *Crime & Justice*, 1993, p. 1 ss.

⁷ Si ricordi qui l'esigua letteratura funzionalista, il cui esempio più celebre è rappresentato da E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, trad. di G. Simpson, *The division of labour in society*, New York, 1933; G. RUSCHE - O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, 1968 (originariamente pubblicato nel 1939 dalla Columbia University Press), e M. FOUCAULT, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, New York, 1977. Questa letteratura ha però ricevuto relativamente poca attenzione fino alla recente ripresa ad opera di D. GARLAND nel suo *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, 1993.

⁸ V. ad es. M. CAVADINO - J. DIGNAN, *Penal Systems: A Comparative Approach*, London, 2005 e N. LACEY, *The Prisoners' Dilemma*, cit.

⁹ D.A. GREEN, *When Children Kill Children*, cit.

¹⁰ J. SIMON, *Governing through Crime*, cit.

¹¹ A.-M. CUSAC, *Cruel and Unusual: The Culture of Punishment in America*, New Haven, CT, 2009.

¹² M. GOTTSCHALK, *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*, New York, 2006.

¹³ L.L. MILLER, *The Perils of Federalism: Race, Poverty, and the Politics of Crime Control*. Oxford, 2008.

¹⁴ V. BARKER, *The Politics of Imprisonment*, cit.

York, Pennsylvania e Washington in termini di culture e strutture politiche durevoli.

Tip O'Neill, un influente politico americano degli anni settanta e ottanta, per lungo tempo a capo della Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti, è a posteriori noto soprattutto per la sua affermazione *'Tutta la politica è locale'*. Questo saggio racconta la storia emergente delle politiche penali americane degli ultimi trentacinque anni. Anche se può sembrare ad alcuni lettori un ulteriore esempio della autoreferenziale tendenza americana a *'guardarsi l'ombelico'*, il suo scopo è quello di dimostrare che la migliore versione di questa storia è fortemente locale e suggerire che è probabile che anche le storie di altri Paesi lo siano.

Sono quattro le caratteristiche della storia e della cultura americana che hanno rilievo. Due – uno stile paranoide nella politica americana ed un moralismo manicheo associato al fondamentalismo protestante – sono caratteristiche ricorrenti della società americana. Il terzo è l'obsolescenza dei meccanismi costituzionali, i quali provocano emozioni a breve termine ed un'influenza della politica sulle scelte di *policy* maggiore che altrove. Il quarto, aggravante ed aggravato dai primi tre, è la peculiare storia delle relazioni razziali in America.

2. *L'unicità delle politiche americane di controllo del crimine*

Cinquant'anni or sono, i governi degli Stati Uniti erano leader nel promuovere i valori dei diritti umani, i tassi di carcerazione erano stabili ed in linea con quelli di altre democrazie occidentali, la pena di morte stava cadendo in disuso, e la Corte Suprema era ammirata in tutto il mondo per l'estensione delle tutele fondamentali ai soggetti imputati. Qualcosa è andato terribilmente storto.

Oggi la maggior parte delle persone con una conoscenza anche solo superficiale delle politiche americane di controllo del crimine sa che soltanto gli Stati Uniti tra i Paesi occidentali mantengono la pena capitale e che i tassi di detenzione americani sono da quattro a dieci volte superiori a quelli degli altri Paesi. La tabella che segue, nell'espone questa così come altre comparazioni, mostra come le politiche americane siano incomparabilmente più severe di quelle riscontrabili altrove. Per dimostrare questa severità in chiave comparativa, prenderò di seguito in esame i sette punti elencati:

Materia	Stati Uniti	Paesi occidentali*
Tasso di carcerazione (2007)	775 detenuti ogni 100,000 abitanti	da 70 a 170 detenuti ogni 100,000 abitanti
Pena di morte	Sì	No
Nel braccio della morte (2007)	3,350	Nessuno
Media degli ultimi 10 anni	75 uccisioni per anno	Nessuno
Ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato (<i>Life without parole</i>)	Sì	No
Quanti sono (2006)	37,000	100 (stima)
<i>Three strikes laws</i> , etc.	Sì, in 26 Stati	No (con poche eccezioni)
Età della responsabilità penale	Variabile, dai 10 ai 12	Variabile, dai 10 ai 18
Derogabilità della giurisdizione penale minorile (<i>Juvenile waiver</i>)	Sì	Raramente
Ampiezza del fenomeno	Vasta	Per lo più nulla o esigua
Quanti per anno?	30,000	Numeri risibili
Tutele processuali	In via di indebolimento dal 1970	In via di rafforzamento dagli anni sessanta

* Paesi occidentali (i quindici Paesi membri “di lungo corso” dell’Unione Europea più Australia, Canada e Nuova Zelanda).

(a) *Tassi di carcerazione*: quando nel 1973 i tassi di carcerazione americani hanno iniziato la loro scalata senza precedenti, essi ammontavano a circa 130 detenuti ogni 100.000 abitanti, compresi i detenuti in istituti dipendenti da autorità locali¹⁵, non molto diversi da quelli riscontrabili in altri Paesi occidentali e persino inferiori rispetto ad alcuni, come lo erano stati per la maggior parte del ventesimo secolo¹⁶.

¹⁵ Il sistema penitenziario statunitense riflette la struttura federale dello Stato: vi sono pertanto carceri federali, quasi tutte di massima sicurezza, numericamente nettamente minoritarie e relative alla violazione di leggi federali; vi sono poi carceri statali e, infine, istituti dipendenti da autorità locali, detti *jails* per distinguerli dalle *prisons* statali e federali (N.d.T.).

¹⁶ I dati statistici relativi agli Stati Uniti citati in questo articolo, come i tassi di carcerazione, sono basati sugli *Statistics reports* dello *U.S. Bureau of Justice Statistics*, disponibili al sito web del BJS (<http://bjs.ojp.usdoj.gov/>).

Nel 2008 i tassi di carcerazione americani erano intorno ai 775 detenuti ogni 100.000 abitanti, circa cinque volte superiori a quelli di Spagna, Inghilterra e Nuova Zelanda (da 140 a 170 detenuti ogni 100.000 abitanti nel 2005) e da sette a dieci volte superiori a quelli della maggioranza degli altri Paesi occidentali (da 70 a 100 detenuti ogni 100.000 abitanti nel 2005)¹⁷. Le cause di queste differenze rimangono oscure, ma sappiamo al di là di ogni dubbio che le differenze nei tassi di criminalità non sono in grado di spiegarle.

(b) *Pena di morte*: l'America la prevede. Nessun altro Paese occidentale fa altrettanto (e in tutto il mondo un numero sempre minore di Stati ogni anno la mantiene; nessuno degli ex Stati membri del Patto di Varsavia la contempla). E questo dato è di per sé sufficiente. I 3.350 abitanti dei bracci della morte americani all'inizio del 2007 non avevano equivalenti negli altri Paesi occidentali sviluppati¹⁸.

Le differenze sono comunque molto più preoccupanti. Solo negli ultimi dieci anni, in decisioni aspramente contestate che hanno registrato vivaci opinioni dissenzienti, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale l'esecuzione di persone mentalmente ritardate o che avevano meno di diciotto anni all'epoca della commissione dei reati¹⁹. La questione indecente se i prigionieri mentalmente malati possano essere costretti ad assumere farmaci che li renderanno sufficientemente sani per essere giustiziati attende una autorevole decisione da parte della Corte Suprema²⁰.

(c) *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata* (Life without possibility of parole): anche in questo caso, l'America lo prevede. Davvero pochi altri fanno altrettanto. Pochi prigionieri in altri Paesi sviluppati condividono il destino delle quasi 40.000 povere anime condannate a trascorrere il resto della loro vita nelle prigioni americane. In molti Paesi europei, con solo rarissime eccezioni, la più lunga condanna a pena detentiva che può essere inflitta per un singolo reato, compreso l'omicidio, è di quattordici anni (e questo prima del rilascio per buona condotta).

Quando il Parlamento tedesco ha approvato una legge che autorizzava ef-

¹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, *World Prison Population List*, 7th ed. London, 2007.

¹⁸ Cfr. R. HOOD - C. HOYLE, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 4th ed., Oxford, 2008.

¹⁹ Rispettivamente, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), e *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

²⁰ Cfr., ad es., il caso *Singleton v. Norris*, 319 F.3d 1018 (8th Cir., 2003).

fettive condanne all'ergastolo, la Corte costituzionale federale l'ha dichiarata illegittima per motivi afferenti all'ambito dei diritti umani²¹. La Corte ha affermato che la speranza per il futuro e la fiducia nella possibilità di una vita migliore siano un diritto umano fondamentale, ed ha statuito che un riesame significativo della necessità della reclusione continuativa, permettendo una reale possibilità di rilascio, debba essere assicurata ad ogni detenuto dopo il passaggio di non più di quattordici anni. La legge è stata modificata di conseguenza. Gli altri ordinamenti anglosassoni tendono ad essere più severi rispetto a quanto appena esposto, ma non sono in alcun modo paragonabili agli Stati Uniti. Qua e là in altri Paesi alcune leggi prevedono condanne effettive all'ergastolo, e alcune persone le stanno scontando, ma le pratiche di nessun altro ordinamento possono essere ritenute anche solo vagamente comparabili a quelle americane²².

Le leggi che prevedono la pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, se combinate con le politiche americane relative alla possibilità di giudicare dinanzi a tribunali per adulti alcuni delinquenti minorenni, hanno come conseguenza che bambini di dodici anni sono stati condannati a trascorrere ogni restante minuto della loro vita in carcere²³.

(d) Three-strikes laws e altre Mandatory minimum-sentence laws: più della metà degli Stati americani ha adottato le c.d. *Three-strikes laws*. Il caso più celebre è quello della legge della California, che viene applicata in decine di migliaia di casi ed impone pene di venticinque anni, o anche superiori, al compimento del terzo reato minore. Casi classici, che sono stati invano fatti oggetto di appello, sono quelli della rapina avente ad oggetto qualche fetta di pizza nel cortile di una scuola ed il furto di un paio di DVD presso un grande magazzino *K-Mart*²⁴.

Ogni Stato americano ha poi adottato leggi che prevedono minimi edittali di pena detentiva che il condannato deve obbligatoriamente scontare vincolanti per il giudice, molte delle quali contemplan pene misurate in decenni.

²¹ V. D. VAN ZYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002.

²² Cfr. C. APPLETON - B. GRØVER, *The Pros and Cons of Life Without Parole*, in 47(4) *British Journal of Criminology*, 2007, p. 597 ss.

²³ V. D. CANEDY, *Sentence of Life Without Parole for Boy, 14, in Murder of Girl, 6*, in *The New York Times*, March 10, 2001, section A, 1; A. LIPTAK, *Lifers as Teenagers, Now Seeking Second Chance*, in *The New York Times*, October 17, 2007, section A, 1.

²⁴ ASSOCIATED PRESS, *25 Years for a Slice of Pizza*, in *The New York Times*, March, 5, 1995, section 1, 21; *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, 66 (2003).

Con qualche piccola eccezione in altre nazioni di lingua inglese, nessun altro Paese occidentale prevede leggi simili. Nel 1997 in Inghilterra il Parlamento ha approvato tre leggi (due delle quali poi soppiantate), ma esse hanno previsto condanne minime molto più brevi e contengono “vie d’uscita” che consentono al giudice di irrogare una pena diversa qualora ritenga che la giustizia così imponga²⁵.

(e) *Età della responsabilità penale*: negli Stati americani, l’età della responsabilità penale – ossia l’età in cui una persona è giuridicamente considerata in grado di commettere un delitto – varia generalmente dai dieci ai dodici anni. Questo è il motivo per cui un dodicenne può essere perseguito per omicidio e condannato all’ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata. Nella maggior parte dell’Europa continentale, l’età della responsabilità penale è molto più elevata. Nei Paesi Bassi essa è di dodici anni. In Germania è di quattordici anni. Nei Paesi scandinavi è di quindici anni, ed in Belgio è di diciotto anni. Non importa ciò che facciano, i tredicenni e i quattordicenni nella maggior parte degli Stati non possono essere perseguiti penalmente. Lo Stato deve trovare altre e più costruttive modalità per rispondere alle condotte dannose poste in essere dai suoi giovani cittadini maggiormente problematici²⁶.

(f) *Derogabilità della giurisdizione penale minorile* (Juvenile waivers): nella maggior parte dei Paesi che contemplano i tribunali per i minorenni, è raro che questi vengano giudicati e puniti dai tribunali per gli adulti. Questo invece accade a decine di migliaia di giovani americani ogni anno. Alcuni Stati, come ad esempio quello di New York, lo rendono possibile facendo scendere l’età massima di competenza dei tribunali per i minorenni a quindici anni, ben al di sotto dell’età della maturità. Altri lo fanno rendendo tutti i gravi reati violenti perseguibili nei tribunali per gli adulti. Altri ancora lo fanno dando ai *prosecutors* e ai giudici un’ampia discrezionalità in relazione al trasferimento dei fanciulli dinanzi ai tribunali per gli adulti²⁷.

(g) *Tutele processuali*: dagli anni settanta, le corti e i legislatori americani sono andati via via restringendo le tutele processuali accordate agli imputati. Esempi di tale tendenza sono, tra gli altri, la riduzione delle tutele contro perquisizioni e sequestri senza mandato, la creazione di giurie numericamente

²⁵ Cfr. T. NEWBURN, “Tough on Crime”: *Penal policy in England and Wales*, in M. TONRY (ed.), *Crime, Punishment, and Politics*, cit.

²⁶ Cfr. M. TONRY - A.N. DOOB (eds.), *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago, 2004.

²⁷ *Ibidem*.

più ristrette ed il consentire loro di condannare in forza di voti non unanimi, il restringimento dei diritti di appello, e la limitazione della portata dell'*habeas corpus*. In Europa, all'opposto, i giudici attuano un *enforcement* delle previsioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) in modo sempre più incessante e stanno costantemente estendendo le tutele processuali.

Insieme considerate, queste differenze tra il sistema di giustizia penale americano e quello di altri Paesi occidentali mostrano una netta dicotomia in relazione all'importanza attribuita ai diritti umani dei singoli cittadini. Le comparazioni di carattere transnazionale tra il sistema statunitense e quello di altri Paesi si concentrano principalmente sui tassi di carcerazione. Come queste sette differenze dimostrano, il divario sul tema dei diritti umani è molto più ampio di tale singolo profilo.

3. Perché le politiche penali americane sono così severe?

Ciò che non sappiamo è perché i *policymakers* americani, pressoché unici tra i leader dei governi occidentali, abbiano scelto di attuare politiche e leggi tanto repressive, o perché i giudici siano divenuti così tanto severi.

I tassi e le tendenze della criminalità non sono la risposta. I tassi di criminalità sono stati molto simili in tutto il mondo occidentale dopo il 1970 – crescenti fino ai primi anni novanta e declinanti da lì in poi²⁸. I tassi di carcerazione e le politiche penali hanno tuttavia differito enormemente. Negli Stati Uniti i tassi di criminalità sono diminuiti costantemente a partire dal 1991, mentre i tassi di carcerazione sono aumentati ogni anno, più che raddoppiati dal 1991 e aumenti di oltre cinque volte dal 1973²⁹.

Neppure l'opinione pubblica rappresenta la risposta. Perlomeno nei Paesi di lingua inglese le politiche penali ed i tassi di carcerazione variano enormemente, ma l'opinione pubblica è molto simile. La maggioranza dell'opinione pubblica ritiene che i tassi di criminalità siano in aumento, quando invece essi sono in calo. Una larga maggioranza crede che giudici siano troppo indulgenti, sulla base di convinzioni errate circa la severità delle pene. Le condanne

²⁸ Cfr. ad es. J. VAN DIJK - J. VAN KESTEREN - P. SMIT, *Criminal Victimization in International Perspective, Key Findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS*, The Hague, 2007.

²⁹ V. M. TONRY, *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*, New York, 2004.

che i cittadini dicono di ritenere appropriate sono in genere meno severe rispetto a quelle che i giudici effettivamente pronunciano. Quando ai cittadini viene chiesto se essi preferiscano politiche più punitive oppure un aumento degli investimenti in programmi di risocializzazione, la maggioranza di solito preferisce quest'ultima opzione³⁰.

David Garland, nel suo magistrale libro del 2001 *"The Culture of Control"*, attribuisce l'inasprimento delle politiche penali avutosi in Inghilterra e in America a condizioni di "tarda modernità". Queste includono le limitate capacità dei governi di incidere sui tassi di criminalità, la crescente diversità della popolazione e "la criminologia dell'altro", ed una maggiore vulnerabilità dei segmenti privilegiati della popolazione rispetto alla vittimizzazione da reato. Il risultato, suggerisce l'Autore, è una proliferazione di politiche espressive volte più a dimostrare che il governo sta facendo qualcosa e a rassicurare la pubblica opinione che a ridurre la criminalità.

La difficoltà insormontabile nell'analisi Garland è rappresentata dal fatto che, se questa fosse corretta, dovrebbe spiegare perché tutti i Paesi occidentali hanno sperimentato un sensibile aumento dei tassi di carcerazione ed un costante inasprimento delle politiche penali. Tutti gli sviluppi che egli descrive sono avvenuti ovunque. I tassi di carcerazione e le tendenze politico-criminali, tuttavia, divergono notevolmente. Proprio i tassi di carcerazione possono essere utilizzati per metterlo in evidenza. Dal 1973, a fronte di un andamento simile del tasso di criminalità in tutti i Paesi occidentali, i tassi di carcerazione sono aumentati di cinque, sei volte negli Stati Uniti e nei Paesi Bassi, sono raddoppiati in Inghilterra e in Spagna, ma sono diminuiti della metà in Finlandia; sono rimasti costanti nel resto della Scandinavia, così come in Germania, Svizzera, Austria e Belgio, mentre hanno avuto un andamento altalenante in Francia e in Italia³¹. In Canada, i cui andamenti in materia di tassi di criminalità hanno proceduto fin dal 1980 in modo strettamente parallelo a quelli degli Stati Uniti, il tasso di carcerazione si è attestato intorno a 100 detenuti ogni 100.000 abitanti per cinquant'anni³².

La più recente letteratura guarda più in profondità e cerca di spiegare gli andamenti dei tassi di carcerazione e le differenze nel settore delle politiche

³⁰ J.V. ROBERTS - L.J. STALANS - D. IDERMAUR - M. HOUGH, *Penal Populism and Popular Opinion*, New York, 2002.

³¹ Cfr. M. TONRY, *Thinking about Crime*, cit., in part. Cap. 5.

³² Cfr. C. WEBSTER - A.N. DOOB, *Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canada*, in M. TONRY (ed.), *Crime, Punishment, and Politics*, cit.

penali in termini di fattori quali la disparità del reddito, le percezioni da parte dei cittadini della legittimità delle istituzioni governative, la fiducia dei cittadini gli uni nei confronti degli altri e nel governo, la forza dello Stato sociale e la struttura di governo. Tutte queste cose paiono avere rilevanza³³. Politiche penali moderate e bassi tassi di carcerazione sono associati a bassi livelli di disuguaglianza di reddito, alti livelli di fiducia e legittimità, stati sociali forti, sistemi di giustizia penale professionalizzati in opposizione a sistemi di giustizia penale politicizzati, e culture politiche consensuali invece che conflittuali³⁴.

Anche questa analisi, comunque, non spiega gli sviluppi riscontrati in America. Per ciascuno di quei fattori, gli Stati Uniti giungono alla conclusione sbagliata, quella associata a politiche e pratiche maggiormente punitive. Dobbiamo capire il perché.

4. *La paranoia politica*

Richard Hofstadter, il grande storico americano della metà del XX secolo, ha descritto lo “*stile paranoide*” come una caratteristica ricorrente della politica americana. Ciò che viene profondamente disapprovato è visto come malvagio o immorale, e pochi mezzi sono preclusi nel perseguimento della sua eliminazione. Nel distinguere le definizioni cliniche di paranoia dallo stile paranoide della politica, Hofstadter scrive:

“Il paranoide clinico vede il mondo ostile e cospiratorio nel quale sente di vivere come rivolto specificatamente *contro di sé*; il rappresentante politico dello stile paranoide lo vede diretto invece contro una nazione, una cultura, un modo di vita il cui destino non coinvolge solo lui ma milioni di altri individui... Il fatto che ritenga le sue passioni politiche disinteressate e patriottiche, intensifica notevolmente la sua sensazione di stare nel giusto e la sua indignazione morale”³⁵.

La paranoia politica americana conosce alti e bassi, e trova bersagli differenti in periodi diversi. Si manifesta a destra come a sinistra, anche se nelle

³³ Cfr. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies*, in *37 Crime & Justice*, 2008, p. 313 ss.

³⁴ V. M. TONRY, *Determinants of penal policies*, cit.

³⁵ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*. Chicago, 1965, p. 4, con enfasi nell'originale.

recenti decenni prevalentemente a destra. Nel corso del XX secolo essa è montata tre volte. La prima volta negli anni venti e trenta, ed è stata esemplificata dal proibizionismo, dalla “Paura rossa” degli anni venti e dalla xenofobia avutasi nel corso dell’intero periodo. Essa scemò solo quando l’inizio della seconda guerra mondiale diede alla popolazione cose più importanti di cui preoccuparsi.

La seconda ondata la si è avuta alla fine degli anni quaranta e nel corso degli anni cinquanta, esemplificata dal senatore Joseph McCarthy, dal Comitato per le attività antiamericane³⁶ e dalla *John Birch Society*³⁷. Essa declinò solo quando l’ottimismo e l’idealismo degli anni sessanta la misero temporaneamente da parte.

Le terza ondata, tuttora in corso, risale ai primi anni ottanta ed è esemplificata dalle ‘guerre’ degli ultimi decenni alla droga, alla criminalità, agli assistiti di lungo periodo (c.d. *welfare recipients*) e agli immigrati clandestini, e, a partire dal 2001, dalla “guerra al terrore”.

Hofstadter, così come molti altri autori³⁸, nel corso degli anni cinquanta e sessanta ha cercato di spiegare gli eccessi dell’epoca di McCarthy e di ciò che egli definiva la “politica pseudo-conservatrice” dell’allora emergente ala destra del Partito Repubblicano, rappresentata da Barry Goldwater. Ecco come l’Autore descrive la paranoia politica:

“Il paranoide è un leader militante. Diversamente dal politico di professione, non vede il conflitto sociale come qualcosa che può essere risolto con la mediazione e il compromesso. Dato che la posta in palio è sempre un conflitto tra il bene ed il male assoluti, la qualità che occorre non è la disponibilità al compromesso, ma la volontà di lottare fino ad un esito finale. Solo una vittoria completa può andar bene”³⁹.

Le posizioni dell’Associazione americana dei sostenitori delle armi da fuoco (*National Rifle Association*) e le argomentazioni principali di entrambi i fronti nel dibattito sull’aborto sono esempi illuminanti su singole questioni, non volendo le parti mai cedere di un millimetro o riconoscere anche solo una

³⁶ Il Comitato per le attività antiamericane (*House Committee on Un-American Activities*, noto anche con l’acronimo HCUA) è stato un comitato investigativo congressuale in funzione anti-comunista, istituito presso la Camera dei Rappresentanti ed attivo dal 1938 al 1975 (N.d.T.).

³⁷ La *John Birch Society* è un *advocacy group* della destra radicale americana fondato nel 1958 da Robert W. Welch Jr., che ha preso il nome da un missionario della Chiesa Battista e ufficiale dell’esercito americano ucciso dai comunisti cinesi nel 1945 (N.d.T.).

³⁸ Cfr. in part. D. BELL (ed.), *The Radical Right*, Garden City, NY, 1963.

³⁹ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., p. 31.

traccia di ragione nelle posizioni degli avversari, timorosi che la minima sconfitta politica possa portare ad un terreno scivoloso sul quale tutto sarà perduto. Visto da destra, se il divieto o la regolamentazione più severa delle armi semiautomatiche fossero tollerati, ogni fucile da caccia conservato a mo' di cimelio verrebbe presto confiscato. Visto da sinistra, ogni stretta sui controlli o la previsioni di condizioni supplementari in caso di secondo e terzo aborto, condurrebbero inesorabilmente alla scomparsa del "diritto di scelta" delle donne.

Ogni battaglia politica è cruciale, osserva Hofstadter. I nemici della moralità, di ciò che i filosofi chiamano il Bene, combatteranno fino a che non conseguiranno una vittoria completa: "Al centro sta l'immagine (sostenuta dagli esponenti dello stile paranoide) di una vasta e minacciosa cospirazione, una gigantesca e penetrante macchina di influenze messa in moto per insidiare e distruggere un modello di vita"⁴⁰.

La rabbiosa ala destra del Partito Repubblicano merita la maggior parte della colpa per l'impoverimento della politica americana nel settore della giustizia penale fin dagli anni settanta, e per lo svilimento dei valori dei diritti umani all'interno di esso. Mi ricordo quando da ragazzo negli anni cinquanta mi domandavo a cosa facessero riferimento i cartelloni pubblicitari con la scritta "Impeach Earl Warren". Essi erano stati collocati ai margini delle autostrade americane dalla *John Birch Society*. I reati commessi da Warren ritenuti meritevoli di *impeachment* – capii molto più tardi – erano connessi alla sentenza sul caso *Brown v. Board of Education* del 1954⁴¹, la storica decisione della Corte Suprema con la quale le scuole segregazioniste vennero dichiarate incostituzionali, e ai primi esitanti sforzi della Corte volti a rafforzare le tutele processuali accordate agli imputati nei procedimenti penali.

Negli anni cinquanta, la *John Birch Society* era largamente considerata un gruppo marginale radicale. A partire dagli anni sessanta, molte delle sue posizioni vennero però adottate da Barry Goldwater e dalla (allora) ala destra del Partito Repubblicano. Hofstadter osserva che Goldwater "si era attestato sulla posizione, lontana da quella conservatrice nelle sue implicazioni, secondo cui le decisioni della Corte Suprema 'non costituiscono necessariamente' la legge comune della nazione (*law of the land*)". Prosegue l'Autore: "è solo nella nostra epoca, e solo nel movimento pseudo-conservatore, che gli uomini politici hanno cominciato a suggerire che la disobbedienza nei confronti dei

⁴⁰ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., p. 29.

⁴¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

giudici non soltanto è legittima, ma è anzi l'essenza del conservatorismo"⁴².

Negli anni settanta, tali posizioni divennero la corrente di pensiero dominante nella retorica repubblicana. Lo sforzo della *John Birch Society* volto a mettere in discussione l'integrità dei tribunali e a ridurre la loro legittimità agli occhi del popolo americano è rimasto un argomento predominante della destra americana, con effetti perniciosi.

Una delle conseguenze è stata la declinante legittimità delle corti e dell'ordinamento giuridico agli occhi dell'opinione pubblica americana, come la *John Birch Society* e i suoi successori volevano. La fase scandita dallo slogan "*Impeach Earl Warren*" è stata seguita da quarant'anni di attacchi ai giudici "attivisti", "indulgenti" e "*liberal*" che, si diceva, frustravano la volontà del popolo. Vi è una certa bizzarria in questi attacchi, in quanto Presidenti repubblicani conservatori hanno nominato la maggioranza dei giudici federali attualmente in carica, e il Presidente democratico Bill Clinton non si è mai battuto troppo duramente per nominare giudici moderati e liberali; ma, nonostante ciò, ancora nel 2007 i discorsi degli aspiranti candidati repubblicani alle elezioni presidenziali criticavano regolarmente i giudici "attivisti" *liberal*.

Eppure i giudici attivisti conservatori, con una scarsa e pressoché nulla indignazione da parte dell'opinione pubblica, hanno indebolito le tutele procedurali concesse ai sospetti criminali, hanno indebolito i diritti in tema di appello dei delinquenti condannati e hanno accelerato le esecuzioni. E il Congresso, in nome della volontà di 'tirare le redini' ai giudici attivisti, ha emanato leggi che rendono quasi impossibile per i detenuti promuovere azioni efficaci per dedurre l'incostituzionalità delle condizioni di detenzione, rendendo con ciò molto più difficile la proposizione di impugnazioni.

Perché gli americani hanno tollerato simili politiche illiberali? In parte perché cinquant'anni di sforzi politici conservatori volti a delegittimare i giudici hanno centrato l'obiettivo. In parte è anche perché molti giudici e *prosecutors* negli Stati Uniti hanno una connotazione apertamente politica. I *prosecutors* sono eletti all'esito di competizioni elettorali apertamente politiche e di parte. Molti giudici corrono per la carica spendendo per la loro campagna elettorale fondi elargiti da avvocati che esercitano dinanzi ad essi, e la maggior parte dei restanti sono nominati secondo meccanismi politici di parte. Gli americani non necessitano di una grande quantità di cinismo per credere che ciò che pubblici ministeri e giudici fanno è spesso influenzato dal proprio tornaconto politico e dalle possibili conseguenze delle loro decisioni sulle future prospettive elettorali.

⁴² R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., pp. 99-100.

Se non si può avere fiducia nei giudici nella gestione di cause intentate contro presunti terroristi e criminali, altre agenzie governative devono assolvere questo compito. Se presunti “terroristi”, delinquenti, spacciatori, immigrati clandestini e assistiti di lungo periodo rappresentano il male e costituiscono l’incarnazione della ‘condotta immorale’, di certo poi i loro diritti non necessitano di essere presi in considerazione allorché si decide come affrontare le minacce che essi rappresentano.

Tutti noi nella nostra vita personale vogliamo essere trattati con “uguale considerazione e rispetto”⁴³ nei procedimenti che riguardano noi ed i nostri diritti, e vogliamo che i nostri cari e i loro diritti siano trattati allo stesso modo. Lo stile paranoide, tuttavia, ha portato troppo spesso i *policymakers* a dimenticarsi che i loro nemici sono esseri umani, e ad abbandonare il senso di empatia e rispetto che distingue gli esseri umani dagli animali. Da tale dimenticanza originano Guantanamo e Abu Ghraib, le *Three-strikes laws* e le condanne a vita senza possibilità di liberazione anticipata per i fanciulli.

5. Il fondamentalismo protestante e l’intolleranza morale

Sebbene numerose delle originarie colonie americane siano state fondate da persone che sfuggivano dall’intolleranza religiosa – i puritani nella Baia del Massachusetts, i quaccheri in Pennsylvania, i protestanti non-conformisti in Rhode Island sono gli esempi classici – nel giro di mezzo secolo le persone venivano uccise per motivi religiosi. Il volume di Kai Erickson “*Wayward Puritans*”⁴⁴ è famoso soprattutto per i suoi resoconti dei processi alle streghe di Salem, ma descrive anche la progressiva discesa verso l’intolleranza in Massachusetts, che portò alla mutilazione e alla esecuzione dei quaccheri e di altri missionari impegnati in attività di proselitismo.

Una considerevole letteratura storica relativa al XIX secolo in America riferisce di ricorrenti episodi di intolleranza a sfondo religioso⁴⁵. Di solito, essa era legata alle ansie da *status* ed alla xenofobia dei primi gruppi di coloni lì stabilitisi, innescata dalla immigrazione di nuovi gruppi etnici, che spesso por-

⁴³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, 1977, pp. 272-273.

⁴⁴ K.T. ERIKSON, *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York, 1966.

⁴⁵ Cfr., ad es., G. MYERS, *History of Bigotry in the United States*, New York, 1943; D.B. DAVIS, *Some Themes of Counter-Subversion: An Analysis of Anti-Masonic, Anti-Catholic, and Anti-Mormon Literature*, in 47(2) *Mississippi Valley Historical Review*, 1960, p. 205 ss.

tavano con sé le proprie religioni e le proprie visioni confessionali del mondo. I movimenti di Temperanza sviluppatasi alla metà e poi nuovamente alla fine del XIX secolo, ad esempio, portavano abitualmente all'insorgenza di conflitti di *status* tra gli astemi discendenti dei coloni protestanti provenienti da Inghilterra e Galles ed i nuovi arrivati, cattolici provenienti da Irlanda, Italia ed Europa dell'est maggiormente dediti al bere⁴⁶. Le crociate moralistiche contro l'alcool servirono quindi quale espediente per esprimere disapprovazione e distanza sociale nei confronti dei nuovi arrivati, sentimenti talvolta inconfessati e misconosciuti dagli stessi proibizionisti.

In modo alquanto simile, le crociate moralistiche contro la droga e la criminalità nel nostro tempo hanno fornito ai fondamentalisti protestanti gli espedienti per esprimere la loro disapprovazione e la distanza sociale dagli afro-americani. La strategia sudista («*Southern strategy*»)⁴⁷ dei Repubblicani, con la sua enfasi a base razziale posta sulle tematiche dei diritti degli Stati, del crimine e del *welfare* (e, in seguito, su quella delle *affirmative actions*) ha costituito un deliberato appello ai risentimenti e alle ansie di *status* dei bianchi del Sud appartenenti alla classe operaia⁴⁸.

Lo stesso schema si era già palesato in epoche precedenti. David Garland ha dimostrato che il periodo in cui si è riscontrato il picco dei linciaggi in America, compreso tra il 1890 ed il 1930, fu in parte significativa il prodotto delle ansie di *status* dei protestanti bianchi del sud⁴⁹. Negli anni venti, il Ku

⁴⁶ J. GUSFIELD, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, IL, 1963.

⁴⁷ Con il termine «*Southern strategy*» si indica il disegno posto in essere dal Partito Repubblicano guidato da Richard Nixon a partire dalla fine degli anni sessanta del XX secolo per conquistare una maggioranza strutturale negli Stati del Sud che, tradizionalmente, dopo la guerra civile avevano sempre votato per i Democratici. Tale strategia portò ad una rimodulazione del messaggio conservatore nelle campagne del Sud, informato a vecchie e nuove esigenze dell'elettorato bianco. Definitivamente smantellata dal punto di vista legale la segregazione razziale, e unanimemente condannata dal punto di vista morale ogni discorso razzista, il nuovo messaggio conservatore divenne più allusivo, benché ancora ricco di connotazioni razziali. Questa manovra politica ebbe successo, attingendo alla rabbia diffusa negli Stati del Sud di fronte all'integrazione razziale e al movimento per i diritti civili, visti come un tradimento da parte del Partito Democratico (N.d.T.).

⁴⁸ Cfr. T.B. EDSALL - M.D. EDSALL, *Chain Reaction: The Impact of Race, Rights, and Taxes on American Politics*, New York, 1991; K.P. PHILLIPS, *The Emerging Republican Majority*, New Rochelle, NY, 1969; ID., *The Politics of Rich and Poor: Wealth and the American Electorate in the Reagan Aftermath*, New York, 1991.

⁴⁹ Cfr. D. GARLAND, *Penal Excess and Surplus Meaning: Public Torture Lynchings in Twentieth-Century America*, in 39(4) *Law and Society Review*, 2005, p. 793 ss.

Klux Klan si autodefiniva in primo luogo come una campagna per la preservazione dei valori cristiani: “Il Klan attinse fortemente dai protestanti evangelici bianchi per le sue adesioni di massa, e gli esponenti del clero evangelico erano di gran lunga i più numerosi tra i suoi dirigenti”⁵⁰.

Quando Hofstadter scriveva negli anni sessanta, era palese che i gruppi fondamentalisti protestanti, in rapida espansione e all’inizio di un’epoca florida, rappresentassero una importante componente dello stile paranoide della sua epoca. Egli osservava che “l’aspetto maggiormente rivelatore del futuro della destra era rappresentato dal forte appello (di McCarthy) ai protestanti di orientamento fondamentalista”⁵¹.

Attualmente è evidente che alcuni (anche se sicuramente non tutti) gruppi fondamentalisti ed evangelici sono tra i più forti propugnatori della stile paranoide della politica contemporanea su questioni che vanno dalla sostegno a Israele, alla guerra in Iraq, alle allusioni ad una possibile guerra all’Iran, alla contrarietà all’aborto e ai diritti dei gay, fino al sostegno della pena di morte e di politiche repressive nel campo della giustizia penale. L’idea che si tratti di questioni da “*bene contro male*”, di ragione assoluta e torto assoluto, aiuta a spiegare il fervore della concezione religiosa del “*giusto*” e la sua intrinseca intolleranza. Quando tutto ciò si è sommato alla rinascita dello stile paranoide nella politica americana di questi ultimi decenni, c’è poco da meravigliarsi per il fatto che i diritti delle persone viste come nemici o minacce ricevano in genere poca attenzione.

Una recente analisi empirica sul rapporto tra religione e politica a livello mondiale⁵², conferma in un contesto globale l’opinione secondo cui la religione fondamentalista svolge questo ruolo in America. Gli Stati Uniti rappresentano un *unicum* tra i Paesi sviluppati quanto alla centralità del ruolo giocato dalla religione nella vita privata e pubblica. Sebbene nella maggior parte degli altri Paesi sviluppati la frequentazione delle chiese, la preghiera e la fede in Dio siano in declino, negli Stati Uniti non lo sono. Tre ulteriori caratteristiche sono distintive. La prima è che i livelli americani di religiosità sono i più elevati tra i Paesi sviluppati, eguagliati o superati per lo più nei Paesi del terzo mondo⁵³. La seconda è che le disparità di reddito (per cui gli Stati Uniti si

⁵⁰ K.D. WALD - A. CALHOUN-BROWN, *Religion and Politics in the United States*, 5th ed., Lanham, MD, 2007, p. 208.

⁵¹ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., p. 70.

⁵² P. NORRIS - R. INGLEHART, *Sacred and Secular: Religion and Politics Worldwide*, New York, 2004.

⁵³ P. NORRIS - R. INGLEHART, *Sacred and Secular*, cit., tabella 4.6.

collocano al primo posto tra i Paesi sviluppati⁵⁴) sono un forte fattore predittivo della religiosità a livello nazionale. La terza è che è molto più probabile che siano religiosi i poveri rispetto ai ricchi, anche negli Stati Uniti⁵⁵.

Insieme considerati, questi fattori decretano il successo della ‘strategia sudista’ e rendono i loro effetti sulla politica di controllo della criminalità e sugli afro-americani maggiormente comprensibili. Il *Civil Rights Movement* ha prodotto ansie di *status* tra i bianchi del sud, che erano preoccupati per il loro tradizionale status superiore rispetto a quello dei neri, e tra gli elettori bianchi della classe operaia, che erano preoccupati in relazione al proprio status e alle minacce di carattere economico che i neri in posizione rafforzata avrebbero potuto rappresentare. Visto che i politici dopo il 1970 non potevano più apertamente fare appello ai sentimenti anti-neri, fecero ricorso a parole in codice, una delle quali era “criminalità”. Le guerre alla droga e alla criminalità si sono espanso in modo molto rapido, in quanto i politici mantennero le loro promesse. Poiché erano gli afro-americani ad andare in prigione in misura di gran lunga superiore, gli elettori bianchi erano a proprio agio nel pagare quel prezzo, specialmente perché perpetuava la tradizione economica e sociale di una supremazia dei bianchi su di una classe sociale nera subalterna e socialmente disorganizzata.

La copiosa letteratura nel campo sia della scienza politica che della religione sul tema dei rapporti tra religione e politica negli Stati Uniti non si sofferma, se non di sfuggita, sull’influenza del fondamentalismo protestante sulla politica penale americana nel suo complesso⁵⁶. Tali studi si concentrano su aborto, diritti delle donne e dei gay, e sulla separazione tra Chiesa e Stato. Nessuno dei principali studi recenti include le parole “criminalità” o “pena di morte” nei propri indici⁵⁷. Il lavoro principale, però, “*Religion and Politics in the United States*”, nonostante il suo indice ignori tali argomenti, spiega come e perché il fondamentalismo protestante abbia modellato le politiche americane di controllo del crimine e le politiche penali per tre decenni. Mentre i protestanti tradizionali abbracciano un impegno di promozione del benessere so-

⁵⁴ P. NORRIS - R. INGLEHART, *Sacred and Secular*, cit., tabella 4.7.

⁵⁵ P. NORRIS - R. INGLEHART, *Sacred and Secular*, cit., tabelle 4.8 e 4.9.

⁵⁶ L’unica eccezione che ho riscontrato è rappresentata dal lavoro di S. KENNEDY, *God and Country: America in Red and Blue*, Waco, TX, 2007, che contrasta le visioni religiose strettamente letterali e moderniste su di una serie di questioni di politica pubblica.

⁵⁷ Cfr., ad es., J.C. GREEN, *The Faith Factor: How Religion Influences American Elections*, Westport, CT, 2007; G. LAYMAN, *The Great Divide: Religious and Cultural Conflict in American Party Politics*, New York, 2001.

ziale consono con la loro fede in “un Dio affabile e premuroso”, l’immagine fondamentalista di una “divinità fredda ed autoritaria conferisce supporto al ruolo del governo nel garantire l’ordine e la proprietà”⁵⁸. I fondamentalisti sono “caratterizzati da una ricerca di certezza, esclusività e di limiti privi di ambiguità”, e tentano “di tracciare un percorso moralmente in bianco e nero fuori delle zone grigie della intimorente complessità culturale e religiosa”⁵⁹. La *Christian Coalition* di Pat Robertson, nel suo “Contratto con la Famiglia americana” del 1995, ha di conseguenza auspicato un aumento delle sanzioni per i criminali condannati⁶⁰.

La quasi totale assenza dei temi del controllo del crimine e della pena nella letteratura sui rapporti tra politica e religione è singolare. Il nesso sembra essere auto-evidente. La rinascita repubblicana degli ultimi quarant’anni è attribuibile in gran parte alla strategia sudista e alla sua attenzione per le “questioni che dividono” della criminalità, del *welfare* e delle azioni positive⁶¹. L’influenza politica della destra religiosa sulla politica repubblicana è ben nota⁶². Come ha osservato una delle più importanti indagini in letteratura sul tema del fondamentalismo e della politica conservatrice, “la destra religiosa detiene qualcosa di simile ad un potere di veto nel Partito Repubblicano”⁶³.

La letteratura criminologia, per contro, anche se esigua, ha messo in luce la connessione. L’analisi di Unnever, Cullen e Applegate⁶⁴ relativa agli atteggiamenti rispetto alla pena di morte giunge alla conclusione che quei fondamentalisti “che hanno un approccio rigido e moralista nei confronti della religione e che immaginano Dio come una figura fredda e obiettiva che dispensa giustizia hanno più probabilità di nutrire sentimenti punitivi verso i delinquenti”. Un breve ma affascinante articolo basato su un campione rappresentativo degli abitanti di Oklahoma City ha mostrato che i conservatori protestanti consi-

⁵⁸ K.D. WALD - A. CALHOUN-BROWN, *Religion and Politics*, cit., p. 121.

⁵⁹ J. NAGATA, *Beyond Theology: Toward an Anthropology of “Fundamentalism”*, in 103(2) *American Anthropologist*, 2001, p. 481.

⁶⁰ K.D. WALD - A. CALHOUN-BROWN, *Religion and Politics*, cit., p. 351. Cfr. anche il lavoro di W.J. BENNETT - J.J. DI IULIO - J.P. WALTERS, *Moral Poverty*, cit., che costituisce la più completa elaborazione accademica dell’analisi fondamentalista delle politiche di controllo del crimine.

⁶¹ Cfr. T. EDSALL - M. EDSALL, *Chain Reaction*, cit.

⁶² V. ad es. J.C. GREEN, *The Faith Factor*, cit.

⁶³ R.D. WOODBERRY - C.S. SMITH, *Fundamentalism et al.: Conservative Protestants in America*, in 24 *Annual Review of Sociology*, 1998, p. 48.

⁶⁴ J.D. UNNEVER - F.T. CULLEN - B.K. APPLIGATE, *Turning the Other Cheek: Reassessing the Impact of Religion on Punitive Ideology*, in 22(3) *Justice Quarterly*, 2005, p. 304 ss.

derano quasi tutti i crimini come “molto riprovevoli” e quindi non li differenziato tra loro in termini di gravità⁶⁵. Queste risultanze contribuiscono notevolmente alla spiegazione del perché le teorie tradizionali sulla proporzionalità delle sanzioni penali sono inconciliabili con molte moderne *sentencing laws*.

6. La struttura costituzionale⁶⁶

Hofstadter osserva che “si può sostenere senza dubbio che alcune caratteristiche della nostra storia abbiano conferito al nostro stile paranoide una estensione ed una forza superiori rispetto a quelle che esso ha avuto in molti altri Paesi del mondo occidentale”⁶⁷. L’obsolescenza delle disposizioni costituzionali americane è una delle più importanti tra queste caratteristiche esplicative. Queste, infatti, non proteggono a sufficienza dall’influenza della politica paranoica quando questa si manifesta.

I principî formanti del sistema costituzionale americano sono ormai obsoleti, progettati come sono per affrontare problemi del XVIII e non del XX o del XXI secolo, e rendono gli Stati Uniti in modo quasi unico vulnerabili agli eccessi della politica associati allo stile paranoide e al fondamentalismo religioso.

Una estrema politicizzazione delle politiche in materia di giustizia penale è direttamente connessa al fatto se i *prosecutors* ed i giudici siano selezionati politicamente o meritocraticamente, se essi siano professionisti di carriera od opportunisti politici, e se le convenzioni politiche e costituzionali consentano o meno ai politici eletti di partecipare al processo decisorio in relazione a singoli casi. Questi tre fattori differenziano fundamentalmente gli Stati Uniti dalla maggior parte degli altri Paesi occidentali, e derivano dalla obsolescenza delle costituzioni americane, sia a livello statale che federale. Quasi da nessuna parte nell’Europa occidentale, in Canada o in Australia vi sono giudici o pubblici ministeri scelti politicamente. E quasi da nessuna parte sussistono convenzioni dominanti che giustificano il ruolo di una diretta “voce politica”

⁶⁵ T.R. CURRY, *Conservative Protestantism and the Perceived Wrongfulness of Crimes: A Research Note*, in 34(3) *Criminology*, 1996, p. 453 ss.

⁶⁶ La trattazione sulle origini e sui precipitati della struttura costituzionale degli Stati Uniti è basata sui lavori di C.F. MULLET, *Fundamental Law and the American Revolution, 1710-1776*, New York, 1966, e G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic: 1776-1787*, Chapel Hill, NC, 1969.

⁶⁷ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., p. 7.

nelle decisioni relative alla irrogazione della pena⁶⁸.

La Costituzione federale americana risale alla fine del XVIII secolo, riflette le idee del XVIII secolo, e fu scritta per affrontare i problemi di quell'epoca. Queste erano le maggiori obiezioni dei coloni nei confronti della dominazione britannica: il dominio ad opera di un Parlamento lontano, le condotte capricciose di arroganti rappresentanti locali di un governo distante, e l'impossibilità per i cittadini di ottenere soddisfazione per i torti subiti. Le principali soluzioni contenute nella Costituzione sono impiegate sul rispetto della libertà individuale e sulla messa al riparo dei cittadini dal potere di un governo arrogante. La tutela della libertà individuale è stata affrontata con l'adozione del *Bill of Rights*, che stabilisce i diritti personali fondamentali (diritto di parola, di religione, di inoltrare petizioni al governo per la riparazione dei torti subiti) e le garanzie basilari (processo con giuria, divieto di perquisizioni e sequestri ingiustificati, diritto alla difesa tecnica).

La tutela rispetto ad un governo dal potere smisurato è stata perseguita in due modi. In primo luogo, è stato creato un complesso sistema di pesi e contrappesi con lo scopo di frammentare il potere del governo, principalmente attraverso la previsione di una netta separazione orizzontale delle competenze tra le tre branche del governo federale, e attraverso una differenziazione verticale delle sfere di interesse del governo federale medesimo e degli Stati (i quali, a loro volta, hanno i propri sistemi di separazione orizzontale e verticale dei poteri). In secondo luogo, le disposizioni della Costituzione federale che richiedono frequenti elezioni per la Camera dei Rappresentanti (ogni due anni) e alla presidenza (ogni quattro anni), e quelle delle Costituzioni degli Stati che richiedono frequenti elezioni a livello di contea per l'elezione del Parlamento dello Stato, dei giudici, e dei *prosecutors*, erano destinate a portare le elezioni più importanti a livelli decentrati, a brevi intervalli temporali, e quindi a rendere i funzionari pubblici responsabili davanti all'opinione pubblica locale.

I risultati, più di duecento anni dopo, includono in molti Stati elezioni in cui i candidati sono sostenuti dai partiti (c.d. *partisan election*) di giudici e pubblici ministeri, che corrono per la carica sulla base di appelli emotivi rivolti agli elettori. Se l'opinione pubblica è preoccupata per la criminalità o inferocita con i delinquenti, o se particolari casi salgono alla ribalta delle cronache, non vi sono strumenti per fermare i *prosecutors* nella loro ricerca di un personale vantaggio politico, perseguito mettendosi in mostra di fronte all'opinione pubblica medesima o gestendo determinati casi con modalità particolari solo

⁶⁸ Cfr. M. TONRY, *Determinants of Penal Policies*, cit.

perché sono divenuti noti. Siccome i *prosecutors* devono rendere conto del proprio operato attraverso le elezioni e fanno parte del ramo esecutivo del governo, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato che le loro decisioni discrezionali sono effettivamente immuni dal controllo giurisdizionale⁶⁹. I giudici vengono eletti nella maggior parte degli Stati, e sanno che le decisioni altamente impopolari presso la maggioranza dell'opinione pubblica possono portare alla loro sconfitta. La maggior parte dei procuratori capo e molti giudici aspirano ad essere eletti o nominati alle più alte cariche politiche o giudiziarie, il che significa che devono preoccuparsi delle polemiche che potrebbero diminuire le loro prospettive di futuro professionale, e talvolta sono senza dubbio tentati di occuparsi di un determinato caso in un modo particolare al fine di ottenere pubblica approvazione o di evitare un pubblico biasimo. E se le questioni relative alla giustizia penale sono apertamente politicizzate ed oggetto di contesa e polemica nelle elezioni a livello locale di giudici e *prosecutors*, allora non deve sorprendere che i candidati alle assemblee legislative statali e federali, alla carica di governatore e alla presidenza facciano altrettanto.

I meccanismi costituzionali americani pongono gli Stati Uniti alla estremità di un *continuum* che distingue i sistemi politici consensuali da quelli conflittuali. Questa distinzione è comunemente operata dalla scienza politica comparata⁷⁰. I sistemi politici consensuali sono generalmente caratterizzati dalla presenza di più di due partiti politici principali, da governi di coalizione, da una rappresentanza su base proporzionale, e da distretti elettorali in cui viene eletta una pluralità di candidati. Le più rilevanti decisioni politiche sono frutto di un'ampia consultazione attuata sia all'interno della coalizione di governo che al di fuori di essa. Anche dopo le elezioni che si traducono in un cambiamento del governo, le politiche più importanti sono raramente modificate in modo brusco. Ciò è in parte dovuto al fatto che è probabile che un nuovo governo di coalizione contenga partiti dalla vecchia coalizione, e in parte al fatto che è probabile che i nuovi partiti saliti al potere siano stati coinvolti nello sviluppo delle politiche del precedente governo.

I sistemi politici conflittuali sono tipicamente caratterizzate da due grandi partiti, da governi formati da un unico partito, da sistemi elettorali maggioritari uninominali a turno unico (c.d. sistemi "*First past the post*"), con un solo

⁶⁹ Le accuse di corruzione costituiscono le principali eccezioni: cfr. il caso *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

⁷⁰ V., ad es., A. LIJPHART, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, CT, 1999.

eletto per distretto. L'effetto di queste caratteristiche è che le elezioni si traducono in eventi in cui il vincitore 'si prende tutto' (*winner takes all*). I partiti che non sono al potere spesso definiscono le loro posizioni in opposizione a quelle del governo in carica e, non avendo svolto un ruolo importante nello sviluppo delle politiche in atto, non hanno alcun motivo particolare per conservarle. Drammatici cambiamenti di rotta nella direzione politica sono molto più comuni nei sistemi conflittuali rispetto a quanto accade in quelli consensuali, in parte perché i partiti appena eletti al potere hanno fondato le proprie piattaforme programmatiche in opposizione alle politiche esistenti e avvertono l'obbligo di cambiarle.

Gli Stati Uniti sono un esempio paradigmatico di sistema conflittuale⁷¹. Per contro, la maggior parte delle costituzioni europee ha preso forma nel XX secolo ed è stata progettata per garantire società pluralistiche, secondo modalità in grado di assicurare un'ampia rappresentatività politica. Esse sono caratterizzate da un potere politico diffuso piuttosto che accentrato e, in genere, prevedono una rappresentanza parlamentare per i partiti che ricevono voti superiori ad una soglia minima predefinita, spesso pari al cinque per cento dei voti.

Nessun altro Paese occidentale ha una costituzione progettata principalmente per affrontare i problemi politici del XVIII secolo. Tutte contengono una consolidata elencazione dei diritti fondamentali. La maggior parte di esse è stata progettata per affrontare le sfide poste da società pluralistiche e richiede un sistema elettorale di tipo proporzionale. La maggior parte di questi Paesi è in genere governata da coalizioni multipartitiche. Tutti i paesi dell'Unione Europea e il Canada osservano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come parte del loro diritto costituzionale interno, e la maggior parte dei Paesi europei accetta le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo come vincolanti e *self-executing*. Nessuno tra i principali Paesi di lingua inglese o dell'Europa occidentale, ad eccezione della Svizzera, prevede l'elezione popolare dei pubblici ministeri. Nessun Paese prevede elezioni popolari per i giudici. Le caratteristiche costituzionali del governo americano rendono gli Stati Uniti soggetti in un modo del tutto unico e peculiare alla politicizzazione indiscriminata delle politiche concernenti la giustizia penale.

⁷¹ *Ibidem*.

7. Il fattore razziale

La storia delle relazioni razziali in America costituisce la quarta spiegazione. Ero solito spazientirmi un poco con le persone che mi parevano vedere il bicchiere mezzo vuoto della perdurante ingiustizia piuttosto che il bicchiere mezzo pieno del progresso razziale americano, ma due cose mi hanno fatto capire che mi sbagliavo. La prima è rappresentata dal recente lavoro di aggiornamento dell'opera "*Malign Neglect*", un libro che ho scritto tempo addietro in tema di razza, criminalità e pena in America⁷². La seconda è il lento ma crescente apprezzamento per l'opera del sociologo di Berkeley Loïc Wacquant sulla storia delle relazioni razziali negli Stati Uniti⁷³.

In "*Malign Neglect*" ho cercato di portare alla luce le ragioni del perché per i neri americani fosse così tanto più probabile rispetto ai bianchi essere arrestati, condannati, incarcerati e giustiziati. Ho documentato le tendenze razziali in relazione alla criminalità, alla vittimizzazione e alle sanzioni penali negli Stati Uniti con riferimento ad un ampio arco temporale. Ecco cosa ho scoperto.

In primo luogo, per quanto i neri abbiano avuto per un secolo maggiori probabilità di essere tenuti in carcere rispetto ai bianchi, le disparità razziali hanno cominciato ad aumentare negli anni sessanta fino a raggiungere i massimi storici toccati negli anni ottanta: all'epoca i neri rappresentavano la metà dei detenuti americani benché costituissero solo il dodici per cento della popolazione statunitense, ed avevano un tasso di carcerazione sette volte superiore rispetto a quello dei bianchi. In secondo luogo, i neri avevano molte più probabilità dei bianchi di essere arrestati per reati per i quali era possibile ricorrere al carcere, quali la rapina, lo stupro, la violenza aggravata e l'omicidio. I dati sulla vittimizzazione relativi alla descrizione degli aggressori fatta dalle vittime e i dati della polizia sulle caratteristiche di autore e vittima nei casi di omicidio suggerivano che i *pattern* razziali nella commissione dei reati indicati nei dati relativi agli arresti per gravi crimini non erano lontani dalla realtà. In terzo luogo, tuttavia – e si tratta di un dato cruciale – per un quarto di secolo non si erano verificati spostamenti significativi nelle "frequenze razziali"

⁷² M. TONRY, *Malign Neglect: Race, Crime, and Punishment in America*, New York, 1995.

⁷³ L. WACQUANT, *From Slavery to Mass Incarceration: Rethinking the 'Race' Question in the US*, in *New Left Review*, n. 13, January/February 2002, p. 41 ss.; ID., *Deadly Symbiosis: Rethinking Race and Imprisonment in Twenty-First-Century America*, in 27(2) *Boston Review*, April/May 2002, p. 22 ss.

riscontrate negli arresti, ed il coinvolgimento in gravi forme di criminalità violenta non era in grado di spiegare perché i tassi di carcerazione della popolazione di colore fossero aumentati così rapidamente. In quarto luogo, il principale volano della crescita è stata la carcerazione per reati di droga, ed i *policy-makers* ben sapevano, o avrebbero dovuto sapere, che i 'soldati della fanteria nemica' nella guerra alla droga sarebbero stati i componenti delle minoranze americane, giovani, svantaggiati e provenienti dalle aree urbane. Questo mi pareva allora, e mi pare ancora oggi, un esercizio profondamente sconsiderato ed immorale del potere governativo⁷⁴.

Nell'aggiornare le analisi di quel libro, Matthew Melewski ed io abbiamo individuato una piccola buona notizia e due notizie terribili⁷⁵. La buona notizia è che le frequenze statistiche del coinvolgimento razziale nei reati più gravi sono cambiate. Le percentuali di neri tra le persone arrestate per violenza aggravata, rapina, stupro e omicidio sono andate via via calando, e nel 2006 erano molto più basse rispetto al 1985.

Veniamo ora alle due notizie inquietanti: in primo luogo, i neri continuano a rappresentare circa la metà della popolazione carceraria⁷⁶ e circa la medesima è la percentuale di detenuti di colore nel braccio della morte, così com'era negli anni ottanta. Nel 2007, le possibilità che un afro-americano fosse in carcere erano sette volte superiori alle probabilità che lo fosse un bianco americano. Il calo nel coinvolgimento dei neri nei gravi crimini violenti non ha avuto alcun effetto sulla disparità razziali nelle carceri.

In secondo luogo, la malevola noncuranza dei diritti degli afro-americani continua a guidare le politiche penali americane. Le disparità razziali in relazione alla carcerazione continuano ad essere determinate da scelte politiche che erano note, o che avrebbero dovuto esserlo, per la loro incidenza spro-

⁷⁴ Cfr. M. TONRY, *Malign Neglect*, cit.

⁷⁵ M. TONRY - M. MELEWSKI, *The Malign Effects of Drug and Crime Control Policies on Black Americans*, in 37 *Crime & Justice*, 2008, p. 1 ss.

⁷⁶ I dati del *Bureau of Justice Statistics* aggiornati alla metà del 2006 (*Prison and Jail Inmates at Midyear 2006*, Washington, DC, 2007) mostrano che gli uomini di colore costituivano il 41 per cento della popolazione maschile detenuta. La percentuale reale, in un Paese in cui il colore della pelle conta molto di più dell'appartenenza etnica, varia dal 46 al 48 per cento (il BJS alcuni anni or sono ha smesso di conteggiare gli ispanici come neri e questo ha perciò ridotto la percentuale dei neri di una quota variabile tra il 10 al 12 per cento; da un quarto ad un terzo dei detenuti ispanici, che erano il 21 per cento della popolazione carceraria maschile, è di pelle scura). Il 47 per cento è leggermente meno del 50 e rappresenta il risultato del rapido e recente incremento della incarcerazione di soggetti ispanici registratosi negli ultimi anni. Nel 2007 sono stati incarcerati più neri non ispanici che bianchi non ispanici.

porzionata sugli afro-americani svantaggiati. Le politiche antidroga americane non sono cambiate in alcun aspetto significativo dagli anni ottanta – la regola federale del “100 a 1”⁷⁷ ne è il simbolo – ed esse continuano, in modo gravemente sproporzionato, a prendere in trappola giovani afro-americani e sempre più giovani ispano-americani⁷⁸. Allo stesso modo, le politiche americane di inasprimento delle pene per i reati violenti hanno avuto il medesimo effetto. Se le condizioni di vita affrontate da giovani appartenenti alle minoranze svantaggiate fanno aumentare in modo sproporzionato le probabilità che essi vengano coinvolti in crimini violenti, allora le politiche penali che rendono le pene per i reati violenti enormemente più dure li riguarderanno in modo sproporzionato, come infatti accade.

Gli studi di Loïc Wacquant possono aiutarci a comprendere come ciò sia potuto accadere. Per un decennio egli ha scritto articoli sul tema dei rapporti tra fattore razziale e politiche di controllo della criminalità. Il suo assunto funzionalista di base è quello secondo cui una serie di pratiche culturali ed istituti giuridici americani abbiano operato per mantenere i modelli di supremazia e gerarchia razziale del Paese per due secoli. Fino alla Guerra civile, la schiavitù assicurava la dominazione bianca. Nei trent’anni successivi alla guerra, l’insieme delle pratiche e delle forme giuridiche di discriminazione conosciute come “leggi *Jim Crow*”⁷⁹ ha restaurato l’egemonia bianca sui neri. Dopo la “Grande

⁷⁷ Le *Sentencing Guidelines* vigenti fino a pochi mesi fa prevedevano un minimo editale vincolato per il giudice pari a cinque anni di carcere per coloro che fossero stati giudicati colpevoli del possesso di cinque grammi di *crack*. Quando invece si trattava di cocaina sotto forma di polvere, si doveva essere trovati in possesso di un quantitativo di almeno cinquecento grammi per poter essere condannati alla pena minima di cinque anni.

Si segnala che il recentissimo *Fair Sentencing Act* dell’agosto 2010 ha innalzato il quantitativo di *crack* il cui possesso implica la pena minima di cinque anni da cinque a ventotto grammi, modificando così la “100-1 rule” in “18-1 rule” (N.d.T.).

⁷⁸ Sebbene la *U.S. Sentencing Commission (Cocaine and Sentencing Policy)*, Washington, DC, 2007) abbia recentemente rivisto le sue *guidelines* al fine di eliminare le previsioni che richiedono nei casi di *crack* pene anche più dure rispetto a quanto facciano le leggi federali, le modifiche apportate si limitano soltanto ‘limare i bordi’ delle disparità causate dalle previsioni legislative (v., ad es., A. LIPTAK, *Whittling Away but Leaving a Gap*, in *The New York Times*, December 17, 2007, section A, 21).

⁷⁹ Le c.d. *Jim Crow Laws* erano leggi degli Stati americani del Sud emanate tra il 1876 e il 1965. Tramite esse vennero create ed implementate le politiche di segregazione razziale e di privatizzazione dei diritti civili in tutti i servizi pubblici, istituendo uno status definito del “*separati ma uguali*” per i neri americani e per i membri di altri gruppi razziali diversi dai bianchi. L’origine del nome è stata spesso fatta risalire a “*Jump Jim Crow*”, una canzone caricaturale degli afro-americani comparsa per la prima volta nel 1832. La locuzione “*Legge Jim Crow*” comparve per la prima volta nel *Dizionario di Inglese Americano* nel 1904 (N.d.T.).

Migrazione” negli anni dieci e venti del XX secolo, quando milioni di neri si trasferirono dal sud al nord per sfuggire alle “leggi *Jim Crow*”, i ghetti delle grandi città e la discriminazione abitativa hanno mantenuto i neri nella loro posizione di subalternità⁸⁰. E quando la deindustrializzazione e la fuga dei posti di lavoro verso la periferia ha lasciato i neri svantaggiati da soli nei ghetti urbani, hanno preso il via le guerre moderne alla droga e alla criminalità⁸¹.

La litania relativa ai trattamenti differenziati riservati ai neri da parte della giustizia penale comincia – ma si tratta solo della punta dell'*iceberg* – con la disparità razziale nei tassi di carcerazione, pari a sette contro uno. Il *Bureau of Justice Statistics*⁸² ha stimato che il trentadue per cento degli uomini di colore nati nel 2001 trascorrerà un periodo di tempo detenuto in un carcere statale o federale (*prisons*), e tale cifra non tiene conto delle strutture utilizzate dalle giurisdizioni locali per detenzioni di breve durata (*jails*), che “trattano” molti più detenuti ogni anno di quanto facciano le carceri. Il *Bureau of Justice Statistics* ha anche stimato che circa un terzo della popolazione maschile di colore nella decade dei vent'anni è in prigione, in istituti di detenzione delle giurisdizioni locali ovvero in libertà vigilata o condizionale.

È difficile non giungere alla conclusione che la macchina della giustizia penale produce opportunità di vita incredibilmente ridotte per gli afro-americani indigenti⁸³. Se l'obiettivo fosse quello di ridurre le *chances* della popolazione maschile di colore di costruirsi una vita decente, di essere felicemente sposata ed essere un buon padre, o di essere inclusa nell'adesione a valori pro-sociali, è difficile immaginare come il sistema della giustizia penale potrebbe fare queste cose in modo più efficace.

Wacquant non è il solo a suggerire che le pratiche della giustizia penale americana agiscano al fine di mantenere gli afro-americani indigenti nelle condizioni attuali. Ecco cosa Douglas Massey, autore con Nancy Denton del libro “*American Apartheid*”⁸⁴ – una ampiamente elogiata e decisamente non polemica descrizione della discriminazione abitativa – ha avuto modo di sostenere in “*Categorically Unequal*”, il suo libro del 2007 sulla stratificazione sociale:

⁸⁰ Cfr. S. LIEBERSON, *A Piece of the Pie: Blacks and White Immigrants since 1880*, Los Angeles and Berkeley, CA, 1980.

⁸¹ V. L. WACQUANT, *From Slavery to Mass Incarceration*, cit., e ID., *Deadly Symbiosis*, cit.

⁸² BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Prevalence of Imprisonment in the U.S. Population, 1974-2001*, Washington, DC, 2003.

⁸³ V. B. WESTERN, *Punishment and Inequality in America*, New York, 2006.

⁸⁴ D.S. MASSEY - N. DENTON, *American Apartheid: Segregation and the Making of the Underclass*, Cambridge, MA, 1993.

“Che i bianchi lo ammettano o meno, essi hanno un interesse egoistico nel mantenimento di meccanismi categorici che perpetuano la stratificazione razziale. Come risultato, quando il governo federale agisce per porre fine a palesi pratiche discriminatorie, è probabile che essi trovino nuovi e più sottili modi per mantenere la loro posizione privilegiata nella società. Se un meccanismo discriminatorio si rivela impossibile da sostenere, i bianchi hanno un incentivo a sviluppare alternative che possono essere associate solo indirettamente con la razza e che non si pongono pertanto in palese violazione dei diritti civili. I meccanismi specifici con cui si verifica la stratificazione razziale sono pertanto suscettibili di evolversi nel tempo...”⁸⁵.

“La nuova enfasi sulle pene e sulla retribuzione è stata raggiunta...attraverso la deliberata ‘razzializzazione’ della criminalità e della violenza nella coscienza pubblica da parte di ‘imprenditori politici’...”⁸⁶.

“Non appena la discriminazione è divenuta sotterranea, sono stati costruiti nuovi meccanismi di esclusione nel sistema della giustizia penale a danno degli afro-americani”⁸⁷.

Per completare la panoramica dello spettro politico, ecco cosa ha osservato Glenn C. Loury, un economista conservatore di colore, autore di “*The Anatomy of Racial Inequality*”⁸⁸, nell’introdurre la sue *Tanner Lectures* tenute nel 2007 a Stanford:

“Abbiamo abbracciato quella che il criminologo Michael Tonry definisce una politica di ‘*negligenza malevola*’ e, così facendo, come nazione, siamo finiti, più o meno consapevolmente, in un terribile *cul-de-sac*. Ritengo che la connessione tra questo sistema e la storia di degradazione e subordinazione razziale nel nostro Paese (il linciaggio, il *minstrelsy*⁸⁹, la segregazione, la ghettizzazione) sia virtualmente auto-evidente, e che il sottotesto razziale del nostro dibattito politico ispirato alle logiche di ‘legge e ordine’ negli ultimi tre decenni sia stato tangibile”⁹⁰.

Una volta riconosciuta la validità dell’analisi fondata sul binomio gerarchia razziale/ansia di *status* proposta da Wacquant, Massey e Loury, vi sono molti

⁸⁵ D.S. MASSEY, *Categorically Unequal*, New York, 2007, p. 54

⁸⁶ D.S. MASSEY, *Categorically Unequal*, cit., p. 94.

⁸⁷ D.S. MASSEY, *Categorically Unequal*, cit., p. 251.

⁸⁸ G.C. LOURY, *The Anatomy of Racial Inequality*, Cambridge, MA, 2002.

⁸⁹ Con il termine “*minstrelsy*” si fa riferimento all’esibizione di cantanti bianchi che si tingevano il volto e si vestivano in modo da parodiare quelli neri (nasce così ad es. la già ricordata ‘macchietta’ di Jim Crow). Si trattava di manifestazioni degradanti per la popolazione di colore, che non veniva soltanto discriminata ma anche ridicolizzata (N.d.T.).

⁹⁰ G.C. LOURY, *Ghettos, Prisons and Racial Stigma*, lezione introduttiva delle *Tanner Lectures* sul tema *Racial Stigma, Mass Incarceration, and American Values* tenute alla Stanford University nei giorni 4 e 5 aprile 2007, disponibile alla seguente URL: http://www.econ.brown.edu/fac/glenn_loury/louryhomepage/, p. 9.

altri aspetti da considerare. David Garland, nel suo saggio sui linciaggi in America durante la loro epoca d'oro nel periodo 1890-1930, osserva:

“L'abuso penale rappresentato dello spettacolo del linciaggio comunicava qualcosa che un processo penale non era in grado di esprimere... (esso) riaffermava lo status del nero-minaccioso: un soggetto insignificante, che non aveva diritti, protettori, dignità o valore personale”⁹¹.

Una cospicua letteratura sul tema delle differenze razziali negli atteggiamenti e nelle opinioni riguardo alle politiche di controllo della criminalità mostra che i bianchi hanno degli atteggiamenti sostanzialmente più severi in relazione alla pena ed una maggiore fiducia nel sistema giudiziario e nei suoi esponenti rispetto ai neri⁹². Lawrence Bobo e Devon Johnson, a conclusione di un'approfondita analisi delle differenze tra neri e bianchi negli atteggiamenti nei riguardi della pena di morte e delle leggi che puniscono gli spacciatori di *crack* (per lo più neri) molto più duramente rispetto agli spacciatori di cocaina in polvere (per lo più bianchi), osservano:

“La più costante variabile esplicativa degli atteggiamenti delle politiche penali è, nei fatti, una forma di pregiudizio razziale. Mentre il risentimento razziale dei bianchi non spiega mai *in toto* la variazione in nessuno degli atteggiamenti che abbiamo misurato, esso costituisce comunque la variabile indipendente che più costantemente condiziona le altre variabili, seconda solo alla classificazione razziale stessa. Questo modello ha almeno due implicazioni. Rafforza ulteriormente la preoccupazione che alcuni dei principali elementi di sostegno pubblico alle politiche penali punitive siano fortemente venati di animosità razziale e perciò molto probabilmente resistenti al cambiamento fondato sulla persuasione e su appelli basati sull'informazione. Per di più, questo modello rafforza la tesi...in base alla quale la principale funzione della giustizia penale è la regolazione ed il controllo dei gruppi sociali emarginati, come gli afro-americani”⁹³.

Questi tristi modelli di insensibilità razziale (o peggio) acquistano comunque significato alla luce di altre tre spiegazioni. Se la criminalità e la droga sono questioni di bene e male, e i criminali e i consumatori di droga rappresentano il male, non vi è ragione di aspettarsi simpatia o empatia nei loro confronti da parte di coloro che hanno simili opinioni. I detenuti nel braccio del-

⁹¹ D. GARLAND, *Penal Excess and Surplus Meaning: Public Torture Lynchings in Twentieth-Century America*, in 39(4) *Law & Society Review*, 2005, p. 817.

⁹² J.D. UNNEVER - F.T. CULLEN - C.N. LERO-JONSON, *Race, racism, and support for capital punishment*, in 37 *Crime & Justice*, 2008, p. 45 ss.

⁹³ L. BOBO - D. JOHNSON, *A Taste for Punishment: Black and White Americans' Views on the Death Penalty and the War on Drugs*, in 1(1) *Du Bois Review*, 2004, pp. 171-172.

la morte, o quelli che stanno scontando condanne all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata oppure pene detentive pluridecennali, meritano le sanzioni che hanno ricevuto, e non vi è alcuna ragione di dedicare al tema ulteriori analisi.

Hofstadter, più di quarant'anni fa, ha descritto come e perché è stata giocata la carta della razza. I Repubblicani, osservava, hanno storicamente avuto a cuore la difficile condizione dei neri nel sud. Poi però le cose cambiarono:

“Con l'adozione della ‘strategia del Sud’ gli uomini di Goldwater abbandonarono questo retaggio. Essi si sono impegnati non solo per addivenire ad una unità degli Stati del Sud nel Collegio Elettorale che elegge il Presidente ed il suo vice, ma anche per costituire una controparte strategica rispetto al Nord, cosa che ha richiesto la ricerca dei voti razzisti. Essi ritenevano di aver individuato nella diffusa e crescente insofferenza dei bianchi un terreno molto fertile, che avrebbero potuto sfruttare indirettamente parlando di violenza nelle strade, criminalità, delinquenza giovanile, e dei pericoli affrontati dalle nostre madri e dalle nostre figlie”⁹⁴.

Nessuna persona informata è in disaccordo sul fatto che il Partito Repubblicano nazionale dalla fine degli anni sessanta e fino ai giorni nostri abbia perseguito una “strategia del sud”, concentrandosi su questioni almeno nominalmente non razziali – politiche di “*law and order*”, riforma del *welfare*, opposizione alle azioni positive in forza di motivi fondati sull'indifferenza rispetto al colore della pelle (c.d. *Color Blindness*) – per fare appello alle paure razziali e alla ostilità dei bianchi sudisti, da un lato, e degli elettori della classe operaia in tutto il Paese, dall'altro. Kevin Phillips, autore del libro “*The Emerging Republican Majority*”⁹⁵, che approntò il programma della “strategia del sud”, ha da tempo abiurato⁹⁶ e condannato il deliberato tentativo di utilizzare la criminalità e la violenza come parole in codice per fare riferimento al fattore razziale. Harry Denton, Presidente del Comitato Nazionale Repubblicano negli anni settanta, uno dei principali artefici della strategia del Sud, nel lontano 1980 ha sconfessato il suo passato ed ha espresso il suo rammarico: l'articolo che dette la notizia della sua morte apparso sul *New York Times*, citava un'intervista degli anni ottanta in cui egli ebbe modo di esprimere il suo rammarico per tutto ciò che aveva fatto “che aveva ostacolato le persone di colore”⁹⁷.

⁹⁴ R. HOFSTADTER, *The Paranoid Style*, cit., p. 99.

⁹⁵ K.P. PHILLIPS, *The Emerging Republican Majority*, New Rochelle, NY, 1969.

⁹⁶ K.P. PHILLIPS, *The Politics of Rich and Poor: Wealth and the American Electorate in the Reagan Aftermath*, New York, 1991.

⁹⁷ D. STOUT, *Harry Dent, an Architect of Nixon 'Southern Strategy', Dies At 77*, in *The New York Times*, October 2, 2007, section B, 7.

Nonostante le abiure, le disparità razziali nelle carceri americane sono oggi terribilmente marcate come non lo sono mai state, e quasi tutte le leggi e le politiche che le hanno generate rimangono in vigore. Il moralismo e l'intolleranza, tanto dello stile paranoide dei politici dell'ala destra che del fondamentalismo religioso, hanno sostenuto lo sviluppo delle politiche di controllo della criminalità straordinariamente severe che si riscontrano oggi negli Stati Uniti. Una volta che la politica ha iniziato ad agire su questo fronte, le disposizioni costituzionali americane hanno opposto ben pochi impedimenti, e l'insensibilità ai diritti degli afro-americani ha reso gli incredibili costi in termini umani che essi sono stati chiamati a pagare tanto tollerabili quanto ignorabili.

8. *Quale futuro?*

La storia della politiche penali americani a far data dal 1973 non riguarda quindi la globalizzazione, il neoliberismo o condizioni di tarda modernità più di quanto non riguarda tassi di criminalità crescenti o atteggiamenti più severi della pubblica opinione. Politici cinici hanno approfittato delle caratteristiche ricorrenti della cultura politica americana al fine di vincere le elezioni e di esercitare il potere, ma i loro appelli sono andati a segno solo a causa di componenti più profonde della cultura e della storia americana.

La spiegazione più semplice del perché le politiche penali americane sono così severe è rappresentata dal fatto che gli elettori statunitensi hanno eletto quei candidati che avevano sostenuto che le avrebbero rese tali, e così poi hanno fatto. Tale spiegazione, tuttavia, è troppo semplice, perché non è in grado di spiegare perché gli americani abbiano creduto che gravi problemi di criminalità e disordine fossero suscettibili di essere risolti mediante facili soluzioni repressive, e, di conseguenza, perché hanno votato nel modo in cui hanno fatto.

Il successivo livello di spiegazione, che si concentra sulle trasformazioni sociali ed economiche della fine del XX secolo, parimenti non fornisce una spiegazione adeguata. Ogni Paese sviluppato ha sperimentato mutamenti tormentati dello stesso genere, e solo in alcuni di essi le politiche penali sono divenute notevolmente più severe. In questi Paesi, però, le politiche conseguenti sono state molto meno severe rispetto a quelle degli Stati Uniti, sono state spesso almeno in parte compensate da altri cambiamenti volti alla liberalizzazione e, nei casi più estremi, hanno portato a tassi di reclusione pari a meno di un

quarto rispetto a quelli negli Stati Uniti⁹⁸.

La possibile spiegazione sottostante a tale livello si focalizza sulle caratteristiche fondamentali della cultura nazionale e dei valori politici. La globalizzazione ed il neoliberalismo non forniscono gli elementi per spiegare le differenze tra le diverse politiche penali nazionali, ma i valori costituzionali, tanto sul piano istituzionale che culturale, invece sono in grado di farlo. La struttura costituzionale del XVIII secolo degli Stati Uniti dà libero sfogo e garantisce una maggiore influenza ad emozioni a breve termine e al sentimento popolare rispetto a quanto possa accadere nella maggior parte dei Paesi sviluppati⁹⁹, dove un potere politico diffuso rende molto meno probabili irriflessivi e repentini cambiamenti nelle direzioni politiche. I Paesi in cui la legittimità del potere governativo e la fiducia dei cittadini, tanto nel governo così come quella reciproca, è elevata e le disparità di reddito sono contenute, sono meno inclini ad adottare politiche penali severe rispetto ai Paesi con bassi livelli di fiducia e di legittimità, da un lato, ed alti livelli di disuguaglianza nel reddito, dall'altro.

Il paragrafo precedente descrive le istituzioni ed i valori che paiono modellare le politiche penali in determinati Paesi, ma nulla dice sulle origini di queste strutture e di questi valori. Le strutture di governo sono in una certa misura accidentali. La Gran Bretagna e gli Stati Uniti non hanno sentito il bisogno di rivedere in modo radicale le loro Costituzioni risalenti rispettivamente al XVII e al XVIII secolo, mentre invece gli sconvolgimenti che hanno interessato l'Europa nel corso del XX secolo hanno provocato cambiamenti di grande importanza. La necessità in molti Paesi europei e in Giappone di ricostruire nuovamente i sistemi industriali dopo la seconda guerra mondiale, ha parallelamente dato vita per alcuni decenni ad un vantaggio competitivo rispetto al più fragile sistema industriale americano, che non aveva 'beneficiato' della distruttività della guerra. I risultati furono il benessere post-bellico in Europa e in Giappone, ed i 'miracoli' economici in Italia e Germania. Allo stesso modo, molti Paesi europei diedero vita a sistemi di governo ideati specificamente per favorire società pluraliste e per creare sistemi politici consensuali. Allorché i tassi di criminalità e le ansie pubbliche sono aumentate, le istituzioni governa-

⁹⁸ Cfr. M. TONRY, *Determinants of Penal Policies*, cit.

⁹⁹ Il modello costituzionale inglese, persino più datato in quanto risalente al XVII secolo, non prevede una maggiore protezione per una serie di ragioni: non c'è una significativa separazione tra i poteri dello Stato; le corti non hanno generalmente il potere di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, e il Parlamento è in grado soltanto raramente di resistere alle iniziative legislative dell'esecutivo. In breve: se il governo sceglie di perseguire politiche illiberali, gli altri poteri non dispongono della forza per opporsi ad esse.

tive sono state maggiormente capaci rispetto a quanto è accaduto negli Stati Uniti di rispondere in maniera modulata e di opporsi a cambiamenti impulsivi.

I valori culturali e politici non sono però casuali. Essi evolvono nel tempo e sono plasmati dalla storia e dall'esperienza. Negli Stati Uniti, i quattro fattori analizzati in precedenza – la tensione paranoica, il fondamentalismo protestante, la struttura costituzionale ed il fattore razziale – spiegano in gran parte il perché le politiche penali si sono evolute nel modo descritto nel corso dell'ultimo quarto del XX secolo. Tuttavia essi evidenziano la necessità di un ulteriore livello di spiegazione.

Perché la tensione paranoica e l'intolleranza moralistica protestante hanno rappresentato fattori sempre ricorrenti, e perché l'influenza delle tormentate relazioni razziali è rimasta così potente? Le grandi caratteristiche della storia americana, tra cui il puritanesimo e l'intolleranza dei primi coloni, gli ideali di individualismo e libertarismo associati alla conquista della frontiera verso l'ovest e all'economia del sud inizialmente basata sulla schiavitù, senza dubbio debbono essere incluse nelle risposte.

I programmi di ricerca nei prossimi anni dovrebbero concentrarsi su questo livello di spiegazione. Negli Stati Uniti dovrebbero essere poste domande critiche circa il ruolo giocato dalla religione, della razza e dal libertarismo nella determinazione dei valori e, attraverso essi, delle politiche penali. Le domande in altri Paesi sono differenti, e migliori domande andranno ad arricchire la comprensione del perché gli Stati rispondono ai crimini e ai criminali in modo diverso. In Francia, ad esempio, perché i cittadini hanno per secoli accettato la legittimità di amnistie e condoni di ampio respiro nei riguardi degli autori dei reati e dei detenuti? In Italia un indulto molto ampio nel 2006 ha ridotto la popolazione carceraria del quaranta per cento (e nel 2010 una più limitata commutazione delle pene è stata approvata dal governo conservatore di Berlusconi¹⁰⁰), e non si sono verificate proteste di massa. Il mio istinto mi dice che se simili provvedimenti venissero adottati negli Stati Uniti, in Inghilterra o nei Paesi Bassi porterebbero a vere e proprie tempeste politiche. Allo stesso modo, qualcosa nella storia e nella cultura scandinava e tedesca ha portato all'adozione di politiche penali moderate per almeno mezzo secolo. Si possono fornire spiegazioni nei termini sopra indicati – sistemi politici consensuali, alti livelli di legittimità e di fiducia e così via – ma queste fanno nascere la domanda: cos'è nelle storie (assai diverse) di quei Paesi che produce tali caratteristiche?

¹⁰⁰ Il riferimento è alla c.d. legge "svuota carceri", l. 26 novembre 2010, n. 199 (N.d.T.).

Winston Churchill un secolo fa osservava:

“Lo stato d’animo e l’atteggiamento della popolazione nei confronti del trattamento del crimine e dei criminali costituiscono uno dei più infallibili banchi di prova per qualsiasi Paese. Un riconoscimento sereno ed obiettivo dei diritti degli imputati e persino dei criminali condannati, ...instancabili sforzi verso la scoperta di processi curativi e ri-generativi; una fede inesauribile che vi sia un tesoro, se solo lo si riesce a trovare, nel cuore di ogni uomo: questi sono i simboli che, nel trattamento del crimine e del criminale, denotano e misurano la forza detenuta da una nazione, e sono il segno e la prova della virtù che in essa vive”¹⁰¹.

Gli Stati differiscono profondamente tra loro nel modo di reagire al crimine e ai criminali. Le risposte che gli Stati Uniti hanno dato a tali questioni nel corso del XX secolo sono state semplicemente vergognose. È difficile credere che qualcuno che non ha militato nelle frange politiche radicali della politica americana avrebbe scelto trent’anni fa di dar vita al sistema che gli americani attualmente hanno. Un sistema crudele, costoso, che devasta le vite, in particolare quelle degli afro-americani indigenti ed emarginati.

Possiamo imparare molto di più sul perché le politiche degli Stati differiscono in modo così marcato. Forse i frutti di questo apprendimento consentiranno agli Stati Uniti di esprimere in un modo migliore la forza che detengono e di dare prova delle proprie virtù.

¹⁰¹ Passaggio tratto dal discorso tenuto alla Camera dei Comuni il 20 luglio 1910, cit. in M. GILBERT, *Churchill: A life*, New York, 1992, p. 214.

Dibattito

*Legittimazione e metodo della scienza penale:
a cento anni dalla prolusione sassarese
di Arturo Rocco*

MASSIMO DONINI

TECNICISMO GIURIDICO E SCIENZA PENALE CENT'ANNI DOPO.
LA PROLUZIONE DI ARTURO ROCCO (1910)
NELL'ETÀ DELL'EUROPEISMO GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. L'immagine consolidata del tecnicismo giuridico nella critica dei suoi detrattori. – 2. Se l'interpretazione del tecnicismo corrisponda al Manifesto (1910) e all'opera del suo più originale sostenitore, Arturo Rocco. – 3. L'orientamento costituzionalistico è una forma di positivismo giuridico applicato alla Costituzione? – 4. L'età del connubio tra dogmatica e politica criminale: dal disincanto alla perdita di ruolo del sapere accademico. – 5. Dalla dogmatica classica a quella moderna, a quella post-costituzionale, mera componente, e non sinonimo, della scienza penale. – 6. La "crisi" della dogmatica, oggi. – 7. L'età della democrazia penale massmediatica e dell'europesismo giudiziario e delle fonti. – 8. Mutamenti genetici del discorso penalistico: giurisprudenza-fonte e varietà degli attori giuridici. – 9. Una scienza solo dei limiti dell'intervento punitivo? Punto di vista esterno e interno. – 10. Oltre l'eredità del giuridicismo. Per una scienza penale discorsiva e critica.

1. *L'immagine consolidata del tecnicismo giuridico
nella critica dei suoi detrattori*

La mia generazione è cresciuta all'insegna del necessario superamento del tecnicismo giuridico, inteso (vedremo se correttamente) come retaggio di uno stile e di un metodo che ravvisavano nella legge scritta non l'ultimo significato e il valore insuperabile del diritto, ma il limite invalicabile della conoscenza del giurista in senso stretto. Il tecnicismo liberava il giurista da oneri di legittimazione della legge, assumendo quest'ultima come un prodotto altrui, da interpretare e applicare senza una necessaria adesione emotiva, possibile o auspicabile, ma non richiesta. Quasi come il botanico studia un bulbo e ne legge la struttura biochimica. Della legge era responsabile il Parlamento o il Governo, comunque lo Stato, non l'interprete. Quest'ultimo, anzi, non doveva "fare politica", ma neppure "filosofare" o confondere il piano ideale della giustizia con quello della legge. La critica al diritto positivo era un compito che gli era ovviamente consentito, ma o in una sede distinta o in una sezione diversa rispetto alle pagine o ai discorsi che trattavano del *ius positum* al fine di intenderlo e applicarlo. Secondo le parole ammonitrici di Arturo Rocco, infatti, "la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la con-

venienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura a escluderlo”¹.

Chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell’istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: “sì che il giurista penalista.....in quel momento....fa getto della toga del giurista, per vestir l’abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica”². La vecchia “scienza della legislazione” di Filangieri o di Bentham, da intendersi adesso semplicemente come studio *de lege ferenda*, non era una categoria superiore che comprendeva in sé, come parte rilevante ma non assorbente, la legislazione dello Stato in un determinato settore (*accanto* alla storia giuridica, alla comparazione, alle analisi statistiche, criminologiche, di economia del diritto etc.), ma era un’attività *a parte*, accanto alla criminologia, alla sociologia criminale, alla politica del diritto, alla comparazione etc., parallela e distinta rispetto alla “scienza dogmatica”, che rappresentava la scienza giuridica in senso stretto.

La riduzione teleologica dell’oggetto della scienza giuridica al solo diritto positivo (escludendo le cause della criminalità, le funzioni del sistema penale, gli ‘scopi’ della politica criminale diversi dalla *ratio* specifica di singole norme, etc.), ne delimitava epistemologicamente l’ambito in modo da escludere pretese e ingerenze di altre competenze scientifiche, e ne ridefiniva conseguentemente il *metodo*, costituito da esegesi, interpretazione e dogmatica di quello stesso oggetto.

Si prometteva così la conquista dell’autonomia scientifica del diritto penale rispetto alle “scienze ausiliarie”³, al prezzo di una rinuncia a un punto di vista

¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, 314 (e di qui le citazioni). *Si noti bene, però*: Rocco non delegittima i saperi extragiuridici quanto alla loro funzione conoscitiva del diritto (v. *infra*), ma quanto alla loro potenzialità “legittimante”, “giustificativa” degli istituti normativi. È sul piano della giustificazione del diritto che egli si arresta alla sua esistenza come un dato primigenio per il giurista-interprete, laddove quando si tratta di intenderne origini e scopi, oppure di criticarlo *de lege ferenda*, si dà spazio alla politica, alla filosofia, alla sociologia, alla criminologia etc. Su questo punto spiegheremo il nostro dissenso, che attiene fondamentalmente alla giustificazione *ab origine* dell’intervento penale in termini di sussidiarietà e dunque all’esigenza di motivarne specificamente l’impiego, soprattutto laddove non si tratti di crimini gravi contro l’umanità, la vita o altri beni primari, o di forme di aggressione criminologicamente indiscusse ed evidenti, ma di scelte politiche e di opportunità, o strumentali ad altri scopi, che occupano ormai gran parte del diritto penale contemporaneo.

² Citatissime anche queste considerazioni sempre di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 293.

³ Di scienze ausiliarie, veramente, parlò, ben prima di Rocco, v. Liszt, il fondatore di quel-

esterno o critico rispetto al diritto penale e all'esigenza di una sua giustificazione; per il pratico, a sua volta, si garantiva la sua libertà dall'adesione politica e coscienziale alla legge, ma anche la contestuale rassicurazione, per il potere politico, di una fedeltà "ideologica" dell'interprete, affrancato da oneri di legittimazione diversi dalla lettura delle regole, in modo assolutamente conforme alla divisione dei poteri⁴. Anche la giustizia, in questa visione delle cose, era questione filosofica o politica, mentre il giurista si occupava di diritto.

Negli aspetti più negativi delle sue manifestazioni, peraltro, il tecnicismo doveva condividere le critiche proprie di ogni positivismo giuridico, per il suo ridursi a espressione di giurisprudenza dei concetti, a formalismo giuridico, all'esaltazione di una logica formale che straniava la scienza dalla realtà⁵, ad apparente ossequio alla neutralità dell'interprete. Questa neutralità, si è obiettato più volte, mascherava di fatto il suo conservatorismo, solo 'tecnicamente'

la scienza penale integrale che si suole contrapporre al tecnicismo, perché quest'ultimo l'avrebbe neutralizzata. Si vedano proprio le pagine introduttive al primo numero della *ZStW*, la rivista "per la scienza penale integrale", o per l'intera (gesamt) scienza penale: *An unsere Leser*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 1, dove si affianca allo studio scientifico del diritto positivo quello delle "Hilfswissenschaften". Tale rivista, come è stato opportunamente sottolineato, di fatto lascerà spazio alle scienze ausiliarie solo nelle pagine sulle recensioni (H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?*, in *ZStW*, 93, 1981, 199 ss.), qualificandosi, a dispetto della intitolazione, come la rivista della dogmatica penale tedesca.

⁴ Per questa valutazione del tecnicismo v. esemplarmente F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. Bricola e F. Sgubbi, Litografia Lorenzini, Bologna, Anno Acc. 1981-82, 54 ss.; ID., voce *Teoria generale del reato*, Utet, Torino, 1974 (estratto dal *NssDI*, XIX), 11 s., e nota 10; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 31 ss.; C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, Einaudi, Torino, 1997, spec. 18 ss.; M. PELISSERO, in G. NEPPI MODONA - M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, cit., spec. 831 ss.; G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale dall'illuminismo ai nostri giorni*, in C.F. GROSSO - G. NEPPI MODONA - L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, spec. 175 ss. Per una diversa lettura "revisionista" del saggio di Rocco rispetto alle interpretazioni qui appena ricordate, lettura con la quale ravvisiamo alcuni punti di convergenza, cfr. M. SBRICCOLI, *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 A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, 217 ss., spec. 217 ss.; ulteriormente, e ancora più nettamente favorevole ad un ruolo storicamente positivo del tecnicismo in età fascista, ID., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 842 ss., 845 s.

⁵ A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, Premiata Tipografia Gallardi, Vercelli, 1939, 26 ss., 37 ss., 75 ss.; R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. Pen.*, 1958, 173 ss., spec. 183 ss., 191 ss.

celato, la sua inevitabile subalternità all'ideologia giuridica del potere politico, storicamente mutevole a seconda dei regimi e delle forze maggioritarie, dal fascismo degli anni Trenta e Quaranta, ai governi democristiani degli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta del secolo scorso.

2. *Se l'interpretazione del tecnicismo corrisponda al Manifesto (1910) e all'opera del suo più originale sostenitore, Arturo Rocco*

Quando, nel secondo dopoguerra, si cominciò a discutere dell'«elemento politico del codice Rocco»⁶, e venne approfondita dai penalisti che avevano operato sotto il fascismo una sorta di riflessione di autocoscienza, prevalse la tesi della natura tecnica del codice, a dispetto di quella politica, pur presente qui e là soprattutto nella 'parte speciale'. Anzi, si disse o si pensò che il tecnicismo aveva preservato i giuristi, tenendoli al riparo dall'ideologia fascista⁷. Il tecnicismo, si aggiunse, aveva addirittura salvato la legislazione italiana, come dimostrerà l'ampia e sostanziale conservazione, per lungo tempo, dei codici degli anni trenta e dei primi anni quaranta nell'età repubblicana e democratica, monumenti di scienza giuridica sostanzialmente trapiantati, salvo progressive revisioni e innesti, nell'ordinamento costituzionale democratico fino alla fine del ventesimo secolo. Per non parlare del codice Rocco, l'ultimo grande "patriarca"⁸, i cui ottant'anni sono stati appena celebrati ricordando che, se esso in buona sostanza non c'è più, o non è più quello degli anni Trenta o Cinquanta, tuttavia inevitabilmente conserva strutture portanti in parte ancora identitarie per il sistema penale, pur largamente costituzionalizzato⁹. I penalisti, pertanto, si autoassolsero negli anni Quaranta e Cinquanta, e solo a

⁶ Per riprendere il titolo di un celebre scritto, tutto incentrato sull'idea della conservazione dei principi liberali (e illuministici) nella parte generale del codice e della concentrazione dell'elemento politico solo nella parte speciale, di T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. Pen.*, 1945, 161 ss., 174 ss.; v. pure G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. Pen.*, 1945, 23 ss.; G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Priulla, Palermo, 1953, in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1966, spec. 801 ss.

⁷ Il giudizio è consolidato: per tutti G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale*, cit., 175; M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., spec. 842 ss.

⁸ Cfr. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *RIDPP*, 1994, 1220 ss.

⁹ Ass. F. Bricola, *Gli 80 anni del codice Rocco*, Bologna, 2010, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

partire dagli anni Settanta cominciò un'opera di revisione storica che, di pari passo con l'approccio costituzionalistico (§ seg.), condurrà al recepimento di un giudizio assai più negativo o critico¹⁰, dove la qualifica di tecnico-giuridico equivale a politicamente conservatore e legittimista, solo apparentemente apolitico, oppure acritico rispetto al potere, formalista o dogmatico in senso deterioro, impermeabile alle scienze sociali, al diritto come scienza sociale esso stesso, e dunque un metodo culturalmente chiuso, alieno dall'idea dello scopo ma pure dalle conseguenze, retaggio di una giurisprudenza dei concetti ben lontana dalle pulsioni della vita civile e forse anche dalla autentica civiltà del diritto.

Dopo che la nostra formazione è stata fortemente condizionata da questo giudizio negativo, che sicuramente affiora qua e là anche nei nostri scritti, ci chiediamo oggi se tale valutazione rifletta davvero il "Manifesto" del tecnicismo, il classico scritto di Arturo Rocco che, con la sua Prolusione sassarese del 1910 di cui ricordiamo il centenario¹¹, impresse una svolta alla lotta tra "Scuole", quella classica e quella positiva in primo luogo, che furoreggiava – non è un'iperbole – nei primi lustri del Novecento.

La nostra risposta, oggi, è chiaramente positiva quanto alla *separazione* tra dogmatica (vera "scienza giuridica" per Rocco) e politica criminale ("solo" disciplina *de lege ferenda*) quale contrassegno del tecnicismo sia in Rocco e sia nella storia; ed è tuttavia una risposta negativa quanto all'identificazione del tecnicismo storico, quale metodo normativistico fondato sull'esegesi e una dogmatica logico-deduttiva, con il modello epistemologico elaborato da Rocco. Il giudizio sul "Manifesto" di Arturo Rocco non può, infatti, coincidere con quello sul tecnicismo, che riguarda almeno sessant'anni di storia penalistica dopo la prolusione sassarese¹², variamente rappresentati da indirizzi o esempi, prevalentemente "tecnico-giuridici", ma ora concettualistici, ora più attenti al piano degli interessi, ora retribuzionisti, ora vicini ai postulati criminologici della Scuola positiva. Noi, però, ci soffermiamo oggi soprattutto sulla questione del metodo e della scienza, senza ripercorrere le vicende storiche del tecnicismo.

Arturo Rocco, nel 1910, intese riconsegnare al diritto lo statuto di scienza giuspositiva, anziché sociale, criminologica, sociologica, filosofica, politica

¹⁰ V. ancora gli scritti citati a nota 4.

¹¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 263 ss.

¹² Ma neppure il giudizio sul tecnicismo può coincidere con quello sull'opera di altri grandi penalisti esponenti di quell'indirizzo, da Manzini a...Marcello Gallo (v. *infra* in questo § e nel successivo § 3).

etc., e nel far ciò dovette prendere le distanze sia dalla Scuola classica, che pensava a un diritto eterno, sovratemporale, razionale, sganciato da scelte storiche precise; e sia dalla Scuola positiva, che stava dissolvendo il diritto in una scienza empirico-causale, tutto orientato al futuro, alle riforme, alle "cause", anziché alla responsabilità, trasformandolo così in un diritto penale... senza diritto¹³. Stabilito che oggetto dello studio scientifico del diritto penale non sono le cause della criminalità (ciò appartiene alla criminologia o alla politica del diritto, semmai), ma le norme giuridiche vigenti, Rocco ne ripropone un metodo d'analisi che qualifica non certo nuovo, ma millenario: una scienza "vecchia di quasi tremila anni"¹⁴. Questa sapienza antica è portatrice di valori antiformalistici: esegesi, interpretazione, dogmatica, sistematica e persino critica del diritto non vivono di sola logica formale, ma devono abbeverarsi e attingere alla comparazione, alla storia, alla criminologia, alla sociologia criminale, alle scienze sociali ed empiriche quali loro "fonti" complementari rispetto alla legge, e che sono di ausilio per l'intendimento del diritto positivo¹⁵. Tecnicamente, peraltro, esse non sono, secondo Rocco, "fonti del diritto", ma "fonti della conoscenza scientifica del diritto"¹⁶. È necessario attingere a quelle fonti proprio onde evitare il formalismo. Purché sia chiaro che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica¹⁷, nulla si oppone all'impiego di ulteriori saperi in funzione complementare o sussidiaria¹⁸, quale materiale empirico da cui trarre i dati positivi delle costruzioni della scienza, integrando il metodo logico-deduttivo della dogmatica con l'«induzione sperimentale»¹⁹.

Il diritto penale, inoltre, vive al culmine dell'intero ordinamento giuridico e

¹³ Così, nelle stesse parole di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit. (da *Opere giuridiche*, vol. III, cit.), 273.

¹⁴ *Ivi*, 295.

¹⁵ *Ivi*, 317 ss.

¹⁶ *Ivi*, 322.

¹⁷ *Ivi*, 293.

¹⁸ Questo è il punto nodale: quanto complementare e quanto sussidiaria. Aveva già scritto lo stesso von Liszt, esponendo il programma della sua (ben diversa in apparenza) "scienza penale integrale" (in F. v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZStW*, Bd. 9, 1889, (452 ss.), 456: "non si pretende dal criminalista che conduca autonome indagini statistiche o antropologiche, ma gli chiediamo che abbia consuetudine con le acquisizioni della biologia criminale e della sociologia criminale, così come ce l'ha con le previsioni del codice penale e le decisioni della Cassazione").

¹⁹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 317. Sull'integrazione di metodo deduttivo e induttivo nella teoria del reato (in prospettiva costituzionale e di integrazione tra dogmatica e politica criminale) si consenta il rinvio a M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *RIDPP*, 1997, 351 s., 365 ss.

di esso si nutre, anche se costruisce in modo autonomo i suoi precetti e le sue sanzioni, data la normale sussidiarietà delle sanzioni penali a interessi di regola (“se non sempre”) protetti da altre branche dell’ordinamento senza la cui conoscenza è vana ogni pretesa scientifica del penalista²⁰. Rocco è così poco formalista che sostiene la normalità e la legittimità del procedimento ermeneutico di tipo analogico, purché non avvenga *in malam partem*; la stessa interpretazione estensiva sfavorevole è descritta come un antidoto contro il grezzo commento esegetico della lettera della legge²¹. Non solo. L’analogia (analogia legis) e il richiamo ai principi generali del diritto (analogia iuris) sono fondamentali per costruire la dogmatica penale, che Rocco ritiene la vera scienza *del diritto*, laddove l’esegesi è la vera scienza *della legge*²². E la crisi che intende superare la sua riproposizione di un metodo per nulla “nuovo” è proprio una crisi di entrambi questi momenti specifici qualificanti. Al livello della critica della legge, non solo quella strettamente tecnica interna alla dogmatica, ma soprattutto quella *de lege ferenda* e insita nella scienza della legislazione, Rocco pone solo il vincolo di una previa conoscenza del diritto vigente²³. L’esperienza disordinata, pericolosa e sterile di una critica legislativa carente di previo studio esegetico e dogmatico del diritto penale è forse l’aspetto più ricorrente dello stato di “crisi” della scienza penalistica ai primi del Novecento, nella rappresentazione di Rocco. Per il resto, in un’ottica di scien-

²⁰ Art. ROCCO, *Op. ult. cit.*, 304 s. “Provatevi infatti a conoscere scientificamente i così detti “reati contro la proprietà” senza conoscere, almeno nelle sue linee fondamentali, il nostro sistema privato, civile e commerciale! Provatevi a studiare scientificamente i reati contro la pubblica amministrazione senza conoscere i principi generali del nostro ordinamento giuridico amministrativo, o i reati contro l’amministrazione della giustizia senza conoscere i tratti caratteristici e fondamentali del nostro ordinamento processuale e del nostro ordinamento giudiziario, o i reati contro lo Stato o la libertà senza conoscere i capisaldi del nostro ordinamento costituzionale! I risultati cui perverrete saranno così scientificamente nulli da non andare più oltre della semplice riproduzione degli articoli della legge....risultati indegni del nome di scienza!” (*ivi*, 306).

²¹ *Ivi*, 298 s.

²² *Ivi*, 300-302. In queste riflessioni del padre del tecnicismo giuridico non è difficile scorgere idee sorprendentemente anticipatorie rispetto a quelle più avanzate dell’ermeneutica contemporanea, con particolare riferimento alle tesi di Arthur Kaufmann sull’analogia come procedimento ordinario dell’interpretazione giuridica: cfr. Arth. KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e “natura della cosa”*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, 53 ss., 70 ss.; v. pure sul punto O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, 49 ss.; G. CARLIZZI, in V. OMAGGIO - G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, 121 ss.

²³ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 266 s., 313.

za della legislazione classica, gli sta bene anche la scienza penale integrale di von Liszt, dato che proprio Liszt, profilando il suo programma di “universa scienza del diritto penale” vedeva la trattazione tecnico-giuridica (e non la prevenzione e l’analisi empirica) come “più prossimo compito della scienza del diritto penale”²⁴, subordinando per ragioni di garanzia (la *Magna Charta* del reo) il profilo causale della lotta alla criminalità ai limiti legali della risposta giuridica al delitto nell’applicazione della legge.

Se da questo Manifesto andiamo a ritroso a percorrere vari scritti minori di Rocco, in diverso ordine di grandezza, come quelli sul diritto penale amministrativo, sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale, sulle misure di sicurezza, sul diritto soggettivo di punire, sull’amnistia nel diritto penale romano²⁵, fino all’*opus magnum* su “L’oggetto giuridico del reato” (1913), vedremo che storia e comparazione si affiancano a una formidabile cultura giuridica tecnica, così come chi volesse rileggere i cinque tomi del *Trattato del furto* di Vincenzo Manzini²⁶, e non soltanto le pagine iniziali del primo volume del *Trattato di diritto penale*, dove è contenuto un celebre ostracismo alla filosofia²⁷, vedrebbe realizzato un metodo integrato di scienza penale (storia, comparazione, statistica e criminologia, interpretazione, dogmatica e scienza legislativa *de lege ferenda*) assente persino dalla maggior parte delle monografie contemporanee, che danno per scontata la modernità di una specializzazione del giurista dove solo in *équipe* oppure occasionalmente, secondo la cultura personale, si utilizzano e recepiscono tanti saperi esterni, e in modo tale da scongiurare l’accusa o il rischio di mero diletterantismo²⁸.

²⁴ Sono traduzioni e parafrasi di ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 278 s. in nota, riprendendo il pensiero di Liszt.

²⁵ Cfr. il vol. III delle *Opere giuridiche*, cit. (Il primo volume contiene *L’oggetto del reato*, mentre il secondo raccoglie gli scritti processuali).

²⁶ V. MANZINI, *Trattato del furto e delle sue varie specie*, rist. della 2^a ed., Utet, Torino, 1923.

²⁷ Lo si rilegga nell’edizione successiva del 1950 (in polemica anche con Bettiol): V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1950, 7 ss. (§ 2, *La filosofia e il diritto penale*, con i due sottoparagrafi: “Inutilità giuridica delle indagini filosofiche” e “Danno della filosofia al diritto penale”).

²⁸ Il rischio di diletterantismo era quanto, in area tedesca, il “giuspositivista” e “dogmatico” Karl Binding, per altri versi tanto citato adesivamente anche da Rocco nella prolusione del 1910, rimproverava in quegli stessi anni agli indirizzi criminologici *à la Liszt*. Cfr. K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*. AT⁸, Felix Meiner, Leipzig, 1913, Vorwort, pag. V.

3. L'orientamento costituzionalistico è una forma di positivismo giuridico applicato alla Costituzione?

Il difetto principale del tecnicismo, anche quello di Rocco, sul piano epistemologico (ma ad un tempo politico), era l'assenza del problema della legittimazione del diritto penale dall'orizzonte della scienza, o se vogliamo la sua riduzione al valore dell'obbedienza alla volontà generale della legge. Rispetto a Cesare Beccaria, all'illuminismo, alla lezione di Francesco Carrara, il tecnicismo costituì effettivamente un momento di regresso sotto questo profilo. Solo l'approccio costituzionalistico ha riguadagnato a livello collettivo quest'irrinunciabile dimensione al discorso scientifico. Con l'applicazione sistematica della Costituzione al diritto penale nasce un nuovo indirizzo, che rinnova paradigmi risalenti.

La novità, dappprincipio, si avverte sul piano culturale e politico, ma non su quello del metodo. Se, infatti, sul piano politico l'approccio costituzionalistico introduce un superiore livello di "diritto positivo" che, essendo intessuto di valori e principi, impone all'interprete di valutare criticamente la legge ordinaria, dall'altro, proprio in quanto diritto positivo anch'esso, quel livello si presta – o è stato pensato che si prestasse, soprattutto negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso – a essere letto, interpretato e applicato proprio *come* la legge ordinaria: mediante un approccio innanzitutto esegetico, "religiosamente e scrupolosamente" aderente al testo, per riprendere le parole stesse di Rocco²⁹. Si pensi alle letture costituzionali del principio di legalità di Marcello Gallo³⁰, o alla stessa costruzione tutta "giuspositivistica" di Franco Bricola³¹. Da ciò ne è conseguito un approccio alla Carta costituzionale espressione del positivismo giuridico, assai diffuso proprio nei primi lustri del suo sviluppo. Uno stile, dunque, più vicino sul piano del *metodo* – ma non però dell'*oggetto*, evidentemente – allo stesso tecnicismo.

Naturalmente è possibile adottare una lettura più disincantata dell'orientamento costituzionalistico, mostrando come in vari casi ciò che, fin dall'inizio, viene ricondotto "a forza" in un comma costituzionale, a cominciare da tutta

²⁹ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 274.

³⁰ M. GALLO, *La legge penale. Appunti*, Torino, 1965 (pubblicato anche in precedenti edizioni), e ora ID., *Appunti di diritto penale*, vol. I. *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

³¹ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 9, parlava di "indicazioni nettamente giuspositivistiche, anzi giuslegalistiche che la Costituzione (art. 25, 2° comma) fissa in materia penale".

un'ampia tipologia di principi costituzionali *non espressi*, altro non è che un percorso giusrazionalistico solo "argomentato" in chiave di positivismo costituzionale, ma in realtà "fondato" veramente su altre basi. Operazione che in taluni casi è molto scoperta e dissimula in modo evidente un percorso giuridico che di giuspositivistico conserva solo l'apparenza, che serve per "fare passare" certe tesi altrimenti proponibili solo *de lege ferenda*³². D'altro canto, nella stessa fondazione di Bricola, oggetto della teoria del reato a base costituzionalistica era anche la costruzione delle norme future, e dunque il diritto positivo sì, "inteso però non come un dato definitivo, ma come un *quid* che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che con ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare"³³. Di questo passo, è possibile arrivare a convertire se non l'orientamento costituzionalistico, almeno alcune sue pur celebri espressioni, in una realtà giuridica addirittura opposta a certe matrici originarie dell'indirizzo, e cioè in una forma di neogiusnaturalismo³⁴. Ma quali sono le «vere» matrici originarie dell'orientamento del diritto penale ai principi sovraordinati alla legge? Non è vero, del resto, che anche rispetto alla legge ordinaria sono possibili stili ermeneutici più ligi all'interpretazione stretta e altri più estensivi e capaci di inserire in quelle 'regole' delle 'norme' profondamente differenti dalle originarie intenzioni del legislatore?³⁵ Ciò apparirà con evidenza, rispetto all'ermeneutica costituzionale, nel prosieguo dell'esperienza storica, almeno dagli anni Novanta del secolo

³² Una riflessione critica sull'approccio costituzionalistico quale forma di giusrazionalismo dissimulata sotto vesti giuspositivistiche era già contenuta nel nostro *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 160 ss.

³³ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 12, così recuperando al giuspositivismo anche la "scienza della legislazione" nel significato (giusrazionalistico) ad essa attribuito dal suo Maestro Pietro Nuvolone (ivi puntualmente ricordato).

³⁴ V. al riguardo le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 909 ss., 914 ss., e quanto osservato, sul passaggio dal tecnicismo all'approccio costituzionalistico, in DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, 1999, 226 ss.

³⁵ È questa, del resto, l'obiezione che al tecnicismo fece P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, già in *Riv.it.dir.pen.*, 1949, poi in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, 166 ss., 169, e in sintesi a p. 175: "l'indirizzo tecnico giuridico non è riuscito a circoscrivere alle pure norme del diritto positivo l'oggetto della scienza penale: vi sono concetti, teorie, argomentazioni, che traggono aliunde il motivo della loro validità" [c.vo. orig.]. Avrebbe potuto scriverlo Welzel, in quegli stessi anni, o H.J. Hirsch fino ai nostri giorni. V. sul punto H.J. HIRSCH - J. CEREZO MIR - E. A. DONNA (Dir.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal, Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, *passim*.

scorso a oggi, allorché si è cominciato ad argomentare non più dal testo costituzionale, ma direttamente da sentenze della stessa Corte, o da fonti sovranazionali, e ancor più da decisioni di altri Tribunali supremi³⁶. Un “circolo ermeneutico” dove la divisione dei poteri (in uno con la vecchia gerarchia delle fonti) sembra talvolta poco più di un ossequio labiale alla tradizione e dove il *testo* dipende tutto, ormai, dal *contesto*³⁷, e a seconda che l’interprete si orienti a tutela dei diritti dell’imputato o di quelli della vittima, con esiti politici di ben diversa valenza³⁸. Infatti, tutta la teoria del reato tradizionalmente costruita su premesse di garantismo per i diritti dell’indagato e dell’autore del reato (considerando il codice o la legge penale come la Magna Charta del reo) può essere “riscritta” se si intende bilanciare questa lettura con i diritti delle vittime, reali o potenziali, con le tradizionali istanze di difesa sociale che le costruzioni incentrate sul garantismo classico hanno pensato di neutralizzare o mettere fra parentesi, lasciandole magari, lisztianamente, alla criminologia o alla politica, ma non al diritto: pensavamo di addomesticare il Leviatano, e ci siamo accorti che lo stavamo nutrendo e irrobustendo, presentandolo come il difensore delle vittime, un formidabile “lottatore” che usa la legge penale come arma, non certo come Magna Charta³⁹.

³⁶ Per un quadro dispiegato dei risultati attuali di questo processo culturale e giuridico, cfr. G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006; nonché G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 1021 ss. V. altresì, anche per un inquadramento della principale letteratura manualistica nel solco dell’orientamento costituzionalistico, M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 421 ss.

³⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, 33 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 515 ss., 525 ss.

³⁸ Per un’istruttiva lettura, sull’esempio della giurisprudenza Cedu e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, di come l’applicazione dei diritti fondamentali assuma connotazioni radicalmente diverse, se operata in chiave “vittimocentrica”, anziché “reocentrica”, v. ora V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Un microsistema tra garanzie classiche ed europeo-giudiziario*, Bologna, 2010.

³⁹ Su una diffusa argomentazione ed ermeneutica “di lotta” nella cultura e legislazione giuridica (anche europea) che divora il diritto-garanzia, si consenta di rinviare al nostro *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, 55 ss.

4. *L'età del connubio tra dogmatica e politica criminale: dal disincanto alla perdita di ruolo del sapere accademico*

Lo sviluppo dell'orientamento costituzionalistico ha proceduto in contemporanea con l'età del connubio tra dogmatica e politica criminale. A livello internazionale il superamento del tecnicismo giuridico (chiamato altrove semplicemente positivismo giuridico), che professava una netta distinzione della dogmatica dalla politica criminale in ossequio a una rigorosa separazione dei poteri, e relegava la comparazione ad attività autonoma dalla dogmatica, in funzione meramente "conoscitiva" di ordinamenti e sistemi non nazionali⁴⁰, ha significato un riavvicinamento della politica criminale alla dogmatica, e anzi, secondo alcune celebri prospettazioni, una vera fusione di quelle due componenti: tutte le categorie della dogmatica, si è detto (Claus Roxin), dovrebbero essere reinterpretate alla luce delle *funzioni politico-criminali* che orientano un sistema dominato dall'idea dello scopo⁴¹. Dal teleologismo "politico-criminale" si è poi passati all'orientamento alle conseguenze⁴² e a nuove forme di funzionalismo⁴³. Indirizzi teleologici nello studio del diritto penale non sono certo nuovi⁴⁴ e rispondono a esigenze imprescindibili che ogni tecnico-

⁴⁰ Per quest'aspetto e i relativi richiami alle distinte posizioni di Radbruch e von Liszt al riguardo, cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 241, nt. 83. A favore della comparazione quale momento qualificante della dogmatica penale contemporanea, invece, cfr. sempre *Op.ult.cit.*, 236 s.

⁴¹ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Aufl., de Gruyter, Berlin, New York, 1973, 10 ss., 15 ss. Per una rilettura costituzionalistica di questa famosa proposta cfr. F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *RIDPP*, 1988, 3 ss. V. altresì, quale modello pronunciato di una dogmatica penale moderna a orientamento costituzionale e di sintesi tra istanze sistematiche e politico-criminali, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Milano, 1992, *passim*.

⁴² Cfr. W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen, bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Fest. Coing zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Beck, München, 1982, 493 ss.

⁴³ Sul passaggio dal c.d. "funzionalismo" di Roxin a quello di Jakobs, cfr. PEÑARADA RAMOS - SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, in G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 17 ss., 37 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico-penal*, in *El estado actual de las ciencias penales*, a cura di A. L. Calle Calderón, Universidad de Antioquia, Ed. Ibañez, Medellín, 2009, (77) 91 ss.; J. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 67 ss., 116 ss.

⁴⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* (già in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, poi) in ID., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, 3 ss. (e p. 13 ss. sul tecnicismo giuridico), spec. 23 ss., 29 ss.; G. DELITALA, *Scienza giuridica e realtà* (in *Riv. it. dir.*

giuridico avrebbe sicuramente sottoscritto⁴⁵. Peraltro, con l'orientamento costituzionalistico, subentra un livello normativo superiore e critico che muta geneticamente (insieme all'oggetto) il ruolo dell'interprete e dunque anche del giudice, che non è più il mero esecutore "avalutativo" del verbo della legge, dato che la sottopone continuamente a una sostanziale verifica e rilettura conforme a Costituzione o a un formale sindacato di legittimità. Il connubio tra dogmatica e politica criminale appartiene alla stessa epoca storica nella quale era diffusa la fiducia del ceto dei giuristi (soprattutto accademici) di potere orientare il legislatore, oltre che il potere giudiziario. Nell'arco di un ventennio, però, le aspettative dei "signori del diritto"⁴⁶ si sono trasformate ora in una delusione⁴⁷, ora in un'illusione⁴⁸, ora in un rifiuto⁴⁹, talora persino in un incubo⁵⁰. Solo chi si è sempre rivelato scettico rispetto ad afflati collabora-

pen., 1936, 534 ss., poi) in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, 393 ss. (contro l'idea che la scuola positiva rappresentasse una sorta di giurisprudenza degli interessi e il tecnicismo una sorta di giurisprudenza dei concetti); G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, (già in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, poi) in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, Cedam, Padova, 1966, 318 ss.; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, (già in *Jus*, 1940, poi) in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, cit., 491 ss. Sul punto v. i rilievi critici di P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, poi in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, 151 ss., spec. 164 s.

⁴⁵ Si rammenti l'antiformalismo dello stesso Arturo Rocco, quello di Marcello Gallo, o quello di Antonio Pagliaro, che possono annoverarsi tutti e tre, per vari aspetti, nel solco del tecnicismo giuridico, anche se poi applicato anche al testo costituzionale.

⁴⁶ Per riprendere la celebre definizione che dà il titolo italiano alla traduzione di un noto volume, che è anche di sociologia dei ruoli giuridici, di VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History* (1987), tr. it. *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991. Chi siano i signori del diritto, in effetti, è dubbio, ripartendosi tale qualifica fra tutti i ruoli indicati, e non essendo privilegio di uno soltanto.

⁴⁷ Per es. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1247 ss.; T. PADOVANI, *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 4023 ss.; F. PALAZZO, *Diritto penale*, cit. V. pure M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, premessa.

⁴⁸ *Ex pluribus*: E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Esi, Napoli, 2001, 107 ss.; ID., *La perenne emergenza*, Esi, Napoli, 1996; G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, BUP, Bologna, 2011, 211 ss.; v. pure Vormbaum, Stella e Lüderssen cit. al § 9 *infra*.

⁴⁹ Per un radicale rifiuto dell'intero diritto penale "politico", così intendendo peraltro (prospettiva diversa da quella degli altri AA. poc'anzi citati) tutto quello orientato allo 'scopo', v. ora la requisitoria bruciante di W. NAUCKE, *Sicurezza e diritto penale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 79 ss.

⁵⁰ Rispetto alle molteplici e fallite progettazioni di riforma, infatti, a un certo punto si è

zionistici con la cultura di un penale “costruttivo”, può conservare nel tempo un *aplomb* immutato: una eleganza critica che coniuga punto di vista esterno e tecnicismo garantista.

Questa ingenua fiducia nelle possibilità “virtuose” di un connubio tra dogmatica e politica criminale, che voleva rendere più scientifica la scelta di punire, con esiti di legittimazione del diritto penale effettuale, si è rivelata un abbraccio mortale. Pareva si aprisse uno spazio sconfinato all’attività costruttiva degli studiosi, prevalentemente orientati *in bonam partem*, alla rieducazione, alla depenalizzazione, e quindi autorizzati a quella grande opera di analogia favorevole in cui consiste una vasta produzione della “parte generale”. Ma si è trattato solo di una stagione: troppi i disincanti rispetto alle istanze rieducative, troppi gli abusi di una legislazione non tanto simbolica (magari fosse stata solo tale), quanto ora moralista, ora diseguale, ora repressiva di minoranze o del dissenso politico e riproduttiva delle diseguaglianze di classe, ora espansa fino al controllo penalistico di massa delle trasgressioni della vita quotidiana, ora anticipata verso situazioni così arretrate da giungere ben oltre la soglia del pericolo presunto, ora ineffettiva e inefficace di fatto, piena di sacche di privilegio, di aree di repressione incomprensibile, di picchi di durezza inutile (diritto penale di lotta, diritto del nemico) e di tolleranze capaci di ridicolizzare il valore della giustizia come amministrazione. Nel contesto di un disamore sistematico per la scienza della legislazione da parte dei governi, di un distacco frequente della produzione normativa dalla stessa consultazione del sapere accademico, quale spazio è rimasto per soluzioni dogmatiche-e-politico-criminali? Quella stessa endiadi fa sorridere, ormai. Dopo la legislazione e la prassi punitiva post-*Guantánamo*, dopo le leggi sull’immigrazione, di fronte a un uso sempre più strumentale della pena in un processo di continua espansione della sua minaccia in funzione di “sicurezza”, dopo le numerosissime leggi *ad personam* realizzate o tentate (in Italia) e il quadro (europeo) di una costante trasformazione del sistema penale legale in un diritto penale giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, autopoietico. Non è in realtà successo nulla di affatto inusitato, se si guarda al passato del diritto penale. Pur consapevoli di numerosi miglioramenti realizzati dal secondo dopoguerra, almeno in Europa⁵¹, nondimeno è chiaro che le speranze degli anni Settanta si sono

concluso (così vari interventi al più recente convegno bolognese su “Il codice Rocco ottant’anni dopo”, del marzo 2010) nel senso che, considerati gli stili legislativi attuali, è molto meglio che una riforma complessiva non venga adottata.

⁵¹ Ci piace ancora ricordare, a questo proposito, il bilancio redatto nell’ultima lezione universitaria di H.-H. JESCHECK, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsverglei-*

infrante contro alcune dure repliche della storia: che non è una storia di progressi cumulativi, perché sotto di essi, che per fortuna esistono, ritornano vecchi fantasmi che accompagnano il potere punitivo, insieme a una criminalità che non è certo sconfitta. Soprattutto, si è infranto il sogno di imprigionare la realtà in un “sistema” punitivo costruito su categorie elaborate da chi non sia impegnato non diciamo nella “lotta”, ma comunque nella “risposta” al crimine. Dottrina e giurisprudenza (quella legittima) sono perciò componenti essenziali del medesimo discorso scientifico, anche se non sono equiparabili, non spettando al *ius dicere* il compito di una riorganizzazione generale del sapere giuridico-penale. D’altro canto, mentre un sistema “chiuso” non esiste più, se mai è esistito, un sistema ordinato è solo il prodotto di mille mediazioni, di una paziente attività di reinterpretazione, di cui viene incaricata ogni generazione penalistica. Chi pensa di imprigionare davvero quella realtà in un ordine “coerente”⁵², sta continuando a sognare, e gli siamo perfino grati per avere regalato qualche sogno alla nostra giovinezza.

Osservando la realtà tutta intera, probabilmente ci possiamo salvare dal sonno della ragione a patto di non “sposare” veramente il diritto penale, di non “credere” in esso fino in fondo; coltivando cioè anche il “punto di vista esterno” (quello del criminologo, del sociologo, del filosofo, o del politico) e, quando operiamo e ragioniamo *intra moenia*, conservando uno spazio di sana autonomia, che non significa un distacco, tra la scienza e la politica o la prassi, tra la dogmatica e la politica criminale. Sono troppe, del resto, le disposizioni costituzionalmente legittime, o “european correct”, e tuttavia ancora profondamente indesiderabili o ingiuste, per quanto modernissime. L’indipendenza e la “libertà” dei vecchi tecnici giuridici ha dunque ancora qualcosa da dirci, nonostante tutto: ciò valga in primo luogo rispetto alla tentazione di “legittimare a ogni costo” il prodotto legislativo, di farsene interpreti ‘organici’.

Vero dunque che alla scienza spetta *un impegno civile diverso* dal “collaborazionismo costruttivo”, che rimane eventuale e comunque strumentale al progresso legislativo implicito in ogni proposta *de lege ferenda*. Vero altresì che il suo impegno civile è in parte anche diverso da quello di magistrati e avvocati, considerato il raggio di azione più generale e meno contingente rispetto al ruolo necessariamente più “esecutivo” di chi deve pur sempre applicare

chender Sicht, pubblicata in *Indice penale*, 1985, pp. 507-533, con il titolo “Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata”.

⁵² Idea che era pur sempre alla base del progetto di C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Aufl., cit., 10 ss.

la legge ai casi. Nei tempi più recenti, peraltro, è accaduto un fatto nuovo, che dobbiamo ora illustrare: è proprio il potere giudiziario che ha assunto, a livello internazionale, un ruolo trainante e perfino una *leadership* nell'indicare le vie di sviluppo degli ordinamenti, e ciò non solo in campo civile o amministrativo, ma perfino in quello penalistico. L'internazionalizzazione delle fonti e la rottura dei vincoli degli Stati nazionali hanno agevolato questo processo. Nasce di qui, fra l'altro, la necessaria messa in crisi di ogni cultura "dogmaticamente orientata", come quella dell'esclusivo ceto accademico dei giuristi di *civil law*.

5. *Dalla dogmatica classica a quella moderna, a quella post-costituzionale, mera componente, e non sinonimo, della scienza penale*

Le età sommariamente descritte nelle pagine che precedono sono ancora rappresentate, esistono tutt'oggi, compreso il tecnicismo nella versione originaria, ma sempre "moderna", di Rocco che, ancora di recente, è apparsa agli storici esprimere una declinazione attendibile e corretta dei collegamenti tra ermeneutica penale e apporti delle altre scienze⁵³, e viene talvolta esaltata da indiscussi Maestri del diritto penale come il vero metodo del penalista⁵⁴. Tutte quelle età, peraltro, sono state in qualche misura sopravanzate rispetto alle stagioni più paradigmatiche e classiche del loro sviluppo.

Ciò che è accaduto immediatamente dopo la crisi del connubio tra dogmatica e politica criminale, non è tanto la percezione dell'irraggiungibilità degli

⁵³ Il riferimento corre in particolare alla "riabilitazione" del tecnicismo prospettata da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 217 ss., spec. 221; ID., *Le mani nella pasta*, cit., 845 s., e qui anzi il giudizio circa la "provvidenzialità" del tecnicismo per liberare il metodo da orpelli pseudoculturali e nefaste semplificazioni positiviste che, nelle mani di quell'ideologia, avrebbero prodotto esiti disastrosi. Viceversa, proprio l'autonomia del metodo giuridico rispetto al potere politico lo avrebbe preservato da eccessive ingerenze. Per una diversa, ma parallela riabilitazione del giuspositivismo dalle accuse di avere favorito l'affermazione del nazionalsocialismo, v. ora I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, Aranzadi, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, 67 ss.

⁵⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 2003, 100 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., 1 ss. Diversamente accentuata nel senso di una dogmatica moderna, e non più classica, ci pare tuttavia la più recente posizione di Pagliaro: A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2007, 1-6.

obiettivi della c.d. scienza penale integrale⁵⁵, oppure la difficoltà della razionalizzazione della politica criminale o di un dialogo fondante tra idea dello scopo e categorie tecniche, interpretative etc. È invece accaduto che è entrata in crisi la stessa dogmatica penale che attribuiva al ceto dei giuristi accademici un ruolo privilegiato nel farsi interpreti accettati e riconosciuti del diritto: proprio quella che per Arturo Rocco rappresentava “la” scienza penale per antonomasia; che ha costituito ora il nocciolo, ora una componente essenziale di quella “scienza” anche per (citando Autori ormai classici per opere manualistiche o scritti sul tema) Giacomo Delitala⁵⁶, Giuseppe Bettiol⁵⁷ e Pietro Nuvolone⁵⁸, per Filippo Grispigni⁵⁹, Giuseppe Maggiore⁶⁰, Raul Alberto Frosali⁶¹, Remo Pannain⁶²,

⁵⁵ Se tra la posizione *teorica* di Rocco e quella *pratica* di von Liszt, non ci fu mai una grande distanza (anche se il tecnicismo è stato visto, storicamente, come avversario della scienza penale integrale, Liszt come giurista professava una dogmatica logico-formale con istanze garantiste, separando nettamente dogmatica e politica criminale), i contributi riguardanti l’ingresso di maggiori saperi nel discorso giuridico sono sempre stati l’apporto di una minoranza (gli scritti dedicati specificamente al tema, da sempre riproposto come nuovo compito, sono ben pochi nel corso del Novecento). Sul punto si fa rinvio a un nostro scritto in corso di pubblicazione: *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*.

⁵⁶ Cfr. per es. G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930; ID., *Scienza giuridica e realtà*, cit.

⁵⁷ G. BETTIOL, *Diritto penale*¹⁰, parte gen., Cedam, Padova, 1978, 55 ss., 80 ss.; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, cit.; ID., *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale* (1947), in ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. II, Cedam, Padova, 1966, 718 ss.

⁵⁸ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, 166 ss.; ID., *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, cit., 151 ss.; ID., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, già in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, poi in ID., *Trent’anni di diritto e procedura penale*, vol. I, cit., 189 ss.; ID., *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale* (1952), *ibidem*, 207 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*², Cedam, Padova, 1982.

⁵⁹ F. GRISPIGNI, *Dritto penale italiano*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1952, 3 ss., (e qui a p. 5 la definizione: “La dommatica giuridico penale (o scienza del diritto penale in stretto senso)”); vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, V ss., con particolare accentuazione del carattere astratto e formale della dommatica, e netta separazione (di rigorosa matrice lisztiana) rispetto alle scienze empiriche, sociologiche etc., con un connubio pieno di tecnicismo dogmatico, da un lato, e positivismo criminologico “separato”, dall’altro. V. pure ID., *La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali*, in *Riv. dir. pen.*, 1920, I, 23 ss.

⁶⁰ G. MAGGIORE, *Dritto penale*, vol. I, parte gen., tomo I³, Zanichelli, Bologna, 1949, 41 ss., e qui una delle introduzioni manualistiche storicamente più consapevoli e ancora istruttive rispetto alla dogmatica giuridica (intesa ancora) come scienza in senso proprio.

⁶¹ R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1958, 69 ss, 75 ss.

⁶² R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I², Utet, Torino, 1950, 42 ss. (e qui il giudizio, a p. 44: “l’unico metodo consentito per la scienza del diritto è il metodo tecnico-giuridico”), con trattazione aderente al sistema del codice penale vigente, sistematicamente bipartita.

Silvio Ranieri⁶³, Biagio Petrocelli⁶⁴, Alessandro Malinverni⁶⁵, per Tullio Delogu⁶⁶, e quindi per Giuliano Vassalli⁶⁷, Renato Dell'Andro⁶⁸, per Marcello Gallo⁶⁹ e per Franco Bricola⁷⁰, continuando con gli Autori di manuali ormai consoli-

⁶³ S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, parte gen.³, Cedam, Padova, 1956, 11 ss.

⁶⁴ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 14 ss., riprendendo la distinzione jheringhiana (*Geist des römischen Rechts*, Bd. I, § 52) tra giurisprudenza inferiore (esegetico-interpretativa) e superiore (dogmatico-sistematica); ID., *Riesame degli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1963, 337 ss.

⁶⁵ A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, cit., *passim*.

⁶⁶ Di grande interesse, sul tecnicismo e il suo ideale di scienza (v. i lavori su tentativo, consenso dell'avente diritto, la legge penale e la sua applicazione), soprattutto l'intervista del 2006 al prof. Delogu condotta da Orlando Humberto de la Vega Martinis e Miguel Polaino Orts, reperibile sul web <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/975/925>; v. pure T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, cit., 161 ss.

⁶⁷ Basti ricordare alcuni scritti fondamentali su principi costituzionali, fatto, antiggiuridicità, colpevolezza, pena e non punibilità: G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *RIDPP*, 1991, 699 ss.; ID., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale"* per il cinquantesimo anniversario, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 2006, 1021 ss.; ID., *Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, 1641 ss.; ID., *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Fest. Jescheck*, Bd. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, 427 ss.; ID., voce *La colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, VI, Istituto Treccani, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *RIDPP*, 1961, 297 ss.; ID., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 609 ss.

⁶⁸ R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, cit., 173 ss.; v. pure "in action", tra gli esempi della sua produzione: ID., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956; e poi il periodo straordinario della permanenza alla Corte costituzionale.

⁶⁹ Prima della sua stagione costituzionalistica, cfr. M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, già in *Studi Urbinati*, 1948-49, 1949-50, poi Giuffrè, Milano, 1967, *passim*, e qui, nonostante una raffinatissima analisi condotta "alla pari" con le teoriche d'oltralpe fino a Welzel, la censura circa la peculiarità della dommatica tedesca dopo gli inizi del Novecento (quando avrebbe raggiunto il punto più alto con la distinzione tra elemento oggettivo/fatto ed elemento soggettivo/colpevolezza) di muoversi "su una linea contrassegnata da un concettualismo sempre più esasperato" (*ivi*, 8); ID., voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 750 ss.; ID., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.

⁷⁰ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 12 ss.; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss.; ID., *Introduzione a F. Carrara, "Programma del corso di diritto criminale"* (1993), raccolto nel volume F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 291 ss., e qui anche la *Presentazione* di A. GAMBERINI e G. INSOLERA.

dati, Luciano Pettoello Mantovani⁷¹, Roland Riz⁷², Carlo Fiore⁷³, Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini⁷⁴, Antonio Pagliaro⁷⁵, Giovanni Fiandaca e Enzo Musco⁷⁶,

Al di là delle stagioni politico-criminali etc., l'ideale di una scienza penale a connotazione anche dogmatica e comparata (in senso moderno, post-costituzionale) rimase sempre fortissima nell'opera e nell'insegnamento di Franco Bricola, come anche l'aderenza rigorosa al dato positivo. V. pure *infra*, nota 138.

⁷¹ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica: 1961-1983 contro dogmi ed empirismi*, Giuffrè, Milano, 1983 (prima ed. Cedam, Padova, 1961), che contiene una significativa critica di un empirismo politico-criminale disgiunto da analisi scientifiche, anche criminologiche. V. pure ID., *Pensieri sulla politica criminale*, in *RIDPP*, 1998, 22 ss.

⁷² R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, parte gen.⁴, Cedam, Padova, 2002, 8 s., 61 ss., e qui, alle pp. 63-65, una istruttiva riflessione teorica, processuale e personale sul rapporto fra bipartizione e tripartizione quale esempio paradigmatico del possibile significato pratico o meno di alcune analisi del sistema penale.

⁷³ C. FIORE/S. FIORE, *Diritto penale*, parte gen.³, Utet, Torino, 2008, 10 ss., 42 ss., 147 ss.; v. pure C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano, Napoli, 1966.

⁷⁴ Più che scritti *ad hoc* sulla scienza penale o il metodo (a parte comparazione e politica criminale), *exempla docent*, nel senso di una scienza giuspositivistica, ma costituzionalmente orientata anche alla politica criminale e fortemente marcata dal confronto, pur molto dialettico, con la tradizione sistematica d'oltralpe: G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971; ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI/E. DOLCINI, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 177 ss. (anche in in *RIDPP*, 1983, 1190 ss.); ID., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *RIDPP*, 1994, 333 ss.; ID., *Note sul metodo della codificazione penale*, *ivi*, 1992, 385 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003, e qui, 663 ss., una inequivoca dichiarazione di fede dogmatica sul significato scientificamente "vincolante", per interprete e giudice, di una sistematica "a gradini", ad avviso degli AA. quadripartita.

⁷⁵ Uno dei pochi dogmatici 'puri' della seconda metà del Novecento. V. la raccolta degli "Scritti" in 4 voll. Giuffrè, 2008. In sintesi, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen.⁸, cit., 100 ss.; con significative diversità di accento, verso un connubio tra Costituzione e dogmatica giuridica classica, ID., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 1-6.

⁷⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Zanichelli, Bologna, Roma, 2010: un testo che, dai primi anni '80, ha realizzato esemplarmente una sintesi originale tra una dogmatica moderna postcostituzionale e una sistematica dialogica col dibattito internazionale e saperi extragiuridici. Cfr. sul metodo tecnico-giuridico le pp. XXXI-XXXV. V. pure ID., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *RIDPP*, 1994, 23 ss.; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 13 ss.; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *DPP*, 2001, 137 ss. e *infra*, la nota 125; cfr. pure E. MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci e Dolcini, cit., 420: "senza il supporto della "scienza" non si fa politica: una buona scienza è presupposto essenziale di una buona politica".

Mario Romano⁷⁷, Tullio Padovani⁷⁸, Domenico Pulitanò⁷⁹, Francesco Palazzo⁸⁰.

⁷⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 39 e *passim*, dove la struttura sistematica di questo Commentario rende palese, anche se non è affrontato il profilo epistemologico della scienza penale, che sono essenziali al carattere scientifico della ricerca e anche della didattica penalistica i due momenti della dogmatica classica e di quella moderna, nel significato qui illustrato nel testo.

⁷⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 2006 (vale anche in questo caso un giudizio analogo a quello testé espresso per il Commentario di M. Romano). Non ci risulta che l'A. abbia dedicato studi *ad hoc* a questioni metodologiche, ma vale molto di più l'esempio di una produzione larghissima, dove aderenza al testo, storia, comparazione e analisi critica continuano a basarsi su un nucleo non sostituibile di conoscenze tecnico-giuridiche aggiornate alla Costituzione, ma anche a una distinzione rigorosa e diremmo classica tra *ius positum*, razionalità delle leggi e politiche di riforma, e dunque tra dogmatica positiva, scienza della legislazione e politica criminale. V. comunque ID., *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1973; ID., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in RIDPP, 1973, 554 ss.; ID., *Alle radici di un dogma. Appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, *Ibidem*, 1983, 532 ss.; ID., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, *ibidem*, 1987, 798 ss.; ID., *Il binomio irriducibile*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, cit., 421 ss.; ID., *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 55 ss.; ID., *Il legislatore a scuola dalla Ragione*, in RIDPP, 1985, 706 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze*, *ivi*, 1986, 398 ss. ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, *ivi*, 1992, 419 ss.

⁷⁹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen.³, Giappichelli, Torino, 2009, e qui, alle pp. 58-95, un intero capitolo sulla scienza del diritto penale, e una critica delle concezioni "autoritarie" della dogmatica, ma anche della scienza giuridica quale conoscenza del solo diritto positivo (*ivi*, 60), oltre a un impianto analitico (tripartito classico à la Delitala) più aderente al valore dei diritti, ai problemi delle istituzioni e ai principi costituzionali, che non alla costruzione 'sistematica' della materia; ID. voce *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 73 ss.; ID., *Quale scienza del diritto penale?*, in RIDPP, 1993, 1209 ss.; ID. *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, *ibidem*, 2003, 108 ss., e qui un'istruttiva polemica con S. Moccia e altri proprio sul tema del carattere conoscitivo della scienza giuridica, sulla sua libertà dal diritto positivo e sui pretesi vincoli della dogmatica per il legislatore. V. peraltro il relativo scritto di Moccia, cit. *infra*, nota 81. V. pure *infra*, note 125, 134.

⁸⁰ F. PALAZZO, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, 311 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, parte gen.³, Giappichelli, Torino, 2008, dove si registra una sintesi tra neocostituzionalismo penale e un'aggiornata sistematica postwelzeliana, senza nessuna esasperazione analitica, ma chiaramente nel solco di una tradizione scientifica corrispondente a quella che si è definita dogmatica moderna. Di notevole rilevanza, per il tema qui trattato, è poi F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, dove nel cap. I (18 ss.) si trova un'esposizione molto istruttiva delle ragioni della ripresa del metodo comparato dopo la "parentesi" del tecnicismo giuridico in Italia, con valutazione critica circa la massiccia opera di importazione 'dogmatica' (di tipo non comparatistico in sé) della dottrina tedesca realizzatasi con la pubblicazione del libro di G. Delitala su "Il fatto nella teoria generale del reato" del 1930.

La continuità non interrotta di un filo rosso di sapere dogmatico classico e moderno è pure presente *presso la maggior parte degli allievi degli Autori prima menzionati*, ai quali soprattutto va il nostro pensiero mentre non possiamo ancora catalogarli: perché saranno loro a dirci se le direzioni che stiamo indicando, descrittivamente prima che prescrittivamente, subiranno modifiche o rivoluzioni. È già rimarchevole, a tale riguardo, che diverse generazioni formatesi durante la stagione d'oro dell'abbraccio tra dogmatica e politica criminale costituzionale, quella di 'beni' e tecniche di tutela, abbiano seguito stili differenti⁸¹: vuoi compendiando metodo comparato, dogmatica, criminologia e scienza della legislazione⁸², vuoi rinnovando, in numerose produzioni suc-

⁸¹ Per es. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca*, Jovene, Napoli, 1984; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss., 26 ss., e qui l'accusa al tecnicismo di avere espunto il momento sanzionatorio dalla teoria del reato, che avrebbe imposto soluzioni e stili sostanzialistici e teleologici ad esso estranei (*ivi*, 20 s.); nonché ID., *Euforia tecniciste nel laboratorio della riforma del codice penale*, in RIDPP, 2002, 453 ss., e qui un'interessante discussione su possibili riedizioni del tecnicismo giuridico oggi (in polemica con D. Pulitanò), e sui vincoli della scienza sulla legislazione. V. pure L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984. ID., *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi urbinati*, 1980-81/1981-82, 399 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in RIDPP, 1991, 107 ss.; ID., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in SU, 1977/78, 273 ss.; ID., *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli, 1978, 53 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 770 ss., 788 ss., 806 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I³, a cura di G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2006; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982; ID., *Dolus eventualis*, Giuffrè, Milano, 1993; M. RONCO, *Il reato*, 2 I, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Ronco, Zanichelli, Bologna, 2006, 59 ss.; ID., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Triccerri, Torino, 1979; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004; ID., *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, in RIDPP, 1997, 233 ss.; ID., *Funzioni della pena e limiti della coercizione*, in *Quad. fior.*, 2007, 611 ss.; ID., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in RIDPP, 1988, 158 ss.; ID., *Opus illicitum*, *ivi*, 1993, 994 ss.; ID., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, *ivi*, 1996, S. 21 ff.; ID., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*; A. MANNA, *Corso di diritto penale, parte gen.*, Cedam, Padova, 2007, 8 ss., 16 ss.; ID., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Cedam, Padova, 1989; ID., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 1281 ss.; ID., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Giappichelli, Torino, 1997.

⁸² Per es. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, per l'espressione di sintesi tra dog-

cessive, stagioni classiche di autoriconoscimento scientifico in una riflessione dogmatico-comparata molto impegnata⁸³.

matica, comparazione, politica criminale, criminologia, scienza della legislazione; ID., *Il principio di «effettività» del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, I, Giuffrè, Milano, 1991, 395 ss., per l'aspetto centrale del metodo della scienza della legislazione. G. FORTI, *Colpa ed evento in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000, e qui, alle pp. 33 ss., 101 ss., sui rapporti fra diritto penale, dogmatica, politica criminale e criminologia; ID., «*Praeparatione opus est?*». *Il difficile equilibrio tra «regole» e «contenuti» nella riforma del codice penale*, in STILE, a cura di, *La riforma della parte generale*, cit., 109 ss.

⁸³ S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, dove l'analisi storica e comparata conduce in modo esemplare alla relativizzazione dei modelli dogmatici nella costruzione della partecipazione al reato, e nonostante ciò si vede nella teoria della partecipazione "il banco di prova dell'intera dogmatica penalistica" (*ivi*, 438, esattamente come riteneva Hans Welzel), e le concrete acquisizioni dello studio sono peraltro presentate come un vincolo per il legislatore: "Caesar ne supra gramaticos", così si conclude lo studio di Seminara. (*Op. cit.*, 442, nota, e testo relativo). Proseguendo con AA. più o meno omogenei sul piano generazionale (anche a chi scrive), v. per es. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2005, 325 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in RIDPP, 2001, 411 ss.; ID., *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, *ivi*, 1995, 758 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1993; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in RIDPP, 1999, 86 ss.; ID., *Ideologie punitive e tecniche di normazione del diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 845 ss.; ID., *Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto?*, in *Critica dir.*, 2006, 171 ss.; A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989; ID., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Goldtdammer's Archiv*, 1993, 495 ss.; A. CASTALDO - M. NADDEO, *Denaro sporco*, Cedam, Padova, 2010; S. CANESTRARI, *Il delitto preterintenzionale*, Cedam, Padova, 1989; ID., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in RIDPP, 2001, 906 ss.; ID., *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1293 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in diritto penale*, Cedam, Padova, 1990; ID., *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale* in RIDPP, 1994, 1336 ss.; ID., *Sfide e conquiste della comparazione penalistica*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 265 ss.; ID., *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1991, 247 ss.; ID., *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale* in G. FERRARI - M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004, 311 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Cedam, Padova, 2000: esempio paradigmatico di dogmatica e scienza della legislazione storico-comparata, testimonianza di tutta la tradizione accademica di cui si parla nel testo; M. CATENACCI, *La tute-*

Se talora si accentuano i profili di scienza della legislazione, di “scienza penale integrale”, o di europeismo giuridico⁸⁴; se, con gli anni, anche qui è già possibile per molti individuare diverse stagioni⁸⁵, nondimeno esistono tratti

la penale dell'ambiente, Cedam, Padova, 1996; ID., «Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque, in *RTDPE*, 1996, 1219 ss.; ID., *Legalità e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, 2003; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991; ID., *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002; ID., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010.

⁸⁴ Per es. A. ALESSANDRI, *Riflessi penalistici dell'innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010; G. GRASSO, R. SICURELLA, a cura di, *Per un rilancio del progetto europeo*, Giuffrè, Milano, 2008; A. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo, in *Annali Univ. Ferrara*, 1988, 75 ss.; ID., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, 485 ss.; ID., “Riserva di legge” e fonti europee in materia penale, in *Annali Univ. Ferrara*, 2006, 1 ss.; ID., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 43 ss.; ID., *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Rev. penal*, 2011, 15 ss.; L. PICOTTI, a cura di, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999; ID., a cura di, *Il Corpus Juris 2000*, Cedam, Padova, 2004; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Cedam, Padova, 1988: l'A. segue un indirizzo dove storia, comparazione, dogmatica e politica criminale, nonché scienza della legislazione sono condensate in un'espressione attenta al momento applicativo per la successiva evoluzione verso una scienza penale sempre comparata, ma fortemente aperta alla dimensione giurisprudenziale del diritto; ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², Cedam, Padova, 2004; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *Libertà sessuale e tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione d'incapace e nell'usura*, Giappichelli, 2010, tutti studi dove il metodo integrato fra dogmatica, criminologia, scienze sociali, si prospetta come affine a quello di una scienza penale integrale. In altri casi, accanto a lavori di taglio dogmatico impegnativo (punto di vista interno): L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP*, 2000, spec. 1058 ss., 1071 ss., v. anche la delegittimazione del diritto penale come scienza (punto di vista esterno, che assume come paradigma di scienza quello naturalistico) in ID., *Il diritto penale non è una scienza*, in I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e pensiero, Milano, 2006, XXXIII ss. Comparazione ed europeismo dispiegati, per es., in L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Ueberblick. Festschrift Tiedemann*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2008, 767 ss.; ID., *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale, dell'economia: le proposte del progetto “Eurodelitti” per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss.

⁸⁵ Lo stesso vale anche per chi scrive. Si rinvia soltanto, per un raffronto di stili diversi, ma compresenti, dove l'A. si riconosce, a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991; ID., *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Teo-*

comuni di formazione dove il legame con le radici della tradizione di pensiero dogmatico e comparato dei primi del Novecento è ancora ben saldo⁸⁶.

Quanto osservato sulla costante presenza di un nucleo qualificante (talora assorbente) di dogmatica come sapere scientifico per eccellenza, che nelle successive generazioni della letteratura italiana ha invece conosciuto accenti ben differenti (v. *infra*), vale poi, *ça va sans dire*, per tutti i principali esponenti della *Strafrechtswissenschaft* tedesca da Karl Binding⁸⁷, Ernst Beling⁸⁸ ad Hans Welzel⁸⁹, Hans-Heinrich Jescheck⁹⁰, fino a Claus

ria del reato. Una introduzione, Cedam, 1996; ID., voce *Teoria del reato*, cit.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit.; ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003; ID., a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000; ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir. Annali* III, Giuffrè, 2010.

⁸⁶ Il peso specifico del momento dogmatico-sistematico, ovvero storico, del sapere penalistico conosce declinazioni ben diverse, per es., in opere manualistiche come quella di A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, parte gen.³, Cedam, 2007, 10 ss., con la corretta osservazione che la dogmatica “rappresenta uno dei vari strumentari o bagagli di conoscenza di cui la scienza penale si giova nell’ambito della sua multiforme funzione” (*ivi*, 13): qui nel quadro della “scienza penale” vengono quindi inclusi, diremmo in una pari gerarchia, oltre alla dogmatica, storia e comparazione giuridica, e politica criminale; oppure in S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Il Mulino, Bologna, 2007, 44 s., 263 ss., dove la scienza penale viene bipartita essenzialmente in dogmatica e politica criminale: manuale fra i più caratterizzati da un taglio sistematico oggi in Italia, in un quadro di dogmatica classica e moderna, orientata a Costituzione, politica criminale e sistematica postwelzeliana.

⁸⁷ K. BINDING, *Strafgesetzbuch, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnis zueinander*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 4 ss., 29: “La scienza...porta il lume e nella sua luce seguono giudici e legislatore!”. È il primo articolo del primo numero della storica *ZStW*.

⁸⁸ Basti leggere quali ‘vincoli’ la dogmatica poneva al legislatore, a suo avviso, per illustrare il significato scientifico cogente delle sue categorie: cfr. E. BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzbuch*, Rotschild, Berlin, Grunewald, 1922, 28 ss. (sulla priorità della costruzione del diritto penale rispetto a quello processuale penale, nonché dell’intero ordinamento extrapenale rispetto a quello penale, e dunque dell’antigiuridicità ‘generale’ sulla punibilità), 66 ss. (sul contenuto di colpevolezza del dolo).

⁸⁹ V. soltanto, *ex pluribus*, H. WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, 421 ss.; ID., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, in *Erinnerungsgabe f. Max Grünbut*, Elwert Verlag, Marburg, 1965, 173 ss., 188 ss.; ID., *Die Dogmatik im Strafrecht*, in *Fest. Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, 3 ss.

⁹⁰ H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT⁵, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 42: “momento centrale (Kernstück)” della scienza penale è la dogmatica penale”, pur in un quadro sicuramente orientato a una scienza penale integrale, alla criminologia, e al diritto penale come scienza sociale.

Roxin⁹¹, Günther Jakobs⁹² o Bernd Schünemann⁹³, senza indugiare in un elenco che potrebbe risultare ingestibile⁹⁴; idea condivisa dalla schiacciante maggioranza della letteratura di lingua spagnola, sia pur con diversità di accenti, da Luis Jiménez de Asúa⁹⁵ a Manuel Cobo del Rosal e Tomás Vives Antón⁹⁶ a José María Rodríguez Devesa e Alfonso Serrano Gómez⁹⁷, da Cerezo Mir⁹⁸ a Enrique Gimbernat Ordeig⁹⁹, da Enrique Bacigalupo¹⁰⁰ a Franci-

⁹¹ Basti rinviare al capitolo settimo del famoso manuale di C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 7.

⁹² V. da ultimo G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, 11 ss., 13 ss., 21 ss., 101 s. e *passim*, che oggi reputa essenziale che ci si ponga il problema della legittimazione perché un approccio giuridico sia qualificabile come “scientifico”.

⁹³ B. SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2001, 205 ss., 216 ss.; ID., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1 ss.; ID., *Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, in *Fest. Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 39 ss. (e qui qualche accento meno espressivo dell'orgoglio penalistico nazionale).

⁹⁴ Per un'autocelebrazione della scienza penale tedesca risalente a una decina di anni orsono, A. ESER - W. HASSEMER - B. BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Atti del Convegno di Berlino, 3-6 ottobre 1999, Beck, München, 2000. V. pure U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, cit., in *ZStW*, 119, 2007, 1 ss., spec. 49 ss.; J. VOGEL, *Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 105 ss.; M. MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, in BEHREND/S/HENKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, 120 ss. v. pure, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, a cura di E. Hilgendorf, De Gruyter, Berlin 2010.

⁹⁵ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, 79 ss., 85 (“la auténtica Ciencia del derecho penal es la dogmática”).

⁹⁶ Cfr. pure M. DEL ROSAL - T. VIVES ANTÓN, *Manual de derecho penal*, parte gen., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 83 ss., per i quali la scienza del diritto penale è un sapere pratico e scienza dello spirito, culturale, normativa ed ermeneutica; v. peraltro T. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 409 ss., e qui la conclusione (488): “Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro por qué la dogmática no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él”.

⁹⁷ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA - A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte gen.¹⁸, Dykinson, Madrid, 1995, 49 ss., 57 ss., 269 ss.

⁹⁸ J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, 62 ss., 77 s., dove dogmatica e politica criminale vengono unite nel concetto di scienza giuridico-penale.

⁹⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999; ID., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, in *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1970, 495 ss.

¹⁰⁰ E. BACIGALUPO, *La ciencia del derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu*, in *Libro Homenaje Beristain*, instituto Vasco de Crimino-

sco Muñoz Conde¹⁰¹, da Gonzalo Quintero Olivares¹⁰², a Santiago Mir Puig¹⁰³ a Jesús Silva Sánchez¹⁰⁴, ai penalisti della scuola di Barbero Marín Santos¹⁰⁵, a Diego-Manuel Luzón Peña¹⁰⁶ a Miguel Polaino Navarrete¹⁰⁷, a tanti altri in America Latina, da Sebastián Soler¹⁰⁸ a Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰⁹

logía, San Sebastián, 1989, 459 ss.; ID., *Principios de derecho penal*⁴, parte gen., Akal, Madrid, 1997, 27 ss.; ID., *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 3 ss.

¹⁰¹ F. MUÑOZ CONDE, *Geglückte und folgenreiche Strafrechtsdogmatik?*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, cit., 199 ss.; ID., *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, 101 ss., 135 ss. (e qui la illustrazione della dogmatica penale quale "metodo" principale della scienza giuridico-penale); F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, parte gen.⁴, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 208 ss. (e qui la dogmatica come "método empleado por el penalista para conocer el Derecho penal positivo").

¹⁰² G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, spec. 125 ss. (v., per le rilevanti limitazioni del ruolo della dogmatica, quanto detto infra a nota 173). ID., *Parte general del Derecho penal*,² Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 187 ss.: "una mera «dogmatica giuspositivista», per quanto importante sia, non può pretendere di essere considerata una scienza, come invece si registrò con enfasi particolare presso i seguaci del tecnicismo giuridico italiano", ma "la dogmatica costituisce il *metodo irrinunciabile* per il penalista".

¹⁰³ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, 173-276 (storia del metodo dogmatico, e qui 187 ss. sul tecnicismo italiano), 299 ss., 345 ss. in prospettiva attuale, fondendo dogmatica e politica criminale in una prospettiva "realista"; ID., *Derecho penal*, parte gen.⁸, BdF, Barcelona, Buenos Aires, 2010, 28 ss., dove compaiono come sinonimi scienza penale e dogmatica giuridico-penale, accanto all'espressione "scienza globale del diritto penale" nel significato onnicomprensivo di Liszt; ID., *Dogmática creadora y política criminal*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1978, 223 ss.

¹⁰⁴ J. SILVA SÁNCHEZ, *Straftsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2004, 679 ss.; ID., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 43-178 (cap. III); ID., *Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, in *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, 357 ss.

¹⁰⁵ I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE - L. ARROYO ZAPATERO - J. C. FERRÉ OLIVÉ - N. GARCÍA RIVAS - J. R. SERRANO PIEDECASAS - J. TERRADILLOS BASOCO, *Curso de derecho penal*, parte gen., Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, 103 ss., 131 ss.

¹⁰⁶ D.M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, parte gen., I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, 91 ss., 98 ss., e qui una chiara resistenza a fondere veramente dogmatica e politica criminale, perché la critica non è funzione della dogmatica, ma della politica criminale (*ivi*, 101): obiezione che peraltro non riteniamo di fare nostra, anche se diverse sono le conseguenze che il principio di legalità pone in sede dogmatica (anche alla politica criminale giudiziaria) e che non pone in sede di riforma: *infra*, § 6-7.

¹⁰⁷ M. POLAINO NAVARRETE, *Dercho penal*, parte gen., tomo I, Bosch, Barcelona, 2001, 59 ss., 64 ss.

¹⁰⁸ S. SOLER, *Derecho penal argentino*, P⁵, a cura di G.J. Fierro, Tea, Buenos Aires, 1987, 26 ss., 38 ss.

¹⁰⁹ Coltivando sempre, di volta in volta, punto di vista esterno e interno, cfr. E.R. ZAFFARONI,

a Juan Bustos Ramírez ed Hernán Hormazábal Malarée¹¹⁰ a Marcelo Sancinetti¹¹¹, Alfonso Reyes Echandía¹¹², da Fernando Velásquez¹¹³ a Nódier Agudelo Betancur¹¹⁴, da José Hurtado Pozo¹¹⁵ a Juan Fernández Carrasquilla¹¹⁶.

Anche gli Autori italiani che in passato sono sembrati più scettici verso certe esasperazioni astratte, concettualistiche e sistematiche della dogmatica penale di matrice tedesca, che meno ne assorbono lo spirito, da Vincenzo Manzini¹¹⁷ a Francesco Antolisei¹¹⁸, da Gaetano Contento¹¹⁹ a Federico

Teoría del delito, Ediar, Buenos Aires, 1973, 25 ss.; ID., *Política y dogmática jurídico-penal*, cit.; ID., *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*, in ID., *En torno del cuestión penal*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2005, 97 ss., e la grande sistemazione concettuale in E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, 79 ss. (dove si illustra il metodo dogmatico come essenziale al sapere penalistico, che però non viene definito una "scienza").

¹¹⁰ J. BUSTOS RAMÍREZ - H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, 2004, con significativa elaborazione di un scienza penale integrale ispirata, oltre che a Liszt, a prospettive di A. Baratta. Le impostazioni di Baratta, peraltro, dopo ricerche della prima fase di studioso (per es. A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963), obbediscono a un punto di vista solo esterno (e perciò non vengono qui riferite), dove la criminologia critica, alla fine, indica al dogmatico il superamento del dogma dello stesso diritto penale (A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *Quest. Crim.*, 1979, 147 ss., 171 s.).

¹¹¹ M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

¹¹² A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte gen., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

¹¹³ F. VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*, parte gen., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, la cui prima parte, intitolata alla teoria della scienza del diritto penale, contiene un primo capitolo sulla dogmatica penale e i saperi penalistici (*ivi*, 30 ss.), dove la dogmatica penale in senso stretto viene trattata all'interno del tema più comprensivo della scienza penale integrale.

¹¹⁴ N. A. BETANCUR, *Curso de derecho penal*, Temis, Bogotá, 2007; ID., *Grandes corrientes del derecho penal*³. (*Escuela clásica*), Temis, Bogotá, 2002, 76 ss. (coniugando ideale carrariano e welzeliano di scienza giuridica).

¹¹⁵ J. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, parte gen., Ed. jur. Griley 2005, 62 ss. e qui pagine davvero piane e istruttive.

¹¹⁶ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*³, Ed. G. Ibáñez, Bogotá, 2004, spec. 62 ss.

¹¹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., 2 s. sulla dogmatica come sinonimo di scienza giuridica, seguita peraltro dalla classica costruzione di un sistema aderente alla tradizione bipartita italiana e alla sistematica del codice vigente.

¹¹⁸ F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., 16 ss.; ID., *Manuale di diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 1975, 15 ss., 22 ss., con chiara esclusione del *ius condendum* dall'oggetto della scienza giuridica, per quanto realisticamente e teleologicamente orientata (*ivi*, 15). Ancora nel 1975, il classico manuale di Antolisei, rivisto già allora da Luigi Conti, chiudeva la parte di storia del metodo con la prolusione di Rocco e l'affermarsi del tecnicismo (*ivi* p. 28).

¹¹⁹ G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Laterza, Bari, 1996, 5 ss., 12 ss., e qui una precisazione di metodo rilevante, anche se (a seconda di come gestita) potenzialmente eversiva

Stella¹²⁰, ad altri contemporanei che hanno seguito analoghe direttrici, da Fabrizio Ramacci¹²¹, Sergio Vinciguerra¹²² a Ivo Caraccioli¹²³, pur secondo ma-

per la stessa costruzione dogmatica (che l'A. peraltro non ripudia), alla quale viene quindi consegnata una mera funzione conoscitiva: "qualunque sia la scelta [dogmatica], questa non deve mai influire sui risultati dell'interpretazione (e quindi dell'applicazione) delle norme. La costruzione, o l'elaborazione dogmatica, per concetti, degli istituti giuridici e, fra questi, innanzitutto, della struttura del reato, può infatti portare anche a conclusioni diverse: ma da tali differenze non può mai farsi derivare, *sic et simpliciter*, una diversa interpretazione delle singole norme. Se ciò accadesse si incorrerebbe nel peccato capitale di concettualismo giuridico". È di seguito: "La qualcosa non tende, tuttavia, a svalutare *in toto* gli studi di dogmatica. Questi, in quanto consentono una migliore intellegibilità complessiva del sistema sono sempre di grande utilità alla scienza giuridica, ma è sempre necessario evitare confusioni e interferenze fra i due piani di attività sui quali si volge l'opera del giurista onde assicurare nel massimo grado il rispetto del principio di sovranità della legge". Osserviamo al riguardo che *il problema del concettualismo*, in realtà, sorge quando è da meri concetti astratti che si deducono conseguenze normative staccate dal sistema e dalle norme stesse. Tuttavia, se le norme non sono di per sé concetti, prima di venire intese e interpretate, esse *devono tuttavia diventare concetti*, se si intende renderle operative in un discorso, e nel momento in cui diventano concetti (e non meri "ordini": cfr. la norma-valutazione *vs.* la norma-comando), da essi si deriveranno conseguenze.

¹²⁰ Le posizioni "antidogmatiche" di Stella discendono, più che da esplicite prese di posizione scientifiche, da discorsi personali o in pubblico, e da testimonianze degli allievi. Nondimeno, dalla sua ultima produzione, è emerso via via un atteggiamento di radicale sfiducia nel diritto penale, una progressiva accentuazione di prospettive incentrate su soluzioni scientifico-naturalistiche, su scienze non normative, ovvero soluzioni extrapenalistiche, con forte "decodificazione" del linguaggio dogmatico tradizionale in categorie epistemologicamente affrontabili in una dialettica processuale, probatoria, "alla americana", anziché in aristocratici tecnicismi "alla tedesca". V. per es. F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Giuffrè, Milano, 2003, 541 ss., 553, 577 ss.; ID., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 223 ss.

¹²¹ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*⁴, Giappichelli, Torino, 2007, 52-65: un manuale dalla sistematica molto italiana (bipartita), con un tecnicismo aggiornato alla Costituzione, ben distante da frequentazioni privilegiate del concettualismo di matrice tedesca, salvo aperture a criminologia e scienza penale integrale..

¹²² S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Cedam, Padova, 1999. Manuale anch'esso alieno (per quanto circoscritto al tema delle fonti e dell'interpretazione) dalla ricezione di impalcature sistematiche "alla tedesca" (v. anche il riferimento all'italianità, nel titolo), o da fusioni tra dogmatica e politica criminale, e che peraltro addebita al tecnicismo, ritenuto ancora imperante, la scarsa progettualità dei penalisti italiani e un'insensibilità etica fondata sull'*alibi* del diritto positivo (*ivi*, 287). Accanto a un'impostazione giuspositivistica si affianca un'apertura comparata di tipo conoscitivo-descrittivo (più che dogmatico), e una ricostruzione storica della legislazione penale, con un'attività straordinaria di traduzioni e pubblicazioni: v. soltanto, sul metodo, S. VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 241 ss.; per un inquadramento classico delle distinte collocazioni di criminologia, politica criminale e diritto penale (non 'fusi' reciprocamente) v. quindi S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, *Principi di criminologia*³, Cedam, Padova, 2011, 165 ss., 169, 193 ss. e qui, in prospettiva storica, spec. Il cap. II, fino a Liszt.

¹²³ I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.², Cedam, 2005, e qui un tecnicismo aggiornato alla Costituzione, che segue in buona sostanza la sistematica del codice, e si affianca

trici politico-culturali a volte ben diverse, da Carlo Federico Grosso, Guido Neppi Modona e Luciano Violante¹²⁴, da Luigi Ferrajoli alle più recenti evoluzioni di Domenico Pulitanò e Giovanni Fiandaca¹²⁵, a Ferrando Mantovani¹²⁶, a tanti altri, da Filippo Sgubbi¹²⁷ a Luigi Stortoni¹²⁸ e Gaetano Insole-

all'introduzione di capitoli moderni di significato politico-normativo attuale, di carattere di remmo postmoderno, sovranazionale o globale.

¹²⁴ C.F. GROSSO - G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, cit., dove a un forte taglio critico-costituzionale, orientato in senso politico-criminale, si affianca una classica trattazione dogmatica, di tradizione italiana, e di tipo più tecnico.

¹²⁵ Il contributo di Ferrajoli al diritto penale (da *Diritto e ragione*, cit. in poi) è chiaramente caratterizzato da una netta discontinuità con la tradizione scientifica di matrice tedesca, ma non certo da una assenza di "dogmatica". Oltre al reale *modus procedendi* del *Diritto penale* di PULITANÒ, cit. (rispetto alla monografia su "L'errore di diritto nella teoria del reato", Giuffrè, Milano 1976), pensiamo ad es. ai primi quattro capitoli di G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, o a G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 13 ss., rispetto all'impianto molto più dogmatico del *Diritto penale* con E. Musco, o degli scritti sui reati di pericolo, su colpevolezza e prevenzione, causalità, fatto tipico etc. Ma quegli stili, in realtà, mi sembra che coesistano nel tempo, nel caso di Fiandaca (v. per es. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945 ss.).

¹²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Cedam, Padova, 2009, 26 ss. (sul tecnicismo), 32 ss. (sulla situazione della scienza penale oggi), 101 ss.: a una originale sistemica costruita per principi (costituzionali) si accosta una dogmatica ancorata alla tradizione delle concezioni bipartite italiane, rivisitata alla luce di una sensibilità soprattutto teleologica e criminologica.

¹²⁷ V. *ex plurimis*, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975; ID., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1980, entrambi rilevanti per un'impronta di analisi economico-politica del diritto, di matrice anche sociologica, in parte con tratti marxiani, unita a forti profili critico-costituzionali, che sorpassano ogni tentazione di tipo dogmatico tradizionale; ID., *Istituzioni di diritto penale*, dispense tratte dalle lezioni di F. Bricola, F. Sgubbi, N. Mazzacuva, Patron, Bologna, 1994, parte II; ID., *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990; ID., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *RIDPP*, 2001, 1193 ss.; ID., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 340 ss. Il diritto è sempre oggetto di critica tecnica, costituzionale, politica, sociologica e quasi mai viene osservato da un punto di vista davvero interno. Il diritto che si costruisce, in tal modo, è un diritto-garanzia. Là dove il punto di vista diventa interno, la presupposta legittimazione del sistema appare inevitabile, ma il taglio ridiventa subito tecnico-interpretativo: cfr. F. SGUBBI - A. F. TRIPODI, voce *Abusi di mercato*, in *Enc. Dir., Annali II*, 2008, 1 ss. (estratto); ID., in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare* a cura di F. Galgano, - art. 216-227, Zanichelli, Bologna, 1995.

¹²⁸ V. soltanto lo 'stile' ricostruttivo di categorie potenzialmente molto dogmatiche in L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *RIDPP*, 1984, 626 ss.; ID., *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *RIDPP*, 1985, 397 ss.; ID., *L'introduzione nel sistema penale*

ra¹²⁹: anche costoro seguono, nei lavori scientifici più impegnati, i fondamentali della medesima tradizione, anche se la aggiornano alla Costituzione e a visioni di un giuspositivismo critico; gli stessi studiosi tedeschi che vanno da Karl Engisch ad Arthur Kaufmann, fino agli esponenti della Scuola di Francoforte in Germania¹³⁰, quelli che pensano “trasversalmente”, da Günther Artz¹³¹ a Klaus Volk¹³² a Thomas Vormbaum¹³³, per giungere ai penalisti ita-

dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive, in RIDPP, 1988, 1313 ss.; ID., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova, 1981.

¹²⁹ G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova, 1983; ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988, 437 ss.; nonché, sul significato di fare scienza (intesa soprattutto come scienza dei limiti del potere punitivo), ID., *Intervento*, in AA.VV., *Silente poenologi in munere alieno*, a cura di M. Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006, 157 ss.; ID., *Un diritto penale “fou”?*, in IUS17/unibo.it, n. 1/2008, 11 ss.

¹³⁰ Accostamenti non singolari: si consideri per es. la diretta discendenza maestro-allievo tra Karl Engisch, Arth. Kaufmann e W. Hassemer, la comune opzione per una sistemata o bipartita o comunque incentrata non su questioni o categorie astratte, ma su valutazioni sostanziali del nesso di rischio, dell'illecito e della colpevolezza, dei beni giuridici, del ruolo dell'interprete rispetto alla legalità astratta, dei rapporti con le scienze extragiuridiche, con una filosofia diversa da quella “eutanasia della filosofia del diritto” che fu la *allgemeine Rechtslehre* e la *allgemeine Verbrechenlehre* che la seguì. V. soltanto: K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen, 1931; ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1965; ID., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*², C. Winter, Heidelberg, 1968; ID., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik* (1957), in ID., *Beiträge zur Rechtslehre*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1984, S. 88 ss.; ID., *Logische Überlegungen zur Verbrechendefinition*, in *Fest. Welzel*, de Gruyter, Berlin-New York, 1974, 343 ss.; ARTH KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*² (1^a ed., 1961), Carl Winter, Heidelberg, 1976; ID. *Rechtsphilosophie*², Beck, München, 1997; ID., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999. Su W. Hassemer v. la nota 169. Sulla “Scuola di Francoforte” non è qui possibile un approfondimento bibliografico. Si rinvia a quanto riportato in DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3570- 3573.

¹³¹ G. ARTZ, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1976; ID., *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW* 91 (1979) 857-887; ID., *Der Einfluss von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht*, in (Öst.) Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, Bd. 8, Wien, 1981, 77 ss.; ID., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergr und Publikationsflut*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, S. 839-878. ID., *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG*, in *ZStW*, 111, 1999, 757 ss.

¹³² K. VOLK, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, in *Festschrift Bockelmann*, Beck, München, 1979, 75 ss.; ID., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, 97 1985, 87 ss.; ID., *Lectio magistralis: Prolegomeni di una parte generale del diritto penale dell'economia* in: *Studi Urbinati*, 2004, 131 ss.; ID., *Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina* in: *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, ESI, Napoli 2007, 163 ss.

¹³³ Di T. VORMBAUM, sul punto, v. soprattutto “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW*, 107, 1995,

liani di ulteriori generazioni, dagli orientamenti politici altrettanto variegati, via via fino ai *comparatisti post-dogmatici*, o *postdogmatici tout court*¹³⁴: tutti hanno quasi sempre coltivato *un nocciolo duro* di sapere di matrice dogmatica come parte essenziale e strutturale del discorso scientifico; un *background* che, magari più frequentemente connesso per alcuni a tradizioni italiane (ma anche d'oltralpe) di analisi bipartita, o di principi costituzionali e diffidenza per il concettualismo, talora di politica criminale, comparazione e critica del diritto, si è comunque conservato nel passaggio dalla *dogmatica classica*, cioè quella precostituzionalistica, alla *dogmatica moderna*, che è quella del costituzionalismo e del connubio con la politica criminale.

Qui s'innesta una differenza che è il caso di evidenziare. Mentre il connubio tra dogmatica e politica criminale è rimasto anch'esso, come la dogmatica classica, un discorso essenzialmente elaborato da esponenti del sapere accademico, l'approccio costituzionalistico ha aperto una stagione pluralistica per gli attori giuridici: la Costituzione, infatti, interpella parimenti il legislatore, i giudici, gli avvocati e gli studiosi. Si tratta perciò di un metodo meno aristocratico e più discorsivo, dialettico, calato nella società giuridica e in tutte le sue istituzioni. Ma non ha inteso attuare nessun superamento dello stile dogmati-

734 ss., e qui *infra*, quanto detto al § 9; ID., *Aktuelles zur Lage des Strafrechts*, in *Fest. Tsatsos*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 703 ss.; nonché i saggi raccolti in T. VORMBAUM, *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1999; ID., *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*², Springer, 2010, 277-282.

¹³⁴ Pensiamo a posizioni o 'stili' di AA., per es., come Alessandro Bernardi, Luigi Foffani, Michele Papa, Alberto Cadoppi; o all'uso soprattutto argomentativo e politico-criminale di categorie dogmatiche da parte di Autori come Francesco Viganò e di altri di più giovani generazioni; alla preferenza per stili ricostruttivi argomentati da principi, sentenze e discipline, oltre che da considerazioni politico-criminali, anziché dogmatiche, in Autori già citati come Federico Stella, Giovanni Fiandaca, Domenico Pulitanò, Filippo Sgubbi, Gaetano Contento, Luigi Stortoni, Gaetano Insolera. Quando parliamo di «post-dogmatici» ci riferiamo a un *modus procedendi* che conosce le categorie della dogmatica e le utilizza solo o soprattutto come strumento di traduzione linguistica, come un pittore cubista che sappia ancora dipingere come un artista del rinascimento o del barocco: non perché quelle tecniche o quegli stili costituiscano veramente il 'suo' linguaggio espressivo, e che in realtà utilizza sempre di meno. La classificazione suggerita, dunque, nulla ha a che vedere con assenza di tecnica. Al contrario. Accade spesso che vi sia grande abilità tecnica (tecnico-giuridica!) presso giuristi non dogmatici, magari pratici, più che non presso studiosi dogmaticamente ferrati. La tecnica, di per sé, serve all'interpretazione. Ma l'interpretazione non basta per costruire un sistema. L'esito realistico di una posizione post-dogmatica conseguente potrebbe essere (ma non deve essere necessariamente) quello della rinuncia al concetto di sistema, ricondotto ad argomentazione, mediata dal perenne bilanciamento tra principi, norme e categorie.

co, quanto piuttosto integrarlo e rinnovarlo.

Non sono tuttavia bastati a evitare la ‘crisi della dogmatica’ (e talora ne sono sembrati un fattore eziologico), né l’approccio costituzionalistico, né l’avanzare di quell’altro orientamento che “allarga” il ventaglio degli attori della produzione scientifica del diritto, in quanto vede nella scienza penale integrale e nella comparazione, ma anche nella tecnica legislativa, nel dialogo tra saperi diversi, empirici (non solo criminologici) e normativi, una condizione decisiva per costruire e applicare lo stesso diritto penale in un contesto internazionale: dove saperi extrapenalistici e comparazione non hanno dunque una mera funzione *conoscitiva*, ma altresì *applicativa*, anche nel contesto di una rinnovata scienza della legislazione. Anche quest’orientamento che, sulle orme di von Liszt, ma ben oltre le sue “separazioni” disciplinari, annovera esponenti pur molto diversi come Hans-Heinrich Jescheck o Giorgio Marinucci (quanto a comparazione e scienza penale integrale accanto e dentro alla dogmatica classica)¹³⁵ e Winfried Hassemer (quanto a scienza penale integrale, dove rimane solo una struttura minimale e non certo primaria della vecchia scienza penale sistematizzante)¹³⁶, o come Cesare Pedrazzi¹³⁷ e Franco Bricola¹³⁸ in

¹³⁵ La *dogmatica comparata* è una sintesi peculiare, aliena dallo stile dei dogmatici classici (giuspositivisti o giusrazionalisti) – p.t. H. Welzel o M. Gallo – e dei comparatisti puri (antidogmatici) – p. t. R. Sacco –. La funzione applicativa della dogmatica comparata, nell’esempio di Jescheck, ma ancor più sviluppata nelle ricerche di molti penalisti in Italia, è comunque rimasta, fino a oggi, del tutto estranea alla dottrina penale tedesca contemporanea.

¹³⁶ W. HASSEMER, Vor § 1/1 ss., 33 ss., 227 ss., 243 ss. in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995; ID., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 155 ss., 176 ss.; ID., “*Sachlogische Strukturen*”: noch zeitgemäß?, in *Fest. Rudolphi*, Luchterhand, Neuwied, 2004, 61 ss.; ID., *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser*, Beck, München, 2005, 115 ss.; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*², Beck, München, 1990, spec. 92 ss., 200 ss. (e qui una difesa di dogmatica penale e sistematica); ID., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, 60 ss.

¹³⁷ C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche* (già in AA.VV., *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica. Studi di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1980, 169 ss., poi) in ID., *Diritto penale. I. Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 541 ss., spec. 545 s. (sull’uso che in Italia si è fatto della dottrina tedesca, recepita ‘dogmaticamente’ e non in senso autenticamente comparato, cioè relativizzandone storicamente i prodotti culturali); ID., *La “cultura” delle riviste giuridiche italiane* (già in *Quaderni fiorentini*, 1984, 71 ss.) in ID., *Diritto penale. Scritti*, cit., 557 ss., e qui (558) l’idea che il tecnicismo giuridico abbia “da tempo esaurito il suo ciclo vitale”; ID., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del Convegno «AREL» del 17 marzo 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 17 ss.

¹³⁸ I principali scritti di Bricola che contengono vere indagini comparate, e anche quelli che profilano soluzioni più dogmatiche, utilizzano la comparazione in senso relativizzante, storico,

Italia (quanto a uso critico e non dogmatico della comparazione, dei principi e di saperi extragiuridici, anche in funzione di costruzione dei beni protetti e tecnica legislativa), e ha avuto un largo seguito presso moltissimi penalisti italiani sino a tempi recenti¹³⁹, da un lato è sempre stato un discorso rimasto per moltissimo tempo interno alla cultura accademica, dall'altro non ha quasi mai rinnegato la presenza e l'utilità (magari integrativa, parziale) di una struttura dogmatica nel discorso giuridico del penalista. Molti di quei comparatisti, infatti, hanno adottato a lungo, a volte nel corso di tutta la loro attività scientifica, un'impostazione di dogmatica comparata, e non di comparazione antidogmatica. Hanno utilizzato, cioè, linguaggi diversi, ma non escludentisi.

6. La "crisi" della dogmatica, oggi

Crisi della dogmatica (una crisi peraltro positiva, a nostro avviso) significa oggi almeno tre cose:

1) che la dogmatica classica, e anche quella moderna a orientamento politico-criminale, di matrice accademica, non è più il sinonimo della scienza giuridico-penale, ma rappresenta solo un linguaggio, una componente del discorso

senza riferimenti a ordinamenti-modello o a tradizioni-modello di tipo concettualistico o destorizzato: cfr. per es. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961, spec. il cap. I; ID., *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *RIDPP*, 1965, 722 ss., poi in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, 2171 ss.; ID., *Il diritto penale dell'impresa pubblica. Elementi per una comparazione* (già in *Scritti A. Graziani*, v. I, Morano ed., Napoli, 1968, 159 ss., poi) in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 2841 ss.; ID., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *RIDPP*, 1970, 951 ss. (anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, cit., 2977 ss.

¹³⁹ Ogni enumerazione è anche qui un'omissione: da Enzo Musco a Giovanni Fiandaca, a Federico Stella a Emilio Dolcini, da Lucio Monaco a Sergio Moccia a Carlo Enrico Paliero, Gabrio Forti, Marta Bertolino e Luciano Eusebi, per es., per quanto riguarda la c.d. scienza penale integrale; da Francesco Palazzo a Tullio Padovani a C.E. Paliero a Luigi Foffani, quanto all'integrazione fra metodo comparato e problemi di tecnica legislativa. E poi, per il metodo comparato in generale, si considerino tutte le generazioni di penalisti italiani (oltre il centinaio di persone sicuramente, tra professori e giovani studiosi) che hanno condiviso l'esperienza del Max Planck a Friburgo in Brisgovia, fino alle più giovani generazioni, oppure con esperienze analoghe altrove, in Germania, in Austria, in Spagna, in Francia, nella UE in genere, o in Paesi di *common law*. Tra questi, peraltro, quasi tutti conservano il linguaggio dogmatico come una struttura centrale e costante, o comunque non sostituibile, del discorso scientifico, accanto o insieme ad altri, distinti "linguaggi" contemporanei.

scientifico¹⁴⁰, che vive di attori non accademici, di destinatari che devono motivare decisioni per il cittadino e per l'opinione pubblica, di fonti molteplici anche non nazionali, di saperi non giuridici (v. *infra*): qualsiasi sapere scientifico penalistico, oggi, deve potere rappresentare quel dialogo, non la sola voce di uno degli attori (per es. solo legislatore, sola accademia, sola avvocatura, sola magistratura inquirente o giudicante, sola voce del cittadino imputato potenziale, o vittima potenziale);

2) che quando si parla di “dogma”, nessuno più può permettersi di pensare a un dato indiscutibile¹⁴¹. Nessuno, anzi, parla più di dogmi se non in senso negativo, e quindi la dogmatica stessa non è più costruita su dogmi. Perfino la legge è discutibilissima, va interpretata, resa conforme ad altre regole e a principi superiori, e il diritto che si applica è il risultato di quella re-interpretazione; ne consegue una realtà di pluralismo dogmatico¹⁴²; “dogmatica”, dunque, è soltanto, oggi, un insieme di “principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata, e non solo di qualificato convincimento”¹⁴³, relativi a categorie e istituti più generali e ‘di sistema’, che vanno oltre la mera interpretazione di norme dell’ordinamento;

3) che se si prescinde dagli studiosi che ancora oggi rimangono essenzialmente fedeli all’ideale di Rocco che fondò la concezione classica dove la dogmatica era sinonimo immediato di scienza giuridica, le generazioni formatesi dagli anni Settanta del secolo scorso in poi hanno progressivamente seguito un percorso di emancipazione (talora dall’inizio della formazione, talvolta successivo a una fase più ‘dogmatizzante’) sia dal rispetto “religioso” per la lettera della legge, sia nei confronti di stili di razionalità “sovratemporale”, giuridicamente autopoietica, lontana dal piano sociale degli interessi, dall’idea

¹⁴⁰ V. anche, sul punto, G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal*, 126 s., e qui il giudizio: “l’idea che la dogmatica, e più concretamente la dogmatica di matrice tedesca, costituisca la parte centrale e per alcuni l’unica della scienza penale o dell’attività del penalista, è oggi un’idea *insostenibile e antiquata*”; e tuttavia, poco dopo, la precisazione: “il metodo dogmatico, *come tale*, può e *deve* continuare a essere utile per uno studio profondo del diritto positivo”: *ivi*, 128; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, parte gen.³, cit., 13, e quanto osservato in M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi*, in RIDPP, 2010, 1067 ss., 1077-1081, 1088 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 21 ss., 27 ss.

¹⁴¹ V. per tutti la diversa lettura del termine ‘dogma’ nel manuale di G. Maggiore e in quello di C. Roxin, paradigmatici per la consapevolezza storica di questa categoria: G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., tomo I³, cit., 43; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 7/1.

¹⁴² *Amplius*, il nostro *Democrazia penale e scienza penale*, cit., 1076 ss., 1088 ss.

¹⁴³ *Op.ult.cit.*, 1091 ss.

dello scopo o dalla politica criminale. Questo percorso ha implicato lo sviluppo di linguaggi diversi: la comparazione, l'uso critico dei principi, e l'impiego di saperi empirici "dentro al discorso scientifico", e poi dentro a quello legislativo, e infine anche dentro al momento giurisdizionale (v. § seg.). Si è chiuso così il cerchio degli attori professionali più rilevanti dei soggetti che "fanno diritto", allargando il discorso della scienza a forme di pluralismo incompatibili con il modello aristocratico della vecchia dogmatica di matrice teologica.

È cambiato un mondo. Questa evoluzione presenta peraltro anche ulteriori aspetti, che registrano distacchi più radicali dal sapere giuridico classico, verso forme di dissoluzione del linguaggio tradizionale anche presso alcuni esponenti della cultura accademica. È questa la tentazione dei "comparatisti puri"; di coloro che tendono a sostituire la dogmatica nazionale con la comparazione o con forme di europeismo giuridico dei principi, ovvero con un prodotto internazionale "senza dogmatica", privilegiando modelli ermeneutici di *common law* o alla francese. Accanto a questi indirizzi, rimangono poi gli eredi della pandettistica, che vorrebbero costruire una dogmatica penale internazionale a conduzione tedesca. Noi pensiamo che tutti questi linguaggi possano e debbano coesistere, senza che sia auspicabile rinunciare, quale *contrassegno permanente del discorso scientifico in senso stretto*, a una tecnica costruttiva concettuale, tradizionalmente definita dogmatica giuridica, della quale peraltro la cultura tedesca non ha più la *leadership* acquistata dopo la Pandettistica, seguita dall'età della "allgemeine Rechtslehre" e poi da quella di un'altrettanto "allgemeine Verbrechenlehre"¹⁴⁴: ciò perché il discorso ormai è sia sovranazionale¹⁴⁵, sia realmente comparato, sia più storicizzato¹⁴⁶, sia costruito da molti attori su una realtà legislativa e di una politica criminale che è complessa, fatta normalmente di leggi complementari extracodicistiche riottose ad

¹⁴⁴ Per una breve rivisitazione di questi 'passaggi' storici, cfr. la nostra voce *Teoria del reato*, cit., 226-230.

¹⁴⁵ È stata tale, però, in chiave giusnaturalistica o cripto-giusnaturalistica, anche la pretesa universalità di certi famosi 'sistemi' teorici dal dopoguerra a oggi. In quale misura un discorso con pretese universalizzanti sia soltanto storico, lo si può verificare spesso solo a distanza di tempo: per questo la prospettiva storica e quella comparata sono importanti, ma alla fine non sempre decisive per relativizzare una soluzione che si prospetti come razionalmente vincolante e sovranazionale rispetto alla contemporaneità.

¹⁴⁶ Sul processo di colonizzazione del diritto penale latinoamericano (o di lingua spagnola) rispetto all'influenza di matrice tedesca (ma anche con singolari aperture istituzionali all'esperienza costituzionale italiana), dagli anni Sessanta del secolo scorso, è istruttivo il quadro contenuto in D. RESTREPO, *Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un «diritto penale colonizzato»: il caso colombiano*, in corso di pubblicazione in *Indice penale*.

essere inquadrate in pensiero ordinatore modellato su paradigmi astratti di tipo tradizionale¹⁴⁷.

7. *L'età della democrazia penale massmediatica e dell'europeismo giudiziario e delle fonti*

Occorre ora approfondire meglio un fenomeno nuovo in atto. È successo, nei fatti prima che nella dimensione rappresentativa degli studiosi, che la politica criminale, anziché integrarsi nella dogmatica (il modello “moderno”, degli anni Settanta), l'ha divorata, o almeno sta procedendo a grandi passi in questa direzione: e ciò senza nessuna base scientifica, né giuridica, né extra-giuridica, ma semmai “popolar-democratica” o “giudiziaria”. Si tratta, in primo luogo, della politica criminale *reale* (non quella degli studiosi) di un legislatore che ha perso l'abitudine di ascoltare o di consultare il ceto dei giuristi accademici (la “scienza della legislazione”!) e conosce una sorta di “imbarbarimento” legislativo per esaudire magari direttamente “la piazza” veicolata dai mass-media; un legislatore che usa il diritto punitivo quasi fosse uno strumento come un altro, per raggiungere risultati che non sono più obiettivi di giustizia, perché è il fine che giustifica i mezzi e la libertà è strumentalizzata antikanonianamente per scopi generalpreventivi “di lotta”, estranei alla persona del soggetto punito.

Il potere legislativo, a livello nazionale e sovranazionale, non esita perciò a costruire prodotti di una legislazione “senza dogmatica”, che vede esempi internazionali di diritto del nemico, di diritto d'autore, di violazioni legalizzate di tutti i principi costituzionali e fondamentali, di politiche criminali sovranazionali (per es. europee) dimentiche della scienza della legislazione. Ciò è sempre accaduto, se solo si pensa alla storia delle sanzioni criminali e a quella dei reati politici e del *crimen laesae maiestatis*. La grande differenza rispetto al passato, a tale riguardo, è che oggi la legislazione che deroga ai principi fondamentali, che viola la proporzione, l'eguaglianza, i principi di dannosità sociale e di offensività, il principio di colpevolezza, quello del diritto penale del fatto e non d'autore, le finalità rieducative della pena etc., non è più intro-

¹⁴⁷ Sull'importanza della legislazione speciale per la teoria del reato, e dunque per un discorso scientifico potenzialmente più “generale”, si consenta di rinviare a AA.VV., *La riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. Donini, Cedam, Padova, 2000; AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003.

dotta o giustificata da un Leviatano oppressore, dallo Stato contro il singolo, ma in nome anch'essa della tutela dei diritti fondamentali, quelli delle vittime reali o potenziali. Il diritto penale è visto spesso come il paladino dei diritti fondamentali, non come uno strumento che sicuramente li conculca (fatto certo) senza che si sappia se serve davvero al bene comune (ipotesi politico-normativa). La funzione critica, e non già di mera legittimazione, che il sapere tecnico-giuridico deve svolgere, in tale contesto, ha come interlocutori non più il solo legislatore o la giurisprudenza, ma l'opinione pubblica, i mass-media, e talvolta le stesse Corti internazionali. Questo costringe evidentemente il giurista non a svendere le sue competenze, rinunciando ai valori della civiltà del diritto, ma a mutare il proprio linguaggio, a renderlo meno aristocratico, a coltivare stili ermeneutici nuovi che operino prima della, e a prescindere dalla, verifica di legittimità¹⁴⁸. Si tratta, altresì, della nascita di una diffusa politica criminale giudiziaria che, per definizione, c'è sempre stata ma, tanto in *civil law* quanto in *common law*, appariva circoscritta a singole decisioni concrete, a 'casi', a "precedents", ovviamente non vincolanti in contesti di *civil law*. Adesso, invece, non è più una "Kriminalpolitik im kleinen"¹⁴⁹, perché arriva a ridisegnare le coordinate di interi istituti, con argomentazioni dedotte da principi sovraordinati, o da accumuli e revisioni di massime-precedente, cioè di "norme" (di origine giudiziaria) del tutto generalizzate e non più "aderenti

¹⁴⁸ Per es., quando si è pensato di elaborare un "Manifesto" sulla politica criminale europea, che avesse come destinatario, oltre allo studioso di cose europee, sperabilmente anche il rispettivo legislatore (cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *ZIS*, 2009, 539 ss., anche in *RIDPP*, 2010, 1262 ss.), lo si è scritto col linguaggio della scienza, o con quello dei Tribunali di legittimità, dei principi di scienza della legislazione. È vero, però, che il legislatore, anche quello europeo, parla un altro linguaggio, costruisce le sue "politiche criminali" alla luce di criteri e di strategie comunicative differenti: e dunque proprio un *dialogo* sulla politica criminale europea suppone che gli studiosi, non solo traducano le loro categorie in un linguaggio comprensibile alla luce dei parametri della politica (e non semplicemente che i politici parlino come gli accademici o come le Corti costituzionali), ma anche che assumano come premessa fattuale l'"estraneità" al circuito scientifico dei dibattiti politico-criminali, che prendono decisioni rispetto alle quali la verifica di legittimità è un vincolo estrinseco e altresì un *posterius* logico. A quel punto, rimane solo il tema del controllo di legittimità, laddove è nella fase decisoria che occorre costruire ponti di dialogo. Per alcune riflessioni importanti riguardo alla dinamica della legislazione penale, cfr. J.L. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, 20-65, e qui pure una rassegna critica dei principali principi di una politica legislativa penale moderna (*ivi*, 131-163).

¹⁴⁹ In realtà, nel dibattito italiano, una vera 'svolta' nella politica criminale giudiziaria è stata puntualmente ravvisata nell'ampia discrezionalità introdotta in sede commisurativa e sanzionatoria quale conseguenza della riforma del 1974, da A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, 275 ss.

a singoli casi”, il cui ingresso nel circolo ermeneutico è capace di trasformare geneticamente le disposizioni legislative. Quest’attività si sviluppa sempre di più a livello di grandi Corti europee per poi riflettersi sul significato pratico e normativo delle decisioni di Corti costituzionali e Corti Supreme di Cassazione (Sezioni Unite, in particolare), veri motori di un’evoluzione normativa para-legislativa.

Gli attori delle nuove categorie, o della reinterpretazione di quelle dottrinali, sono i giudici. I migliori hanno un sicuro rispetto per il linguaggio scientifico consolidato, lo coltivano e lo perfezionano, sia nelle sentenze, sia nelle parallele opere dottrinali¹⁵⁰, ma esso viene ormai autonomamente gestito da moltissimi interpreti, attraverso pubblicazioni dai diversi livelli e destinatari. Le Sezioni Unite, o anche quelle semplici talvolta, dialogano intensamente (in singole, ma importanti occasioni) con la dottrina; vi si trovano addirittura citazioni di Beling, richiami alla tripartizione al di fuori ormai del tema della prova delle scriminanti, ma sono sempre più larghe le acquisizioni giuridiche attraverso percorsi del tutto indipendenti, o dove alla dottrina si fa ricorso (anche citandola tra virgolette) per scopi ben diversi da quelli intesi dai suoi esponen-

¹⁵⁰ Quanto alle sentenze, non è davvero possibile fare citazioni adesso. Si potrebbero ricordare varie decisioni delle Sezioni Unite dell’ultimo decennio, ma anche numerose sentenze delle sezioni semplici, per restare alla S.C. Sul piano dei contributi dottrinali di magistrati, anche qui, sempre restando alla materia penale (ma il fenomeno è più generale), quanto a contributi di parte generale o manualistici, v. per es., A. NAPPI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010; R. BLAIOTTA - G. CANZIO, *Causalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 821 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010. Innumerevoli sono ovviamente anche i commentari e i contributi di taglio più interpretativo e ricostruttivo rispetto a questioni di parte speciale e leggi complementari, oltre che ovviamente processuali (qui non considerate). In alcuni casi si tratta di opere di fattura davvero notevole, di livello accademico; ricordo per es. vari contributi di G. Lattanzi, V. Napoleoni, R. Bricchetti, G. Sandrelli, F.M. Iacoviello, G. Caputo, D. Carcano, G. Fidelbo e tanti altri. Basti qui avere segnalato un *trend*, che si estende ormai anche alla manualistica universitaria e soprattutto postuniversitaria. Anzi. Esiste piuttosto una certa tendenza a proporre, nelle più diverse discipline, una manualistica postuniversitaria redatta da esponenti della magistratura. Ciò rischia di produrre, in alcuni casi, una vera *interruzione del sapere accademico nella formazione*: in quanto il corso universitario è talvolta un corso quasi-liceale affrontato su manuali “brevi e senza note”, mentre là dove si comincia a prendere più sul serio la dialettica giuridica delle posizioni, cioè nel postlaurea, accade che gli indirizzi della dottrina siano esposti nei testi da studiosi-magistrati che non sempre possono avere su tutte le materie, specialmente di parte generale o nel raccordo con le questioni di parte generale, quell’aggiornamento proprio dei docenti universitari, con il rischio di una definitiva perdita della trasmissione del sapere accademico nei momenti di formazione “collettiva”. Non basta, infatti, che ci siano docenti universitari in questa fase: occorre altresì una *responsabilizzazione degli esponenti del sapere accademico nella redazione di testi post-universitari di formazione generale*.

ti. Sono discorsi generalizzanti, comunque, non circoscritti a un caso singolo: di qui (v. il § seg.) la loro pretesa epistemologica di innovare la stessa parte generale, la dimensione normativa di «istituti», e non di singole «disposizioni». Una pretesa ‘dogmatica’ pertanto, non di mera concretizzazione¹⁵¹.

Accanto a una *dogmatica classica e moderna di matrice accademica* (che nasce generalizzante), c’è dunque un nuovo discorso di matrice giudiziaria, che generalizza dalla decisione di singoli casi e che i professori commentano, o insegnano a lezione: si insegna ormai anche una dogmatica (di fonte) giurisprudenziale. È un prodotto spesso costruito su una diversa politica criminale, dove l’idea dello scopo ha sorretto una decisione particolare, magari a maggioranza, e il risultato-massima (non mero “precedente”) già deciso, viene motivato a posteriori. È stato predicato per almeno trent’anni che ci doveva essere questo matrimonio tra dogmatica e politica criminale. Eccolo servito ma con sostituzione degli attori. Del resto, anche tutto quell’indirizzo ermeneutico che ha valorizzato la topica rispetto al pensiero sistematico, muoveva da una ricostruzione dottrinale di ‘casi’ per giungere a qualche principio (principio dottrinale, interpretativo, dogmatico, teorico, non sovraordinato). Ma la scienza accademica non ha certo la riserva privilegiata di quest’attività. Che tali operazioni le facciano proprio i giudici è del tutto legittimo, anzi “paradigmatico”. Ciò che è nuovo, oggi, ma anche più discutibile, è invece *la generalizzazione giudiziale di norme ricavate non tanto da ‘casi’, quanto dai principi, con spiccata attività critica verso il ius positum* e in una direzione che va sempre più avvicinandosi a schemi di *binding precedent*, mentre invece è una *binding doctrine*.

L’evoluzione in atto risponde peraltro a precise novità nel *sistema delle fonti*, che è il ‘luogo’ teorico e tecnico più pertinente per un discorso sulla collocazione della scienza penale e dell’interpretazione nel quadro dell’ordinamento giuridico.

Da un lato si registra un’indubbia influenza, almeno in alcuni casi, del dibattito scientifico-accademico sulle decisioni o sulle motivazioni giudiziarie, dall’altro questa influenza è sempre più mediata dal grande spazio ermeneutico offerto dalla realtà istituzionale di un *europesmo giudiziario*: a) norme-principio e argomentazioni per principi; b) declinazione delle norme-princi-

¹⁵¹ Si rileggano soltanto, per capire plasticamente quanto è cambiato il ‘clima’, le pagine delle lezioni di Aldo Moro (Anno Acc. 1975-76) sul significato delle sentenze della Cassazione: A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Cacucci, Bari, 2005, 320-327.

pio 'interne' alla luce di fonti sovranazionali: UE, Cedu, trattati internazionali (per es. Statuto di Roma); c) grande rilevanza assunta dalle Corti sovranazionali che interpretano quei principi secondo logiche di comparazione costituzionale¹⁵²; d) espansione ormai a ogni livello dell'interpretazione conforme, quale obbligo del giudice ordinario, prima di ogni remissione alle Corti costituzionali e sovranazionali di questioni di legittimità¹⁵³.

Quel *know-how* inventato tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, vale a dire l'argomentazione per principi applicata al diritto penale, ampiamente perfezionato nei lustri successivi, trova applicazione libera in ambito sovranazionale e poi nuovamente nazionale, e non è più appannaggio della cultura accademica. L'argomentazione per principi è ora un metodo innanzitutto della giurisprudenza ("principi" e "comparazione") sul quale esiste ormai una letteratura consistente. Non è possibile, adesso, illustrare le premesse dell'«antigiuridicità europea», del policentrismo del sistema, della 'rete' in cui si articolano le fonti e che è sottesa, come base di una piramide, anche al sistema penale¹⁵⁴. Come subito vedremo (§ seg.) *l'esplosione delle fonti muta il codice genetico della costruzione del diritto* quale risultato dell'interpretazione delle regole, e come diretta (anche se non immediata) conseguenza *muta l'identità della stessa dogmatica*, di quella scienza giuridica in senso stretto di cui parlava Arturo Rocco. La dogmatica, infatti, ha a che vedere con il potere

¹⁵² B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London 2006, tr. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, e qui, 143 ss., peraltro, il corretto rilievo che il richiamo al diritto straniero non comporta di per sé comparazione, la quale implica un processo valutativo e volitivo esplicito di raffronto. V. pure G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 222 ss., 249 ss.

¹⁵³ Cfr. per es. i due casi esemplari di C. cost. n. 208/2009 sull'art. 219 c.p.; C. cost. n. 322/2007, sull'art. 609-sexies c.p. V. anche, sul punto, i pertinenti rilievi di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 41 ss. Più in generale SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; con specifico riferimento all'interpretazione conforme rispetto a Cedu e normativa europea, cfr. v. F. SGUBBI - V. MANES, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Celt, La Tribuna, s.d. [2010], 617 ss.

¹⁵⁴ L'abbiamo già tentato, qualche anno fa, in DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. VI. V. altresì A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004; G. DE VERO - G. PANEbianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007. In generale v. pure G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, cit. 222 ss., 249 ss.

definitorio dell'interprete¹⁵⁵, che è il potere di dettare legge integrando il contenuto e il significato delle fonti. Se mutano le fonti e il ruolo degli interpreti, anche il tipo di dogmatica cambierà. La *dogmatica classica* svolgeva anche la funzione di affidare a un'oligarchia di pochi studiosi il compito di "conservare le chiavi della conoscenza", mentre il potere definitorio del giudice ("in quanto potere giudicante", non in quanto studioso) era individualizzante. La stessa giurisprudenza "per massime" di *civil law*, non aveva forza di precedente, e quindi non infrangeva la logica della divisione dei poteri. Le massime non vincolavano, e la dottrina, a sua volta, per quanto "scientifica", non doveva neppure essere citata in sentenza. L'evoluzione contemporanea tende a condurre non solo alla possibilità di considerare nominativamente, o almeno virgolettati, i contributi dottrinali, ma anche al pieno riconoscimento della giurisprudenza come fonte di diritto, almeno là dove vi sia un vincolo del "precedente". Nell'ordinamento italiano il vincolo di precedente nella riforma dell'art. 374 c.p.c. è illuminante, e di fatto si tende a proporlo come modello per le stesse Sezioni Unite penali (v. *infra*). Di fronte alla giurisprudenza-fonte è chiara l'esigenza di ripensare la valenza scientifica e la legittimazione istituzionale di quest'ultima, che «conosce il diritto mentre lo produce».

8. *Mutamenti genetici del discorso penalistico: giurisprudenza-fonte e varietà degli attori giuridici*

Dal tecnicismo abbiamo ereditato una premessa epistemologica insuperabile. Non si è giuristi se non si conosce il diritto vigente quale primo oggetto di un sapere tecnico distinto da ogni altra competenza¹⁵⁶. Questo dato non è fonte di conservatorismo: quando si giudica una persona occorre che questa sia chiamata a rispondere per violazione di *regole preesistenti* al fatto. Perciò, la dogmatica *penale*, ancorando il giudizio agli equilibri di sistema esistenti nel diritto positivo (divieto di retroattività *in peius*), mira ad assicurare obiettivi specifici di garanzia. Ogni integrazione epistemologica, ogni nuovo "metodo" deve ammettere la vocazione alla giustizia-garanzia, e non solo alla tec-

¹⁵⁵ Si consenta, anche per i richiami, il rinvio a M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss.

¹⁵⁶ "Una conquista indistruttibile del pensiero scientifico" definì tale acquisizione F. ANTONISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., 14, riferendosi (pur da posizione distante) al contributo di Arturo Rocco all'ancoraggio della dogmatica al diritto vigente.

nica, di una disciplina normativa che non è mero strumento per raggiungere un risultato o uno scopo: per questo la dogmatica non s'identifica con la politica criminale (anche se ne viene integrata); per questo la scienza giuridica non è riducibile a un paradigma causale (causa-effetto) o a un programma teleologico (mezzi-fini) sussumibile sotto le linee ricostruttive di una qualche legge del divenire e comunque dell'essere. *Se contasse solo lo scopo o un risultato*, non ci dovrebbe essere il vincolo del diritto vigente, bastando modificare il mezzo in via interpretativa per meglio raggiungere l'obiettivo.

Naturalmente se oggetto della scelta parlamentare è la disciplina di un settore extrapenale (per es. commerciale, fallimentare, amministrativo) o sociale (criminologico, d'impresa etc.) diventeranno decisivi saperi empirici e discipline extrapenali per comprendere e orientare lo stesso discorso normativo. Con questo allargamento siamo già aperti al *metodo della scienza penale integrale*, senza che il diritto penale diventi una scienza "interdisciplinare" nel significato spregiativo di disciplina che non avrebbe un suo 'oggetto' e un suo 'metodo', per il fatto di utilizzare sincretisticamente ogni tipo di conoscenza¹⁵⁷. Il discorso è tuttavia più complesso, in relazione al ruolo "esecutivo" dell'interprete e alla divisione dei poteri.

Poiché oggi il diritto vigente e valido è inevitabilmente composto da principi superiori e da regole ordinarie, ne consegue che l'oggetto è definito insieme al dover essere costituzionale e dei principi anche sovranazionali e comunque sovraordinati alla legge. Anche le Carte dei diritti, da quelle costituzionali nazionali a quelle europee e internazionali, contengono un "dover essere" che è un "essere dovuto", ed ha una sua staticità quasi empirica di materia (già) regolata, positivizzata. Eppure, nonostante ciò, la presenza di norme-principio, anziché di regole in senso stretto, trasforma sia l'oggetto e sia il metodo della conoscenza giuridica. Inoltre, non esiste neppure più «l'interprete», ma la differenza sociologica dei diversi attori del diritto rende necessario parlare, ormai, di più interpreti: dopo la legge, il legislatore-interprete, il magistrato, inquirente e giudicante, l'avvocato, il professore, il pubblico funzionario, il giurista d'impresa, etc.

Quanto al momento creativo-ricostruttivo dell'ermeneutica, non si tratta, come ribadito in altre circostanze, di una novità primordiale dovuta alla dialettica tra fonte ordinaria (legge) e fonte sovraordinata (Carte costituzionali e dei diritti), perché anche nell'applicazione della legge ordinaria (delle 'regole',

¹⁵⁷ Contro l'impiego della scienza penale integrale nella direzione di una scienza "interdisciplinare", cfr. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *A "Ciência conjunta do direito penal"*, in ID., *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 3 ss., 5.

anziché dei ‘principi’) è ben frequente la sovrapposizione della *ratio legis* soggettiva e dell’interpretazione letterale da un lato, e quella della *ratio legis* oggettiva e dell’interpretazione teleologica, sistematica, evolutiva, dall’altro: realtà ben note ed esemplarmente illustrate nella sintesi di Betti¹⁵⁸, prima che si diffondessero culture orientate a un’ermeneutica postgadameriana¹⁵⁹.

Il vero problema consiste nei limiti posti all’interpretazione che applichi detti principi in modo diretto, per non violare la riserva di legge. Un problema la cui soluzione noi penalisti non possiamo certo apprendere da costruzioni teoriche edificate sul modello di branche tanto più “normali” del diritto penale quali sono il diritto civile, o quello costituzionale. L’ermeneutica dei civilisti e dei pubblicisti o dei filosofi del diritto che non si siano specificamente confrontati col diritto penale, non è “il paradigma” dell’argomentazione giuridica *tout court*. Dato che è mancato sino a oggi questo riconoscimento, occorrerà spiegarlo ai colleghi. Il tema del metodo della scienza *penale*, e del suo oggetto di secondo grado (l’oggetto regolato dalle norme), costituito anche (non solo!) da situazioni o da autori “di eccezione”, o percepiti come tali, esalta la riserva di legge¹⁶⁰ e la separazione dei poteri¹⁶¹, per prevenire il ri-

¹⁵⁸ E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Teoria generale e dogmatica), Giuffrè, Milano, 1971, 261 ss.

¹⁵⁹ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², Bompiani, Milano, 1983; ID., *Gesammelte Werke*, 2, *Hermeneutik*, Bd. II, Ergänzungen, Mohr, Tübingen, 1986. Sui limiti che un’ermeneutica orientata solo al testo e all’interprete, anziché all’autore del testo stesso, e aperta ad avventure di semiosi illimitata, pone in termini di verità del testo, anche al di fuori delle preoccupazioni di garanzia che giustamente deve avere il giurista, v. U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, Milano, 2002², 77 ss., 81 ss.; ID., *I limiti dell’interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, 17 ss., 26 ss.

¹⁶⁰ A favore di una Corte costituzionale rigorosamente ancorata ai limiti della riserva di legge cfr. G. INSOLERA, *Democrazia, Ragione e prevaricazione*, Giuffrè, Milano, 2003, 66 ss.

¹⁶¹ Secondo l’efficace sintesi di E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, Fontamara, Mexico, 2006, tr. it. *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 s.: “La dottrina della separazione dei poteri è fondata su una distinzione netta tra la creazione e l’applicazione del diritto: il diritto è creato dal legislatore e applicato dai giudici. Ciò comporta una restrizione considerevole del concetto di diritto: il diritto è l’insieme delle norme generali create dal potere legislativo; sono escluse da esso le opinioni dei giuristi, le consuetudini, le citazioni dei padri della Chiesa, e molte altre cose che prima ne erano considerate parte...La *scienza del diritto* si costituisce, sotto l’influenza della dottrina della divisione dei poteri, e soprattutto a partire dalla codificazione, come *dogmatica giuridica*. Le norme generali emanate dal potere legislativo (le leggi) devono essere accettate come dogmi, nel senso che tutti – e in primo luogo i giudici – hanno l’obbligo di prestar loro obbedienza. Le soluzioni per i casi che i giudici devono risolvere devono essere inferite logicamente dalle norme generali e dalle circostanze del caso (teoria del sillogismo giudiziale). Ciò richiede che l’insieme delle norme generali emanate dal potere legislativo

schio che si pensi di usare il diritto come arma contro presunti nemici.

Oggi si sta inevitabilmente diffondendo anche in campo penale una teoria delle norme giuridiche (elaborata in generale, ma al di fuori di un collaudo penalistico specifico) che distingue tra “disposizioni” e “norme”, la quale riconosce all’interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere ‘norme’ applicate dalle disposizioni astratte. La norma giuridica non è, in tale ottica, quella scritta nell’enunciato normativo della fonte legale, ma si desume dall’interpretazione e applicazione della disposizione, scegliendo dall’enunciato solo una delle sue possibili letture. Senza potere qui approfondire l’argomento, diciamo però che mentre l’assunto normoteoretico appare persuasivo¹⁶², più complesse sono le conseguenze penalistiche e istituzionali. Attualmente questa scansione teorica: disposizione *vs.* norma, è recepita al più alto livello delle giurisdizioni: dalla Corte costituzionale (C. cost. n. 348 e 349 del 22-24 ottobre 2007)¹⁶³, alle Sezioni Unite penali (Cass., S.U. pen., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi)¹⁶⁴, alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, alla Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU, Grand Chamber, 17.09.2009, Scoppola v. Italy)¹⁶⁵. Soprattutto le Sezioni Unite penali hanno riconosciuto all’interprete un ruolo di costruzione delle norme che va ben al di là della classica e anche della moderna divisione dei poteri. Il giudice non conosce semplicemente il diritto, adattandolo o individualizzandolo ai casi, ma ne costruisce il contenuto precettivo anche in generale, cioè con effetti *generalizzanti*, mentre lo applica. In questa acquisita consapevolezza¹⁶⁶, si può ve-

sia completo e coerente, nel senso di contenere una, e una sola, soluzione (distinta) per ciascun problema che i giudici devono risolvere”. Ovviamente la nozione di dogmatica quale sinonimo di principio di legge è da tempo superata dal riconoscimento di una vasta area di spazi di diritto desunti dalla, o attraverso la, legge, ma non identici a quest’ultima.

¹⁶² Facciamo rinvio a un nostro scritto in corso di ultimazione: M. DONINI, “Disposizione” e “norma” nell’ermeneutica penale contemporanea. A questo studio rinviamo altresì per i richiami a fonti di letteratura non penalistica di interpretazione e teoria del diritto, in realtà molto importanti per un inquadramento scientifico di un tema che presenta enormi riflessi teorici, ma anche applicativi.

¹⁶³ C. cost. 348/2007, § 4.7 sulla distinzione tra disposizione e norma.

¹⁶⁴ SS.UU. 18288/2010, §§ 6-11 (in diritto), in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss.

¹⁶⁵ CEDU, Grand Chamber, 17.09.2009, Scoppola v. Italy, §§ 91-118, ora in *Cass. pen.*, 2011, 26 ss.

¹⁶⁶ Consapevolezza che ha già prodotto effetti giuridici nell’autoriconoscimento, da parte delle Sezioni Unite penali, della capacità della propria giurisprudenza di innovare i presupposti applicativi di discipline di legge più favorevoli, sì da rendere tale giurisprudenza retroattiva in sede di esecuzione della pena per effetto di nuove interpretazioni sull’applicabilità dell’indulto in caso di riconoscimento di sentenze penali straniere: come se si trattasse di nuove leggi più fa-

dere *l'atto di nascita della giurisprudenza-fonte*¹⁶⁷.

Anche se è attualmente inapplicabile al processo penale la disciplina dell'art. 374 c.p.c.¹⁶⁸, le Sezioni Unite penali si accreditano comunque come fonte di diritto (per es.: deducono dai principi nuove norme di valore generale che integrano le disposizioni astratte della legge; producono 'diritto': se innovano favorevolmente sono retroattive, dovendosi applicare il diritto più favorevole: ma se sono sfavorevoli dovrebbero applicarsi solo a casi futuri), ma lo fanno in sintonia con la Cedu e, in fondo, con la stessa Corte costituzionale. Su queste premesse è evidente che muta geneticamente il ruolo della dogmatica, perché è lo stesso interprete-giudice che costruisce dogmatica (principi generali e categorie derivate) mentre co-definisce il contenuto del diritto.

L'acquisizione di una dimensione di "giuspositivismo critico"¹⁶⁹ alla scienza, ma poi all'interprete in genere e al giudice, è avvenuta al prezzo di una nuova tensione sul piano della *riserva di legge*. Lo si vede bene nei nuovi meccanismi innestati da una certa gestione dell'interpretazione conforme alla Costituzione: proprio il penalista, infatti, è oggi chiamato, a livello nazionale, a

vorevoli, anche le giurisprudenze favorevoli innovative retroagiscono e superano i giudicati. Questo, in sintesi, il contenuto di Sez. Un., 8932/09, rel. Milo, cit. Il problema, come di seguito precisato nel testo, si fa rilevante se queste acquisizioni non vengono applicate *in bonam partem*.

¹⁶⁷ Nel senso che la creazione giudiziale del diritto va riconosciuta non perché il giudice costruisca norme individuali innovative (come riteneva Kelsen), ma nel senso che è inevitabile che costruisca nuove norme generali, v. ancora E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, tr. it. cit., 144. Più ampiamente, anche se muovendo (anche in tal caso) da un osservatorio non specificamente penalistico, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1975, 423 ss., 429 ss. Il riferimento a norme generali, peraltro, diventa a nostro avviso rilevante per la nascita o la costruzione della giurisprudenza-fonte, solo là dove tali norme abbiano un carattere almeno in parte (legittimamente) vincolante, come nel vigente art. 374 c.p.c. In caso contrario si tratta di "norme" che, al di fuori del caso deciso, conservano mero valore.... dottrinale. Un vincolo giuridico per l'interpretazione giurisprudenziale generalizzante è peraltro subordinato alla sua intrinseca persuasività, potendo sempre essere disatteso nel singolo caso e anche per effetto di migliori interpretazioni generali: resta dunque a nostro avviso ineludibile il dato per cui quanto più l'interpretazione giudiziale ha il carattere della generalità, tanto più è "dottrina". La sua legittima vincolatività in nome della certezza del diritto va bilanciata con la divisione dei poteri, vale quanto più sia individualizzante ed è naturalmente provvisoria, in quanto soggetta anch'essa a imprescindibili meccanismi di revisione.

¹⁶⁸ Che concerne, dopo la riforma del 2006, l'obbligo delle Sezioni Semplici della Corte di Cassazione di conformarsi alle Sezioni Unite e, in caso contrario, di rimettere a quelle la decisione della questione, con vincolo formale di precedente, però, solo per la decisione delle Sezioni semplici remittenti.

¹⁶⁹ L'espressione, che viene contrapposta a quella di "giuspositivismo dogmatico" (che non distinguerebbe tra vigenza e validità delle norme), è di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.

discutere “del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi”¹⁷⁰.

È l'autopoiesi giudiziaria che celebra se stessa, esprimendo una vocazione costruttiva che appare tollerabile solo se si manifesta *in bonam partem*. Occorre chiedersi, peraltro: la riserva di legge non vale comunque, a prescindere dalla direzione favorevole o sfavorevole all'imputato delle sue “violazioni”? E poi: è possibile circoscrivere il diritto giurisprudenziale più costruttivo solo a decisioni favorevoli al reo e non alla vittima? Di fronte alle richieste di attuare in via interpretativa la tutela dei diritti fondamentali delle vittime¹⁷¹, anziché degli imputati, già adesso esistono posizioni di esaltazione del ruolo attivo della giurisprudenza interna e di quella sovranazionale, che non devono condurre direttamente a un uso *in malam partem* del nuovo potere definitorio fin qui descritto¹⁷².

Il “paradigma” di un diritto penale analogico e libero dalla legalità e dai suoi vincoli è stato tradizionalmente il diritto penale internazionale, prima dello Statuto di Roma. Ma anche adesso, a livello internazionale, essendo in gioco (come se non rilevasse sempre quando si tratta di delitti e di pene) la tutela dei diritti fondamentali, si perpetuano *trends* ermeneutici che scardinano il principio di legalità, il divieto di retroattività sfavorevole, i giudicati per sentenze di amnistia e prescrizione, il principio di *ne bis in idem* processuale, ogni volta che siano in gioco crimini contro l'umanità: il tutto attuando in via giudiziaria un controllo sostanziale di legittimità della legge, valutata alla stregua di criteri dichiarati di neoretribuzionismo internazionale. È questo il modello tipico del *diritto penale di transizione*, portato a soluzioni emblematiche nella più recente giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo e negli Stati che ne seguono gli indirizzi¹⁷³.

¹⁷⁰ Per riprendere alla lettera il titolo della nota critica di G.U. RESCIGNO alla sentenza della C. cost., n. 208/2009 (sull'art. 219 c.p.), in *Giur. Cost.*, 2009, 2412 ss.

¹⁷¹ Ampiamente, al riguardo, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 36 ss.

¹⁷² Cfr. per un'espressione di entusiasmo giudiziario a favore della tutela dei diritti fondamentali mediante il diritto penale, F. VIGANÒ, *L'interpretazione conforme*, cit., a cui si accompagna peraltro una modernissima consapevolezza della pluralità degli attori del discorso penalistico oggi. Cfr. *forum* ed editoriali della rivista on-line “Diritto penale contemporaneo” (www.penalcontemporaneo.it).

¹⁷³ Cfr., anche per altri ragguagli, E. FRONZA - G. FORNASARI, *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2009; G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il «caso Bordaberry» come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Scritti in onore di M. Romano*, in corso di pubblicazione.

Eppure, se lo studio del diritto penale “normale” può vantare uno statuto scientifico, è perché (fra l’altro) la legge non si applica analogicamente in senso sfavorevole. Le deroghe a questo principio (mediate dall’indeterminatezza delle fattispecie), o le deroghe agli altri principi classici della legalità, hanno sempre costituito contrassegni del diritto penale *politico* o di quello *speciale*: esattamente il diritto penale rispetto al quale, almeno dai tempi in cui Francesco Carrara manifestò il suo famoso rifiuto al commento¹⁷⁴, è più difficile impostare un discorso scientifico.

Il divieto di analogia sfavorevole resta dunque uno dei postulati caratterizzanti la scientificità “garantistica” del diritto penale. Possibilità *ermeneutica* della scienza è pertanto solo quella di sviluppare un discorso analogico favorevole, *un’estensione, là dove consentita dalla riserva di legge e dall’extrema ratio, della non punibilità*. Per soluzioni *estensive della punibilità* (diverse da una normale interpretazione dell’area punibile) rimane solo l’opzione *de lege ferenda*.

Pur con questo permanente ancoraggio, che non è davvero retorica ribadire, il nuovo “metodo” fin qui illustrato, dipendente da un nuovo “oggetto”, anche se impiegato solo in senso favorevole, *muta l’identità genetica del fare diritto e delle sue pretese “scientifiche”; muta le stesse basi epistemologiche della disciplina*: perché il diritto positivo è oggetto di critica e di revisione da parte dello stesso interprete-giudice, il quale dunque dovrà attingere le “chiavi della conoscenza”, anche di quella ‘dogmatica’, da luoghi diversi dalla legge ordinaria, secondo mappe il cui territorio è tracciato anche *da sentenze. Le sentenze*, infatti, non sono *luoghi qualsiasi* dove si alloca il pensiero giuridico, come può esserlo un testo di legge, un trattato o un saggio di dottrina, un articolo di giornale, una fonte storica antica, un discorso politico, una discussione di studio o fra compagni di corso, o un dialogo tra maestro e allievo: *sono ‘luoghi’ dove si giustifica a posteriori ciò che si è deciso prima, spesso condannando*. Anzi. Quanto più “c’è dottrina” nelle sentenze, tanto più sono costruite a posteriori. *La giurisprudenza che fa diritto prospettando regole generali* non si limita a fare concorrenza alla dottrina: in realtà, *non è giurisprudenza, ma è dottrina essa stessa*. Una dottrina solo meglio armata, e non necessariamente più potente. Con la differenza che ha “maledettamente bisogno” di giustificare il caso deciso. Come ogni dottrina, poi, il suo vero potere

¹⁷⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte spec. Vol. VII, Tip. Canovetti, Lucca, 1870, § 3913 ss., 3935: “il campo dei reati politici non è sotto il dominio del giure penale, ma sotto lo *jus belli*”. V. del resto, sulla concezione della scienza penale in Carrara ID., *Programma*, cit., parte gen. (1867), 22 ss. (prolegomeni); vol. V, § 2525; T. PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della Ragione*, cit., 711 s.

e dunque la sua stessa legittimazione, non sta nel fatto di essere vigente, ma nel conoscere e indicare soluzioni persuasive. Se non aiuta a conoscere o non convince, dovrà essere disattesa.

Il vero vincolo di un giudicato *in punto di diritto* è dunque direttamente proporzionale al significato *individualizzante* di una pronuncia ovvero alla sua valenza *liberalizzante (in bonam partem)*. Decisioni innovative e generalizzanti sono solo dottrina, scritta da chi questo mestiere teorico non lo svolge di professione.

9. Una scienza solo dei limiti dell'intervento punitivo?

Punto di vista esterno e interno

Fra tutti i penalisti che abbiamo menzionato, tra quelli italiani contemporanei (*retro*, § 5), ma anche tra quelli stranieri, ve ne sono alcuni che in realtà potrebbero essere annoverati fra i simpatizzanti di quella “Strafbegrenzungswissenschaft” di cui da tempo parla Thomas Vormbaum¹⁷⁵, chiaramente delineata da sempre e anche di recente da Wolfgang Naucke¹⁷⁶: una scienza dei limiti della pena, o del potere punitivo, una scienza che si occupi soprattutto, se non esclusivamente, dei principi e dei criteri per circoscrivere la potestà punitiva, nel segno della sussidiarietà dei beni e dell'*extrema ratio*, e dunque verso una costante evoluzione di quella analogia in *bonam partem* in cui consiste larga parte della costruzione scientifica, e di una vocazione critica rispetto a un prodotto legislativo così intriso di autoritarismo e irrazionalità, vocato al securitarismo mediante la pena e in perenne espansione. Alcune “scuole”, o parti di esse, di matrice laica o cattolica (religiosa), sia italiane sia straniere, potrebbero riconoscersi in questa opzione. È la vocazione del garantismo più *liberal*, quello che si occupa soprattutto degli autori, per diminuire la loro inutile sofferenza, perché la pena non ridarà alle vittime quanto hanno definitivamente perduto dopo il delitto¹⁷⁷; o che si occupa della critica all'uso pura-

¹⁷⁵ T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW*, 107, 1995, 734 ss., 744 ss.

¹⁷⁶ W. NAUCKE, *Sicurezza e diritto penale*, cit., spec. 88 s., e *amplius* ID., in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, cit., 415 ss., 442 s.

¹⁷⁷ Cfr., per es., tra i penalisti che scrivono da un punto di vista “interno” al penale, K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, cit. Tra coloro che scrivono quasi esclusivamente da un punto di vista esterno, cfr. per es. M. PAVARINI, *Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta*, in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; ID., *Degrado, paure e*

mente strumentale del diritto penale (*mero strumento* di “politica criminale”), che reca in sé una costante vocazione illiberale, in quanto impiega la legge per scopi ad essa esterni, quale mezzo di una politica “di sicurezza” o “di lotta”, come se tale strumento fosse in sé privo di valori e fini propri, flessibile a ogni progetto eteronomo, che fa dello stesso giudice penale un lottatore e dunque un soggetto non più terzo nel processo. Conseguente a tale posizione è il rifiuto di ogni forma di costruzione propositiva, di progettazione *de lege ferenda* che non sia di riduzione dell’area punibile.

Tale “opzione politica” ci avvince sul piano dei progetti ideali. Molti di noi, magari in certe occasioni più che in altre, l’hanno coltivata. Essa, peraltro, può essere coerentemente perseguita se si adotta un punto di vista “esterno” al sistema penale, ma non può, al contrario, essere accolta in maniera coerente da chi adotti anche, o talvolta, un punto di vista interno all’ordinamento: perché se si commentano le leggi penali in funzione applicativa, non è possibile scegliere sempre e soltanto le interpretazioni “della difesa”. Ciò conduce, infatti, a un sicuro tradimento del significato obiettivo della legge. Ma se è vero ciò, non è possibile limitare soltanto un sistema giuridico mentre lo si continua a utilizzare, a commentare, ad applicare. Infatti, *il punto di vista interno* obbliga necessariamente a scelte anche punitive, costruttive, fosse soltanto per adottarne alcune meno punitive di altre. Non è possibile, in altri termini, una scienza che sia solo “limitativa” dell’area penale: una parte di quell’area verrà necessariamente legittimata, conservata. Né è possibile, restando al di fuori dell’ordinamento, spiegare tutta una serie di istituti e categorie la cui verità o validità tecnica, talvolta da alcuni millenni, è indipendente dalle opzioni politiche sulla credibilità complessiva del sistema penale vigente. Nel momento in cui si spiegano e s’illustrano quegli istituti, nondimeno, ciò costituisce *quasi necessariamente* un contributo alla legittimazione del sistema. Chi ha pensato di salvarsi da tale commistione sono stati proprio i tecnici giuridici. . . . magari sotto il fascismo. Tuttavia, dopo la nascita di un giuspositivismo critico di matrice costituzionale, quella via di fuga, che può fungere da *alibi*, appare sempre meno praticabile. Solo un punto di vista rigorosamente *esterno*, perciò,

insicurezza nello spazio urbano, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 33 ss.; ID., *Documento introduttivo*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno*, a cura di M. Pavarini, cit. ; ID., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Giuffrè, Milano, 2000, 563 ss.; ID., *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, spec. 149 ss.; ID., *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo*, in *Storia d’Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Einaudi, Torino, 1997, 981 ss.

appare coerente con quell'opzione. Ne consegue che – considerata dall'angolo visuale della scienza giuridico-penale – la “scienza della limitazione della pena” rimane un'indicazione di tipo politico, non una concezione scientifica.

10. *Oltre l'eredità del giuspositivismo.*

Per una scienza penale discorsiva e critica

Osservando retrospettivamente cent'anni di storia, dalla prolusione di Arturo Rocco a oggi, possiamo constatare, insieme a linguaggi che si conservano e si affinano, nuovi paradigmi, nuove tecniche, e anche nuove sfide. Il superamento del limite più grave del tecnicismo, la sua acriticità rispetto alla legittimazione del diritto penale, è avvenuto non tanto sui sentieri del diritto naturale, ma attraverso il recupero di un giuspositivismo critico (costituzionalmente conforme), che però ha recato con sé nuovi stili di pensiero: bilanciamento di principi e valori, ricostruzione ermeneutica di categorie, istituti e regole positive alla luce di diversi principi costituzionali, e tra questi anche la partecipazione della stessa riserva di legge a quel bilanciamento. Ci si è illusi che ciò potesse avvenire solo *in bonam partem*, quasi che il momento più odioso e vero del penale, il suo essere un diritto che esclude, prima eventualmente di includere di nuovo, dovesse ridursi sempre di più, fino quasi a scomparire. Il moltiplicarsi degli attori e delle lingue è in un rapporto biunivoco di causa-effetto con questo movimento, che valorizza un pluralismo epistemologico “dentro” al sistema e trova in un mutato assetto delle fonti una ragion d'essere di tipo politico-istituzionale.

La dogmatica penale, anche quella orientata in senso politico-criminale, non è più l'essenza del discorso scientifico, il sinonimo immediato di scienza penale, perché la scienza non è più un'esclusiva del sapere aristocratico degli accademici. *La dogmatica penale*, piuttosto, appare oggi come *un linguaggio tecnico ancora indispensabile* alla costruzione di categorie e istituti che costituiscono quella *grammatica comune* capace di tenere insieme il sistema¹⁷⁸, in

¹⁷⁸ In senso conforme v. anche S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 266 ss. La grammatica comune di cui parliamo, però, è in primo luogo una grammatica interna a un sistema. Essa contiene anche gli elementi di una grammatica comune a più sistemi, di tipo dunque internazionale. Tuttavia, anche in questo caso, essa non coincide con la dogmatica “di matrice tedesca”, che rimane uno dei linguaggi della stessa dogmatica, plurale al suo interno. La grammatica comune a tutti va in parte ancora costruita, e non ci è “pre-confezionata”. Variamente avvertita, in ambito sovranazionale, tale esigenza

virtù di un nucleo di sapere che spesso trascende le forme di Stato e di governo, e consente di dialogare diacronicamente nella storia e sincronicamente tra diversi ordinamenti, in contesto internazionale e comparato. La ricerca storica e quella comparata costituiscono dunque insieme un momento di verifica decisivo, e altresì un'importante qualificazione, per la stessa dogmatica, non certo un'alternativa a quest'ultima. Un'altra eredità del tecnicismo e più semplicemente della dogmatica quale espressione della legge positiva, è data dal riconoscimento che è più significativo, in termini di acquisizione scientifica, un discorso *de lege lata* che vada al di là del dato meramente esegetico e interpretativo, avendo una valenza conoscitiva più ampia e solida su aspetti strutturali di istituti e categorie generali. Nella valutazione scientifica, infatti, siamo normalmente più attratti dalle acquisizioni di un prodotto che affianchi a esegesi e interpretazione, anche risultati di costruzione giuridica, cioè di dogmatica in senso stretto: non è un vezzo accademico questo, o la gelosia di un sapere esoterico. È la consapevolezza di uno strumento di conoscenza più profondo e stabile, che consente di accrescere la razionalità e ridurre le antinomie del modello ideale di "sistema giuridico" al quale non può rinunciare un ordinamento che continui a vedere nel diritto uno strumento per fini di giustizia. Ciò vale sia per i principi che si deducono da fonti supreme o superiori (norme costituzionali) e sia per i principi o le categorie che vengono ricostruiti induttivamente dal sistema delle regole ordinarie.

La dogmatica, compresa sia quella classica sia quella moderna postcostituzionalistica che, orientandosi a valori nuovi, scopi e conseguenze anche esterni al *dictum* legale, o a quello nazionale, ha spezzato l'universo chiuso del vecchio tecnicismo, è *solo una componente del discorso scientifico* perché la compresenza di scienze empiriche e saperi non normativi è essenziale allo *statuto epistemologico* del diritto penale quale scienza sociale (orientata anche a funzioni e scopi sovraindividuali), e non solo normativo-prescrittiva (o di giustizia dei comportamenti), quale è, oggi, il diritto penale; inoltre, la riduzione del ruolo della dogmatica dipende anche dal fatto che la storia e la compara-

di una grammatica comune. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (II), Seuil, Paris, 2006, 7 ss., 122 ss. e *passim*; J. SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung*, cit.; M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 141 ss., e spec. 150 ss., 188 ss.; G. TRICARICO, *Estudio comparado de la antijuricidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo*, in S. BACIGALUPO - C. MELIÁ (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, 209 ss. Ma v. pure i vari numeri del *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht* dedicati a questo tema nel 2003-2004.

zione, gli aspetti nuovi della politica in società democratiche postmoderne e globalizzate, ma anche il pluralismo istituzionale e delle fonti, insieme al nuovo ruolo della magistratura, lanciano oggi una sfida al sapere accademico, alla sua vocazione “sistematizzante”: gli chiedono di fungere *soltanto* o *soprattutto* da raccordo, da cerniera di collegamento, di svolgere il ruolo di mediatore e di “interprete” culturale, e non più di “legislatore”, tra i poteri dello Stato¹⁷⁹. Ancora una volta avvertiamo che i poteri sono così “divisi” che neppure il legislatore ha un vero dominio sul diritto¹⁸⁰, essendo il sistema un’opera collettiva. Esattamente perché nessuno, nessun potere istituzionale (neppure quello giudiziario che continua *naturaliter* a decidere su singoli casi), può veramente dirigere il canto di questo coro¹⁸¹, esso appare espressione di una democrazia penale pluralistica e policentrica¹⁸². La scienza penale, critica e non avalutativa, è *discorsiva* perché è fatta da diversi attori che usano oggi molti linguaggi, tra i quali ci sono anche la dogmatica classica e quella moderna, ma sempre più forti sono gli apporti della comparazione e di saperi extragiuridici. Affinché la legge non possa avere *qualsiasi* contenuto, diventando forma irrispettabile di arbitrii e di orrori, il valore della legalità rimanda sempre a un livello critico *superiore*. Sia esso un giuspositivismo critico¹⁸³ (principi superiori, metaregole) o un contropotere critico¹⁸⁴ (scienza giuridica, critica del diritto, dottrina, metagiurisprudenza), questo livello non trasforma il giurista in un forzato della riconversione costituzionale del diritto ingiusto (l’interpretazione conforme-*pass-par-tout*): varie leggi sono costituzionalmente inattuabili, ma rimangono ingiuste. Per tale motivo, il criterio di correzione della legge, *interno* alla cultura giuridica, alle sue fonti o ai suoi attori riconosciuti, deve essere o *giuridico-costituzionale* o *politico-epistemologico*. La libertà della scienza nasce qui, e anche il tecnicismo lo sapeva bene, pur non avendo gli strumenti per rendere normativa tale dimensione. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat* (Paulus, D. 50,17.1).

¹⁷⁹ Ci pare ancora insuperata, a tale riguardo, l’analisi di Z. BAUMAN, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-modernity and Intellectuals* (1987), tr. it. *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

¹⁸⁰ Anche l’età berlusconiana pare a chi scrive paradigmatica di quanto asserito nel testo. V. comunque, per una riflessione critica più specifica sul punto, M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi*, cit.

¹⁸¹ Così concludevamo, poco più di un decennio fa, la voce *Teoria del reato*, cit., 297.

¹⁸² Cfr. *amplius*, volendo, il nostro libro *Il volto attuale*, cit., cap. 9.

¹⁸³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.

¹⁸⁴ M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 318 ss.

GIOVANNI FIANDACA

ROCCO: È PLAUSIBILE UNA DE-SPECIALIZZAZIONE
DELLA SCIENZA PENALISTICA?

1. Sia consentita una premessa anche a carattere personale. Nel corso della mia vita di studioso, mi è capitato più volte (anche se non ricordo precisamente quante!) di leggere la celebre prolusione sassarese di Arturo Rocco: e ogni volta – posso anticiparlo e confessarlo apertamente? – ho provato una reazione prevalentemente negativa, direi (non trovo parole migliori per tentare di definirla) una sorta di delusione mista a frustrazione (sia pure, come è anche comprensibile, con intensità e sfumature diverse a seconda del momento e contesto contingente di lettura).

Anzi, se devo dire tutta la verità, per la prima volta feci frustrante esperienza di questo testo – per così dire – da “pre-studioso”, cioè da ancora studente universitario di terzo anno impegnato in un seminario (“gruppo di studio”, si diceva anche allora) di approfondimento penalistico. Essendo sin da quegli anni ormai lontani attratto dalle questioni di fondo del diritto penale, ma essendo nel contempo (posso confessare anche questo?) affetto da sindrome “sessantottesca” – quindi culturalmente suggestionato, soprattutto, dalla vocazione ‘critico-emancipatrice’ in senso anti-autoritario di certe filosofie e sociologie assai in voga in quel tempo – il chiuso e rigido tecnicismo positivistico di Rocco mi fece, e non poteva non farmi l’impressione (lo dico con un’ enfasi forse eccessiva!) di qualcosa di simile ad una arida ragioneria giuridica, riflesso di una mentalità culturalmente angusta e asfittica: insomma, una sorta di prigione opprimente da cui evadere al più presto possibile. Al confronto, provavo la forte tentazione di sposare le pur discutibili ragioni di quel per altri versi criticabile positivismo criminologico, al quale Rocco si contrapponeva con l’intento – non certo ignobile – di conferire sufficiente autonomia ad una scienza penalistica da concepire (finalmente!) come disciplina a prevalente carattere giuridico.

Le altre volte che ho avuto occasione di ripetere l’esperienza di lettura, all’originaria irritazione giovanile per la percepita angustia politico-culturale del tecnicismo giuridico modello-1910 è andato progressivamente subentrando un atteggiamento critico più maturo e pacato; e inevitabilmente condizionato, nelle sue angolazioni prospettiche e nelle sue sfumature, dal contingente inte-

resse che come studioso mi spingeva a riaccostarmi a problematiche di tipo metodologico. Nondimeno, ho motivo di sospettare che quel bisogno psicologico di fuga, che avvertii prepotente al mio primo impatto di lettore studentesco, si sia dentro di me sedimentato trasformandosi in un perdurante fattore di “precomprensione” negativa, destinato di conseguenza ad esercitare comunque un’influenza nelle successive riletture.

Non posso certo dilungarmi qui sulle varianti del mio approccio critico nel passaggio dalla prima lettura a quelle effettuate successivamente : oltretutto, se lo facessi, potrei essere tacciato di indulgere verso un ‘intimismo penalistico’ che non interessa in realtà nessuno. Piuttosto, mi limito alle impressioni dell’ultima riletture, fatta molto di recente – com’era necessario e doveroso – proprio in vista dell’invito a partecipare a questa tavola rotonda. Lo dico subito, e in maniera forse ‘politicamente poco corretta’ (non essendo più il giovane studente ‘contestatore’ di circa quarant’anni addietro, ma ormai un professore sufficientemente imborghesito e invecchiato): l’impressione di povertà o angustia culturale, nel complesso, mi si è confermata.

Comunque, quel che oggi più metterei in evidenza è la aspirazione di Rocco a ricollegare il metodo di studio del penale agli orientamenti metodologici che allora avevano già preso piede (o andavano prendendo piede), più in generale, nell’ambito delle discipline giuridiche: per cui da questo punto di vista direi che la vera preoccupazione scientifico-culturale di Rocco era, in sintesi e nella sostanza, quella di negare che la scienza penalistica possedesse una tale *specificità* o *specialità* da giustificare o imporre al suo interno l’adozione di approcci metodologici diversi da quelli canonizzati (o in via di canonizzazione) nell’ambito delle altre discipline giuridiche.

Il messaggio metodologico lanciato dal Nostro, insomma, additava e raccomandava come via da seguire quella di una ‘normalizzazione’ dello studio del penale; in altre parole, un processo – per dir così – di de-specializzazione o de-specificazione da intendere nel senso di una riconduzione della scienza penalistica a una concezione più generale di scienza giuridica: secondo quel prestigiosissimo e da tempo accreditato modello di alta dogmatica, di ascendenza germanico-pandettistica, tipico delle scienze privatistico-civilistiche, ma verso il quale nella sostanza erano andate più di recente accostandosi – come lo stesso Rocco nella sua prolusione non a caso evidenziava – anche gli studi di diritto costituzionale e di diritto pubblico, su impulso in primo luogo di Vittorio Emanuele Orlando (grande importatore, a sua volta, di *mos germanicus*).

Riguardando oggi le cose in questa ottica più generale, certi limiti insiti nella visione di Rocco non appaiono esclusivi di questa visione, ma riflettono in-

nanzitutto limiti di portata più ampia rinvenibili un po' in tutto il positivismo giuridico di fine Ottocento/inizio Novecento. Di che tipo di positivismo, in realtà, si trattava? Si trattava, com'è peraltro noto, di un positivismo sostanzialmente coincidente col formalismo giuridico e con la corrispondente aspirazione a depurare lo studio del diritto da ogni ipotesi metafisica, assiologica, antropologica, sociologica o politico-ideologica: in modo da assegnare ad una scienza giuridica concepita, finalmente, come scienza autonoma e autosufficiente – e, dunque, ormai liberata da 'complessi di inferiorità' verso le scienze forti (esemplificate, paradigmaticamente, dalle scienze della natura) – il compito di assumere a proprio oggetto di indagine le sole norme giuridiche 'positive', e ciò allo scopo di elevarle a *sistema* e di porre in una connessione logica il più possibile coerente e rigorosa gli istituti e i principi propri di ciascuna branca del diritto.

In effetti, collocata nell'orizzonte complessivo di questo tipo di positivismo formalistico – che riflette una *mentalità*, prima ancora che un metodo vero e proprio – affermatosi e diffusosi a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, la prolusione sassarese di Rocco non reca segni di grande originalità. L'elemento di novità consiste, piuttosto, proprio nel fatto che Rocco scrive un ampio saggio metodologico col proposito esplicito di sollecitare l'adozione del metodo tecnico-giuridico di conoscenza e studio del diritto anche da parte dei penalisti, auspicando che la scienza penalistica escluda dal suo ambito di specifica competenza pressoché tutto ciò che trascende l'interpretazione e la costruzione logico-sistematica delle norme penali vigenti.

2. Detto questo, dobbiamo chiederci per altro verso se vi siano parti della riflessione metodologica di Rocco che risultano, nondimeno, influenzate da una certa persistente specificità della materia dei delitti e delle pene, nel senso che l' 'oggetto' finirebbe appunto col condizionarne anche il 'metodo' di studio.

Per affrontare un tale interrogativo, è utile ripercorrere la prolusione sassarese lungo due direttrici, che peraltro almeno in parte interagiscono. Si tratta cioè di riconsiderare, da un lato, il tipo di rapporto che – secondo Rocco – una scienza penalistica di indirizzo tecnico-giuridico dovrebbe intrattenere con le scienze empirico-sociali interessate al fenomeno criminale; e, dall'altro, gli strumenti e le tecniche specifiche di cui il tecnicismo giuridico come metodo dovrebbe avvalersi per tradurre in realtà la sua missione scientifica nel settore penale.

2.1. Cominciando dal primo profilo tematico, relativo al rapporto con le altre scienze, direi che le indicazioni metodologiche di Rocco appaiono ambigue e, comunque, tali da lasciare il problema nella sostanza insoluto. In sintesi, l'idea di fondo prospettata e insistentemente ripetuta in più luoghi della prolusione – ma, in realtà, insufficientemente sviluppata ed elaborata – è riassumibile nel modo seguente.

Si riconosce che il delitto, come fenomeno empirico rilevante in una dimensione individuale e sociale, rientra certamente anche nella competenza di scienze extragiuridiche come l'antropologia, la psicologia e la sociologia criminale (come pure può, nel contempo, interessare la filosofia del diritto e persino la scienza politica). Da questo punto di vista – osserva dunque Rocco – la stessa scienza penalistica, lungi dall'ignorare, non può non tenere conto degli apporti delle altre scienze. La formula, che egli suggerisce, è pertanto questa: non già “separazione”, bensì “*distinzione*” tra scienza giuridico-penale e scienze empirico-sociali (o filosofia del diritto). In proposito, ribadisce il Nostro: “Distinzione, non è separazione e tanto meno divorzio scientifico”. Solo che, se si cerca di comprendere meglio in quali modi lo studio tecnico-giuridico del diritto penale – per riproporre sempre parole di Rocco – “si riallaccia intimamente” con le discipline che giuridiche non sono, per cui il penalista dovrebbe “*talvolta*” (*sic!*) assumere “la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo”, questa aspettativa di maggiore comprensione finisce in realtà col rimanere non poco insoddisfatta. Il fatto è che Rocco non riesce in proposito ad andare molto al di là di genericissime enunciazioni di valenza retorica, mentre il reale contenuto del suo pensiero appare ondeggiante e incerto. Riprova ne è che a piccole ‘aperture’ fanno immediatamente seguito ‘ri-chiusure’ rispetto all'ingresso dei saperi extragiuridici, per cui non sorprende troppo che questo altalenante susseguirsi di affermazioni e negazioni sfoci in realtà – alla fine – (se mi si passa l'espressione!) in una sorta di *moreggiante bigottismo giuspositivistico*. Infatti – sostiene esplicitamente il Nostro – se “nemmeno si esclude, e si vuole escluso, che il cultore del diritto penale”, specie quando si tratta di spiegare la ragion d'essere degli istituti, “abbia a servirsi sussidiariamente del criterio filosofico o del criterio politico”, rimane pur sempre ineludibile il seguente precetto metodologico: in ogni caso, “si deve tener distinta l'indagine propriamente e strettamente giuridica da quella filosofica e politica, se si vuol evitare una illecita e pericolosa intrusione ed inframmettenza di elementi filosofici e politici nella logica limpidezza della ricerca giuridica”. Ma la domanda, a questo punto, diventa: quand'è che sarebbe risultata in concreto diagnosticabile una illecita e pericolosa ‘contaminazione’ metodo-

gica offuscante la ‘purezza’ del tecnicismo giuridico? Sarebbe già bastato, come ad esempio supponeva il giusfilosofo coevo Ravà (il cui pensiero, non a caso, viene riportato in nota dallo stesso Rocco tra le più significative testimonianze di professione della nuova fede metodologica), che il penalista *si interrogasse sugli scopi della pena*, osando così impiccarsi di grandi questioni di filosofia e di politica penale che avrebbero dovuto invece rimanergli (in qualità, appunto, di giurista ‘positivo’) in linea di principio precluse? Ove davvero si rispondesse che sarebbe stato sufficiente, dovremmo col senno di oggi prendere atto che tanta angustia metodologica rasentava o, addirittura, attingeva il grottesco!

A non voler essere troppo ingenerosi nella odierna critica di questo esasperato tecnicismo giuridico, possiamo d’altra parte avanzare due possibili circostanze attenuanti. La prima è che certi eccessi si spiegano, verosimilmente, con la logica stessa della battaglia metodologica, che si trova non di rado costretta ad estremizzare senza indulgere in concessioni agli avversari. La seconda – e più consistente – attenuante può, poi, derivare dall’essere disposti a riconoscere che quello relativo ai modi d’atteggiarsi dell’interazione tra scienza penalistica e saperi ‘altri’ continua, in effetti, a costituire un problema sino ai nostri giorni (v. *infra* 4.3).

2.2. Vediamo ora in quali modi e forme e con quali criteri, secondo il manifesto metodologico di Rocco, il tecnicismo giuridico avrebbe dovuto trovare dispiegamento e concretizzazione all’interno della specifica provincia penalistica.

La premessa di fondo, coerente sia con i presupposti di partenza sia con l’obiettivo ultimo perseguito, è che la nuova scienza penalistica avrebbe dovuto forgiare la sua cassetta degli attrezzi assumendo a punto di riferimento modelli concettuali e criteri operativi già elaborati, e storicamente collaudati dalle scienze giuridiche più mature (dal diritto privato e civile al diritto amministrativo e processuale). È così ben comprensibile, in conformità a tale premessa, che i due principali compiti tecnici della scienza penalistica vengano individuati: innanzitutto, nell’attività *esegetica*; e, poi, nella costruzione *dogmatico-sistemica*.

A) Quanto alla prima, Rocco esplicita che l’interpretazione delle leggi penali non può limitarsi alla mera dimensione testuale, ma deve necessariamente includere l’interpretazione logica e persino quella estensiva, da effettuare in base alla “ragione giustificatrice” o *ratio* della norma. In proposito, rileverei

per incidens che questa apertura al teleologismo ermeneutico, nella misura in cui immette nel procedimento interpretativo ragioni e scopi di politica penale, finisce già – inevitabilmente – con l'appannare quella "logica limpidezza della ricerca giuridica" enfatizzata dallo stesso Rocco nella prima parte del suo manifesto metodologico. È fin troppo facile osservare che è la stessa scienza giuridico-penale, non appena la si cominci a guardare più da vicino nel suo concreto funzionamento di scienza pratica, a mostrarsi capace di opporre subito resistenza alle irrealistiche pretese metodologiche di un concettualismo del tutto avalutativo e apolitico!

Ma vi è di più. Un ulteriore momento di possibile inquinamento della purezza teorica della dogmatica, concepita quale attività logico-deduttiva di (come si auspica nell'ultima parte della prolusione sassarese) "quasi matematica precisione", è a mio avviso ravvisabile nell'ambito delle argomentazioni che Rocco sviluppa per distinguere la "politica criminale" dalla scienza del diritto penale strettamente intesa. Si tratta, in particolare, di una considerazione (non a caso?) relegata in nota (precisamente: nota 51), nella quale emerge la preoccupazione di esplicitare che la politica criminale non esaurirebbe la sua missione nella valutazione critica del diritto vigente in vista della sua riforma: piuttosto – vale la pena dirlo con le stesse parole di Rocco – "essa ci insegna altresì ad applicare il diritto penale vigente ai singoli casi conformemente agli scopi politici che esso si propone di raggiungere: ci insegna a temperare e moderare nella applicazione giudiziale ai singoli casi, lo stretto diritto penale con le esigenze di convenienza e di opportunità, di utilità e di prudenza politica a cui il diritto penale stesso deve rispondere (*arte della applicazione della legge*)". Orbene: come si concilia questa importante ammissione dell'influenza della politica criminale sulla ricostruzione del diritto vigente con la tesi della natura avalutativa e impolitica della dogmatica?

B) Secondo Rocco, come già anticipato, soltanto nella fase (successiva a quella dell'esegesi) della costruzione dogmatica del sistema lo studio tecnico-giuridico delle norme penali assurgerebbe veramente a *scienza del diritto*. Ed in proposito il Nostro, riproponendo uno stile di pensiero tipico dei giuristi positivi di quell'epoca, si lancia in forme alquanto retoriche di esaltazione delle virtù della dogmatica, considerata quale prestazione intellettuale di livello superiore e, quindi, additata come vera missione anche della (costruenda) scienza penalistica di indirizzo tecnico-giuridico. Com'è ovvio, tutto questo non sorprende, apparendo anzi non poco scontato in base al clima culturale di allora. Mentre sono più interessanti quelle parti della prolusione in cui si

mettono in evidenza possibili profili di specificità dell'universo penalistico, tali da giustificare (secondo Rocco) un peculiare modo d'atteggiarsi dello studio dogmatico dei delitti e delle pene.

Ciò che accomuna – nell'argomentare del Nostro – la dogmatica penalistica alle dogmatiche degli altri settori del diritto è, e non può che essere il suo tendere alla precisa e rigorosa individuazione di nessi logico-sistematici tra i principi desumibili dalle norme scritte che disciplinano i diversi istituti. Posto e ribadito questo nucleo essenziale comune, il compito ulteriore di ogni dogmatica di settore andrebbe ravvisato nell'orientare l'approccio ricostruttivo anche in funzione delle specificità dei diversi diritti (civile, commerciale, amministrativo ecc.). Ecco che, in questa prospettiva di adattamento del lavoro dogmatico alle peculiarità delle varie province ordinamentali, quel che secondo Rocco specificamente contraddistingue lo studio a fini scientifici della materia penalistica sarebbe un riflesso di una caratteristica peculiare di quest'ultima, e cioè dell'essere il diritto penale un "diritto di natura speciale". Più precisamente, questa "specialità" è da Rocco fatta consistere nel carattere (non già – come pretendeva Binding – meramente sanzionatorio, bensì) "*integrativo*" del diritto penale, da intendere nel senso che i suoi precetti e le sue sanzioni sarebbero posti a tutela di beni o interessi che "sono spesso (se non sempre) già giuridicamente protetti" in altri settori dell'ordinamento; mentre sarebbe "compito particolare di esso la specifica tutela coattiva mediante la minaccia e l'infrazione della pena" dei beni giuridicamente rilevanti – appunto – in tutto l'ordinamento. Da qui si fa dunque discendere, quale obbligata indicazione metodologica, la necessità che il penalista dogmatico acquisisca, prima di impegnarsi nella elaborazione concettuale di sua competenza, una adeguata conoscenza preliminare di tutte le discipline extrapenali presupposte.

A prescindere dal grado di condivisibilità nel merito del punto di vista ora sintetizzato di Rocco, è fuori discussione che quello del carattere "accessorio" (o secondario o sanzionatorio) della disciplina penale è un problema di fondo che continua ad essere dibattuto anche nell'ambito della dottrina penalistica contemporanea. Ciò per una ragione che va ben al di là di una preoccupazione 'tecnicistica' modello-1910, e che non è difficile intuire: si tratta, infatti, di un problema che trascende la dimensione dogmatico-ricostruttiva proprio perché affonda – *ancor prima* – le radici nella fondamentale questione della *legittimazione* delle norme penali dal punto di vista del contenuto e dei limiti delle loro finalità di tutela. Sicché, è quasi superfluo rilevare che dal tipo di soluzione teorica che si sia propensi a privilegiare sul versante delle teorie di legittimazione derivano altresì conseguenze rispetto al modo di con-

cepire oggi, in termini di tendenziale autonomia o accessorietà, il rapporto tra disciplina penale e discipline extrapenalistiche.

2.3. Ma v'è un terzo e ultimo compito (oltre all'attività *esegetica* e alla costruzione *dogmatico-sistemica*) che Rocco assegna a una scienza penalistica pur di indirizzo tecnico-giuridico: esso cioè consiste in una funzione "critica" da esercitare soprattutto in una prospettiva *de lege ferenda*.

Rileggendo le pagine della prolusione dedicate all'approccio "critico", mi sembra meriti di essere evidenziato che lo stesso Rocco tende in proposito a differenziare due angolazioni prospettive, l'una "interna" e l'altra "esterna" al sistema giuridico contingentemente vigente. Più precisamente, sotto la prima angolazione viene inquadrata la critica cosiddetta "giuridica": definita tale in quanto essa trarrebbe impulso e giustificazione dalla stessa attività di ricostruzione dogmatica delle norme positive, posto che questa attività non potrebbe fare a meno – nel contempo – di evidenziare eventuali antinomie, disarmonie, incongruenze o difetti presenti nel diritto vigente. Com'è chiaro, l'accreditamento di questo tipo di critica 'endo-sistemica' presuppone una (implicita) concezione dell'attività dogmatica come attività intellettuale che può fare legittimamente uso di criteri di ragione (o ragionevolezza) e/ o di parametri valutativi, che si impongono a dispetto della lettera dei testi normativi e che trovano la loro matrice in una sorta di "pre-comprensione" culturale professionalmente tipica del giurista (di ogni tempo?): l'idea di fondo cioè – data per scontata come presupposto irrinunciabile – che un sistema giuridico degno di questo nome non possa fare a meno di un minimo di razionalità e coerenza sistematica in termini sia di principi che di valori. (Il dubbio che peraltro inevitabilmente affiora, specie in un momento storico come il nostro di pluralismo, confusione e frammentazione accentuati, è se l'idea preconcepita di una razionalità sistematica complessiva dell'ordinamento si riduca ormai soltanto a una finzione 'psicologica', di cui il giurista ha bisogno per continuare a dare un senso accettabile in termini esistenziali al suo sempre più difficile mestiere!).

La seconda angolazione visuale, sotto la quale Rocco colloca la funzione critica, è quella dell'approccio (critico) che possiamo definire 'eso-sistemico', tale perché finalizzato a valutare criticamente le norme penali positive sulla base di parametri ad esse esterni: desumibili – rispettivamente – da criteri di giustizia elaborati dalla *filosofia penale*; o da criteri di utilità/opportunità politica (in termini di efficacia, efficienza, adeguatezza nella lotta alla criminalità) di competenza della *politica criminale*. Questa propensione a distinguere

la critica esterna al sistema, a sua volta, in una a carattere 'giusfilosofico' e in un'altra a carattere più specificamente 'politico-criminale', se può apparire eccessivamente concettualistica, tradisce in realtà una concezione stretta della politica criminale quale insieme di strumenti politicamente orientati ad una efficace lotta al crimine (mentre rientrerebbero nella competenza della filosofia penale, appunto, le valutazioni deontologiche in termini di etica e di giustizia della punizione).

Ora, a parte la prospettata distinzione tra i due piani suddetti della critica 'eso-sistemica' (ad esempio v. Liszt, per limitarci a richiamare un autore in questo senso emblematico, includeva nella 'politica criminale' le stesse valutazioni di giustizia), non sembra che Rocco imposti in maniera particolarmente originale il problema dei rapporti tra scienza penalistica e politica criminale. In effetti, in aderenza a quello spirito (ingenuamente) giuspositivistico di cui auspicava la crescente diffusione anche in ambito penale, egli si limitava fondamentalmente a riproporre un modello di distinzione tra scienza penalistica come scienza giuridica (presuntamente) a-valutativa/a-politica, e politica criminale come attività invece politico-valutativa specificamente orientata a contrastare il crimine, che già da alcuni anni riscuoteva consenso nell'area culturale tedesca.

È appena il caso di osservare che, riconsiderata oggi, la pretesa di tracciare con nettezza una *actio finium regundorum*, tra una scienza penalistica di orientamento dogmatico (che circoscrive la sua competenza alla conoscenza tecnica del diritto positivo) e una scienza penalistica di orientamento critico (che si impegna nelle valutazioni politico-criminali in prospettiva riformistica), appare assai più discutibile e velleitaria di quanto non potesse apparire fino a qualche decennio fa. Come sappiamo, l'evoluzione progressiva della scienza del diritto penale si è andata caratterizzando per una crescente tendenza a fare, al contrario, interagire dogmatica e politica criminale. Anche se ciò non vuol dire affatto che questa interazione sia esente da problemi e sfoci, in ogni caso, in risultati appaganti.

2.4. Quale è – potremmo chiederci a questo punto – la valenza politica e culturale complessiva di un tecnicismo giuridico modello-Rocco?

Nella sua pretesa di segnare un progresso rispetto alla situazione della scienza penalistica italiana dei primi del Novecento, tale tecnicismo appariva soprattutto preoccupato di sottrarre alla competenza della scienza del diritto penale come scienza giuridica pressoché tutto ciò che ha riguardo alle questioni di fondo della penalità: rimuovendole dall'orizzonte mentale tipico del

giurista-(presunto) scienziato, e tutt'al più relegandole nello spazio residuo e distinto riservato a una scienza penalistica (soltanto occasionalmente) protesa verso la politica criminale. A ben vedere, se di progresso si è trattato, lo è stato in un senso abbastanza circoscritto, cioè di emancipazione degli studi penalistici dai facili e cattivi sociologismi, come pure da alcune tendenze illiberali del positivismo criminologico. Si è trattato invece di un regresso nell'ottica di una cultura penalistica intesa in senso alto e pregnante (alludo a quella accezione di "penalistica civile", di cui com'è noto siamo debitori al compianto Mario Sbriccoli). Al confronto di Rocco, mi appare oggi ad esempio assai più attuale un Giovambattista Impallomeni – valente epigono di una "Scuola classica" criticamente aggiornata – il quale, nel bellissimo testo di *Istituzioni* (ed. 1911), sosteneva con vigore la tesi che nello studio scientifico del diritto penale "l'aspetto giuridico non può mai distinguersi dall'aspetto politico", con la conseguenza che la scienza del diritto penale rientra da questo punto di vista anch'essa nel novero delle scienze politiche latamente intese. Proprio in linea con Impallomeni, mi sentirei oggi di riproporre la tesi della duplice anima politico-giuridica immanente al diritto penale e alla correlativa scienza, almeno nel senso di ritenere che competerebbe a quest'ultima lo studio delle molteplici connessioni tra diritto penale (concreto) e contesto politico-sociale di riferimento (v. *infra*, 4.1).

Comunque sia, un tecnicismo giuridico *à la* Rocco – analogamente del resto ad ogni rivendicazione di *formalismo giuridico* – presenta, da un punto di vista più strettamente politico, una intrinseca ambiguità. E ciò per più ragioni. A cominciare dal rilievo che le valenze politiche del penale dipendono dai contenuti della corrispondente disciplina, prima ancora che dal relativo metodo di studio. Ma, al di là di questa constatazione banale, rimane da dire che la mentalità formalistica con la sua pretesa di (scientifica) neutralità ideologica favorisce lo spirito conservatore e l'atteggiamento politicamente subalterno del giurista nei confronti del potere politico di volta in volta dominante. Storicamente, ne costituisce significativa riprova – anche nel caso italiano – il fatto che i giuristi (pur di formazione liberale) seguaci del positivismo giuridico si mostrarono infine per lo più inclini ad assecondare l'autoritarismo fascista, pur senza teorizzare (a differenza dei coevi colleghi tedeschi) l'abbandono del principio della legalità formale.

3. Tutto ciò osservato in chiave di rivisitazione del manifesto metodologico di Rocco, dovremmo a questo punto tentare di abbozzare un discorso sulla si-

tuazione presente, chiedendoci: quale ‘metodo’ e quale ‘ruolo’ per la scienza penalistica contemporanea?

È forse superfluo premettere che i cento anni ormai trascorsi dalla prolu-sione sassarese ad oggi, con le tantissime ed eterogenee (e anche tragiche) cose che lungo i decenni del Novecento sono avvenute sul duplice piano della realtà effettuale e del pensiero teorico, ci pongono in una condizione che non ho remore a definire di ben maggiore complessità e difficoltà rispetto alla situazione di un secolo fa. E ciò anche senza volere pregiudizialmente indulgere a certe note suggestioni culturali di matrice “post-moderna” o “tardo-moderna”, che indurrebbero – se acriticamente assecondate – a denunciare, sin da subito, come obsoleta o illusoria ogni preoccupazione di tipo “metodologico”. Insomma, mi guarderei bene dallo scimmiettare ad esempio Paul Feyerabend, soggiacendo alla velleità di estendere anche allo studio del diritto penale l’anarchico messaggio contenuto in *Contro il metodo*. Non solo infatti, come è stato ben detto, “saltare ogni tradizione intellettuale non fa un passo nella ragione, ma nel vuoto”; vale ancora di più, nel nostro caso, il rilievo che l’universo giuridico è e rimane forse quello in cui l’intreccio fra tradizione e innovazione, passato e presente continua ad apparire ben più stretto che in altre sfere dell’esistenza umana.

Una riprova emblematica la ricaviamo – volendo – proprio dall’evoluzione storica del diritto penale. Pure ad ampliare lo sguardo lungo i secoli, potremmo registrare nella materia dei delitti e delle pene vere rivoluzioni copernicane, innovazioni sconvolgenti, scoperte sorprendenti? Con ogni probabilità, anzi, quello penalistico è il settore che è rimasto, in confronto agli settori giuridici, più uguale a se stesso a dispetto del trascorrere del tempo. E comprendere perché non sembra, peraltro, difficile. La ragione fondamentale si riconnette, verosimilmente, proprio al fondamento ultimo della specificità del diritto penale, che consiste – è chiaro – nel fatto che esso si avvale di quello strumento antico (ancorché divenuto sempre più ‘problematico’) che va ancora sotto il nome di *punizione* o *pena*. In proposito, dice qualcosa il fatto che da Platone ad oggi la riflessione sugli scopi del punire non abbia compiuto passi in avanti davvero decisivi, né si siano del resto moltissimo modificati gli atteggiamenti emotivi della gente rispetto al complesso e ambiguo fenomeno della punizione, che mantiene ancora non pochi lati oscuri?

Io credo di sì. E, se è così, si comprende allora come una aggiornata riflessione sul presente e il futuro sia del penale che della scienza correlativa riproponga una alternativa, invero storicamente ricorrente, che provo a condensare in questo interrogativo: il progresso del diritto penale dipende, oggi, da un

approfondimento sempre maggiore della sua *specificità* identitaria – o, al contrario, da una sua sempre maggiore (per dir così) *sprovincializzazione* e attrazione verso orizzonti normativi e teorici più generali?

Personalmente, propenderei a pensare che la risposta preferibile sia nel secondo senso. E, privilegiando una prospettiva di ‘sprovincializzazione’ della materia penale, potrei persino – se riuscissi a vincere la vecchia ‘pre-comprensione’ negativa e non fosse, ormai, troppo tardi – essere disponibile a una qualche forma di ‘rivalutazione’ delle stesse sollecitazioni metodologiche di un Rocco a ‘normalizzare’ il più possibile la scienza penalistica; beninteso, a condizione di poterne correggere e attualizzare il messaggio scientifico in termini compatibili con: l’odierno *post-positivismo* e il conseguente rifiuto del formalismo giuridico di matrice ottocentesca; l’apertura al pluralismo assiologico; il riconoscimento che il giurista compie (e non può non compiere!) scelte di valore anche quando pretende di operare come ‘scienziato’.

Ma cerchiamo ora di vedere un poco più in particolare che cosa possa significare, oggi, tentare di spingere l’approccio allo studio del penale verso sponde più generali, che in qualche modo o misura trascendono gli interessi disciplinari e gli stili di pensiero finora comunque prevalenti tra i penalisti, specie di quelli di più stretta osservanza ‘specialistica’.

4. Sia consentito, nel procedere nella direzione testé indicata, non sentirsi soggetti al presunto dovere di richiamare preventivamente il sofisticato dibattito teorico-metodologico tedesco degli ultimi decenni (dall’ontologismo finalistico al post-finalismo, al funzionalismo nelle sue differenti versioni roxiniane, jakobsiane ecc.). Si tratta di un dibattito molto noto anche da noi, e che ha influenzato non poco la stessa dogmatica italiana dal secondo dopoguerra sino ai nostri giorni, offrendo ricchezza di suggestioni teoriche e dando alimento a buona parte della migliore produzione universitaria di casa nostra. Ma ho l’impressione che le preoccupazioni di fondo sottese alla persistente discussione tedesca continuino a rispecchiare un tipo d’approccio accentuatamente accademico, che, mentre per un verso risente di paradigmi culturali universalizzabili fino a un certo punto, non mi sembra, per altro verso, il più adatto ai fini di una spassionata auto-riflessione metodologica che non intenda rimuovere alcuni nodi cruciali della concreta situazione penalistica odierna: incluso – è forse superfluo esplicitarlo – l’aggravarsi delle tensioni nell’attuale modo d’atteggiarsi dei rapporti tra giustizia penale e politica, come emblematicamente dimostra proprio la contingente situazione italiana.

Piuttosto, come penalista (italiano) contemporaneo – che vorrebbe, appunto, non essere pregiudizialmente troppo influenzato da (o subalterno a) indirizzi di pensiero con vocazione imperialistica o egemonica, quale che ne sia il paese di provenienza – sono, in verità, tentato di prospettare il mio punto di vista a prescindere da precisi ancoraggi teorici o di scuola. Più in particolare, senza vantare alcuna pretesa di originalità, arrischierei l'ipotesi che una scienza penalistica adeguata al tempo presente dovrebbe soprattutto prefiggersi compiti funzionali a poter contribuire a quattro obiettivi di fondo, così sintetizzabili: a) approfondire l'analisi dei rapporti tra diritto penale e politica; b) migliorare l'interazione tra l'elaborazione dottrinale e la prassi applicativa; c) indagare più a fondo le modalità di collaborazione con le scienze empirico-sociali; d) fare più luce sui persistenti aspetti irrazionali e oscuri del fenomeno della punizione.

4.1. L'esplicitazione del primo obiettivo esigerebbe un discorso molto lungo, che qui non può essere svolto. In estrema e molto approssimativa sintesi, si può dire che il problema dei rapporti tra diritto penale e politica continua a occupare il rango di questione decisiva sotto vari aspetti, almeno in parte connessi. Ed è proprio questo – non certo a caso – il versante problematico, rispetto al quale la dogmatica di matrice tedesca, pur considerata negli orientamenti meno formalistici, ha tradizionalmente esibito il suo lato più debole e vulnerabile. È storicamente tipico dell'abito mentale dello studioso accademico tedesco (e, quindi, di ogni studioso che ne è stato successivamente influenzato, come lo stesso Arturo Rocco) un atteggiamento tendenzialmente apolitico (se non antipolitico!), che considera tutto ciò che ha a che fare con la sfera politica materiale impuro e pericoloso che inquina – come si paventava nella stessa prolusione sassarese! – la ricerca della verità scientifica e le stesse costruzioni concettuali del giurista-scienziato. In presenza di una simile tendenza a neutralizzare od occultare la dimensione politica, non deve sorprendere troppo neppure il fatto che la stessa teoria del bene giuridico, quale teoria di legittimazione delle norme penali escogitata anch'essa in Germania, abbia specie da Binding in poi prevalentemente assunto una veste concettualistica e dogmatizzante, la quale ha finito con lo spegnere l'interesse teorico a mettere realmente in comunicazione il problema sostanziale della legittimazione della tutela penale con i concreti contesti politico-sociali e culturali di riferimento. Si è così finito per accreditare tralattivamente alla teoria del bene giuridico una sorta di automatica e generica vocazione politica 'liberale', senza però preoccuparsi – fatta salva qualche respiscenza critica degli ultimi anni – di

verificare più in profondità quanto detta teoria fosse invece di per sé sufficientemente ambigua da prestarsi – com'è peraltro storicamente avvenuto – a usi politici di segno tutt'altro che univoco. Dal canto mio penso, come ho avuto occasione di rilevare in alcuni scritti recenti, che un approfondimento dei risvolti politico-ideologici connessi al problema della legittimazione possa giovare di un ravvicinato confronto tra la tradizione concettuale del bene giuridico e le teorie anglo-americane sui “limiti morali” alla coercizione penale, le quali tendono a esplicitare in misura ben maggiore le possibili implicazioni politiche delle varie opzioni di tutela penale.

La consapevolezza che conta davvero, più che il concetto teorico in sé considerato, la previa ispirazione politica di fondo sottesa al suo impiego dovrebbe valere – a maggior ragione – nel rivisitare oggi criticamente la effettiva capacità di resa dell'approccio costituzionale al problema della legittimazione delle norme penali. In proposito, com'è noto, nell'ambito della medesima dottrina italiana si registrano orientamenti diversificati rispetto alla questione dei limiti di funzione vincolante o (almeno) orientativa che la Costituzione con i suoi principi dovrebbe svolgere al momento di selezionare l'ambito della tutela penale 'legittima'. Ciò non a caso. A spiegare la diversità delle prese di posizione al riguardo concorrono più fattori e, tra questi, ne indicherei soprattutto due. Da un lato, il tipo di “precomprensione” preliminare circa il modello di diritto penale idealmente preferibile; dall'altro, il fatto che lo stesso modo di accostarsi alla prospettiva costituzionale implica scelte interpretative influenzate, a loro volta, da preferenze culturali e politico-ideologiche che stanno a monte o a valle delle norme costituzionali scritte.

A mio avviso, il dibattito teorico in proposito, ancorché da noi abbia raggiunto livelli di approfondimento senz'altro superiori che in altri contesti, rischia in atto di isterilirsi in una situazione di stallo non ultimo perché il confronto tra i diversi orientamenti si è finora sviluppato quasi esclusivamente all'interno della dottrina penalistica: la quale, pure quando guarda alla Costituzione, lo fa muovendo dalla sua più ristretta ottica disciplinare e con la conseguente tendenza a piegare lo stesso approccio costituzionalistico a quelle che sono pregiudizialmente considerate esigenze specifiche del diritto penale. Insomma, i penalisti finiscono col coltivare o perpetuare – a loro uso e consumo – concezioni o interpretazioni della Costituzione che non è detto coincidano con quelle che vengono oggi privilegiate dai costituzionalisti di mestiere, dagli studiosi di altre branche del diritto o dagli scienziati della politica. Per rendere questo discorso un poco meno vago, mi limito a rilevare che nella dottrina penalistica a tutt'oggi dominante si tende ancora a guardare alla Costituzione

come a un ordine obiettivo di valori e principi gerarchizzabili già in linea astratta, che sarebbe compito del legislatore penale – sia pure attraverso un’opera di mediazione concretizzatrice ad opera della dottrina – trasfondere nell’ambito della legislazione positiva: per cui, secondo questa visione di fondo (cara specie ai penalisti di orientamento costituzionale ‘forte’), il diritto penale ‘legittimo’ dovrebbe essere sostanzialmente il risultato della concretizzazione legislativa di un programma costituzionale di tutela. Orbene, mi chiedo: dal momento che non penso che l’idea di concepire ogni settore dell’ordinamento giuridico come ‘attuazione’ di un preesistente programma costituzionale sia ormai più in voga tra gli studiosi di altre discipline, perché dovremmo rimanere legati a questa concezione tipica degli anni ’70 (del Novecento) soltanto nel recinto penalistico?

Sono, in realtà, convinto che un problema come quello dei rapporti tra diritto penale e Costituzione o, più in generale, tra diritto penale e democrazia costituzionale dovrebbe invece, d’ora in avanti, essere affrontato in un orizzonte teorico di maggiore apertura al confronto interdisciplinare: e ciò sul piano sia costituzionalistico, sia politologico.

Di questo più ampio confronto teorico beneficerebbe, altresì, una rivisitazione critica – che considero anch’essa indispensabile – del concetto stesso di ‘legalità penale’: in modo da emanciparlo da obsolete visioni ottocentesche di un presunto primato assoluto della legge parlamentare e da adeguarlo, di conseguenza, al più complesso e dinamico modo d’atteggiarsi dei rapporti tra legge e giurisdizione (incluso, ovviamente, il controllo di costituzionalità) nel quadro di una moderna democrazia costituzionale. In tale quadro, anche il crescente peso via via acquisito dal ‘formante’ giurisprudenziale, lungi dall’essere diagnosticato come una pericolosa anomalia da combattere perché eversiva della riserva di legge, apparirà piuttosto come un fenomeno inevitabile nella realtà contemporanea, talmente complessa e mutevole da rendere illusoria – oggi più di ieri – ogni fiducia nella ‘onnipotenza’ ordinatrice della legge scritta.

Ma, al di là dell’esigenza di aggiornare la riflessione teorica sui nessi tra diritto penale e modelli di Costituzione e/o di democrazia, la stessa esperienza degli ultimi anni dovrebbe ormai averci reso definitivamente consapevoli di una verità fattuale, che qualche penalista accademico fa ancora fatica ad accettare o accetta a denti stretti: alludiamo, com’è intuibile, alla tendenza della prassi legislativa in materia penale ad affrancarsi sempre più da certi modelli ‘idealtipici’ cari alla dottrina e a lasciarsi, piuttosto, condizionare (fuori da ogni modello, penale e/o costituzionale, di derivazione teorica) dalle concrete

e contingenti modalità di gestione del processo democratico ad opera delle forze politiche al potere, le quali si mostrano da qualche tempo tutt'altro che restie ad assecondare derive verso forme più o meno marcate di 'populismo penale'. Come reagire di fronte a questa eccessiva e impropria strumentalizzazione politica delle risorse penali?

Confesso che mi sembrerebbe una reazione sbagliata, frutto di una superbia professorale fuori tempo massimo mista ad una ingenuità politica tra il comico e il patetico, insistere nel lanciare – come fa ad esempio, ancora molto di recente, Bernd Schuenemann – ennesimi strali critici contro un legislatore penale definito “autoritario-dilettantesco”: tale perché poco sensibile al garantismo e, nel contempo, colpevole di ignoranza e grave inosservanza dei precetti di buona legislazione elaborati nei laboratori accademici dalla migliore dottrina penalistica! Perché – mi chiedo – uno studioso pur del livello di Schuenemann non viene, in questo frangente storico, sfiorato dal dubbio che le cause della cattiva condizione della situazione penalistica contemporanea non siano tutte da addebitare ai vizi dei legislatori e che una parte non piccola di responsabilità possa anche ricadere sulla scienza accademica, sempre più auto-referenziale e sempre meno capace di farsi ascoltare nei circuiti esterni al dibattito universitario? Non sarebbe il caso di cominciare, auto-criticamente, a prendere molto più sul serio il sospetto che le preoccupazioni e gli stili di pensiero ancora dominanti tra i penalisti risentono di una tradizione “idealistica” non più al passo con i tempi in cui viviamo?

A mio avviso, dovrebbe in realtà rientrare tra i principali compiti di una scienza penalistica adeguata al tempo presente farsi carico di una analisi più approfondita dell'insieme delle cause e dei fattori di contesto che, in questo momento storico, rendono più difficili che in passato i rapporti di comunicazione tra i rispettivi versanti della elaborazione scientifica e della produzione normativa.

4.2. Seguendo lo schema che ho prima sintetizzato, il secondo (ma non necessariamente per ordine di importanza!) obiettivo della scienza penalistica dovrebbe consistere nel proporsi di migliorare l'interazione tra elaborazione teorica e prassi applicativa. Pongo l'accento su questa esigenza, anche perché ho avuto occasione di constatare (da ultimo, anche nel ruolo di componente del comitato scientifico del CSM per la formazione professionale dei magistrati) che la difficoltà (italiana) di comunicazione tra dottrina e giurisprudenza è andata, sotto certi aspetti, aggravandosi. La mia impressione è che il prevalente approccio 'professorale' al penale sostanziale non solo continui a esse-

re percepito come troppo teorico (è questa, com'è noto, una vecchia obiezione dei cosiddetti pratici): ma come se addirittura fosse divenuto, ormai, inadatto a parlare linguaggi e trasmettere contenuti davvero sintonici con le reali esigenze ed aspettative di chi è impegnato sui fronti della applicazione concreta del diritto. Se questa impressione fosse davvero fondata, come studiosi non potremmo non trarne ulteriore motivo per una rigorosa e spassionata 'autoriflessione' critica sui modi con cui a tutt'oggi concepiamo e pratichiamo il nostro mestiere.

Un punto di partenza, pur generico, possiamo verosimilmente continuare ad assumerlo come oggetto di diffusa condivisione. Alludo cioè alla persistente idea che la scienza penalistica, quale scienza giuridica di settore, abbia fundamentalmente un compito che sintetizzerei così: fornire un contributo determinante al passaggio da un insieme di leggi penali a un *diritto* penale, quale complesso normativo strutturabile (beninteso, in forma non rigidamente chiusa, bensì 'aperta' sia verso altre sfere normative di vario livello sia verso la realtà esterna) secondo criteri e principi che trascendono la lettera delle disposizioni scritte. Ed è forse superfluo esplicitare – muovendo da una visione pragmaticamente orientata del ruolo del giurista positivo – che questa attività di trasformazione delle leggi in "diritto", lungi dal soddisfare un amore di sistema fine a se stesso, dovrebbe pur sempre risultare funzionale al diritto in azione e, dunque, alla stessa attività interpretativa/applicativa della giurisprudenza. Da questo punto di vista, si può anzi sostenere che la scienza penalistica in funzione dogmatica dovrebbe – appunto – identificare la sua missione nel ridurre la complessità della materia penale, elaborando schemi concettuali e fornendo criteri di orientamento per la sussunzione dei casi concreti sotto le fattispecie astratte. Vero questo in termini generali e generici, il vero problema riguarda i modi di rinvenimento dei modelli e dei criteri destinati a orientare la prassi.

In una prospettiva di maggiore interazione con quest'ultima, è pressoché scontato rilevare che assumono un rilievo abbastanza secondario le discussioni – ancora care alla dottrina 'alta' – relative ai grandi modelli sistematici da privilegiare a livello di teoria generale del reato. Queste discussioni non solo appaiono prive di interesse, ma risultano addirittura fastidiose all'interlocutore esterno all'accademia perché si percepisce che raramente ne derivano implicazioni pratiche ai fini dell'applicazione delle norme penali. Piuttosto, se si condivide l'esigenza di favorire la comunicazione tra teoria e prassi, la dottrina dovrebbe maggiormente concentrare le sue energie nella elaborazione di teorie (o sub-teorie) di livello progressivamente più circoscritto: in maniera da

concretizzare e specificare i concetti generali dell'imputazione penale con riferimento sia ai diversi settori criminosi, sia alle diverse tipologie di casi (ad esempio, approfondire lo studio della struttura e dell'accertamento del dolo eventuale in settori diversi da quello classico dei delitti contro la vita).

In questa prospettiva più orientata alla prassi, tra gli scopi primari del lavoro dottrinale assurge – ovviamente – l'analisi critica dei materiali giurisprudenziali, cioè quel tipo di 'metagiurisprudenza' che il penalista accademico ha tradizionalmente disdegnato, erroneamente considerandola prestazione intellettuale priva di dignità scientifica. Ma una opportuna inversione di tendenza ha, in questo senso, cominciato a manifestarsi nell'ambito della produzione degli studiosi più giovani.

Rimane, in ogni caso, la questione di fondo dei presupposti culturali e scientifici cui ancorare un'attività dottrinale più direttamente impegnata nell'orientamento della prassi. Anche perché siamo ormai divenuti ben consapevoli – e non possiamo nascondercelo – che il lavoro dottrinale è tutt'altro che attività conoscitiva avalutativa o neutrale: piuttosto, la dogmatica (e, a maggior ragione, quella impegnata nella soluzione dei problemi di applicazione concreta delle norme penali) intreccia e assembla – in modo analiticamente non sempre distinguibile – formalizzazione concettuale, interpretazione di norme scritte, elaborazione e sistematizzazione di principi e prese di posizione assiologiche. Così procedendo, essa in realtà utilizza contemporaneamente – senza che si possano fissare in anticipo e una volta per tutte precise regole o precisi ordini di priorità – modelli argomentativi di genere diverso e rientranti nei diversi ambiti della logica giuridica formale, dell'approccio costituzionale, dell'assiologia, della razionalità teleologica, della razionalità strumentale, della razionalità pragmatica ecc. Ed è forse superfluo aggiungere che da ciò riceve conferma la persistente ragion d'essere, a tutt'oggi, del dubbio relativo al carattere davvero 'scientifico' della nostra attività. Per richiamare parole di Karl Engisch: "(...) nell'ambito del diritto e della sua conoscenza c'è una serie di fenomeni che rendono problematico lo stesso principio di ricerca della verità, e fanno emergere, come una zona d'ombra, i limiti di una conoscenza puramente scientifica del diritto".

La questione che torna allora a riproporsi, specie per una dottrina non disposta a ignorare od occultare la natura 'valutativa' di non poche delle sue prestazioni intellettuali, è quella di come contenere e controllare il 'pluralismo' e il 'soggettivismo' inevitabilmente sottesi – oggi più di ieri – ai giudizi di valore. Sarebbe difficile, infatti, contestare che la diversità di orientamenti riscontrabili persino in sede di ricostruzione di quelli che pur in atto conside-

riamo principi penalistici fondamentali, affonda le radici anche nelle preferenze valutative (spesso, peraltro, non esplicitate) dei singoli interpreti circa i desiderabili limiti dell'intervento penale: per fare un solo esempio, pensiamo alla persistente varietà di posizioni in rapporto a un principio-cardine come quello di offensività.

Personalmente, sono dell'avviso che, in tutti i casi in cui la scelta di una determinata soluzione tecnica muove da una precisa opzione di valore a monte, sarebbe preferibile (non già occultare, bensì) palesare la premessa assiologica del ragionamento: è solo sottoponendo gli stessi giudizi di valore a un confronto aperto e a un controllo intersoggettivo che in realtà si ridimensiona, in qualche misura, il rischio dell'arbitrio valutativo.

Ma se l'accentuato pluralismo assiologico finisce – come non di rado accade – con lo sfociare in una proliferazione eccessiva di teorie e punti di vista, suscitando all'esterno l'impressione di un eccesso di frammentazione, ecco che allora viene meno o si indebolisce fortemente quella duplice funzione di controllo e di orientamento che la scienza penalistica dovrebbe esercitare nei confronti della giurisprudenza.

Proprio allo scopo di riuscire a interloquire più proficuamente con la prassi, il modo di operare della scienza penalistica dovrebbe, di conseguenza, diventare sempre meno 'individualistico-solipsistico': e invece sempre più simile – per dir così – a quello di un'impresa collettiva. Ove così avvenisse, sarebbe in teoria più facile far maturare concezioni maggiormente condivise almeno in rapporto ai *fondamenti* dell'edificio penalistico e alle categorie basilari dell'imputazione. Ma è realistico pensare che un simile obiettivo sia davvero compatibile col tempo presente? O è forse più probabile che la dottrina penalistica futura somiglierà, in misura ancora maggiore, a una sorta di emporio o grande magazzino (dai cui scaffali stipati di merci concettuali sovrabbondanti, e non sempre di reale utilità, i giudici – ammesso che lo vorranno – potranno strumentalmente attingere le teorie di volta in volta più convenienti ai loro fini decisori)? (Un possibile antidoto alla sovrabbondanza di produzione dottrinale potrebbe, più realisticamente, da noi derivare dalla attuale politica ministeriale di decurtazione delle risorse finanziarie da destinare alla creazione di nuovi posti di professore universitario o al ricambio dei professori che vanno in pensione!).

Comunque, con specifico riguardo alla situazione penalistica (italiana) degli ultimi anni, non è in proposito senza significato un ulteriore dato, peraltro a tutti noto. Cioè, anche quando si è assistito a forme di migliore interazione tra teorizzazione accademica e prassi applicativa, è anche vero che la giurispru-

denza ha finito col rielaborare con sufficiente autonomia di valutazione politico-criminale e di giudizio tecnico gli *input* dottrinali ricevuti, riplasmandoli o ricalibrandoli in modo da renderli funzionali anche alle concrete e specifiche esigenze dell'accertamento processuale: per esemplificare, penso in particolare alla "codificazione" giurisprudenziale della causalità nell'ambito della responsabilità medica e del concorso c.d. esterno nel reato associativo, con le rispettive sentenze della Cassazione riunita Franzese del 2002 e Mannino del 2005. Per quanto non esenti da limiti e punti deboli, sentenze come queste hanno tra l'altro il merito di sollecitare d'ora in avanti la dottrina ad un metodo di lavoro che tenga maggiormente conto - appunto - della logica dell'accertamento anche in sede di elaborazione dei concetti fondamentali dell'illecito penale.

4.3. Dai tempi di Arturo Rocco ad oggi, il tema dei rapporti tra il diritto penale e le scienze empirico-sociali ha ricevuto notevole sviluppo e approfondimento: cionondimeno, non può affatto dirsi che su questo versante la situazione sia chiara e soddisfacente.

Com'è noto, una maggiore apertura verso le scienze sociali (più precisamente verso le *altre* scienze sociali, se si è dell'idea che anche la scienza penalistica sia a suo modo una scienza sociale) ha cominciato a manifestarsi a far data dalla metà degli anni '60 del Novecento, e ciò non a caso. Le forti spinte culturali 'modernizzatrici' di questo periodo, che facevano guardare con entusiasmo in particolare a una scienza nuova come la sociologia, cominciavano a suscitare la speranza che una maggiore utilizzazione dei risultati delle scienze extranormative potesse essere di giovamento anche ai fini di una modernizzazione del diritto penale: si auspicava che una maggiore disponibilità di conoscenze empiriche avrebbe consentito sia di superare (o ridimensionare) la tradizionale matrice 'idealistica' di non pochi concetti penalistici, sia di riformare in chiave 'liberalizzante' le parti dell'edificio penalistico che fossero risultate obsolete rispetto all'effettiva evoluzione della realtà sociale.

Senonché, il rapporto con le scienze sociali è andato sviluppandosi, nel corso degli anni successivi e sino ai nostri giorni, in termini via via più complessi e in realtà molto meno univoci dal punto di vista dei possibili effetti sul diritto penale: per cui dobbiamo prendere atto che il significato stesso degli sforzi di integrazione tra scienza penalistica e scienze 'altre' può mutare in funzione sia degli obiettivi di fondo perseguiti con l'apertura alle scienze sociali, sia del tipo di orientamento teorico in cui queste ultime si inquadrano. Sicché, si può dire che l'utilizzazione da parte del penalista dei modelli esplicativi e dei risultati conoscitivi delle scienze sociali può - in definitiva - risultare funzionale a

scopi diversi e di valenza eterogenea anche sotto un profilo politico: dalla critica politico-ideologica radicale delle istituzioni penali ad un avallo teorico del diritto penale esistente, passando per la strada intermedia di un tentativo di implementazione del principio (liberale) di sussidiarietà o *extrema ratio* mediante uno stile di pensiero 'orientato alle conseguenze' e, perciò, bisognoso (almeno in teoria) di disporre della maggiore quantità possibile di saperi multidisciplinari.

Ora, è a questo punto forse superfluo rilevare che la scelta dell'uno o dell'altro tipo di approccio non dipende affatto da preferenze scientifiche neutrali: ancora una volta, la diversità di opzione si basa su differenti "pre-comprensioni" circa il modo di concepire il diritto penale e, nel contempo, su differenti concezioni (politiche) della politica criminale.

Del resto, che le stesse scienze sociali – anche in sé considerate – siano tutt'altro che neutre dal punto di vista ideologico e assiologico, è riconosciuto con grande onestà intellettuale da uno dei più grandi sociologi del Novecento, Norbert Elias, il quale, in uno scritto di diagnosi critica della sociologia apparso nei primi anni '80, si chiedeva problematicamente: "La questione è se possiamo stabilire una scienza genuina, una scienza che sia realmente adatta all'applicazione pratica, svincolandosi dai sistemi sociali delle credenze".

È evidente che il rischio di esposizione ad una ideologia preconcepita cresce quanto più si abbia a che fare con teorie sociali così comprensive o ad ampio spettro, da rendere impossibili verifiche empiriche del loro grado di corrispondenza alla realtà (come nel caso emblematico della teoria "sistemico-funzionalista" di matrice luhmanniana, il cui ambizioso tentativo di trapianto in ambito penalistico da parte di Jakobs è avvenuto con la pretesa teorica di quest'ultimo di considerare pressoché irrilevante la verificabilità empirica della nota tesi di fondo, secondo cui il diritto penale avrebbe la funzione di contribuire alla stabilizzazione della società nella sua contingente conformazione concreta!). Minore appare, invece, questo rischio se da penalisti preferiamo accostarci a scienze sociali che non disdegnano la ricerca empirica. Purché, però, non trascuriamo in ogni caso questa avvertenza: dai risultati delle indagini empiriche non possiamo desumere, in maniera diretta e univoca, indicazioni precise né sul piano della politica criminale legislativa, né su quello della ricostruzione interpretativa degli istituti vigenti. Piuttosto, le stesse conoscenze empirico-sociali sono interpretabili e valorizzabili in maniera diversa, sempre in funzione della visione teorica e della opzione politica che di volta in volta si predilige.

Tutto questo, beninteso, in linea teorica. Ma, se volessimo tentare un bilancio del recente passato e una prognosi per l'immediato futuro circa i vantaggi

che il diritto penale può trarre da una sua interazione con le scienze sociali, il discorso potrebbe in fin dei conti risultare non poco deludente. Almeno nel senso – ritengo – che siamo oggi costretti a constatare un amplissimo divario tra i grandi auspici iniziali e i risultati concreti finora complessivamente conseguiti. Mentre, rispetto al futuro, induce in verità a essere alquanto scettici la situazione in cui versano le scienze sociali nell'attuale contesto generale (peraltro, non solo italiano) di riferimento.

Questo atteggiamento di prevalente disillusione riguarda, a ben vedere, entrambe le prospettive di una ricostruzione ammodernatrice dei diretti vigenti e di una proiezione innovatrice a livello di possibili riforme normative.

Sotto la prima angolazione visuale, i più noti e importanti modelli esemplificativi di una dogmatica penalistica 'integrata' con le scienze sociali sono a tutt'oggi quelli che adottano teorie funzionaliste a carattere sistemico. Si tratta invero di un tipo di approccio, che pone al centro del suo interesse scientifico i rapporti tra il diritto penale e la società considerata come entità autonoma e concreta e, dunque, quale universo di relazioni e di interazioni irriducibili alla logica dell'agire individuale. È questa concretezza e multiformità relazionale a far apparire astratto il tradizionale approccio del diritto moderno, che ha invece come pilastri da un lato l'individualità e dall'altro la statualità. Ma tutto ciò finisce in realtà col far pagare costi molto alti, sotto il profilo delle garanzie tipiche dello Stato di diritto, proprio sul terreno del diritto penale. Le teorie sistemiche infatti, oltre a difettare di adeguate basi empiriche idonee a fungere da antidoto a una loro facile manipolabilità, una volta trapiantate nella teoria del reato pretendono un riorientamento teorico delle categorie penalistiche funzionale all'idea di fondo che lo stesso diritto penale debba identificare il suo principale scopo nella stabilizzazione del concreto ordine sociale dato: ma, se così è, tende ad affermarsi un'ottica ricostruttiva che finisce inevitabilmente col relegare del tutto in secondo piano quella imprescindibile funzione di limite garantistico che il diritto penale dovrebbe (almeno in teoria!) pur sempre assolvere rispetto alla concreta prassi politico-criminale. Per altro verso, non si può dire neppure che la teoria del reato abbia finora ricevuto apporti numerosi e significativi dal diverso versante delle scienze sociali a orientamento empirico: tra i non pochi paradossi del diritto penale contemporaneo, vi è non ultimo quello per cui esso, pur aspirando a mettere il più possibile i piedi per terra, soffre a tutt'oggi di enormi *deficit* di conoscenze empiriche rispetto a pressoché tutte le strutture portanti della responsabilità penale.

Il discorso rimane pessimistico anche sul versante delle teorie di legittimazione in una prospettiva *de iure condendo*. Un legislatore riformista beninten-

zionato, che fosse oggi disposto a utilizzare al meglio i saperi empirico-sociali per innovare in profondità la legislazione penale nella più scrupolosa osservanza del canone dell'*extrema ratio*, scoprirebbe ben presto di coltivare in realtà un'illusione: come ha avuto occasione di riconoscere esplicitamente anche Claus Roxin, sino ad oggi non è mai esistita alcuna forma di collaborazione istituzionalizzata, professionale e sistematica tra penalisti ed esponenti delle scienze sociali in vista di una seria e credibile implementazione del principio di sussidiarietà. Aggiungerei, da parte mia, che non è un caso che ciò non si sia realizzato. È più che verosimile infatti che il tipo di conoscenze empiriche di cui avremmo maggiormente bisogno come penalisti – penso soprattutto alle conoscenze che sarebbero necessarie per realizzare, non solo in teoria, un equilibrato bilanciamento tra la funzionalizzazione teleologica del diritto penale e le garanzie individuali – siano tali da non attirare gli specifici interessi scientifici degli scienziati sociali. Si pensi a un concetto (teoricamente) fondamentale quale quello di *dannosità sociale*, che costituisce un paradigma irrinunciabile di una politica di criminalizzazione di orientamento *liberal*: eppure, nei manuali canonici non solo di sociologia ma anche di criminologia troviamo, in proposito, tutt'al più qualche rigo! Ciò conferma nel modo migliore, a mio avviso, che la dannosità sociale quale concetto orientativo di una politica criminale 'legittima' non ha tradizionalmente interessato, e continua a non interessare gli scienziati sociali perché non rientra tra i loro interessi di ricerca il problema della legittimazione 'politico-giuridica' (o in chiave direttamente costituzionale) delle norme penali. Sicché dovremmo, piuttosto, essere noi penalisti così bravi e convincenti da far assurgere una buona volta il problema della legittimazione del diritto penale (vissuto, per di più, con l'enfasi drammatizzatrice tipica della tradizione contrattualistico-liberale) a importante questione di reale e attuale interesse multidisciplinare!

Senonché, che l'immediato futuro possa essere in questo senso più propizio, tenderei senz'altro a escluderlo. Ciò per un insieme di ragioni, a carattere sia politico che culturale. Al di là dell'attuale *trend* politico-criminale di tipo populistico-securitario, che torna a declinare la questione criminale in chiave autoritario-repressiva con conseguente emarginazione del ruolo (tanto più se 'critico') degli esperti, il fatto è che a essere cadute in crisi nel tempo presente sono le stesse scienze sociali e persino la sociologia. Non si tratta solo degli effetti negativi prodotti da una crescente autoreferenzialità accademica e da un eccesso di frammentazione specialistica, con conseguente eccessiva diversificazione di oggetti e di metodi di ricerca, irriducibili ormai a una epistemologia comune. Vi è, in effetti, dell'altro. A spiegare l'attuale perdita di peso cul-

turale e di capacità esplicativa delle scienze sociali concorre – non ultima – l'accresciuta complessità e mutevolezza della realtà in cui oggi viviamo. Ha, di recente, osservato a questo riguardo Carlo Galli: “Il Tutto sociale si è fatto tanto complesso da risultare quasi imprevedibile”.

Se le cose stanno in generale così, perché dovremmo aspettarci prospettive migliori sul versante del più volte auspicato dialogo costruttivo tra scienza penalistica e scienze sociali ‘altre’?

4.4. Un atteggiamento scettico circa le *chances* future di una più proficua interazione con le scienze sociali non costituisce, certo, una premessa incoraggiante ai fini del conseguimento di quello che, secondo lo schema precedentemente abbozzato, ho indicato come ultimo obiettivo di fondo di una scienza penalistica al passo con i tempi: alludo all'esigenza di fare maggiore chiarezza sulle componenti irrazionali ed emotive che rendono ancora in non piccola parte oscuro e ambiguo il fenomeno del punire, anche nel contesto delle prassi punitive di competenza delle istituzioni giudiziarie.

Propongo qualche spunto di riflessione sul sempre problematicissimo tema della pena soltanto nella parte finale di questo mio intervento non a caso, ma a ragion veduta. E la ragione – alquanto intuibile – consiste nel fatto che, a tutt'oggi, il principale motivo della specificità o specialità del diritto penale continua a farsi consistere nel suo carattere ‘sanzionocentrico’: non solo nel senso che le norme penali sono tali perché definiscono i fatti la cui commissione viene sanzionata con una pena; ma anche nel senso ulteriore e più pregnante che la stessa attività dottrinale di elaborazione concettuale e gli stessi orientamenti interpretativo-applicativi della giurisprudenza sarebbero, in fondo, teleologicamente pur sempre influenzati – in forma diretta o indiretta, esplicita o implicita – dall'esigenza di rispondere all'interrogativo, se certi comportamenti meritino o no, necessitino o no di punizione.

Di ciò si ha persistente riprova se si dà uno sguardo anche superficiale agli interventi di taglio metodologico rinvenibili nell'ambito della letteratura penalistica più recente. È infatti abbastanza diffuso il rilievo, secondo cui il discorso dogmatico di competenza del penalista avrebbe la peculiarità di intrecciarsi in maniera assai stretta con le questioni di legittimazione (sostanziale) delle norme penali, sottolineandosi nel contempo come davvero decisiva questa ulteriore (supposta) connessione: la risposta alle questioni di legittimazione andrebbe cioè, a sua volta, ricercata in rapporto alle teorie della pena elevate a “ultima unità di senso” [cfr. per tutti, ad esempio, ROBLES PLANAS, in *ZIS*, 2/2010, 134 e ampia letteratura specie tedesca ivi citata]. Orbene:

questo tipo di approccio teorico (di originaria matrice tedesca ma poi, come sappiamo, propagatosi a livello europeo-continentale), che pretende di orientare sia le prestazioni concettuali che le valutazioni richieste dal lavoro dottrinale in base al significato ultimo attribuibile alla punizione, rispecchia un senso comune in cui si riconosce anche l'attuale dottrina italiana predominante?

In realtà, suscita imbarazzo rispondere alla domanda se la nostra scienza penalistica – considerata nell'insieme delle sue diverse ed eterogenee componenti – segua in atto indirizzi metodologici ben definiti e riconoscibili – se si prescinde, ovviamente, da una comune propensione (che come sappiamo tende poi ad articolarsi, peraltro, secondo modalità di approccio tutt'altro che omogenee) a valorizzare la Costituzione come principale punto di riferimento di un diritto penale non solo formalmente valido, ma 'legittimo' nei contenuti e nei principi ispiratori. Ma, quale che sia attualmente il livello medio di autoconsapevolezza metodologica di noi penalisti italiani, è certo che il riferimento al significato della pena come ragione giustificatrice di una persistente, irriducibile specificità (oltre che del diritto penale, anche) del modo di operare della scienza penalistica non è privo – in linea teorica – di una astratta plausibilità. Ma si tratta di un punto di vista davvero convincente e, perciò, adottabile senza riserve?

Sia consentito avanzare, in proposito, alcune riserve che si collocano su piani diversi di discorso, sia interni che esterni alla discussione penalistica.

Quanto alla prospettiva interna, anche ammesso che nell'attuale contesto dottrinale (e giurisprudenziale) italiano sia identificabile un orientamento sufficientemente condiviso circa gli scopi della pena e il loro rispettivo rapporto gerarchico, sappiamo che si tratta pur sempre di scelte teoriche a carattere prevalentemente 'idealistico-normativo', stante il persistente grave *deficit* di affidabili conoscenze empiriche in materia: per cui pretendere di far ruotare l'intera costruzione concettuale dell'edificio penalistico, a partire dalle sue categorie basiche, su presupposti empiricamente indimostrabili di teorie di legittimazione della pena può apparire non poco discutibile proprio sotto un profilo di credibilità 'scientifica' (si tratti pure di quella scientificità 'debole' o affievolita che è propria delle scienze giuridiche). Ma vi è di più. Al di là del perdurante carattere idealistico delle stesse teorie della pena oggi più in voga, rimane il fatto che la pena come fenomeno psico-sociale (prima ancora che come istituzione giuridica) continua ad essere appunto circondata da un ampio alone di oscurità e ambiguità, per cui essa sollecita e veicola a tutt'oggi giudizi di valore a sfondo irrazionale e pulsioni emotive non sempre rischiarabili attraverso l'analisi razionale: ciò vale non solo per la famosa 'casalinga di Voghera', ma anche per gli studiosi più raffinati del diritto penale (è vero, in realtà, che più in

generale gli intellettuali non hanno alcun accesso privilegiato ai giudizi di valore!). Se le cose stanno così, è allora anche verosimile che le stesse opzioni teoriche circa il significato e gli obiettivi del punire siano non poco influenzate da preferenze soggettive razionalizzabili fino a un certo punto: ve ne è, dunque, quanto basta – credo – per mettere in forse l'idea che il senso da attribuire alla punizione possa costituire il fondamento giustificativo autentico e ultimo dell'intero ventaglio di attività di competenza della scienza penalistica.

Ma non basta. Cercando altresì di guardare alla dottrina penalistica con un occhio critico 'esterno', che sia cioè capace di sondare i meccanismi mentali e psicologici che si sviluppano in quanti si dedicano a uno studio specialistico, non suoni come una eccessiva provocazione porre in questione un dato che sembrerebbe persino scontato: vale a dire, il fatto che nel novero dei veri 'scienziati' della punizione quale fenomeno polivalente e complesso rientrino anche i penalisti di mestiere. Piuttosto, a sollecitare dubbi in proposito credo possa valere proprio la necessità per noi penalisti, cogente anche da un punto di vista etico-politico e di moralità personale (pena l'impossibilità di esercitare il nostro mestiere con buona coscienza!), di confidare in via pregiudiziale in una prevalente 'razionalità di scopo' della pena, rimuovendone o mettendone in secondo piano gli aspetti più irrazionali e oscuri. In questo modo, finiamo tuttavia anche da 'scienziati' con l'assecondare e perpetuare – volenti o nolenti – pregiudizi e paure socialmente così radicati e diffusi da spiegare come mai l'istituzione-pena sia sopravvissuta sino ai nostri giorni a dispetto della sua ardua compatibilità col mondo moderno e la sua 'laica' cultura. A maggior ragione per noi penalisti, da questo punto di vista varrebbe quanto Norbert Elias ha anni fa osservato persino rispetto ai 'sociologi' (ed è quanto dire, esemplificando essi una tipologia di scienziato sociale tipicamente moderna!): "Siamo ancora presi nella trappola. Ci siamo arrampicati un po' più in su, ci siamo distaccati un po' e abbiamo un po' più di controllo sull'insicurezza e il pericolo della società. Ma fondamentalmente le nostre teorie sono così cariche di sensazioni e vincolate alle ideologie, perché la società è una delle grandi zone di insicurezza, una delle grandi zone del pericolo della nostra vita. E, inversamente, non possiamo sopprimere questi pericoli, perché il nostro pensiero non è orientato verso la realtà, ma carico di sentimenti e saturo di credenze sociali". Da qui, il seguente messaggio metodologico: "Credo che questo sia il compito della sociologia nel futuro. Non distrarci con la lotta tra credenze emotive, ma dedicare tutti i nostri sforzi a scoprire le strutture sociali, senza preoccuparci dei pericoli che ci minacciano; e senza lasciarsi tentare, come sociologi, da pensieri foschi".

A voler riadattare un simile messaggio all'odierna scienza penalistica, dovremmo come penalisti mettere noi stessi in guardia dal dare pregiudizialmente per scontata oggi la (prevalente) razionalità della pena. Sicché, lungi dall'assumerla a idea-guida dell'intera nostra attività di studiosi, dovremmo piuttosto riuscire a prendere il massimo possibile di distanza critica nei confronti di essa, addirittura marginalizzandola nei nostri itinerari mentali. Se un simile sforzo di distanziamento risultasse assai difficile da un punto di vista culturale o psicologico, non sarebbe forse il caso che cominciassimo a guardare al diritto penale con occhio 'de-specializzante', cioè ridimensionando piuttosto che enfatizzando la 'specialità' della pena, assumendo insomma un atteggiamento mentale da 'giuristi' più generalisti e meno specialisti, che si occupano di penale così come potrebbero ugualmente occuparsi di civile o di amministrativo?

Se ipotizzare un simile atteggiamento mentale fosse davvero plausibile, potremmo tentare di concludere (molto problematicamente e provvisoriamente, beninteso) questo ormai troppo lungo intervento, con questa indicazione metodologica di sintesi: sarebbe auspicabile che la scienza penalistica diventi, d'ora in avanti, sempre più simile a una scienza giuridica senza aggettivi specifici.

5. Sono peraltro ben consapevole che l'ipotesi teorica di 'de-specializzare' la scienza penalistica potrà anche sembrare così volutamente provocatoria da farla apparire non seria e, perciò, priva di reale plausibilità. Come pure ho motivo di sospettare che la percezione della persistente – se non accresciuta – 'problematicità' del punire possa non in tutti suscitare lo stesso bisogno di distanziamento critico dalla diffusa tendenza ad assumere il teleologismo sanzionatorio a paradigma orientativo nella costruzione dei concetti penalistici. Dopo tutto, non sarebbe scandaloso se fosse vero – come opinano alcuni esperti di psicoanalisi – che la stessa attività di teorizzazione affonda le radici ultime in inclinazioni emotive, per cui le nostre teorie sarebbero spesso "una sorta di zattera per non annegare nell'angoscia" [A. FERRO]. Se davvero così fosse, dovremmo certo essere costantemente vigili e scrupolosi nell'esercitare l'arte del dubbio metodico anche sulle tesi di cui siamo personalmente più convinti.

Quale che sia il tasso di emotiva 'soggettività' implicito nelle considerazioni che ho fin qui svolto, auspicherei in ogni caso un tipo di approccio intellettuale al 'problema penale' che non desista *a priori* dal tentativo di ricollocarlo al centro di un pubblico dibattito culturale il più possibile critico e posto al riparo da un eccesso di strumentalizzazione e banalizzazione politico-mediatica:

se non fosse troppo ambizioso o illusorio sperarlo, auspicherei insomma un *revival* di ‘penalistica civile’ adeguata al nostro tempo.

In un recente saggio sul diritto penale come disciplina scientifica, Guenther Jakobs ha sostenuto che autentica scienza penalistica è quella che riesce di volta in volta a elaborare risposte adeguate ai problemi di legittimazione del diritto penale così come si presentano nelle diverse fasi storiche: in modo da cogliere la “verità” (*sic!*) del diritto penale conforme al suo tempo. Personalmente, contesterei che il problema della legittimazione dei diritti penali storici sia soltanto o soprattutto un problema ‘scientifico’, come pure contesterei che si possa addirittura parlare di “verità” del diritto penale conforme al suo tempo. Ma penso che Jakobs abbia fundamentalmente ragione nel sostenere che una scienza penalistica degna di questo nome debba prefiggersi di dare risposte tendenzialmente consonanti con i mutevoli contesti storico-politici e culturali di riferimento.

Se si è d’accordo, allora ne deriva – con riferimento al contesto attuale – che il penalista-scenziato dovrebbe, nel rivisitare criticamente il problema penale, assumere come orizzonte di osservazione, e nel contempo come proprio oggetto di studio (dal punto di vista dei molteplici riflessi che ne derivano anche sul versante della coercizione penale), lo stato di crisi o comunque di sofferente tensione in cui versano le democrazie contemporanee (la deriva democratica cui oggi si assiste in Italia esemplifica, in forma sotto alcuni aspetti estremizzata, una crisi di portata ben più generale). Ritorna, così, in primo piano il problema del modo d’atteggiarsi dei rapporti tra giustizia penale e processo democratico: come sappiamo, dagli Stati Uniti ai paesi europei, sia pure con modalità e con livelli di intensità differenti, la tendenza a utilizzare la questione criminale e la paura della criminalità come fattori decisivi in termini di consenso elettorale e in chiave di gestione politica dei problemi sociali – tendenza spintasi, invero, sino a far addirittura teorizzare la possibile emersione di un nuovo modello di “democrazia punitiva” [J.SIMON] – è, ormai, un fenomeno ricorrente e sotto gli occhi di tutti.

Se per sviluppare adeguatamente il nostro impegno di studiosi non possiamo, in realtà, non farci in qualche modo carico d’un tale scenario generale di sfondo, allora meritano di essere pienamente condivise – credo – queste recenti parole di Domenico Pulitanò, che interpreto come un monito rivolto oggi a tutti noi penalisti: “Per essere buoni giuristi, non possiamo essere soltanto giuristi”.

RENZO ORLANDI

LA PROLUSIONE DI ROCCO
E LE DOTTRINE DEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tecnicismo giuridico nella prima fase delle teorizzazioni processualpenalistiche. – 3. Gli anni Cinquanta. – 4. Tramonto del tecnicismo giuridico. – 5. Attuali tendenze delle dottrine processualistiche.

1. Premessa

Potrà forse apparir singolare che un processualista prenda la parola per commentare la celebre prolusione sassarese di Arturo Rocco. La procedura penale vi è menzionata, infatti, in maniera del tutto marginale. Del resto, all'epoca essa era oggetto di scarsissima attenzione in sede teorica: un accessorio del diritto penale, privo di autonomia didattica e, di conseguenza, oggetto di scarso approfondimento scientifico.

Eppure vale la pena riflettere sugli echi che quel discorso del 1910 ha avuto, negli anni successivi, sulla dottrina processuale. Non tanto nell'immediato, ma a distanza di qualche decennio, quando la procedura penale, acquisita verso la fine degli anni '30 del Novecento la dignità di insegnamento fondamentale nella didattica universitaria, diverrà gradatamente oggetto di una più raffinata elaborazione concettuale.

Del resto, l'appello metodologico di Rocco ha un'ampiezza che supera i confini della scienza penalistica. Esso si presenta come decalogo di ogni buon giurista di diritto positivo. I tre gradi dello strumentario tecnico (ricerca esegetica, ricerca sistematica, ricerca critica) non sono un'esclusiva del penalista. In ritardo rispetto ad altre discipline giuridiche, la scienza penale deve mettere a frutto la lezione metodologica maturata nel diritto civile, nel diritto commerciale, nel diritto amministrativo, nel diritto processuale civile.

Non conviene qui indugiare sul contesto che favorì la presa di posizione di Rocco nello scorcio iniziale del secolo scorso. Basterà ricordare lo sconvolgimento provocato dagli esponenti della scuola positiva nelle tradizionali categorizzazioni della dottrina penalistica italiana. Tutto un mondo di concetti pazientemente elaborati dagli autori ottocenteschi, sul presupposto di una

responsabilità individuale imperniata sul libero arbitrio era stato spazzato via come anticaglia inservibile. Gli argomenti suggestivi e demolitori dei positivisti esigevano risposte capaci di andare al di là delle giaculatorie e delle “incrostrazioni metafisiche” ottocentesche. A disagio fra le posizioni per così dire passatiste di quella che sarà poi chiamata la scuola e il rivoluzionario approccio progressista della scuola positiva, Rocco cerca una sintesi adeguata alla dottrina penale e capace di superare i limiti dei due indirizzi in contrasto. Egli ritiene di trovarla, per l'appunto, nell'indirizzo da lui stesso qualificato *tecnico-giuridico*¹, con una definizione tesa a evidenziare il carattere strettamente giuridico della scienza penale e la sua autonomia da saperi ausiliari quali l'antropologia criminale, la sociologia criminale, la filosofia del diritto, la scienza politica.

Significativamente, il battesimo di codesto indirizzo avvenne sotto il segno della dottrina tedesca che, nella seconda metà dell'Ottocento, aveva prodotto riflessioni di notevole valore sistematico².

Qualcuno, forse a ragione, dubitò che la sintesi fosse riuscita³. Comunque sia, il metodo suggerito da Rocco esercitò un forte influsso sui giuristi che operarono nella prima metà del secolo XX.

¹ *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.* 1910, 506.

² Gli autori di lingua tedesca sono i più citati nella prolusione del 1910. Numericamente superano di gran lunga sia gli autori francesi sia quelli italiani. Del resto, è un dato di fatto che la cultura giuridica italiana fra Otto- e Novecento stava abbandonando la dottrina di ispirazione realista e formazione francese, preferendogli il “modello a struttura” liberale-autoritario di importazione tedesca (come rilevava S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, 416).

La penetrazione del pensiero tedesco era già iniziata qualche anno prima in importanti settori della cultura giuridica italiana. Il *System der Subjectiven öffentlichen Rechte* di Georg Jellinek era stato tradotto in italiano nel 1892 con una prefazione di Vittorio Emanuele Orlando. I civilisti Carlo Fadda e Paolo E. Bensa avevano tradotto il *Pandektenrecht* di Bernhard Windscheid. Ricchissima di riferimenti alla dottrina tedesca era, infine, la celebre prolusione bolognese di Chiovenda dedicata alla *Azione nel sistema dei diritti* (1903), nella quale si ravvisa giustamente l'atto di nascita del moderno diritto processuale in Italia: fino a Mortara, la procedura è francofona; si citano spesso i precedenti della cassazione parigina, anche perché la legislazione italiana era largamente ispirata a quella francese del primo Ottocento; con Chiovenda, il diritto processuale diventa decisamente teutonico. Insomma, la prolusione di Rocco matura in un contesto, sempre più dominato da un'aspirazione alla “purezza del metodo giuridico”, che trovava risposte adeguate nella dogmatica di lingua tedesca.

³ Secondo S. RANIERI (*Sullo stato della scienza del diritto penale in Italia*, in *Riv. pen.* 1926, 131) “i postulati della dottrina giuridica sono sostanzialmente gli stessi della «scuola classica», della quale costituisce la continuazione nel tempo”. Si vedano anche i rilievi critici di U. SPIRITO nello scritto citato infra, nt. 8.

Ciò riguardò anche la procedura penale, non foss'altro per il fatto che essa era compresa nel recinto didattico del penalista. La codificazione penale e processuale del 1930 si compì, si può dire, con la benedizione del metodo tecnico-giuridico. Anche se non vanno dimenticate le suggestioni che al processualpenalista venivano dalle dottrine del processo civile.

2. *Il tecnicismo giuridico nella prima fase delle teorizzazioni processualpenalistiche*

Solo sul finire degli anni Trenta, come già detto, e precisamente con il r.d. 30 settembre 1938, n. 1652, l'insegnamento della procedura penale si sdoppia da quello del diritto penale, acquistando così autonomia didattica. Ci vorranno però anni, anzi decenni, per veder crescere gli specialisti di questa disciplina nuova⁴.

Già in quel periodo, tuttavia, alcuni studiosi che dedicano particolare at-

⁴ O, per meglio dire, *rinnovata*, posto che anticamente, quando, nel 1509 a Bologna fu istituita la prima cattedra penalistica, il *ius criminale* era, essenzialmente e prevalentemente, diritto processuale penale (o, per dirla con il lessico dell'epoca, *practica causarum criminalium*). Pochi anni dopo (1520), troviamo a Pavia un insegnamento denominato *De Actionibus* (dedicato alla procedura sia civile sia criminale), come ci ricorda M. PISANI in uno scritto di straordinario interesse per la storia della nostra disciplina (*L'autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.* 1967, p. 127 ss.).

Sarebbe interessante una ricerca sulle chiamate di specialisti della procedura penale nelle diverse Università italiane, attraverso i verbali dei consigli di Facoltà e consultando i Bollettini del Ministero P.I. Per molti anni, dopo il 1938, la procedura penale è stata insegnata da penalisti "incaricati" della nuova disciplina (si veda, al riguardo, la lamentazione di F. CARNELUTTI, *Continua la mala sorte di Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.* 1960, p. 650). Questo è accaduto soprattutto nei grossi atenei, che procedettero per ultimi alla chiamata di professori di procedura penale (all'epoca, i freschi vincitori di concorso erano destinati alle sedi piccole). Ad esempio, nel 1961 la procedura penale era ancora insegnata da un "incaricato" (il prof. Alberto Dall'Ora), come risulta dalle parole di Carnelutti al convegno veneziano su *I primi problemi della riforma del processo penale* (si vedano i relativi atti pubblicati nei *Quaderni di San Giorgio*, Sansoni, Firenze 1962, p. 29). Fra le eccezioni – forse unica – l'università di Roma "la Sapienza", dove nel 1938 la cattedra di Procedura penale fu affidata a Vincenzo Manzini (cfr. M. PISANI, *L'autonomia didattica*, cit., p. 136), al quale succedettero prima Alfredo De Marsico (dal 1940 al 1942), quindi Filippo Grispigni, Francesco Carnelutti e poi Giovanni Leone. A Bologna, la prima chiamata sulla cattedra di Procedura penale (prof. Giuseppe De Luca) risale all'anno accademico 1963-1964, un quarto di secolo dopo il decreto del 1938. Consultando gli annuari dell'ateneo bolognese si apprende che, fino ad allora, la disciplina processualistica era stata insegnata, per incarico, dal penalista Silvio Ranieri e (dal 1938 al 1947) da Giulio Battaglini.

tenzione alla procedura penale muovono da premesse tecnico-giuridiche. Vincenzo Manzini, *in primis*, che nel suo Trattato (edizione 1931) mette al centro della sua ricostruzione teorica le nozioni fondamentali di *rapporto giuridico processuale* e di *presupposti processuali*⁵. L'ispirazione qui non viene dalla prolusione di Arturo Rocco, bensì dall'altrettanto celebre prolusione bolognese (1903) di Giuseppe Chiovenda⁶ sulla *Azione nel sistema dei diritti*⁷.

Del resto, anche l'opera di Chiovenda, coeva a quella di Rocco, si inquadra nella temperie culturale che agevola riflessioni inclini a sfociare nella messa a punto di un metodo tecnico-giuridico. Per il penalista, è importante delimitare l'oggetto della sua scienza, superando le astrattezze dell'approccio classico, "ostaggio" di premesse metafisiche e le incongruenze dell'approccio positivistico, "ostaggio" di scienze ausiliarie. Per il processualista, è essenziale chiarire il confine fra diritto e processo, sì da studiare quest'ultimo quale meccanismo di applicazione (se non addirittura di produzione) normativa: un meccanismo regolato sì dalla legge dello Stato, eppur animato da una sua dinamica per così dire "naturale" che lo rende parzialmente autonomo da quella stessa legge. Sia i penalisti sia i processualisti avvertivano, comunque, una medesima esigenza: quella di elaborare una dottrina che facesse leva su concetti sistematici o dogmatici capaci di imporsi come una grammatica comune a giuristi e legislatore.

In questo senso si può certo parlare di tecnicismo giuridico anche per i cultori del diritto processuale. Oltre al già citato Manzini, seguono codesto metodo autori quali Edoardo Massari e il suo allievo Giovanni Leone. Persino Francesco Carnelutti – giurista difficilmente etichettabile, poco incline al pensiero sistematico – verso la fine degli anni Venti prende le difese dell'indirizzo tecnico-giuridico, contro gli attacchi piuttosto irruenti del filosofo Ugo Spirito⁸.

⁵ Vol. I, par. 12, p. 72-74).

⁶ Per verità, MANZINI non cita CHIOVENDA. Egli ricorda che la nozione di rapporto processuale, già utilizzata nel suo manuale edito nel 1912, era affiorata pure nella Relazione al Re sul c.p.p. 1913. Cita poi una monografia di MAURO ANGIONI, *La dottrina del rapporto giuridico processuale nelle sue applicazioni al processo penale*, Cagliari 1913, che già dal titolo lascia intendere un debito di riconoscenza nei confronti degli studiosi del processo civile.

⁷ Vedila in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma 1930, 1 ss. Grazie a Chiovenda, penetrano in Italia le riflessioni di autori tedeschi quali Oskar Bülow e Joseph Kohler, i quali danno una svolta agli studi processualistici postulando il carattere pubblicistico del "rapporto processuale" (anche civile). La monografia di Bülow sulle eccezioni e i presupposti processuali (*Die Lehre von den Processseinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen 1868) è comunemente considerata la prima trattazione moderna di diritto processuale: quella che individua con chiarezza il confine fra diritto sostanziale e diritto processuale, inquadrando il secondo nel rapporto Stato-cittadino (alla luce della concezione dello Stato affermatasi nel XIX secolo).

⁸ Nel saggio polemico *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in *Nuovi studi di*

Fondati o meno che fossero, quegli attacchi non sortirono l'effetto di scuotere l'edificio teorico che, nel frattempo, anche i processualisti avevano contribuito a costruire.

Di questo ci si renderà conto subito dopo la caduta del regime fascista, quando si porrà il problema di revisionare la codificazione penale del 1930. A un primo moto impulsivo che propugnava un ritorno alle codificazioni previgenti (al codice Zanardelli del 1889 per il diritto penale, al codice Finocchiaro-Aprile del 1913 per il diritto processuale), seguì un atteggiamento più prudente, orientato a riformare i codici fascisti, depurandoli delle incrostazioni autoritarie incompatibili con il sistema democratico.

I processualisti allora più influenti (Giovanni Leone, Giuseppe Sabatini, Remo Pannain) fecero leva proprio sul tecnicismo giuridico per giustificare le loro proposte di revisione della legislazione penale fascista. Valga per tutti l'esempio di Giovanni Leone che, in un articolo del 1945⁹, intende dimostrare che "ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale sia stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani". E più sotto aggiunge che di ciò si trova conferma innanzitutto nella "riconduzione del diritto penale allo schema del rapporto giuridico ... di cui si fece interprete in Italia l'indirizzo tecnico-giuridico", col risultato di salvaguardare i principi di legalità e di irretroattività della legge penale.

Bisogna riconoscere, infatti, che sul terreno processuale, la nozione di rapporto giuridico consentì alla giurisprudenza durante il ventennio fascista, di superare in via interpretativa certe asprezze della legge processuale particolarmente ostili alle ragioni della difesa, come l'abolizione delle nullità assolute per errori procedurali macroscopici¹⁰.

diritto, economia e politica, 1929, p. 26 ss., Spirito denuncia il fallimento dell'approccio propagandato da Arturo Rocco e ne svela l'inconsistenza teorica: "nulla di strano" egli scrive, "che i fautori del tecnicismo giuridico abbiano finito per trovarsi con il fardello di entrambe le scuole [la classica e la positiva] sulle braccia e soffocati dal peso di un inutile congerie di morti residui" (*ivi*, p. 26-27). In replica a quell'attacco, Carnelutti (*Il tecnicismo giuridico, ibidem*, p. 117), pur considerando la lezione metodologica di Rocco una tappa destinata ad essere superata, ne riconosce il valore scientifico e rileva che un analogo programma tecnico-giuridico s'è affermato nel diritto commerciale (nella contrapposizione fra Vivante e Bolaffio) così come nel diritto processuale civile, con la "maestrevole opera del Chiovenda e, alla debita distanza, della mia". Lo stesso Carnelutti, dunque, verso la fine degli anni '20, si sentiva vicino all'indirizzo tecnico-giuridico.

⁹ *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.* 1945, 23 ss.

¹⁰ Innovando rispetto al codice del 1913, quello del 1930 aveva trasformato in relative tutte

3. *Gli anni Cinquanta*

Il tecnicismo giuridico caratterizza anche gli anni Cinquanta. In uno scritto del 1952 dedicato proprio ad Arturo Rocco, Girolamo Bellavista fa un bilancio della scienza processualpenalistica dei precedenti decenni¹¹. Si tratta di un documento interessante, perché vi si riflette l'atteggiamento di un giurista già maturo (all'epoca più che quarantenne), consapevole dei limiti della scienza processuale. Fedele seguace del metodo tecnico-giuridico, egli denuncia il "rachitismo" della dottrina processuale penale e ne individua la causa principale nella scarsa autonomia didattica di una dottrina per di più ferma alla ricerca esegetica, ancora incapace di ergersi sul piano della ricerca sistematica (o dogmatica).

All'inizio degli anni Cinquanta, erano ancora rare le Università che avevano fatto chiamate sulle cattedre di Procedura penale. Nella maggior parte degli atenei, la disciplina era affidata per incarico ai docenti di diritto penale, la cui produzione (anche a fini concorsuali) era comprensibilmente sbilanciata su tematiche sostanziali. Non che fossero mancati, in anni precedenti, tentativi di sistemazione concettuale degli istituti processuali. Bellavista cita il manualetto di Luigi Lucchini, pubblicato nei primi anni del secolo¹², come "opera con la quale il diritto processuale penale può dirsi che abbia il suo battesimo scientifico"¹³. Per gli anni successivi, si citano autori quali Manzini, Massari, Delita-

le nullità. Quale che fosse l'inosservanza sottostante, l'invalidità era sempre sanabile. Proprio traendo spunto dall'idea di rapporto giuridico processuale la giurisprudenza di legittimità andò elaborando il concetto di inesistenza, onde evitare che si sanassero le nullità che il codice previgente considerava insanabili: veniva quindi sfidata la legge attraverso la creazione di una sanzione atipica (eccezione al principio di tassatività delle invalidità processuali) per quelle inosservanze (quali, ad esempio, la celebrazione di un'udienza dibattimentale in assenza del difensore) che pregiudicavano il valido costituirsi del rapporto in questione. Si veda, ad esempio, Cass. sez. I, 28 maggio 1934, in *Giust. Pen.* 1935, IV, c. 397.

¹¹ *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, in *Studi in Memoria di Arturo Rocco*, Giuffrè, Milano 1952, p. 151 ss.

¹² *Elementi di Procedura penale*, Firenze, 1905.

¹³ *Sullo stato attuale*, cit., p. 155: Lucchini "seppe liberarsi dalla schiavitù del commentario per tracciare, sia pur sommariamente, ma organicamente, la sistemazione scientifica del processo penale ricollegandone le nozioni – così come per primo il Mortara aveva fatto nel campo processuale civile – ai principi fondamentali del diritto pubblico, rilevandone i nessi col diritto amministrativo e col costituzionale, determinandone la cosiddetta posizione enciclopedica, orientando con la teoria dell'azione – già delineata sin dal 1903 dal Chiovenda sulle orme della dottrina tedesca – la dottrina processuale penale verso i problemi scientifici e pratici muovendosi intorno a questo concetto".

la, Leone, De Marsico, che offrono pregevoli contributi di carattere sistematico¹⁴. Ma, nel complesso, il panorama degli studi penalprocessualistici resta deprimente, soprattutto se raffrontato con l'avanzamento coevo delle dottrine processualcivilistiche.

Ed ecco la ricetta di Bellavista: “Eliminare le cause della decadenza, intensificare la produzione dogmatica, rifuggire dalla critica, approfondire la conoscenza scientifica degli istituti, sottrarsi alla supina imitazione di schemi e di teorie non adattabili al processo penale, questo, in sintesi è il programma inteso a trarre la scienza del diritto processuale penale dalla *mediocritas*, nemmeno *aurea*, nella quale versa oggi giorno”¹⁵. Basta, dunque, con le trattazioni piattamente esegetiche. Alla *scienza della legge* va preferita la *scienza del diritto*. All'esegesi, il sistema. Occorre dare il giusto spazio alla ricerca dogmatica, nella quale il metodo tecnico-giuridico individua la chiave di volta di un atteggiamento veramente scientifico.

L'auspicio di Bellavista troverà di lì a poco una sua significativa realizzazione nella prima importante monografia di Giovanni Conso¹⁶. Esce nel 1955 il volume su *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*. Un'opera che – col piglio sistematico raccomandato dal metodo tecnico-giuridico – chiaramente ambisce a porre le basi di una considerazione strettamente giuridica del processo. Rifacendosi alle nozioni (ormai tradizionali) di *rapporto processuale* e di *presupposto processuale*, l'Autore analizza la dinamica del processo alla luce della nozione di *fattispecie giuridica*. Nozione, questa, co-

¹⁴ Non sono molte le opere con pretesa di approfondimento monografico pubblicate prima del 1938 e meritevoli di essere a tal riguardo ricordate: ecco un elenco delle più significative: V. MANZINI, *Le questioni pregiudizionali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale*, Firenze, 1899, e IDEM, *Atti in generale, prove, azione penale, istruzione, giudizio, sentenza, impugnazioni, esecuzione*, Milano, 1914; A. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915; GIACOMO DELITALA, *Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, Milano, 1927; EDOARDO MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934.

Oltre agli autori citati nel testo, vanno ricordate opere di penalisti attenti al fenomeno processuale quali G. BATTAGLINI, *Il diritto di querela: fondamento politico dell'istituto, natura giuridica, nascita del diritto di querela, esercizio, estinzione*, Torino, 1915; E. FLORIAN, *Prove penali*, Milano, 1917; S. RANIERI, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928 e G. PAOLI, *La nozione di lite nel processo penale*, Padova, 1930.

¹⁵ *Sullo stato attuale*, cit., p. 173.

¹⁶ Giovanni Conso è, in ordine di tempo, il primo studioso “puro” del diritto processuale penale. Si può dire che in lui si realizza appieno quell'autonomia didattica della disciplina auspicata da Girolamo Bellavista.

mune a tutte le discipline giuridiche, ma che attende di essere concettualmente precisata per quella disciplina (ancora nuova) rappresentata dalla Procedura penale. Il merito di questa monografia¹⁷ è stato quello di aver dato dignità dogmatica e, quindi, scientifica alla molteplice varietà di effetti giuridici che gli atti e i fatti processuali sono idonei a produrre. Tali effetti giuridici meritano di essere classificati e catalogati per differenze o similitudini, in maniera da ricavarne quei principi di carattere sistematico che – secondo il metodo tecnico-giuridico – permettono, sul piano didattico, di spiegare chiaramente il fenomeno processuale e, sul piano pratico, di affrontare con maggior consapevolezza e cognizione di causa anche la più delicata questione interpretativa.

Molti autori, negli anni successivi, seguiranno la via così tracciata¹⁸, proprio mentre si avvicina il momento di crisi dell'indirizzo tecnico-giuridico nell'ambito degli studi processualpenalistici.

L'insoddisfazione seguita alla vasta riforma processuale del 1955 fa prevalere l'elemento critico su quello dogmatico. Interprete autorevole del malcontento, Francesco Carnelutti, il quale interviene sulla sua rivista per denunciare lo stato di crisi della giustizia penale¹⁹, determinata – a suo avviso – oltre che da immaturità scientifica, anche da un eccesso di reverenza nei confronti del dato normativo²⁰.

4. Tramonto del tecnicismo giuridico

A rileggerla oggi, ci si rende conto che quella denuncia preannuncia se non il rapido tramonto, quanto meno il crepuscolo del metodo propugnato da Rocco nella prevalente cultura processualpenalistica.

Carnelutti non è certo un seguace del tecnicismo giuridico, che pur difese nella già segnalata polemica con Ugo Spirito. Una personalità di grande intuito, lo potremmo definire, fortemente caratterizzata in senso antidogmatico,

¹⁷ E della monografia (sempre del 1955) su *Il concetto e le specie di invalidità*, che della precedente può esser considerata il completamento.

¹⁸ Si vedano, in particolare, alcune delle monografie pubblicate nella collana "Studi di diritto processuale penale" edita da Giuffrè e diretta proprio da Giovanni Conso a partire dal 1959.

¹⁹ *La crisi della giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.* 1958, p. 333 ss.

²⁰ Giuristi scientificamente sprovveduti, per giunta abituati a occuparsi "più della legge com'è che non come dovrebbe essere" (*loc. ult. cit.*, p. 334) sono incapaci di far da guida al legislatore, suggerendo le soluzioni tecniche adeguate ai problemi del tempo.

refrattario a una sistematica di stampo positivistico (nel senso del positivismo giuridico). Egli dedicherà gli ultimi anni della sua carriera accademica alla procedura penale, accettando la chiamata sulla cattedra romana della Sapienza, desideroso di contribuire alla dignità scientifica di codesta disciplina. L'intento è espresso esplicitamente in uno scritto del 1946 intitolato *Cenerentola*²¹. Come la protagonista della fiaba, anche la procedura penale è costretta a vestire gli abiti smessi dalle sorellastre. Non una vuota autonomia disciplinare, né l'elaborazione di un sistema fatto di concetti astratti, bensì la profonda comprensione dell'intimo rapporto fra processo e pena è la via da seguire per nobilitare la procedura penale, promuovendola al rango di scienza e, dunque, meritevole di mutare il suo nome in *diritto processuale penale*.

Diversamente dal processo civile, la cui posta in gioco riguarda l'*avere*, quello penale ha sempre di mira l'*essere* della persona. Il modello, pertanto, è quello della giurisdizione volontaria, non contenziosa. Ciò comporta una peculiarità strutturale del processo penale. Solo in esso si avverte la necessità di regolamentare la fase che precede l'esercizio dell'azione, la fase dedicata alla preparazione dell'accusa. Nulla di simile esiste nel processo civile di tipo contenzioso.

Muovendo da questa semplice constatazione²² e su posizioni apertamente critiche rispetto al metodo tecnico-giuridico, così ottusamente restio a prender in considerazione il *dover essere* (della norma), Carnelutti si farà paladino, tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio dei Sessanta, di una profonda riforma processuale. La bozza da lui redatta nel 1962 su incarico del ministro della giustizia Gonella non avrà seguito immediato, sul terreno legislativo²³. Costituirà tuttavia un evento importante sul piano del dibattito interno alla procedura penale italiana e contribuirà al superamento dell'approccio tecnico-giuridico.

Lo conferma l'intervento di Franco Cordero nel convegno leccese del 1964 dedicato alla riforma del processo penale: un convegno memorabile nella storia della nostra disciplina²⁴. Si capisce subito, dall'*incipit* della relazione, qua-

²¹ In *Riv. dir. proc.* 1946, I, p. 1 ss.

²² Più volte ribadita in diversi luoghi: si vedano, in particolare, *La crisi della giustizia penale*, cit., p. 336 e p. 348; *Principi del processo penale*, Napoli 1960, p. 8 ss.; *Premessa*, in *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Firenze 1962, p. 16 ss.;

²³ I suoi effetti si faranno sentire, a notevole distanza di tempo, quando, sul finire degli anni Ottanta, sarà varato il nuovo codice di procedura penale.

²⁴ Gli atti sono pubblicati nel volume curato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale col titolo *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965.

le distanze separi il giovane Cordero dall'approccio tecnico giuridico. "Vi sono idee che non ammettono neppure il tentativo di un approccio critico" afferma con tono quasi spavaldo: "l'accoglierle è un fatto mistico, ma il processo penale, nel nostro tempo almeno, non appartiene tanto alla sfera del mistico, quanto alla prassi ragionata". Si coglie, in queste parole, una marcata estraneità all'approccio formalistico propugnato dai tecno-giuristi. Il linguaggio è nuovo così come nuovi sono i concetti fondamentali. Non ricorrono le tradizionali categorie del tecnicismo giuridico, quali il *rapporto giuridico processuale* o i *presupposti processuali*. Il processo è concepito ben più realisticamente come fenomeno agonistico, come contesa fra accusa e difesa. La posta in gioco è politica, non solo giuridica. Oltre che di Carnelutti (del cui progetto di riforma Cordero terrà ampiamente conto nella propria relazione), si sente l'eco di James Goldschmidt²⁵. Nel secondo atto dell'accennato convegno svoltosi, sempre nel 1964, a Bellagio, Cordero difende la proposta ispirata all'idea carneluttiana dell'inchiesta di parte, con affermazioni che meritano di essere qui riportate, per il loro evidente valore politico: "... il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) può essere inteso in due sensi: è utile, in quanto favorisce il buon risultato dell'istruzione probatoria, ed è moralmente necessario; un processo senza contraddittorio, anche se fosse garantita la giustizia della decisione, sarebbe un prodotto ideologicamente deteriore". E, subito dopo: "giudicare un nostro simile è impresa terribile, che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè, il modo in cui si agisce val più del risultato. Si può immaginare un processo dal quale, comunque la cose vadano, la civiltà esca umiliata e un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori"²⁶. Parole lontane dallo stile

²⁵ È bene segnalare che la prima monografia di FRANCO CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, di marcata ispirazione metodologica, svela molteplici punti di contatto col pensiero (pur criticamente vagliato) del grande processualista tedesco e, in particolare, col suo fondamentale *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925. Pur muovendo da un approccio formalistico, la monografia del 1956 ripudia il concetto di "rapporto giuridico processuale" (p. 14-19) e si apre a una visione funzionale della dinamica processuale, vale a dire al rilievo delle interazioni fra le situazioni soggettive di "potere", "dovere", "onere", "facoltà" nel cui avvicinarsi si risolve l'esperienza processuale. L'analisi, imperniata su categorie dogmatiche, è condotta secondo lo stile tecnico-giuridico, ad esempio in quanto persegue la messa a punti di concetti sistematici, ma la scelta di guardare al fenomeno processuale dall'angolo prospettico delle ricordate "situazioni soggettive" proietta il discorso (e l'attenzione del lettore) oltre il formalismo della scuola tecnico-giuridica.

²⁶ *Criteri direttivi per una riforma*, cit. p. 356.

del tecno-giurista. Viene piuttosto alla mente un'altra volta Goldschmidt il quale, nell'introdurre la sua monografia sulle situazioni giuridiche, scrive che "il diritto processuale non può allignare che sul terreno del liberalismo"²⁷. Il giurista si deve battere per affermare anche nel processo la democrazia che si predica in politica. Del resto, anche il processo giudiziario (analogamente a quello legislativo) culmina in una decisione che, a ben vedere, vale come norma del caso singolo: norma particolare e concreta, adottata sulla scorta di regole generali ed astratte espresse nelle formule legislative, che (da un punto di vista "democratico") sarebbe scorretto imporre, se chi ne subisce gli effetti non avesse avuto la possibilità di partecipare alla sua formazione.

L'esperienza processuale diventa oggetto di uno sguardo diverso, inedito per la cultura giuridica italiana. A ciò contribuisce anche la prospettazione di radicali riforme, che fa apparire obsoleto il metodo tecnico-giuridico, istintivamente associato – a torto o a ragione – alla conservazione dello *status quo* normativo. Atteggiamenti antiformalistici sono altresì incoraggiati dall'opera della Corte costituzionale, sovente chiamata – nel corso degli anni Sessanta – a esprimersi circa la conformità delle norme del codice di rito con la tavola di valori espressa nella carta fondamentale. Ne scaturisce una tensione verso il nuovo, un ragionar per principi (non dogmatici, bensì costituzionali) che caratterizzerà la generazione dei giovani processualisti che si affacciano in quell'epoca.

Tra la fine degli anni Sessanta e la fine dei Settanta, si verifica un mutamento nello stile dottrinale. Si fanno più serie e ragionate le critiche al formalismo giuridico, ispirato a quella sorta di prosecuzione (pur aggiornata) del metodo tecnico-giuridico rappresentata dal positivismo giuridico²⁸. L'astrattezza delle categorie concettuali elaborate per interpretare il diritto positivo appare di colpo incapace di afferrare la ricchezza dell'esperienza giuridica e inadeguata ad accogliere l'orientamento al contempo individualistico e solidaristico che promana dalla costituzione democratica²⁹.

In quegli anni, la società italiana vive momenti di rapida trasformazione. Il benessere accentua la sensibilità comune sui diritti fondamentali della persona e sulla necessità di una loro maggior tutela di fronte alle iniziative repressive

²⁷ "Das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen": così nel Vorwort a *Prozess als Rechtslage*, cit., p. V.

²⁸ Merita di essere ricordata, al riguardo, l'uscita nel 1967 del *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri.

²⁹ Si veda il breve e arguto scritto polemico di G. FASSÒ, *Il positivismo giuridico "contestato"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, p. 298 ss.

dell'autorità pubblica. La magistratura è attraversata da tensioni che sfociano in teorie sull'uso alternativo del diritto. Basti pensare al Convegno di Gardone, organizzato dall'ANM nel 1965, nel quale passa un ordine del giorno che apre nuovi orizzonti all'attività interpretativa del giudice. Si acquista consapevolezza che il diritto processuale penale è, essenzialmente, diritto costituzionale applicato. Aniché cercare nella legge ordinaria conferma dei principi costituzionali, si studiano e si analizzano i principi costituzionali, per trarne spunti e argomenti di critica alla legge processuale ordinaria. Confermano un simile approccio gli studi di Giuliano Amato sulla libertà personale³⁰, di Vittorio Grevi sul diritto al silenzio³¹, di Massimo Nobili sul libero convincimento³², di Mario Chiavario sulle garanzie individuali nel processo penale³³, di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza³⁴, di Giulio Illuminati sulla presunzione d'innocenza³⁵, di Paolo Ferrua sull'oralità della prova³⁶.

Ingrediente comune di queste opere è la critica serrata all'esistente e la tensione verso un nuovo modello processuale, secondo linee tratte da una lettura socialmente impegnata della Costituzione³⁷.

La tensione si allenta fino a sciogliersi sul finire degli anni Ottanta, con l'entrata in vigore del codice riformato. Raggiunto il risultato sognato da tempo, occorre spiegare l'esistente, per di più in un contesto politico-costituzionale dai connotati nuovi; un contesto che pone nuove sfide ai giuristi, non esclusi i cultori del diritto processuale penale.

³⁰ *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

³¹ *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972.

³² *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974.

³³ *Processo e garanzie della persona*, Milano 1976.

³⁴ *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.173 e s.

³⁵ *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.

³⁶ *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981.

³⁷ Esemplare, al riguardo, il volume su *La disciplina costituzionale del processo*, pubblicato da M. NOBILI nel 1976 (Bologna, tip. Lorenzini). Un'opera con finalità didattiche, nella quale l'autore dedica ampio spazio alla questione metodologica. Egli avverte l'esigenza di prender le distanze dal metodo "tecnico-giuridico" o "dommatico" (p. 11), per approdare a un "metodo integrato" (p. 17 ss.) capace di accogliere nel proprio grembo anche quelle scienze ausiliarie (in particolare la sociologia del diritto) che il tecnicismo-giuridico aveva inteso emarginare dall'oggetto della scienza penale. Di M. NOBILI si veda inoltre lo scritto *La procedura penale tra "dommatica e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *La questione criminale* 1977, p. 51 ss.

5. Attuali tendenze delle dottrine processualistiche

Non è solo la riforma del 1988 ad aver influito sullo stile dottrinale del processualista. L'entrata in vigore del nuovo codice coincide con l'inizio di una poderosa internazionalizzazione degli ordinamenti giuridici. Gradualmente, il fenomeno tocca anche il diritto e la procedura penale.

Negli anni Novanta – dopo la caduta dei regimi socialisti dell'Est – l'integrazione europea subisce una forte accelerazione. Il diritto interno dei singoli Stati ne esce modificato, per le cessioni di sovranità che il processo di unificazione comporta. Aumenta l'importanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giacché le condanne della Corte di Strasburgo debbono essere prese più seriamente di quanto accadeva nei decenni precedenti.

Il giurista deve fare i conti con una realtà normativa che registra trasformazioni profonde. Le diatribe metodologiche dei tempi passati erano tutte incentrate su una legge statale caratterizzata da una certa stabilità nel tempo.

Il tecnicismo giuridico predicava la triade esegesi-dogmatica-critica, avendo di mira un quadro normativo assai semplice. Già l'avvento della costituzione democratica – con le sue norme programmatiche sovraordinate alla legge statale – complicò quel quadro, determinando quel rinnovamento dello stile dottrinale del quale si è detto poco fa.

Ora, la situazione è ancora più complessa, grazie alla presenza di normative sopranazionali direttamente applicabili dal giudice italiano e al peso che vanno assumendo le Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo) nel diritto interno. Ciò non può restare senza effetti sul terreno della riflessione metodologica.

I profondi cambiamenti nella realtà degli Stati nazionali, la perdita di centralità della legge statale, la crescente importanza del formante giurisprudenziale rendono necessaria una riflessione sul metodo in tutti i settori dell'esperienza giuridica³⁸, ma principalmente in quello penale, per l'intimo rapporto che intercorre fra idea di sovranità ed esercizio del potere punitivo³⁹.

³⁸ Molto istruttiva, in proposito, la lettura di M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, alla quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sulla crisi che stanno attraversando gli ordinamenti statuali per i riflessi che la globalizzazione economica è capace di irradiare sulle istituzioni pubbliche nazionali. Si vedano, inoltre, sull'attuale crisi dello Stato nazionale S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma 2002 e P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato*, Milano 2006, p. 279 ss.

³⁹ Per qualche iniziale riflessione al riguardo sia consentito rinviare ai precedenti saggi *Giustizia penale e ruolo dello Stato, un rapporto in crisi*, in *il Mulino* 2002, p. 863 ss., nonché *Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. VOGLIOTTI, Torino 2008, p. 235 ss.

Un riposizionamento metodologico si impone, dunque, anche per lo studioso del processo penale, posto che stiamo vivendo un momento di discontinuità nell'evoluzione dello Stato. In fondo, a ben vedere, il metodo tecnico-giuridico fu messo a punto per adeguare l'arsenale concettuale del penalista alla nuova realtà dello Stato nazionale unitario. E fu l'avvento della Costituzione repubblicana, con le dottrine che da essa lentamente scaturirono, a imporne il superamento. Ora, la varietà e molteplicità delle fonti normative, l'accennata compenetrazione fra diritto interno e ordinamenti sovranazionali, il crescente peso della giurisprudenza sia nel diritto interno (Corte costituzionale e Corte di cassazione) sia nel diritto *lato sensu* europeo (Corte di giustizia europea e Corte europea dei diritti dell'uomo) rendono obsolete le metodologie maturate nelle epoche precedenti.

Ben poco si può salvare, pertanto, del metodo tecnico-giuridico, così come illustrato da Rocco nella sua prolusione sassarese. Intendiamoci: nessuno dubita che pure il giurista odierno fa dell'*esegesi*, quando si sforza di interpretare una norma; fa della *dogmatica*, quando cerca di riunire in concetti generali figure o situazioni distinte, accomunate da significativi tratti comuni; fa della *critica*, quando esprime posizioni dissonanti con gli statuti normativi esistenti, suggerendo modifiche spesso tratte dalla *comparazione* (diacronica e sincronica). Ancor oggi, grosso modo, questi possono esser considerati gli arnesi del mestiere per il giurista positivo. Quel che cambia, mi sembra, è l'ordine del loro impiego.

Per Rocco, la corretta applicazione del metodo prevedeva che l'esegesi precedesse la costruzione dogmatica e che quest'ultima precedesse la critica su base comparativa. Oggi parrebbe consigliabile procedere con una sequenza diversamente combinata.

Ogni problema giuridico suppone innanzitutto un'attenta ricognizione delle norme ad esso applicabili (nel diritto interno e nella corrispondente giurisprudenza, oltre che, eventualmente nel diritto europeo e nella giurisprudenza delle corti europee). Già l'esegesi si presenta quindi assai più complessa di quella semplice analisi letterale del testo normativo a cui si pensava cento anni fa, quando il diritto penale e processuale rinviavano all'unica fonte normativa rappresentata dalla legge statale.

Interpretata la norma, il giurista moderno ne verifica la ragionevolezza alla luce di norme sovrallegali (Costituzione italiana, Costituzione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e ne saggia la praticabilità sulla scorta di un'intelligente comparazione con esperienze passate o di altri ordinamenti contemporanei. Dall'esegesi si passa, dunque, direttamente alla critica, per dirla con i tecno-giuristi.

Quanto alla dogmatica (o sistematica), essa costituisce il risultato di un'opera di astrazione volta a condensare in concetti generali le caratteristiche comuni di istituti e situazioni diverse, sì da migliorare la comprensione del fenomeno giuridico studiato, realizzando al contempo un'economia del pensiero e del discorso.

Come la si intende oggi, la dogmatica mi sembra diversa da quella che aveva in testa Arturo Rocco. Quella era calibrata sull'unica fonte normativa data: la legge dello Stato. C'era, in essa, qualcosa di (laicamente) sacrale e duraturo nel tempo, perché ampi erano gli archi temporali che le leggi lasciavano presagire. Oggi, invece, la dogmatica si nutre di una varietà di riflessioni, maturate su normative plurime e interpretazioni giurisprudenziali in permanente evoluzione. Aver di mira la sola legge statale, espone al serio rischio di costruire concetti inadatti allo scopo pratico di meglio intendersi e di meglio orientare le prassi giudiziarie o forensi. La dogmatica odierna – per chi ancora desidera coltivare quest'arte con risultati soddisfacenti – ha bisogno di riflessioni ad ampio raggio, consapevoli dell'intreccio di fonti normative (interne e sovranazionali), pronte a considerare attentamente le rispettive interpretazioni giurisprudenziali e che sappiano altresì valorizzare le elaborazioni concettuali maturate in esperienze straniere, in quanto appaiano utili alla miglior comprensione della nostra esperienza.

Un metodo che pretende di rispondere alle esigenze e alle sensibilità attuali non può tuttavia limitarsi all'analisi giuridica degli istituti. La procedura penale è anche una pratica che, se la si vuol comprendere negli angoli inaccessibili all'analisi giuridica, va studiata nei suoi concreti aspetti applicativi, con attenzione al dato empirico (ad es., quante le archiviazioni in un determinato lasso di tempo? Quante le condanne e quanti i proscioglimenti? Quale la percentuale dei riti speciali? Quante le sentenze impugnate? Con quali esiti? etc.). È vero che bisogna andarci cauti con le statistiche o, più in generale, con i dati di realtà (es. interviste a magistrati o avvocati). Il giurista (almeno quello italiano) ha, al riguardo, una cocciuta diffidenza. Bisogna però considerare che le scienze sociali hanno raggiunto una considerevole raffinatezza nell'uso di codesti strumenti. Avvalersene da parte del giurista è certo difficile e rischioso, ma non può essere questa una ragione sufficiente per escludere ponderate riflessioni sui dati empirici riguardanti la giustizia, a fronte dei vantaggi che potrebbero venirne in termini di consapevolezza circa i problemi della nostra procedura penale e di formulazione di proposte sensate per affrontarli⁴⁰.

⁴⁰ Spesso, chi critica l'uso delle statistiche o di dati empirici nella dottrina processualpenali-

Il discorso sul metodo del processualista odierno meriterebbe una riflessione più articolata e uno spazio superiore a quello consentito al presente contributo. Il pur frettoloso promemoria sarebbe tuttavia gravemente monco, se non lo completasse qualche altra osservazione.

La prima riguarda i rapporti fra diritto processuale e diritto penale. Quando Rocco scriveva la sua prolusione, le due specialità erano riunite in un unico bagaglio: quello del penalista. Lo sdoppiamento del 1938 ha separato, sul piano accademico, due discipline che nella realtà sono inscindibilmente unite. Il diritto penale, infatti, diversamente dal civile, può attuarsi (giuridicamente) solo attraverso processo. La scissione ha certo avuto l'effetto positivo di conferire alle tematiche processuali un risalto, sul terreno sia didattico sia letterario, che queste non avevano, finché sono state oggetto di un'attenzione, per così dire, marginale nei corsi di diritto penale. Ma quel che si è guadagnato in profondità (nello studio sistematico degli istituti processuali), lo si è perduto, per così dire, in latitudine, giacché il processualista ha amputato dai propri programmi di ricerca e insegnamento la teoria del reato, la teoria della pena, la parte speciale etc. Negli anni immediatamente successivi allo sdoppiamento il problema non è stato avvertito, perché – come già rilevato – la procedura penale era insegnata da docenti specializzati nel diritto penale sostanziale. Ma, a partire dagli anni Sessanta, i docenti chiamati sulle cattedre di procedura penale sono pressoché tutti dei processualisti puri. Essi approfondiscono solo una faccia della complessa realtà penale e lo fanno, per lo più, con l'orgoglio che si accompagna a un'autonomia da poco conquistata, timorosi di perderla nel confronto con la folta e agguerrita pattuglia dei "cugini" penalisti. Forse per questo, negli ultimi decenni sono state assai rare le occasioni di incontro e dialogo fra le due discipline. In realtà, la quasi assenza di dialogo impoverisce entrambi i fronti, perché anche i penalisti, non più abituati a guardare il reato dal prisma dell'accertamento processuale, colgono solo una parte della complessa realtà penale. Eppure sono davvero molti e importanti i temi sui quali sarebbe preziosa una riflessione comune: la notizia di reato, la competenza, le misure cautelari, l'oggetto e la valutazione della prova, l'imputazione del fatto, le impugnazioni, la prescrizione e l'elencazio-

sta non esita, poi, a trarre dalla propria personalissima esperienza (di avvocato o magistrato) spunti per convalidare tesi interpretative, per difendere lo *status quo* o per motivare proposte di riforma: da un punto di vista "scientifico", promuovere l'esperienza personale al rango di esperienza-tipo è atteggiamento assai più discutibile e sbagliato che servirsi di dati empirici (dei quali, ovviamente, sia stata vagliata l'affidabilità). Col che non si vuol escludere che pure esperienze personalissime siano talvolta illuminanti e istruttive.

ne potrebbe continuare. Ognuno di codesti grandi capitoli del diritto processuale potrebbe giovare delle raffinate analisi dei colleghi penalisti, i quali, reciprocamente, troverebbero nelle categorie concettuali elaborate dai processualisti spunti per speculazioni meglio calibrate sulla dinamica procedurale⁴¹. Più in generale, le riflessioni di politica criminale costituiscono, in prospettiva futura, un fertile terreno di confronto. Auspicabile perciò che crescano gli spazi e le occasioni di scambio fra i due ambiti disciplinari.

Il diritto penale non è la sola disciplina giuridica con la quale il processualista deve intrattenere rapporti di buon vicinato e di scambio proficuo. Oltre al diritto costituzionale, col quale – come accennato – v'è un rapporto di derivazione o discendenza più che di affinità⁴², sempre più importante si rivela la relazione o, meglio, l'intreccio con taluni settori del diritto amministrativo. L'evoluzione in senso preventivo del sistema penale, l'enfasi sulla sicurezza delle moderne politiche criminali, espone i diritti individuali al rischio di essere autoritariamente compressi anche in assenza di addebiti penali: si pensi ai sequestri e alle confische disposte nel corso dei procedimenti di prevenzione *ante delictum* oppure ai trattenimenti degli immigrati nei centri di identificazione ed espulsione. Siamo fuori del processo penale, ma gli interessi (individuali e pubblici) in gioco sono gli stessi. Siamo fuori del processo penale, eppure – nell'epoca del diritto penale securitario – accade sovente che attività di carattere amministrativo predispongano materiale conoscitivo utile per avviare un'indagine penale e per formare il convincimento giudiziale. Ed è facile rendersi conto di quanto le sinergie tra attività amministrativa e attività giudiziaria siano agevolate dall'uso delle tecnologie informatiche.

C'è poi un campo che i cultori del diritto processuale penale dovrebbero coltivare in proprio. Alludo all'ordinamento giudiziario, tradizionalmente curato dai colleghi processualcivili e, in epoca più recente, dai costituzionalisti (BARTOLE, PIZZORUSSO, ROMBOLI, ZANON), nonché da studiosi di scienza politica (DI FEDERICO, GUARNERI, PEDERZOLI). È strano che i processualpenalisti

⁴¹ Il penalista-tipo affronta lo studio del reato eliminando mentalmente quell'"accidente" lungo e tortuoso che è l'*iter* giudiziario. Egli dà solitamente rilievo a un solo momento del processo: quello in cui il giudice decide il merito della causa o, addirittura, quello in cui il giudice di legittimità si pronuncia sulla sentenza di merito. Come il fatto di reato sia considerato nelle fasi precedenti (da polizia, pubblico ministero, giudice cautelare etc.) è cosa che per lo più non viene presa in considerazione.

⁴² Vale la pena ripeterlo: il diritto processuale penale è – per dirla con i tedeschi – diritto costituzionale applicato (*angewandtes Verfassungsrecht*, secondo la locuzione introdotta più di sessant'anni fa da H. HENKEL, *Das Deutsche Strafverfahrensrecht*, Hamburg, 1943, p. 86).

non avvertano l'esigenza di occuparsene a loro volta, per la parte che strettamente li riguarda. Eppure, negli ultimi vent'anni, le riforme più significative sul terreno dell'organizzazione giudiziaria hanno riguardato il settore penale: si pensi alle riforme che nel 1991 hanno modificato la struttura organizzativa degli uffici d'accusa; a quelle che, a partire dallo stesso periodo, hanno cercato di centralizzare le organizzazioni di polizia per un più efficace contrasto al crimine organizzato. La stessa riforma dell'ordinamento giudiziario varata nel 2006 tocca la realtà della magistratura penale in punti cruciali del suo assetto organizzativo⁴³. Ciò che dimostra come scelte di politica criminale abbiano spesso un riflesso immediato proprio sul terreno organizzativo. Oltre che una maggior considerazione da parte dei processualisti, i temi dell'organizzazione giudiziaria (e di polizia) meriterebbero – a mio avviso – di essere inclusi nel programma istituzionale di insegnamento della procedura penale.

L'ultima osservazione cade, infine, sull'approccio comparatistico, assai trascurato finora dagli studiosi italiani del processo penale. Non mancano lodevoli eccezioni, soprattutto con riguardo alla comparazione con i modelli processuali di *common law*. Restano tuttavia una minoranza i processualisti che hanno studiato ordinamenti stranieri, con l'intento di meglio comprendere il proprio. Per fortuna si riscontra oggi fra i giovani un interesse ad allargare l'orizzonte delle proprie conoscenze oltre i confini del diritto nazionale. Del resto, la dimensione europea che il diritto penale va assumendo, rende la conoscenza di altri ordinamenti processuali necessaria anche per ragioni applicative⁴⁴, non solo per motivi di speculazione comparativa. Ma non si trascuri il lato speculativo o, se si preferisce, culturale della faccenda. Chi, con serietà, coltiva la comparazione (anche storica) è naturalmente portato ad assumere un atteggiamento mentale di particolare apertura verso mondi dominati da principi, dogmi, concetti diversi da quelli largamente o universalmente condi-

⁴³ Si vedano le informazioni al riguardo nello scritto *L'organizzazione della giustizia penale*, in P. BIAVATI, C. GUARNERI, R. ORLANDI, N. ZANON, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Bologna 2008, p. 199 ss.

⁴⁴ Si pensi all'applicazione del mandato d'arresto europeo, quando si debba stabilire se dal diritto straniero derivino ostacoli alla consegna dell'estraddando (esemplare, al riguardo, Cass. s.u. 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci). E, ancora, si pensi alle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna uno Stato straniero per violazioni del *fair trial*: occorre avere una sufficiente conoscenza dell'ordinamento processuale nel quale la violazione è maturata, per capire se gli argomenti esposti in quella condanna possano valere anche per la realtà italiana. E rilievi analoghi valgono per le decisioni della Corte di giustizia europea, che risolvano questioni pregiudiziali relative a norme di ordinamenti stranieri.

visi nel più ristretto ambiente di provenienza. Conoscere l'altro è la condizione che permette di guardare la propria realtà con l'occhio dell'osservatore esterno. Lo straniamento che ne deriva consente di guadagnare un punto di vista più elevato, dal quale cogliere con miglior consapevolezza la ragion d'essere culturale, politica, sociale delle soluzioni giuridiche messe a confronto. Sta qui, nella capacità di cogliere la radice extragiuridica di molte soluzioni giuridiche, il vero valore della comparazione e il prezioso contributo che ne può venire sia all'esegesi normativa sia alla dogmatica degli istituti processuali.

TULLIO PADOVANI

LEZIONE INTRODUTTIVA SUL METODO
NELLA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE^(*)

1. Una lezione sul metodo nella scienza penale si prospetta difficile nei contenuti e difficile anche nell'esposizione, perché, per quanto ci si sforzi, certamente sarà impossibile fornire un quadro che vada al di là di un'inevitabile sommarietà. Si tratta, inoltre, di una lezione introduttiva "affetta" da una coincidenza molto imbarazzante, rappresentata da una prolusione sassarese, giustamente celeberrima, che ebbe a suo tempo lo stesso oggetto e fu tenuta da colui che rappresenta il nostro comune avo accademico, vale a dire Arturo Rocco. Quella celeberrima prolusione sassarese si tenne il 15 gennaio 1910, novantaquattro anni fa come oggi. Naturalmente non potete pensare che io voglia con ciò far echeggiare i rintocchi fatali delle campane del destino. Semmai potrebbe venire in mente un riferimento di carattere filosofico-letterario, cioè "Il 18 Brumaio di Luigi Buonaparte" ove Marx inserì la feconda massima secondo cui gli eventi della storia si presentano sempre due volte: la prima volta come tragedia e la seconda come farsa. Ora non vorrei che si profilasse una pesante ipoteca sul ruolo assegnatomi dal destino. È certo, comunque che di fronte ad un testo come quello di Arturo Rocco, che ancora oggi, come vedremo, conserva una vivace attualità, non si può non provare un grave imbarazzo nel ripercorrere un cammino già così compiutamente e profondamente tracciato.

2. La questione del metodo assume forse solo nell'ambito penalistico una dimensione tanto problematica quanto conflittuale. In altre discipline giuridiche essa è destinata ad assumere toni e caratteri assai meno laceranti. In diritto civile, non credo che tra Bartolo da Sassoferrato, per dire un remoto civilista, e Filippo Vassalli, per dirne un altro grandissimo nel secolo scorso, corra

* Si tratta della lezione introduttiva (con poche varianti formali) al corso di diritto penale nella Scuola Superiore "Sant'Anna" di Pisa, tenuta nell'ormai lontano 15 gennaio 2004. In quell'anno i docenti delle varie discipline furono sollecitati ad aprire i loro corsi con una introduzione di carattere metodologico. L'idea ha partorito questo testo, rimasto a lungo inedito (forse giustamente). Le circostanze lo hanno dissepellito.

una tale enorme differenza sul metodo, da evocare scenari alternativi e contrapposti. In fondo, entrambi restano nell'orbita dello studio di un diritto volto a regolare i rapporti tra privati; l'oggetto cui si rivolgono potrà essere mutevole, le tecniche potranno, sul piano ermeneutico, essersi affinate e precisate ma, in fin dei conti, il modo in cui essi affrontano il problema non è così distante da rendere il loro rapporto antagonistico. Viceversa tra Francesco Carrara ed Enrico Ferri, che pure sono quasi contemporanei, la distinzione è nettissima e radicale. I linguaggi che i due parlano differiscono già a partire dall'identificazione dell'oggetto della scienza: il reato come entità giuridica che discende da un'analisi razionale in Francesco Carrara e, invece, l'uomo delinquente e le cause della criminalità nel pensiero di Ferri.

Ma prima di inoltrarci in una ricostruzione storica delle vicende del metodo nella scienza giuridico-penale, vorrei stipulativamente soffermarmi sul concetto stesso di "metodo".

A questo proposito si può – credo – convenire che di "metodo" esistono due nozioni: una di carattere generico che lo identifica come "qualsiasi procedimento concettuale di ricerca e di dimostrazione" ed un concetto più specifico che lo identifica come "tecnica di conoscenza di un oggetto". Quest'espressione mi pare abbia alle spalle una lunga tradizione che risale ad un filosofo ingiustamente dimenticato (o non sufficientemente ricordato), che invece proprio noi penalisti dovremmo ricordare amorevolmente: Jacopo Zabarella, che tra il 1533 e il 1589 fu studioso molto originale della logica aristotelica e tenne la prima cattedra di logica all'Università di Padova. Si tratta di uno studioso strettamente imparentato con la riflessione penalistica, perché sua è la formula euristica della *conditio sine qua non* della quale dimostrò l'efficienza dimostrativa: si trattava di partire dagli effetti sensibili prospettando un regresso ricostruttivo che portasse all'individuazione delle condizioni necessarie. Nella sua ricerca epistemologica egli definì il metodo con molta chiarezza: "*methodus nihil alii esse videtur quam habitus intellectualis, instrumentalis nobis inserviens ad rerum cognitionem adipiscenda*" (lo strumento concettuale che serve per acquisire la conoscenza delle cose, vale a dire la tecnica di conoscenza di un oggetto). Il metodo varia in funzione dell'oggetto che si studia: non posso indagare la caduta dei gravi con lo stesso metodo con cui esploro la nozione di truffa. L'oggetto condiziona il metodo, ma è vero anche l'inverso, perché il metodo interagisce con l'oggetto condizionandone la definizione e concorrendo a determinare i risultati della ricerca. Perciò utilizzando il metodo ermeneutico giuridico scoprirò moltissime cose sulla truffa, ma certo non scoprirò mai le cause di un comportamento fraudolento.

Dobbiamo chiederci qual è l'oggetto della scienza penale. Se il metodo non è sempre lo stesso (come in effetti non lo è) anche gli oggetti risulteranno, corrispondentemente, diversi. Ma noi, che siamo in qualche modo educati ad una cultura giuspositiva (anche se, credo, ampiamente rivista in termini critici) potremmo certamente soggiungere che l'oggetto della scienza penale è il sistema delle norme giuridico-penali positive. In realtà, storicamente ci troviamo in presenza di una varietà di definizioni dell'oggetto della scienza penale, a ciascuna delle quali corrisponde l'introduzione di metodi diversi i quali, a loro volta, finiscono con l'incidere ulteriormente sull'oggetto della ricerca.

Percorrendo lo sviluppo della scienza penale dall'angolo visuale del metodo, abbiamo l'impressione di trovarci di fronte ad un continuo mutamento di fronte: assistiamo a continui mutamenti di oggetto. Se prendiamo le mosse, com'è inevitabile, dalla riforma settecentesca, che è l'epoca della costituzione del diritto penale moderno, non abbiamo bisogno di molto tempo o concentrazione per scoprire che l'oggetto è, in quel momento, sempre e solo il diritto di punire: perché si punisce, entro quali limiti si può punire, che cosa si può punire, e con quali finalità e mezzi si può punire. In effetti, aprite Beccaria e scoprirete che già nel paragrafo primo egli si occupa dell'origine delle pene in una dimensione contrattualistica. Le pene sono motivi sensibili che devono bastare a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos. Il paragrafo secondo si occupa del diritto di punire alla luce di questa concezione teleologica della pena e introduce il criterio dell'assoluta necessità del ricorso alla sanzione punitiva sviluppando poi tutti i temi ulteriori (la proporzionalità e così via). L'oggetto dell'analisi è quindi costituito da una potestà pubblica "problematica": oggi potremmo tradurre quest'oggetto in quello dei contenuti e della struttura del sistema penale in una prospettiva, per così dire, costituzionale. Naturalmente i criteri di riferimento attraverso cui l'analisi si sviluppa possono cambiare. Così, ad esempio, Beccaria è un contrattualista, Bentham non lo è affatto, perché muove da un principio utilitaristico inteso come regola della felicità sensibile del maggior numero possibile e a partire da questo criterio teologico fondamentale dipana poi la ricostruzione dell'intero sistema penale. Ma al di là delle variazioni sottese ai punti di riferimento filosofici, è chiaro che il metodo dell'indagine è quello filosofico-razionalistico di impronta deduttiva, che muove da una critica politico-criminale e giunge ad una ricostruzione razionale, intendendo per "razionale" una proposizione verificabile nei fondamenti logici e negli effetti pratici sulla base degli assunti dati. È l'epoca del grande diritto penale filosofico e politico che si preoccupa di gettare le fondamenta di un sistema penale razionale e

getta queste fondamenta in funzione di postulati filosofici assunti e sviluppati con criteri deduttivi e con spirito analitico.

Questa fase raggiunge il suo culmine con il *Programma* di Francesco Carrara in cui è lucidamente delineato il problema del metodo. Egli scrive nell'Introduzione al *Programma*: "il programma del diritto criminale doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza e contenere in sé il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare e tutti i precetti che governano la vita pratica della scienza stessa nei tre grandi fatti costituenti l'obiettivo di lei, in quanto essa ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel divieto, nella repressione e nel giudizio, onde questa si mantenga nella via di giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti". Egli prosegue poi: "i precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune fondamentale e la formula che esprime tale principio è il programma della scienza criminale". Il diritto penale funziona come limite nel cui ambito si definisce una concezione deontologica del reato nella prospettiva di un giusnaturalismo di matrice razionalistica. In definitiva, il diritto penale delineato da Francesco Carrara ruota intorno al fondamento ed ai limiti materiali della potestà punitiva ed assume il carattere di un diritto penale costituzionale, ove la costituzione è, per così dire, il diritto naturale e la ragione è il suo demiurgo. Quello che per noi rappresenta l'oggetto tradizionale dello studio: il diritto penale positivo, rappresenta, invece, soltanto un'appendice successiva. "La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza perché in coteste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari codici qual più si adatta all'archetipo del vero assoluto, non già con viaggio preposteramente desumere la verità dei principi dal diritto costituito". Quest'ultimo appare così come un accidente che in tanto assume valore in quanto corrisponda alle deduzioni razionali ispirate alla verità astratta dalle contingenze normative. Se l'illecito si dovesse desumere dal diritto positivo, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia. In questa prospettiva "fondatrice" del diritto penale abbiamo *un oggetto*: il diritto di punire; *un metodo*: quello filosofico-razionalistico ed *un punto di arrivo* che definisce un sistema chiamato a modellare il diritto positivo. L'intero sviluppo del discorso si ferma, per così dire, alle soglie del sistema positivo, che seguirà come l'intendenza di Napoleone segue l'armata.

3. Lo scenario si capovolge radicalmente con la Scuola Positiva. Muovendo da una critica che in sostanza ben coglie il significato della precedente riflessione «classica», i positivisti rimproverano agli esponenti di questo diritto penale filosofico e naturale di praticare un metodo astratto, che li aliena dalla realtà: dove la realtà non è tanto costituita dalle norme positive, quanto piuttosto dalla violazione di tali norme, e cioè dagli effetti sensibili che scaturiscono dall'inosservanza. Paghi di un orizzonte puramente concettuale e di un sistema astrattamente perfetto, i «classici» non si sporcano le mani con l'indagine su ciò che è veramente alla base del comportamento deviante. Bisogna invece studiare il delitto nel delinquente, perché tutte le elucubrazioni della Scuola Classica risultano prive di senso rispetto alla cura di quella vera e propria "malattia sociale" rappresentata dal delitto. Esse si occupano dei concetti, ma non della recidiva, dell'inefficienza della pena, della condizione penitenziaria, del significato pratico che la punizione assume. A che serve studiare il diritto di punire, se l'occhio non si rivolge poi precipuamente all'attività di coloro che questo diritto aggrediscono in concreto? Bisogna quindi aprirsi ad un altro oggetto ed introdurre un metodo diverso. Bisogna analizzare le cause naturali della criminalità, e su questa base elaborare le terapie efficaci contro la patologia sociale del crimine. Siamo in piena temperie positivistica, perché ciò che lo scienziato deve studiare sono fatti concreti misurabili, alle cui cause deve risalire per proporre, quando necessario, correttivi, rimedi, terapie. Non più spazio al criterio di deduzione, ma a quello di induzione, dal momento che lo scienziato osserva i fenomeni e dall'osservazione, con procedimento induttivo, elabora categorie generali di riferimento. Entra in gioco una considerazione concreta dei fenomeni delittuosi che è suscettibile di essere indagata con gli strumenti delle varie discipline che interferiscono con le caratteristiche di quel fenomeno: è il prodotto dell'attività di un uomo, ecco allora l'antropologia criminale, dedita a individuare le caratteristiche dell'uomo che delinque; è il prodotto di un certo assetto della società nel suo complesso, ecco allora la sociologia criminale, chiamata a stabilire secondo quali criteri e per quali cause il delitto si manifesti e si distribuisca, e così via. Ma, avverte Enrico Ferri, lucido teorizzatore di questa prospettiva, bisogna escludere l'idea che la Scuola Positiva altro non sia che un parziale connubio tra diritto penale ed antropologia e sociologia criminale. Non si tratta di abbinare ad un metodo un metodo diverso rispetto ad una "dilatazione" dell'oggetto. La nuova Scuola ha una portata scientifica e pratica assai più grande: essa è l'applicazione del metodo sperimentale allo studio dei delitti ed alle pene e, mentre immette nel recinto giuridico astratto il vento delle nuove osservazioni, prospetta la neces-

sità di modificare radicalmente l'oggetto della scienza criminale. Il diritto penale positivo appare anche agli occhi dei positivisti un ammennicolo, come lo era nella prospettiva filosofico-razionalistica, ma il vincolo cui esso deve soggiacere non dipende più da una deduzione condotta sulla base di principi filosofici, ma da un'osservazione scientifica che ha identificato cause, frequenze, tipologie, prospettato rimedi, e si impone quindi al legislatore con l'autorità della scienza certa e incontrovertibile: sulla base di questi risultati si tratterà di elaborare strumenti normativi congrui e consentanei.

Il diritto penale positivo resta così pur sempre una sorta di ancella devota e silenziosa, ora dei postulati del sistema penale filosofico-razionale dedotto dai principi, ora dell'elaborazione scientifica secondo il metodo sperimentale. D'altra parte, l'aporia di fondo che la Scuola Positiva mette tra parentesi e pretende di ignorare è che, nel mentre essa prospetta la definizione di un oggetto (lo studio del delitto nel delinquente) come se si trattasse di un oggetto naturale, trascura di considerare che si tratta pur sempre del risultato di una qualificazione giuridica dell'oggetto. Delitto e delinquente esistono in quanto esiste un sistema normativo che li definisce per tali. Perciò, o la Scuola Positiva si affida ad una sorta di giusnaturalismo occulto (i delitti naturali), o si rimette (ed è la versione più spontanea) al principio di autorità uniformato ad un positivismo giuridico acritico basato sulla coincidenza "necessaria" tra il disvalore sostanziale e quello formale: quel che il legislatore afferma è, per ciò stesso, un dato che non si discute. In sostanza il delitto diviene un presupposto messo tra parentesi ed ignorato nella sua dimensione normativa, e quindi valutativa, per essere trasferito, in modo del tutto acritico, nell'ambito dei fenomeni naturali da osservare.

Si potrebbe ben dire (sembra un paradosso ma nei paradossi c'è sempre un fondo di verità) che in nessuna delle due prospettive la scienza del diritto penale centra il suo bersaglio. Nella prima prospettiva il reato è il prodotto di una deduzione filosofico-razionale, un paradigma assiologico che non trova riscontro nella norma positiva, la squalifica ponendola fuori della razionalità. Nella seconda prospettiva il reato è, invece, una sorta di presupposto rimesso ad un legislatore della cui autorità non si discute. Quindi tra il monte del diritto penale filosofico e la valle dei delinquenti, il cammino centrale sembrerebbe ignorato da entrambe.

4. Proprio la percezione di questo oblio costituisce il passo iniziale della prolusione sassarese di Arturo Rocco. Con la lucidità che sempre ne contraddistingue il pensiero, egli scrive che, in sostanza, la Scuola Classica è un drit-

to penale senza diritto positivo e la Scuola Positiva è un diritto penale senza diritto. Dove l'estremizzazione vuole per l'appunto identificare i vizi di cui si è poc'anzi parlato. Rocco scrive: "Infeudati il diritto e la scienza del diritto penale all'antropologia, anzi annullati in nome di una falsa antropologia o d'altro canto affogati nel gran mare della sociologia, la Scuola Positiva, nonostante alcune sue innegabili benemeritenze, ha avuto in definitiva il risultato di accumulare intorno a sé un mucchio di rovine giuridiche senza aver nulla fatto per trarre da esse il nuovo edificio, non dirò legislativo, ma almeno scientifico del diritto penale che aveva predicato di voler costruire e che tutti aspettavano avesse fornito. Così abbattendo senza riedificare, essa ha finito per limitarsi al compito che è relativamente più facile, il compito critico e negativo, ed è pervenuta in ultima analisi ad un diritto penale senza diritto". Il programma di Arturo Rocco è basato invece su un'idea estremamente lucida: "La scienza penale deve limitare l'oggetto delle sue ricerche dirette allo studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esiste come dato dell'esperienza e cioè, il diritto penale positivo".

Enunciato in questi termini drastici, il programma sembra dovere sfociare in una sorta di formalismo autoreferenziale: il sistema si chiude in se stesso, il metodo di indagine circoscrive l'oggetto ed attraverso l'analisi di quest'oggetto identifica ciò che in definitiva si riferisce solo a se stesso. Ma in realtà Arturo Rocco rifiuta recisamente la prospettiva di un formalismo autoreferenziale: "quando si afferma che il diritto penale è il diritto penale positivo, il solo che esista come dato della realtà, non si nega affatto che esistano necessità, esigenze o bisogni sociali che si impongono alla coscienza ed alla volontà del legislatore penale e sono destinate, appunto, ad essere in diritto positivo trasformate, quelle esigenze stesse che nel loro complesso modernamente si designano con il nome di giustizia e che costituiscono, in quanto siano già penetrate nell'ordinamento giuridico, il fondamento intrinseco del diritto positivo. Neppure si nega che vi siano oltre queste esigenze di convenienza e di opportunità politica e pratica vaganti fuori del tempio del diritto costituito e che fanno breccia al diritto positivo penale preparando anch'esse i germi del suo rinnovamento futuro. Si dice solo che le une formano oggetto di una conoscenza filosofica, la c.d. filosofia del diritto penale e le altre formano oggetto di una conoscenza politica, la c.d. politica criminale o più esattamente politica penale".

D'altro canto, nello studio del diritto positivo intervengono sia conoscenze empiriche di carattere strumentale sia l'identificazione, che a me pare assai importante nel quadro del pensiero di Arturo Rocco, delle fonti del metodo tecnico-giuridico. Se il metodo tecnico-giuridico si sviluppa, poi, come accen-

nerò, nei tre stadi della ricerca esegetica, della ricerca dogmatica e della ricerca critica, le fonti di questo metodo, gli assi portanti attraverso i quali il metodo si esprime sono desunti, da un lato, dalle scienze dell'uomo e della società, perché il giurista deve intendere a fondo di che cosa parli la norma e, per raggiungere questo obiettivo, deve conoscere le scienze dell'uomo e della società, altrimenti finirebbe con l'ignorare il linguaggio stesso della norma. D'altra parte, il giurista deve anche sapere perché la norma è formata in quel modo piuttosto che in un altro, e deve quindi procedere secondo l'induzione storica (così la chiama Rocco; noi diremmo la ricerca storica), e cioè attraverso la ricostruzione del percorso compiuto nel tempo dalla norma per giungere ad una certa configurazione. Infine, occorre l'induzione comparativa, perché il giurista non solo deve sapere di cosa parla la norma, non solo deve sapere perché la norma è così e non diversamente da così, ma deve anche sapere se dovunque è così, e quindi deve dilatare la sua analisi ai diritti positivi. Dopodiché Arturo Rocco espone il contenuto del metodo tecnico giuridico in termini molto tradizionali. Per prima, la fase della ricerca esegetica; ma guai a coloro che riducono la conoscenza scientifica del diritto al puro, gretto e materiale commento della lettera legislativa, perché essi non comprenderanno come la norma si inserisca in un insieme: il sistema giuridico non è una somma di frammenti ma una costruzione unitaria. Si impone quindi la ricerca dogmatica che elabora e descrive i principi fondamentali del diritto positivo nella loro sistematica coordinazione. Si prospetta in sostanza un metodo di tipo "pandettistico" che evoca la piramide di Puchta, il grande pandettista tedesco che elaborò le categorie dogmatiche attraverso meccanismi di astrazione successiva dai contenuti normativi dati. In questa ricerca dogmatica, Arturo Rocco avverte fortemente l'esigenza che il diritto penale divenga una parafrasi altrettanto nobile del diritto civile e soprattutto del diritto pubblico. È necessario studiare i rapporti pubblicistici che legano i soggetti che intervengono nella vicenda penale, e le situazioni giuridiche di riferimento sulle quali – rileva Rocco – nulla sappiamo, mentre ignorarle significa perdere la bussola che presiede all'analisi del sistema. Ci si preoccupa di indagare le cause della criminalità, la costituzione "empirica" del delinquente, le sue caratteristiche e deviazioni, ma dei *diritti* del delinquente non ci si cura, quando invece si tratta di diritti che persistono durante il processo e sopravvivono alla condanna, in quanto il delinquente resta sempre un soggetto giuridico: noi diremmo «una persona». Si apre infine la strada della ricerca critica del diritto costituendo, che assume due risvolti: una ricerca intrasistematica laddove si tratta di cogliere le antinomie, le disparità e le incongruenze del sistema per propor-

ne la modifica, e poi una ricerca critica politico-criminale oppure filosofica, ove si tratta di prospettare nuove soluzioni normative. Su quest'ultimo versante Arturo Rocco è assai guardingo: precisa che solo una volta esaurita compiutamente la ricerca dogmatica si dà spazio alla ricerca critica, perché non si critica ciò che non si è conosciuto compiutamente. Prima si dovrà stabilire che cosa significa responsabilità penale, delitto, delinquente, pena, e poi ci si porrà il problema di mutare il sistema.

Il pensiero di Arturo Rocco costituisce quindi un appello a ristabilire la centralità dell'oggetto costituito del diritto penale positivo, non per farne il feticcio di un culto passivo, ma per esplorarne radici, implicazioni, organizzazione in una prospettiva aperta e flessibile, purchè sia chiaro che dal diritto penale positivo si parte e al diritto penale positivo si giunge, senza fughe e senza elusioni. Un diritto obiettivo i cui assi portanti – è opportuno ribadire – sono costituiti dalla identificazione delle situazioni giuridiche che reggono il sistema e che, nel pensiero di Arturo Rocco, rappresentano (siamo nel 1910, non bisogna dimenticarlo) una sorta di “equivalente garantistico”. I riferimenti ai diritti inalienabili e insopprimibili del condannato e del detenuto assumono del resto ancor oggi (purtroppo, vien fatto di dire) una cocente (e per noi, posteri sciagurati, vergognosa) attualità. In definitiva, si può dire che Arturo Rocco prospetta la nostra *gesamte Strafrechtswissenschaft*, la nostra scienza generale del diritto penale, che, nello stesso torno di tempo ed in una prospettiva meno diversa di quanto potrebbe apparire a prima vista, andava prospettando Franz von Listz, un giurista di alto lignaggio che aderiva alla Scuola Positiva. Due personalità assai diverse, eppure, al riscontro concreto, i manifesti ideologici di Rocco e von Listz sono tra loro meno distanti di quanto le diversità di matrice culturale potrebbe lasciare presupporre. Anche quello di Arturo Rocco è un programma di grande impegno, che non ha senso ridurre a manifesto di un metodo tecnico-giuridico inteso come formalismo deterioro, cioè come contrazione della scienza del diritto penale nell'orticello delle norme positive con l'obiettivo di farne una serra autoreferenziale costruita con artifici dogmatici e pervasa da un'atmosfera protettiva.

Nel manifesto di Arturo Rocco la ricerca dogmatica resta peraltro un asse centrale dominante, che non è possibile eludere o trascurare. Se si rivolge lo sguardo al diritto positivo, non si può prescindere da essa, se non a patto di rinunciare a conoscere il sistema nella sua complessità e nelle sue articolazioni. Da questo punto di vista, il messaggio di Arturo Rocco è attuale com'era attuale nel 1910. Ma certo Arturo Rocco è figlio dei suoi tempi: in lui si esprime non direi il culto del diritto positivo, ma certo l'idea della centralità del di-

ritto positivo: molto c'è da fare per conoscerlo a fondo, ma gli sguardi fuori dalla finestra, pur essenziali, non risolvono la conoscenza. La dogmatica critica segue, nel suo programma, in una prospettiva cauta e limitata; essa gli appare segnata pur sempre da prospettive extragiuridiche e quindi in qualche modo "sospetta".

5. Le grandi novità sul piano metodologico che hanno contrassegnato la seconda metà del secolo scorso sono intervenute non a ribaltare tale prospettiva metodologica, ma a trasformarla in qualche modo dall'interno, anche se in termini assai significativi. Se a queste novità metodologiche vogliamo dare un nome ed un cognome, anche se questi nomi e questi cognomi, ovviamente, non le esauriscono, possiamo dargliene uno italiano ed uno tedesco: Franco Bricola e Claus Roxin. Si tratta, a mio giudizio, di due grandi innovatori del metodo tecnico-normativo. Volendo semplificare, nel tentativo di cogliere l'essenziale delle cose, direi che il pensiero di Bricola rappresenta la traduzione giuridica del diritto penale filosofico, mentre il pensiero di Roxin rappresenta la traduzione giuridica degli aspetti politico-criminali. Quindi la grandezza di Bricola e di Roxin sta nell'aver saputo trasferire nella ricerca dogmatica prospettive che in precedenza erano alternative ad essa.

Bricola prospetta una costruzione deontologica del reato, del reato come deve essere inteso, ma non a partire da postulati filosofico razionali bensì a partire da una fonte superiore alla legge ordinaria: la Costituzione. I principi costituzionali, la fonte giuridica primaria di una comunità giuridica organizzata, dettano le linee portanti del sistema penale e del concetto di reato. La teoria generale del reato di Franco Bricola è quindi una teoria assiologica del reato, non elaborata in base ad un postulato filosofico o ad un'aspirazione che il legislatore è chiamato a tradurre in norme, ma in base ad un dato normativo sovraordinato rispetto alla legge ordinaria che la vincola sotto il profilo ermeneutico, la elimina sotto il profilo degli effetti quando è in contrasto e la plasma necessariamente nei suoi contenuti. In questa prospettiva la dogmatica è uno strumento critico, e non semplicemente ricostruttivo. Con una battuta: Bricola è figlio di Beccaria, ma il suo contratto sociale è la Costituzione. Per questo, il pensiero di Bricola ebbe, nei primi anni Settanta un impatto intenso e duraturo sulla scienza del diritto penale, non solo in Italia, rendendo manifesta la possibilità, la fecondità, la necessità di una critica che non avesse appoggi fragili all'esterno del sistema penale, ma si nutrisse all'interno stesso del sistema giuridico. Quanto a Roxin, in *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Politica criminale e sistema del diritto penale) egli elabora un programma

innovativo affermando che le singole categorie del reato (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza) vanno, fin dal principio, considerate, sviluppate e sistematizzate dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale, vale a dire sulla falsariga degli scopi di carattere preventivo razionalmente perseguibili in uno stato sociale di diritto attraverso la minaccia, l'applicazione e l'esecuzione della pena. Una volta chiarito che la funzione della pena non può consistere che in scopi di prevenzione – generale e speciale – variamente e congruamente atteggiati nelle diverse fasi che caratterizzano la sua dinamica (legislativa, giudiziale, esecutiva), l'intera dogmatica del resto deve essere ripensata e ricostruita a partire da tali scopi. La politica criminale vincolata da un principio di razionalità immanente nell'assetto costituzionale dello stato moderno si traduce in un criterio metodologico ricostruttivo del sistema.

6. Di fronte a risultati di questo tipo, si potrebbe mettere il punto. Ma forse c'è ancora qualcosa da aggiungere. Recuperata, come doveva essere recuperata, la deontologia settecentesca in chiave normativa; recuperate, come dovevano essere recuperate, le istanze preventive in chiave sistematico ricostruttiva, qualcosa manca ancora all'appello: i processi di criminalizzazione in senso lato, non solo in termini di selezione dei rei, ma di attribuzione di rilevanza. Finora i processi di criminalizzazione sono rimasti fuori dalla dogmatica, perché sembrano strutturalmente incompatibili con un'analisi dogmatica pur condotta con ampiezza di orizzonti. E però debbono anch'essi essere recuperati alla dogmatica penale, perché essi avvengono attraverso uno strumento giuridico: il processo penale. Il processo penale rappresenta le gambe attraverso le quali cammina un diritto penale altrimenti destinato all'immobilità ed all'insignificanza. Allargare lo sguardo in questa direzione significa ancora una volta, partendo da un'esigenza di metodo (l'analisi della processualizzazione del diritto penale), prospettare una dilatazione dell'oggetto che non è più soltanto il sistema giuridico positivo del diritto penale dato, ma è il sistema penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili. La sensibilità sul punto si è resa ormai acuta. Si tratta di comprendere il diritto penale attraverso il processo e di rispondere fondamentalmente a tre domande che sono domande cruciali per la dogmatica, se essa intende esaurire effettivamente l'analisi del dato positivo, che non può essere circoscritto all'analisi di una norma immota, ma implica la sua valutazione in movimento. La dogmatica è stata fino a qui concepita come una fotografia; si tratta, ora, di passare al cinematografo e cioè di vedere la realtà articolata nella sua dinamica. L'utilità di una visione statica è fuori discussione; ma sarebbe un errore considerarla esaustiva: come ha giu-

stamente rilevato Naucke, la teoria del reato elaborata dalla dogmatica penale è un ottimo strumento per il giudice d'appello, che può ragionare, per così dire, a bocce ferme, sulla base di un materiale definito e tendenzialmente concluso. Le fotografie della dogmatica sono allora quanto mai adatte a verificare corrispondenze, procedere a sussunzioni, determinare applicazioni. Quella stessa teoria serve assai meno lungo il cammino che precede, durante le indagini preliminari ed il processo di primo grado. Le domande che urgono in questi stati «nascenti» sono innanzitutto: come si seleziona il «penalmente rilevante»? La tipicità, pietra angolare del fatto, nasce dal *corpus delicti*, che a sua volta costituisce una categoria originaria del processo. Oggi come un tempo il reato procede a stadi di formazione successiva ed in ciascuno di essi l'intersezione tra dimensione sostanziale e prospettive processuali consegna alla riflessione forme su cui occorre riflettere. In secondo luogo: come interagisce il penalmente rilevante in rapporto al sistema probatorio? Quest'ultimo sembra funzionare come setaccio e come stampo: come setaccio, quando gli elementi della fattispecie vengono ricostruiti in funzione delle esigenze probatorie (le vicende giurisprudenziali della causalità ne costituiscono un vistoso esempio); come stampo, quando l'elemento di fattispecie viene «impresso» dalla prova, nel senso che l'oggetto della prova ne surroga o sostituisce la presenza (come sovente accade in tema di reati concorsuali e associativi). Infine, le interazioni processuali sul trattamento sanzionatorio, secondo un intercambio funzionale sul quale la riflessione si è già aperta da tempo, ma certo non si è affatto conclusa.

Vasti orizzonti, dunque. Ma, si sa, i penalisti coltivano una vocazione alla totalità anche se non sempre sono in grado di corrispondervi, perché le forze sono deboli, ma che, comunque, rappresenta il grande fascino della loro disciplina.

DOMENICO PULITANÒ

LA SCIENZA PENALE TRA FATTI E VALORI

1. La prolusione sassarese di Arturo Rocco, del 1910, nella quale è stato ravvisato il manifesto programmatico del c.d indirizzo tecnico-giuridico, è una presa di posizione in una situazione di crisi, che interessa le scienze umane in genere e in esse il diritto penale. Questa la sintetica presentazione che ne ho fatto nel mio manuale pubblicato in questi anni, sintesi di ciò che mi è parso non inopportuno trasmettere agli studenti.

Arturo Rocco rimprovera alla scuola classica di avere “*preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo*”, con l'illusione di poter forgiare “*un diritto penale assoluto, immutabile, universale*”¹; alla scuola positiva, di essere pervenuta, partendo dall'intenzione di “*purgare il vecchio organismo scientifico del diritto penale dalle incrostazioni metafisiche di cui era ricoperto*”, a un “*diritto penale senza diritto*”. La diagnosi di Rocco è che non sarebbe rimasto “*alcun fermo principio giuridico di diritto penale*”, e il rimedio che propone è che la scienza del diritto penale, in quanto scienza giuridica, debba limitare il suo oggetto allo “*studio esclusivo*” dell’“*unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale positivo*”, con l'obiettivo di una “*conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano*”. Appunto in questo consisterebbe l'indirizzo che si autodefinisce tecnico-giuridico, coerente con il positivismo giuridico allora dominante.

Ad altre scienze il compito di studiare il reato, il reo e la pena nella loro dimensione fattuale e sociale; anche il giurista può assumere talora la veste dell'antropologo o psicologo o sociologo. Fra le diverse scienze v'è distinzione, non incomunicabilità. Ciascuna ha un suo proprio oggetto, e deve seguire il suo metodo; da ciò il vincolo della scienza giuridica, in quanto scienza dell'or-

¹ “*La scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori*”. Il programma carrariano è la ricerca della “*verità regolatrice di tutta la scienza*” e aspira a “*contenere in sé il germe di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare*” F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, prefazione alla 5° edizione (ristampa Bologna, 1993).

dinamento positivo, al metodo tecnico-giuridico. Rocco ripropone l'idea tradizionale del lavoro del giurista, che partendo dal livello esegetico sviluppa una ulteriore ricerca dogmatica e sistematica, ed anche una critica del diritto in una prospettiva di ricerca del diritto costituendo.

Il forte richiamo al compito proprio d'una scienza *giuridica*, al suo oggetto e al suo metodo ha additato la strada che la scienza penalistica italiana ha seguito, al di là dei mutati orizzonti politici, dal periodo fascista agli anni della Repubblica². Ancora oggi leggiamo in manuali moderni un consenso di principio su tale approccio.

2. Facciamo un salto di un secolo. Alla *Strafrechtslehrertagung* del 2009 è stato presentato³ un quadro dei campi d'attività della scienza penalistica. Vengono individuati quattro livelli:

- *Rechtstatsachenforschung*: lo studio dei dati di fatto naturali e storici che costituiscono il campo di riferimento del diritto quale *Sollensordnung*;
- *Grundlagenforschung* formale o analitica: l'elaborazione di una *Strukturtheorie* dei tipi di regole che costituiscono il diritto penale;
- *Dogmatica*: formulazione e giustificazione dei paradigmi della applicazione del diritto penale vigente (*jeweils geltend*);
- *Grundlagenforschung* materiale, che si confronta con i paradigmi delle teorie della applicazione del diritto; in questo campo si inserisce in particolare la fondazione dei concetti di colpevolezza e pena.

Tutti e quattro i livelli sono necessari (o semplicemente utili) per la comprensione scientifica del diritto *hic et nunc* vigente. Ma non sono soltanto aspetti dello studio del diritto vigente. Il primo, il secondo e il quarto livello definiscono oggetti di studio – o di riflessione ed elaborazione teorica – che non dipendono da alcuno specifico ordinamento positivo, e che presentano un autonomo interesse, quali oggetti o strumenti concettuali della scienza o della teoria del diritto.

In uno scritto di 60 anni fa, un penalista italiano particolarmente attento ai problemi di metodo ha osservato che “*se noi apriamo un trattato di diritto penale, di quelli che comunemente corrono sui banchi delle scuole o nelle aule giudiziarie, ci troviamo di fronte ad opere complesse, in cui il diritto positivo*

² Per una attenta rivisitazione storica M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, 1998, p. 521 s.

³ U. KINDHAUSER, *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?*, in *ZStW* 2009, p. 955 s.

non appare come l'unico oggetto dell'indagine"⁴. Il campo di problemi, del quale la migliore scienza giuridica penale si occupa, non è delimitato dall'orizzonte di questo o quell'ordinamento positivo, ma è l'intero campo dei problemi connessi alla formazione, alla comprensione, all'applicazione di ordinamenti penali. Le categorie della 'dogmatica' (almeno quelle formali, o di carattere più generale) non sono il frutto di una mera 'astrazione generalizzante' da singoli ordinamenti positivi⁵; anzi, "*nella parte generale dei trattati di diritto penale ci si incontra molto frequentemente in teorie e in principi che, pur essendo elaborati in occasione di norme positive, cercano la loro validità al di fuori del diritto positivo*"⁶.

Come leggiamo in un manuale di ultima generazione⁷, la stessa esistenza di una parte generale, nei codici moderni, "*presuppone l'individuazione legislativa di alcuni profili costanti, in linea di principio 'non smentibili' dalle norme speciali, costituiti o da dati recepiti dalla realtà 'ontologica' dell'essere (come ad esempio una data concezione naturalistica del nesso causale) ovvero da prese di posizione che l'ordinamento assume una volta per tutte in ordine ai presupposti e ai limiti della responsabilità penale*".

Oggetto centrale della scienza giuridica, l'ordinamento positivo vigente *hic et nunc* non può esserne l'oggetto *esclusivo*. È questa la prospettiva che presento agli studenti in apertura del mio manuale. Uno studio serio di uno specifico ordinamento penale ha bisogno di aprirsi a temi e problemi che trascendono l'ordinamento dato. Questo non nasce nel vuoto, ma da e dentro una realtà – di natura e di cultura – che lo condiziona in vario modo: con i problemi che pone, con gli strumenti che offre. Di questo contesto non può non tenere conto uno studio del diritto che aspiri ad essere 'scientifico', capace di cogliere i problemi, e di comprendere le soluzioni che sono state o potrebbe-

⁴ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 383 s. L'osservazione appare valida anche con riguardo alla letteratura giuridica più recente.

⁵ Secondo l'immagine (forse) prevalente che i giuristi hanno del proprio lavoro, dentro l'orizzonte del positivismo giuridico, la costruzione della teoria generale del reato risponde all'idea che il giurista 'scienziato' non si limita alla interpretazione di testi di legge, ma procede alla "*formazione, per via induttiva, di concetti superiori unitari, di contenuto sempre più vasto, i quali esprimano sinteticamente un contenuto normativo che si può riscontrare identico in gruppi più o meno estesi di norme*" (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 100).

⁶ P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 43.

⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2005, p. 164.

ro essere date. Lo studio di un ordinamento penale positivo è lo studio di una ‘risposta locale’⁸, storicamente determinata, al campo problematico dei delitti e delle pene. Dobbiamo cercare di essere studiosi di problemi⁹, prima che di risposte normative.

3. La teoria del reato, cuore della scienza del diritto penale, “*sintesi paradigmatica dei caratteri dell’illecito e dei presupposti della responsabilità penale*”¹⁰, si sviluppa come un’impresa complessa, in parte radicata nei concreti ordinamenti positivi, in parte al di fuori, e diciamo pure *sopra* di essi. L’apparato concettuale della teoria del reato viene *prima*¹¹, cioè è indipendente da singoli ordinamenti positivi; la teoria generale è *uno schema o modello nel quale possano essere calati, e mediante il quale possano essere compresi i variabili contenuti delle diverse figure di reato*, che siano o possano essere introdotte in ordinamenti giuridici positivi¹². Una tale impresa conoscitiva, radicata nel giusrazionalismo carrariano e nello stile della *allgemeine Rechtslehre*, tende peraltro a divenire “*pienamente giuspositivistica ... tanto più aderente al diritto positivo quanto più questo abbia saputo tradurre in norme scritte i risultati delle vecchie dottrine generali*”¹³.

Può essere interessante verificare se e come la teoria generale del reato, così come viene abitualmente praticata e presentata dai penalisti, abbia a che fare con l’impresa che va sotto il nome di teoria generale del diritto. Assumo come riferimento le riflessioni di un maestro della filosofia del diritto italiana, Uberto ScarPELLI¹⁴: vi ritrovo una definizione di teoria come “*costruzione concettuale caratterizzata da un insieme di definizioni coordinate*”, da principi atti a generare proposizioni e a governare attribuzioni di valori di vero o falso, o altri criteri di accettazione o rifiuto di ciascuna proposizione. La teoria deve essere idonea ad assolvere funzioni pragmaticamente rilevanti. Il piano della teoria generale del diritto è quello delle qualificazioni normative fundamenta-

⁸ FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, p. 16.

⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 2001, p. 45.

¹⁰ M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, p. 15.

¹¹ *Insofern liegt die Straftatlehre vor dem Gesetz*: W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1° ed., 1981, p. 190.

¹² B. PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 339.

¹³ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, XIV, 1998, p. 5 dell’estratto.

¹⁴ U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. ScarPELLI, Torino, 1983, p. 281 s. Le citazioni fra virgolette sono da p. 287, 301, 332, 337, 339.

li, costitutive dell'esperienza giuridica: il dovere, l'illecito, il permesso, figure necessarie della qualificazione giuridica. A questo livello, *“la teoria del diritto non fa un discorso a posteriori e generalizzante su molteplici esperienze giuridiche, ma fa un discorso a priori ed universale su ogni esperienza giuridica possibile”*: un discorso riguardante la dimensione normativa che è propria del diritto, ma non esclusiva del diritto, sì invece comune ad altre esperienze normative, come la morale.

Ad un livello meno generale, quello dei concetti attinenti alla produzione e riproduzione di norme giuridiche, si colloca l'impresa cui *“viene dato tradizionalmente il nome (per vero alquanto improprio, quando si sia abbandonata l'idea che le norme giuridiche siano immutabili dogmi) di dommatica giuridica”*. Qui si apre la possibilità, anzi necessità, di inserire accanto a concetti puramente normativi (formali) anche concetti idonei ad esprimere la dimensione funzionale o teleologica del diritto. *“Il giurista ha bisogno di un linguaggio che gli permetta di parlare degli scopi o funzioni delle norme quanto agli interessi, di evidenziare scopi o funzioni di istituti, di organizzare sistematicamente materiali normativi accanto a nuclei teleologici o funzionali”*. Ciò non porta fuori dell'orizzonte giuridico, verso quello della politica, se e fino a che le valutazioni teleologiche riconducano *“alla norma ed alla sua universalità, alla qualificazione di comportamenti in base al criterio costituito dalla norma”*. Si tratta, in definitiva, di *“trasfigurare il processo politico nell'universalità normativa che accomuna il diritto alla morale”*. Necessità, dunque, di una dommatica mista: *consapevolmente mista*, viene sottolineato da Scarpelli in polemica su un doppio fronte: verso la dommatica purista (puramente formale) e verso quella inconsapevolmente mista, ovvero confusionaria.

Come impresa 'dommatica', la teoria generale del reato presenta i caratteri di quella che Scarpelli definirebbe *dommatica mista*. Presenta i caratteri di una teoria generale, sulle condizioni di ogni possibile esperienza giuridica penale, in quanto viene costruita sulle figure necessarie della qualificazione giuridica (dovere, illecito, permesso) e le assume come concetti chiave. Sono concetti meramente formali quelli che calano nel contesto penalistico le figure costitutive della qualificazione giuridica: il concetto di antiggiuridicità, e quello di giustificazione che ne è, per così dire, il risvolto negativo. Tutti gli altri concetti incorporano un qualche elemento contenutistico; anche il concetto generalissimo di 'fatto', che già presuppone la dimensione teleologica del diritto penale come sistema di precetti di comportamento; a maggior ragione, la categoria della colpevolezza, da tempo classificata come 'figura di qualificazione spuria', in quanto determinata non in via puramente formale, ma in ragione di

particolari caratteristiche dell'oggetto di tale qualificazione¹⁵.

Insomma: anche nei suoi concetti più generali, la teoria generale del reato è una teoria non meramente formale, ma pregna di contenuti empirici e di presupposti valutativi. Presenta i caratteri della c.d. dogmatica, e si sviluppa ulteriormente in modi differenziati come dogmatica degli ordinamenti penali positivi¹⁶, là dove riempie le categorie concettuali di contenuti normativi propri del singolo ordinamento oggetto di studio.

4. La scienza ha inizio – ha scritto Bobbio in uno storico saggio¹⁷ – “*con la formazione del linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva*”. L'esigenza di un linguaggio scientifico rigoroso riguarda anche la scienza giuridica in quanto impresa *scientifica*, che non si identifica con i contenuti specifici della scienza *giuridica* quale conoscenza di un oggetto (l'ordinamento giuridico) normalmente espresso in proposizioni linguistiche. La riflessione sulle teorie generali segnala, come abbiamo visto, il bisogno di un linguaggio che permetta di parlare di scopi, funzioni, interessi sottesi alle norme, e di organizzare sistematicamente materiali normativi attorno a nuclei teleologici o funzionali. È, questo, un aspetto che ho sempre ritenuto cruciale. Una teoria che aspiri ad essere generale ha bisogno di strumenti concettuali che abbiano un fondamento e un significato *non* dipendenti da contingenti dati normativi, e che proprio perciò consentano di parlare, nel linguaggio della scienza, dei problemi che il mondo della vita pone ai legislatori, delle riposte normative (delle quali è parte essenziale ma non unica il linguaggio del legislatore), e di ogni altra questione che possa essere rilevante per il diritto.

La teoria generale del reato fa anche questo. In quanto teoria *generale* è *autonoma nella costruzione del proprio linguaggio teorico*, e di questa autonomia si è sempre avvalsa. Nei prodotti dottrinali più elaborati non è soltan-

¹⁵ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 120 s., 140 s.

¹⁶ Per chi si prefigga, come obiettivo di conoscenza, la comprensione di un determinato ordinamento giuridico positivo, appare “*necessario che i concetti della dogmatica rispondano all'effettivo contenuto dell'ordinamento*”. È questo l'obiettivo di una ‘dogmatica’ costruita per via di astrazione generalizzante dalle norme di un dato ordinamento: una tale dogmatica sarebbe ancora, in fondo, ‘*interpretazione dell'ordinamento*’ considerato nel suo insieme, anziché di disposizioni singole. Le frasi fra virgoletta sono tratte da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano 2003, p. 105.

¹⁷ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*; uno scritto degli anni '50, ripubblicato in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976.

to 'dogmatica del diritto positivo'; il suo linguaggio non è mero rispecchiamento di terminologie e modelli legati a contingenti discipline legislative, i suoi schemi non necessariamente sono pedissequi ad eventuali concezioni 'dogmatiche' dei legislatori. La teoria generale è *Grundlagenforschung*, formale e materiale.

Nella misura in cui i concetti teorici hanno carattere convenzionale, nella 'dogmatica' giuridica possono essere giocati 'giochi linguistici' diversi, cioè possono essere costruiti linguaggi e modelli teorici diversi; nessuna partizione analitica 'non arbitraria' e logicamente coerente può essere logicamente scartata¹⁸. D'altro canto, come 'strumenti' del lavoro scientifico, i concetti 'convenzionali' della teoria¹⁹ pongono problemi di *orthotes ton onomaton*²⁰, di correttezza o adeguatezza rispetto alle esigenze legate al loro uso. Come il linguaggio della scienza giuridica in genere, il linguaggio della teoria del reato è esso stesso un prodotto, oltre che strumento, di un patrimonio culturale storicamente formato, fatto di esperienze, di saperi sul mondo, di riflessioni e tentativi di soluzione di problemi normativi, in un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi.

5. Fa parte della scienza che interessa il giurista anche la *Rechtstatsachenforschung*, Se il diritto parla della vita degli uomini, ha bisogno di una adeguata *humanarum rerum notitia*. Tutto ciò che può interessare le cose umane può essere oggetto d'interesse del diritto e della scienza del diritto. Il mondo intero vi può rientrare.

Un grande penalista tedesco, che era anche filosofo del diritto, ha dedicato qualche decennio fa un aureo libretto alla descrizione fenomenologica dell'immagine del mondo del giurista. Il punto di partenza è l'immagine del mondo propria dell'esperienza quotidiana del vivere e dell'agire degli uomini:

¹⁸ Cfr. K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Milano, 1972, p. 55: per la conoscenza scientifica "i problemi legati al significato o alla definizione delle parole sono privi di importanza"; problemi di verità si pongono per le teorie scientifiche, non per le parole. "Le parole sono importanti soltanto come strumenti per la formulazione delle teorie".

¹⁹ Il carattere (relativamente) convenzionale dei modelli 'dogmatici' è stato da tempo evidenziato anche nella dottrina penalistica (B. PETROCELLI, *op. cit.*, p. 338, a proposito della tripartizione degli elementi del reato: "La tripartizione (come del resto ogni partizione analitica) ha un valore del tutto convenzionale, e la sua funzione ha carattere meramente strumentale ... ausilio, non fonte della interpretazione") ed è ormai riconosciuto anche dalla manualistica penale. Così si esprimono per es., a proposito dei modelli di analisi del reato, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 4ª ed. 2001, p. 150.

²⁰ Traggo la terminologia, e anche la sostanza del concetto, dal Cratilo di Platone.

il mondo della storia²¹. Il *Weltbild* del giurista non ha la pretesa di un immediato ed autonomo significato teoretico, e non entra in concorrenza con alcuna scienza relativa al mondo della natura e/o degli uomini. Nel mondo del diritto, il mondo della natura può assumere, di volta in volta, profili di rilevanza diversi, che richiedono spiegazione a diversi livelli di approfondimento, talora legati a concetti e valori della vita quotidiana, talora bisognosi di una più compiuta elaborazione scientifica.

In un importante studio intitolato a *Truth and Truthfulness*, un acuto filosofo del nostro tempo ha osservato che la cultura del nostro tempo è attraversata dalla tensione fra un impegno profondo nei confronti della veridicità, e il sospetto scettico (talora cinico) nei confronti della verità²². *Non ci sono fatti, ma solo interpretazioni*: la frase di Nietzsche è diventata parola chiave del trend postmoderno²³.

Nel mondo dei giuristi italiani, il recupero epistemologico dell'idea di verità come corrispondenza trova ampia e ferma esposizione dalla penna autorevole di Michele Taruffo²⁴. Senza andare a fondo nella discussione epistemologica²⁵, mi limito a osservare che l'idea della verità come corrispondenza dà conto dell'uso normale del concetto di verità: definisce il concetto di verità, "ciò che intendiamo quando diciamo che una proposizione o una teoria è vera"²⁶. Non è un criterio per l'accertamento di verità fattuali. Addita un obiettivo problematico, e lascia aperti tutti gli interrogativi, se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata.

Nel mondo dei giuristi, questioni di verità e di accertamento sono trattate soprattutto con riguardo al processo; ma la rilevanza dell'accertamento di fatti, accertabili attraverso appositi istituti e strumenti (processuali), ha radice nel diritto sostanziale, quale mondo di norme volte a disciplinare fatti della vita. Questioni di verità emergono sul terreno processuale, se e in quanto il di-

²¹ K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 15 s. La ricostruzione di questa immagine è svolta conducendo una critica su due fronti, da un lato verso la riduzione normativistica, alla Kelsen, e dall'altro lato verso la riduzione naturalistica o scientifica.

²² B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005.

²³ G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009.

²⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009. Ma già ID., *Sui confini*, Bologna, 2002.

²⁵ Cfr. per tutti, fra i tanti, K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 382 s.; J. SEARLE, *Mente, linguaggio e società*, Milano, 2000; D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007; B. WILLIAMS, *op. cit.*; F.D'AGOSTINI, *Disavventure della verità*, Torino, 2002.

²⁶ Ch. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 48.

ritto sostanziale ne fondi la rilevanza.

Per quanto specificamente concerne il diritto penale, i principi fondamentali si riferiscono a *vincoli di realtà richiesti da esigenze normative* (di valore). Già il principio formale di legalità implica un *vincolo di realtà*, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare. È il profilo che la Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza sul delitto di plagio: la norma penale non può prendere in considerazione nessuna ipotesi che non sia *verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato*²⁷. La stessa legittimità formale del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale.

Vincoli *contenutistici* ulteriori possono derivare, non da una ‘natura delle cose’ astrattamente considerata, ma da principi sovraordinati allo stesso legislatore, che impongano vincoli normativi *in funzione di determinati profili di realtà* ritenuti rilevanti nel mondo dei valori. Il principio di offensività o danosità sociale delimita il campo d’intervento a fatti caratterizzati da un particolare contenuto. Il principio di personalità della responsabilità introduce ulteriori delimitazioni, sia sul piano obiettivo (problema causale) che su quello della colpevolezza dell’agente (stati psicologici rilevanti ai fini del dolo, della colpa, dell’imputabilità).

La scienza giuridica, anche quando esprime scetticismo su se stessa – sulla possibilità di definirsi propriamente ‘scienza’ – non mette in discussione la possibilità e l’esistenza di un sapere affidabile sul mondo dei fatti; di una scienza che assume, talora ingenuamente, a pietra di paragone. Presuppone un sapere sul mondo che non è propriamente scienza *giuridica*, ma del quale il diritto e la scienza giuridica hanno bisogno.

6. Dell’orizzonte di cultura nel quale si è formata la mia generazione fa parte l’idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*²⁸. Per il diritto e la scienza del diritto, che hanno a che fare con il mondo dei valori, la distinzione fra fatti e valori è di importanza cruciale. Nella filosofia del diritto e della morale, indirizzi di stampo ‘analitico’ hanno evidenziato l’importanza fondamentale alla c.d. legge di Hume (impossibilità di dedurre conclusioni di valore da premesse di puro fatto: c.d. fallacia naturalistica). E viceversa: la legge di Hume, considerata premessa di un’etica della libertà, è anche “*sorella siamese inseparabile dalla*

²⁷ Sentenza. n. 96 del 1981, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, p. 1147 s.

²⁸ Il riferimento d’obbligo è a MAX WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974.

*legge di Hume inversa (dal direttivo al descrittivo non c'è passaggio logico necessario, ovvero da norme e valori non si possono dedurre fatti) a tutela della conoscenza empirica*²⁹.

Quando si torna a discutere, fra filosofi o fra giuristi, del rapporto fra fatti e valori, e a sottolineare gli intrecci fra giudizi di valore e giudizi di fatto, ciò avviene nella prospettiva di emancipare il discorso sui valori dal soggettivismo, e di recuperare anche in esso il massimo di oggettività e controllabilità³⁰. Chi parla di 'fine di una dicotomia' porta l'attenzione su concetti etici 'spessi', che uniscono un significato valutativo a riferimenti fattuali, e sottolinea la rilevanza dei fatti per i giudizi di valore. Ma prendere atto degli intrecci fra fatti e valori non significa negare la distinzione fra valutazioni o giudizi normativi ed altri tipi di giudizi. I 'valori' della scienza sono e restano, per definizione, valori epistemici.

Anche le buone ragioni delle etiche normative e del diritto – che pure non si esauriscono in verità fattuali – non sono indipendenti da presupposti di fatto, cioè da questioni di verità³¹. La stessa idea di giustizia ha a che fare con questioni di conformità a stati di cose, che devono o non devono essere³². Il diritto ha senso – il senso 'normativo' che pretende di avere, come sistema di regole – se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti.

Per la scienza delle norme, un impegno per criteri di razionalità intersoggettivamente validi riguarda anche il procedimento ermeneutico. I problemi che ciò comporta sono ben noti alle teorie dell'interpretazione giuridica, ed attraversano il lavoro quotidiano dei giuristi teorici e pratici, quel lavoro ermeneutico che l'indirizzo tecnico giuridico addita come compito esclusivo

²⁹ U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 111.

³⁰ Per tutti, H. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma 2004. Nel contesto penalistico, questo tema emerge non in relazione ai problemi della prova dei fatti, ma ai problemi d'interpretazione e sulla natura della scienza giuridica, e si lega alla tesi della "fluidificazione dei confini fra scienza de lege lata e scienza de jure condendo" (G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, p. 43.

³¹ R.M. HARE, *Saggi di teoria morale*, Milano, 1992, in particolare p. 37 s.

³² M. FERRARIS, *Non ci sono gatti, ma solo interpretazioni*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. DERRIDA e G. VATTIMO, Bari, 1998, p. 130. Il titolo paradossale del saggio di Ferraris mette in rilievo l'aspetto paradossale della tesi postmoderna secondo cui non ci sarebbero fatti, ma solo interpretazioni. I gatti, e i fatti, non dipendono da interpretazioni.

Sull'importanza pragmatica e politica della verità, cfr. H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2003; M. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2007.

della scienza giuridica. Non mi soffermo su questo aspetto, limitandomi a osservare che, se la pretesa di esclusività è insostenibile, esegesi e dogmatica di ordinamenti positivi sono un compito ineludibile per una giurisprudenza che pretenda di essere scienza del diritto e criterio per la prassi.

7. In qualsiasi campo, l'attenzione a dati valori può risvegliare interessi di conoscenza, e additare direzioni d'indagine: *“sono gli interessi culturali, e perciò gli interessi di valore, a indicare la direzione anche al lavoro delle scienze empiriche”*³³. Ciò vale in modo peculiare per la scienza giuridica, che ha a che fare con un mondo normativo nel quale fatti e valori si incontrano.

Fra i compiti della cultura giuridica c'è ovviamente spazio per la riflessione critica sul diritto, e per impegni sul piano della politica del diritto³⁴. Ciò rientra anche nell'orizzonte tecnico giuridico di Arturo Rocco, con l'ammonimento che *“non si passi nella comoda via della critica, se non attraverso il ponte scabroso e difficile della ricerca esegetica, e, sopra tutto, della ricerca dogmatica e sistematica”*. Ho avuto occasione di fare mia questa indicazione, nella revisione di lavori di giovani studiosi: nell'ordine del discorso, i problemi di conoscenza (del diritto come di ogni altro oggetto) precedono logicamente i problemi di valutazione critica.

Proprio l'apertura a valutazioni etiche e politiche, nel rivendicare campi d'interesse che vanno oltre gli interessi di mera, avalutativa conoscenza, esige che anche le valutazioni siano razionalmente fondate, e che in particolare siano sottoposti a controllo i presupposti *di conoscenza* cui le valutazioni siano collegate. La distinzione fra scienza e politica del diritto va intesa non come separazione e mancanza di connessioni, ma al contrario come premessa perché il problema delle connessioni possa essere tematizzato. Un approccio serio (razionale) ai problemi di politica del diritto – e di moralità del diritto – ha bisogno di fondarsi su un adeguato tessuto di conoscenze: di apporti di una scienza in grado di aspirare a una accettazione generale dei suoi risultati.

Si collocano sul piano della scienza del diritto anche discorsi *sul diritto* e *sulla stessa scienza giuridica* che non si esauriscano nella interpretazione *del diritto* positivo. Penso a discorsi diversi da quelli abitualmente ascritti alla competenza della sociologia del diritto quale scienza di fatti, e che fanno parte dei discorsi svolti dai giuristi, relativamente al mondo delle norme in sé consi-

³³ M. WEBER, *op. cit.*, p. 337 s.

³⁴ Il tema degli impegni del giurista è un leit-motiv di C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, 2005.

derato. Si colloca (può collocarsi) sul piano della scienza (*wertfrei*, nel senso di indipendente da premesse di valore) anche l'analisi critica dei rapporti fra diritto positivo e altri ordinamenti o modelli normativi (per es. date etiche normative o date concezioni di giustizia). E può collocarsi sul piano della scienza *wertfrei* anche l'analisi di quanto di ideologico (e non *wertfrei*) possa annidarsi nello stesso linguaggio della dogmatica.

Richiamo l'attenzione su questo punto, perché lo ritengo di cruciale importanza sia dal punto di vista della scienza, sia in relazione alle questioni di valore. Possiamo (dobbiamo) proporci, come giuristi, l'obiettivo di parlare di valori normativi (di discutere di valori normativi) dal punto di vista della scienza? Se sì, dobbiamo attrezzare il nostro linguaggio in modo adeguato.

Secondo una vulgata 'teleologica' corrente fra i penalisti³⁵, i concetti della 'dogmatica' andrebbero ricostruiti in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale³⁶ e con funzioni significative sul piano della politica criminale. Credo opportuno (anzi necessario per la scienza e la critica del diritto) distinguere il teleologismo degli istituti (e dei principi) da quello dei concetti. Mentre il *telos* dei principi (anche di quelli elaborati in sede 'dogmatica': poniamo, il principio d'offensività o il principio di colpevolezza) ha a che fare con funzioni pragmatiche o politiche, il *telos* dei concetti 'teorici' è la *costruzione di un linguaggio scientifico adeguato*, adatto ad una buona formulazione ed analisi dei problemi che potrebbero interpellare il legislatore o l'applicatore del diritto vigente (per quanto qui interessa, il penale).

A tal fine anche concetti puramente formali possono essere teleologicamente adeguati; anzi, ai più elevati livelli di astrazione, tendenzialmente più adeguati di concetti sovraccaricati di contenuti sostanziali, ovvero forgiati secondo un teleologismo valutativo. Un esempio: fra la definizione formale di reato come fatto sanzionato con pena ed una qualsiasi definizione sostanziale (per es. reato come lesione di un bene giuridico), è la definizione formale che consente di porre i problemi posti da una qualsivoglia scelta legislativa, ed è perciò la più adeguata (e di fatto è adoperata) come regola d'uso del concetto di reato. La più adeguata anche per porre il problema, se una data fattispecie o un dato fatto siano o non siano offensivi di un bene giuridico, e perciò legitti-

³⁵ È la ben nota lezione di K. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, che al di là delle critiche su singoli punti può ritenersi divenuta la base dell'approccio forse attualmente prevalente ai problemi della sistematica penalistica.

³⁶ In questo senso, per es., FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 155; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, I, Torino, 2004, p. 115.

mamente qualificabili come reato in ordinamenti in cui viga il principio del bene giuridico.

In via generale: proprio l'esigenza di apertura critica del discorso sul diritto richiede un linguaggio che sappia parlare allo stesso modo di ordinamenti buoni e meno buoni, o decisamente cattivi, tenendo tenere distinto il piano delle qualificazioni giuridiche da quello delle valutazioni 'di giustizia' o di adeguatezza teleologica. Talune coloriture valutative dell'usuale linguaggio giuridico rischiano di farsi strumento di una 'dogmatica apologetica'; per tale intendo un discorso che, facendo uso di un linguaggio retoricamente appagante, riconduce le scelte del legislatore, quali che siano, ad un principio regolativo che 'suona bene': per es. sussidiarietà o diritto penale minimo, per il caso di arretramenti del 'penale'; rafforzamento della prevenzione generale, nel caso di scelte di rigore o rigidità punitiva; e così via.

V'è anche il rischio di degradazione del linguaggio giuridico a neolingua orwelliana³⁷, concepita non per ampliare le capacità speculative, ma per ridurre, riducendo il linguaggio in modo da rendere impossibile ogni forma di pensiero critico. Il mondo del diritto è da sempre un mondo di vestimenti concettuali e travestimenti normativi della realtà. L'incubo orwelliano di un linguaggio che riduce (invece di ampliare) lo sguardo sulla realtà, sembra rivelare un profilo di inquietante somiglianza col linguaggio normativo: schematizzazione della realtà come connotato di un potere normativo che impone le proprie scelte anche su una realtà recalcitrante.

Rilevare l'ideologia implicita o usi francamente manipolativi del linguaggio giuridico è una *questione di verità*: scienza *wertfrei* e non politica. Senza bisogno di impegnarsi in giudizi di valore, il giurista può svolgere un lavoro di conoscenza critica (e non di dogmatica apologetica) semplicemente ponendo, con linguaggio appropriato, domande pertinenti sul senso di scelte fatte o non fatte dal legislatore, di differenziazioni fatte o non fatte, di riconoscizioni o bilanciamenti d'interessi, di dati di realtà e/o di nessi sistematici riconosciuti o ignorati. Un'analisi formalmente *wertfrei* – che eviti di far poggiare l'impresa conoscitiva su giudizi di valore – può e deve essere in grado, utilizzando appropriate categorie concettuali a facendo parlare i dati di fatto, di rendere riconoscibili i valori in gioco ed il modo in cui il legislatore li abbia messi in gioco. I giudizi di valore potranno seguire.

Insomma: penso ad un'impresa conoscitiva non subalterna al legislatore nell'elaborazione del linguaggio teorico e nell'individuazione dei problemi, e

³⁷ Il riferimento è al noto romanzo di G. ORWELL, 1984.

che ove occorra, di fronte a scelte che mettano in crisi la razionalità dell'ordinamento, “*temprando lo scettro ai regnatori / gli allor ne sfronda*”³⁸. Fuor di metafora, un'impresa conoscitiva che, nell'esplorare e ricostruire il sistema del diritto posto, ne metta in luce, al di là delle ideologie dello stesso legislatore, i reali significati rispetto ai problemi di disciplina ed ai valori della nostra civiltà.

Nessun dubbio dunque (non ne aveva nemmeno Arturo Rocco) sulla legittimazione di principio dei giuristi a impegnarsi sul piano della politica del diritto. Con la consapevolezza che il titolo di legittimazione non va ricercato in investiture politiche, ma “*esclusivamente nella coltivazione della scienza giuridica*”³⁹. La legittimazione in concreto va conquistata (e si rischia di perderla) sul campo.

³⁸ Per eventuali lettori non italiani: U. FOSCOLO, *I sepolcri*, v. 156-58.

³⁹ FALZEA, in AA.VV., *Giuristi e legislatori* (atti del convegno tenuto a Firenze nel settembre 1996), a cura di Paolo Grossi, 1997, p. 519.

Opinioni a confronto

OPINIONI A CONFRONTO

LA TUTELA DELLA VITTIMA NEL SISTEMA PENALE DELLE GARANZIE

Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO

È trascorso appena un decennio dal convegno torinese del 9 giugno 2001, provocatoriamente intitolato *“La vittima del reato, questa sconosciuta”*, che segnava la profonda distanza della disciplina interna rispetto all’apparato di tutela riconosciuto dalle fonti sovranazionali alla *“persona fisica che ha subito un pregiudizio causato direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro”*, con particolare riguardo alla Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI.

Il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona, menziona espressamente, in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale, i *“diritti delle vittime della criminalità”* (Tit. V, Capo IV, art. 82 § 2, lett. c), nell’ottica di uniformare le legislazioni nazionali degli Stati membri con l’introduzione di *“norme minime”* comuni a tutela di tali diritti. In quest’ottica, la Commissione europea intende adottare nella prima metà del 2011 una Direttiva indicativa di uno standard minimo di diritti e di tutela delle vittime, da rispettarsi da parte di tutti gli Stati membri dell’Unione europea, che dia concreta applicazione alla citata Decisione quadro del 2001.

Il codice di rito italiano, anche in virtù dei più recenti interventi legislativi di tipo meramente emergenziale o securitario, non risulta conforme agli standard di protezione richiesti dalle fonti sovranazionali nel disegno di un ruolo effettivo e appropriato delle vittime del reato. E però, benché frammentaria e disorganica, sembra tuttavia delinarsi progressivamente nell’ordinamento interno (a partire dalla legge n. 154 del 2001, recante misure contro la violenza nelle relazioni familiari, fino al decreto legge n. 11 del 2009, conv. con legge n. 38 del 2009, e alla legge n. 94 del 2009, in materia di sicurezza pubblica) una significativa evoluzione dei diritti della persona offesa nel processo penale – almeno – sul piano di due microsistemi: quello cautelare, specificamente orientato a tutela della vittima, e quello della testimonianza della vittima *“vulnerabile”*, dall’incidente probatorio *“speciale”* all’audizione protetta in dibattimento, diretta a contrastare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria.

Se *“i principi del processo equo esigono che, se necessario, gli interessi*

della difesa siano ponderati con quelli dei testimoni e delle vittime chiamate a deporre” (Cedu, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi), è avvertita per altro verso, nel difficile ma doveroso bilanciamento degli interessi presi in considerazione, l’esigenza di adeguate “compensazioni”, al fine di controbilanciare le deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova, che comporta l’assunzione anticipata delle dichiarazioni dell’accusatore, e l’obiettiva compressione che ne deriva per l’effettività del diritto di difesa dell’imputato.

Sicché, forte è l’attenzione dei giuristi per gli esiti della delega legislativa per l’attuazione della Decisione quadro del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, giusta i “*principi e criteri direttivi*” dettati dall’art. 53 della recente legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009), dai quali sembra già emergere la piattaforma di un vero e proprio “statuto” dei diritti delle vittime del reato nel sistema processuale penale.

Abbiamo chiesto a Tommaso Rafaraci e Sandra Recchione di esprimere il loro punto di vista al riguardo, anche alla luce di taluni spunti di riflessione suscitati dai quesiti di seguito riportati.

È utile definire *a priori* le categorie delle persone offese “particolarmente fragili” o “vulnerabili”, oppure è preferibile graduarne variamente il grado e i moduli di tutela processuale in considerazione delle ragioni – l’età, il sesso, le condizioni fisio-psichiche, la tipologia dei delitti – che, di volta in volta, caratterizzano la fonte di prova dichiarativa?

La giurisprudenza di legittimità ha messo in luce il grave problema dell’opacità delle tecniche di assunzione delle informazioni della vittima vulnerabile nel corso delle indagini preliminari da parte della polizia giudiziaria o dal P.M. (Cass., Sez. III, 18/9/2007, P.M. in proc. Scancarello e altri): in quali forme e con quali garanzie dovrebbero essere compiuti gli atti investigativi perché siano effettivamente “fruibili”, cioè controllabili dalla difesa dell’imputato e dai propri consulenti, quando essi diventino ostensibili e utilizzabili?

Come dovrebbe il legislatore rendere armonica la disciplina dell’incidente probatorio “speciale” con quella dei limiti del diritto alla prova nel dibattimento, sterilizzando quindi i danni derivanti dalla c.d. vittimizzazione secondaria ma, nello stesso tempo, senza comprimere, in misura sproporzionata e irragionevole, il diritto al confronto dell’imputato col suo accusatore, pure costituzionalmente garantito?

Sono davvero compatibili, in termini assoluti, gli approdi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo in tema di utilizzazione probatoria e valenza dimostrativa delle dichiarazioni rese anticipatamente dalla fonte vulnerabile, ispira-

ti alla logica duttile e flessibile di quella Corte, con i principi costituzionali sulle garanzie difensive dell'imputato nel giusto processo?

Le linee guida, che emergeranno in sede di attuazione della Decisione quadro del 15 marzo 2001 o di prossima adozione di un'apposita Direttiva della Commissione europea, saranno davvero in grado di assicurare la compiuta ed efficace realizzazione dello "statuto" dei diritti della vittima nel processo penale? Oppure le tante criticità della legislazione nazionale a tutela della vittima (i moduli di acquisizione delle informazioni nella fase investigativa, l'ampiezza dello spettro e della durata delle misure coercitive a protezione della stessa, le larghe deroghe alla formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale, lo scarso rispetto per la vita privata della persona offesa e dei suoi familiari determinato dalla massiccia diffusione mediatica delle cronache giudiziarie) rischiano di rimanere comunque esasperate o irrisolte a causa – soprattutto – delle gravi disfunzioni derivanti dalla cronica e irragionevole durata del processo penale italiano?

Tommaso Rafaraci

1. La nota introduttiva suggerisce la traccia di due itinerari sinuosi di riflessione. L'uno si sviluppa sullo sfondo, passando attraverso i campi di evoluzione dei diritti della vittima nel nostro sistema processuale penale, e termina nella domanda su quanto sia ragionevole attendersi decisivi sviluppi dalla prossima attuazione, tramite delega legislativa, della decisione quadro 2001/220/GAI (o dall'attesa adozione di una direttiva della Commissione sui diritti minimi comuni della vittima). L'altro procede invece in primo piano, sotto i riflettori impietosi di quesiti piuttosto scomodi, visitando i terreni del contributo dichiarativo della vittima "particolarmente fragile", o "vulnerabile", segnati dalla costante tensione tra istanze di appropriata protezione del dichiarante ed esigenze di salvaguardia dei diritti della difesa.

Si delinea, comunque, inconfondibile, la matrice culturale di questi come di ogni altro percorso orientato a studiare i modi e la misura più adeguati per una tutela della posizione della vittima nel sistema penale, ormai percepita senz'altro come un obiettivo immancabile [PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 44; TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1457; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 987 ss.).

Si vuol dire, cioè, la tendenza contemporanea a rimodulare la dialettica individuo-autorità guadagnando maggiori spazi al primo, a scapito della seconda, cioè alla persona, a scapito dell'autorità [ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *questa Rivista*, 2006, p. 305 ss.].

Questa tendenza si riscontra certo già sul versante dell'individuo-imputato, là dove la tradizionale dialettica fra tale soggetto e l'autorità inclina a essere ricomposta attraverso un significativo contenimento degli aspetti più spiccatamente autoritativi del sistema processuale penale. Ma essa investe anche il versante dell'individuo-vittima – ciò che in questa sede soprattutto interessa – là dove l'istanza della vittima a vedersi riconosciuti «un ruolo effettivo e appropriato» nel «sistema giudiziario penale», un «trattamento rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento» e «i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale» (art. 2 comma 1 Decisione Quadro 2001/220/GAI) lascia emergere un assai meno scontato rapporto dialettico fra individuo e autorità, nonché, poi, fra individuo-vittima e individuo-imputato.

Del resto, la stessa evocazione di uno “statuto della vittima”, così come il riferimento normativo ai «diritti delle vittime della criminalità» (art. 82 TFUE), denotano un forte tasso fondativo di pretese che, pur in un contesto decisamente pubblicistico, sono propriamente individuali, giungendo anche ad attingere la sfera dei diritti fondamentali della persona.

2. Non importa in questa sede approfondire la nozione di vittima. Il termine, di marca criminologica e di derivazione internazionale, è usato in diversi contesti e non ha contorni di significato nettamente segnati [v. ROSI, *Tutela delle vittime dei reati con particolare riferimento alle vittime vulnerabili*, Relazione a *Incontro di studio su Tutela dei diritti umani. Attività e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 13 giugno 2006, Corte di Appello di Roma, in www.giustizialazio.it; CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, p. 347 ss.).

Nell'ambito della Decisione Quadro 2001/220/GAI è tale, secondo la definizione dell'art. 1, comma 1, lett. a), «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro». La formula è ampia abbastanza da includere anche posizioni non precisamente ritagliate sulla nozione, a noi familiare, di persona offesa, intesa come titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice [pare rientrarvi il semplice danneggiato, mentre è da escludere

che possa ricomprendere la persona giuridica: cfr. Corte di Giustizia, 28 giugno 2007, C 467/05, Dell'Orto]. Ma è anche univoca abbastanza da indicare chiaramente la duplice condizione in cui si trova chi vi rientri: per un verso, quella di soggetto leso e/o danneggiato dal reato (e senza che rilevi il tipo di reato) e, per altro verso, quella di soggetto "debole", o per meglio dire, "indebolito" nella persona (fisicamente, mentalmente, moralmente) dalla lesione sofferta e dai suoi effetti. Sotto il primo aspetto, la vittima rivendica il diritto a svolgere un ruolo «effettivo e appropriato» nel procedimento penale (fruendo di adeguati strumenti d'impulso e di partecipazione, con le relative garanzie informative), come riflesso dell'interesse a ottenere la punizione del colpevole e il risarcimento del danno. Ed è il caso di notare che il riconoscimento di tale ruolo attivo ricorda, soprattutto per l'ipotesi di offese a diritti della persona, che il potere punitivo non si fonda solo su esigenze di difesa sociale, ma anche di tutela dei diritti individuali. Sotto il secondo aspetto, invece, la vittima esige una protezione personale adeguata, anche in termini di assistenza, sicurezza e *privacy*, tale da evitare che il coinvolgimento nel procedimento penale le provochi ulteriore pregiudizio, soprattutto psicologico e morale (c.d. vittimizzazione secondaria). I due momenti di tutela sono, è evidente, diversamente orientati: come si usa dire, l'uno si attua "nel" procedimento, l'altro invece, proteggendo la persona "dal" procedimento. Ciò non toglie tuttavia che entrambi aspirino a integrare un sistema saldamente agganciato alle prerogative della vittima quale individuo.

3. Il secondo campo, quello della protezione "dal" procedimento, interessa in modo diretto le vittime «particolarmente vulnerabili» o «più vulnerabili». La decisione quadro n. 2001/220/GAI prevede un preciso vincolo a garantire a queste vittime un trattamento protettivo «specifico», «che risponda in modo ottimale alla loro situazione» (art. 2, comma 2). Il contesto della prova dichiarativa, è poi espressamente selezionato come quello in cui l'esigenza di protezione delle vittime dalle conseguenze della loro deposizione in udienza va soddisfatta, per le vittime «più vulnerabili», con particolare cura (art. 8, comma 4).

La decisione quadro non individua, tuttavia, le situazioni di particolare vulnerabilità, né fornisce alcun criterio per individuarle. A questo riguardo, anche in relazione ai problemi della prova dichiarativa, la funzione regolatrice del sistema processuale può essere comunque legittimamente guidata tanto da criteri di natura "oggettiva" (per i quali contano il tipo di reato, il carattere "sensibile" del bene giuridico leso, le modalità della condotta, la relazione tra autore e vittima), quanto da criteri di natura "soggettiva" (per i quali rilevano,

indipendentemente dal tipo di reato o da altri fattori oggettivi, l'età, le condizioni fisiche o psichiche patologiche, il sesso, altre condizioni).

È difficile, certo, prescindere dalla centralità dei criteri "soggettivi" (nella prospettiva dei quali l'esser vittima non fa che aggravare un precedente *status* di fragilità), ma sarebbe pure arduo disconoscere l'utilità dei criteri "oggettivi", legati alla qualità del reato, che permettono di selezionare specifici bisogni di tutela delle vittime già (soggettivamente) vulnerabili nonché, eventualmente, di quelle non altrimenti vulnerabili.

In ogni caso, sia al fine di tener conto dei diversi gradi in cui uno stesso tipo di fragilità può presentarsi, sia in vista di un probabile uso realisticamente integrato dei due tipi di criteri appena indicati, in sede normativa si richiederanno adeguate articolazioni del regime di tutela, che limitano sensibilmente l'utilità – o comunque l'esautività – della definizione *a priori* delle categorie di vittime particolarmente vulnerabili. In questo assetto opportunamente flessibile risulta importante, piuttosto, che emergano con chiarezza le ragioni di ogni distinta modulazione della tutela. È proprio su questo piano, com'è noto, che il nostro sistema processuale presenta notevoli manchevolezze.

Tipicamente sincretica è la condizione del minore di età, che viene in rilievo, per la sua fragilità, già nella veste di semplice testimone [v. AA.VV., *Il minore fonte di prova nel processo penale*, a cura di CESARI, Milano, 2008; GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1019 e, già prima, i contributi di DI CHIARA e PRESUTTI in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, *Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Pisa-Lucca 28-30 novembre 2003]. E se è anche vittima, in particolare di gravi reati inerenti alla sfera personale, è, a più forte ragione, vittima fragile; sicché alle tutele garantitegli come semplice testimone, debole in relazione alla minore età, possono aggiungersene altre, connesse alla sua condizione di vittima di particolari reati¹. Come pure è possibile che la minore età, combinata con la natura del reato sul quale l'audizione dovrà vertere, giustifichi l'estensione

¹ In tal senso v. Corte di Giustizia (Grande Sezione) 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, secondo la quale, benché sia controverso «se la circostanza che la vittima di un'infrazione penale sia un minore basti, in linea di massima, per qualificare tale vittima come particolarmente vulnerabile ai sensi della decisione quadro, non può essere contestato che qualora (...) bambini in età infantile sostengano di aver subito maltrattamenti, per giunta da parte di un'insegnante, tali bambini possano essere così qualificati *alla luce, in particolare, della loro età, nonché della natura e delle conseguenze delle infrazioni*» (corsivo nostro).

delle tutele specificamente pensate per la vittima vulnerabile al semplice testimone degli stessi reati [rilevando il concetto ampio di vittima, di cui all'art. 2 della Dec. Quadro 2001/220/GAI, per l'esperienza di fatti traumatici anche il semplice spettatore fragile può esser ritenuto vittima: si pensi al minore in età infantile che assista ad un agguato omicida nei confronti di un familiare]. Nella modulazione delle forme di tutela potrà inoltre ragionevolmente incidere la variabile dell'età infantile o invece adolescenziale del minore.

Vittima particolarmente vulnerabile deve indubbiamente considerarsi l'infermo di mente (pure se) maggiorenne. Ma è utile ricordare che la persona che si trovi in tale *status* è attratta nell'area di tutele specialmente richieste da evidenti esigenze di salvaguardia della dignità umana e della sua personalità già come testimone fragile [Corte cost. sent. 30 luglio 1997 n. 283, in relazione all'art. 498 comma 4 c.p.p.; Corte cost., sent. 29 gennaio 2005 n. 63, in relazione all'art. 398 comma 5-*bis*], prima che come testimone-vittima meritevole di speciale protezione a fronte di alcuni tipi di reato [Corte cost., sent. n. 63/2005, cit., in relazione all'art. 498 comma 4-*ter*].

Le concomitanze con le garanzie connesse alla condizione di semplice testimone cessano, invece, là dove si voglia apprestare tutela anche al maggiorenne. In quest'ambito, in mancanza di *status* patologici, le cause di una particolare vulnerabilità non potranno che ricollegarsi autonomamente alla condizione di vittima e, più precisamente, a quella di vittima qualificata dall'aver patito particolari delitti. Certamente si tratta del fronte più avanzato di possibile tutela, in quanto investe l'area, quella del soggetto maturo, rispetto alla quale la sostenibilità e, di più, l'appropriatezza del regime ordinario della prova dichiarativa risultano direttamente calibrate dal sistema processuale.

Al riguardo, fino a poco tempo fa le sole cautele erano quelle previste nell'art. 472 comma 3-*bis*, che incidono sul profilo "esterno" della pubblicità dibattimentale e sull'oggetto della prova dichiarativa. A vantaggio della riservatezza e della dignità anche del maggiorenne persona offesa di reati in materia di libertà sessuale o implicanti asservimento della persona in tale norma sono stabiliti la facoltà dell'offeso di richiedere che il dibattimento si svolga (anche solo in parte) a porte chiuse e il divieto, durante l'esame di qualsiasi fonte, di domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa che non risultino necessarie alla ricostruzione del fatto (divieto, questo, operante anche nell'eventuale esame in incidente probatorio, per il rinvio di cui all'art. 401 comma 5). Di recente, tuttavia, l'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. è stato integrato prevedendo, nei procedimenti per la serie (a sua volta integrata) di reati ivi richiamati, la possibilità di assumere con incidente probatorio anche la testimo-

nianza del maggiorenne, se persona offesa. L'innesto punta anch'esso alla tutela della riservatezza dell'offeso, in procedimenti per fatti che feriscono gravemente e nell'intimo la sua persona, ma forse conta ancor di più l'aspettativa di fare a meno dell'esame dibattimentale (che pur potrebbe svolgersi a porte chiuse), con le inevitabili rievocazioni del fatto traumatico. Non ne consegue, tuttavia, alcuna deroga alle ordinarie modalità dell'esame, rimanendo ferma l'assunzione della prova nelle forme dell'esame incrociato.

Se quest'ultima *ratio* non fosse centrale, difficilmente si potrebbe ritenere che l'esigenza di evitare le esposizioni a una pubblicità nociva non possano essere adeguatamente soddisfatte con i dovuti accorgimenti in sede dibattimentale (non escluse, *de iure condendo*, anche su altro piano, alle occorrenze più gravi, pertinenti modalità protette: ad esempio, l'uso del vetro-specchio). L'ulteriore esaltazione della riservatezza ottenuta attraverso la dislocazione dell'esame nella sede "appartata" dell'incidente probatorio, non avrebbe senso forte, fuori dell'aspettativa di uscire definitivamente dal processo. Ma se così è, davvero limitatissima deve restare l'area dei reati per i quali consentire l'anticipazione dell'esame: non si dovrebbe andare oltre i più gravi reati relativi alla sfera sessuale e quelli che determinano l'asservimento della persona.

Assai discutibile è, pertanto, che ciò possa avvenire, *ex art.* 392, comma 1-*bis*, anche nel caso del maggiorenne vittima del nuovo reato di atti persecutori, perché questa opzione legislativa tradisce una tendenza, non degna di essere assecondata, a tramutare l'incidente probatorio in una leva ordinaria della politiche di protezione della vittima.

4. Sull'opacità dell'assunzione di informazioni dalla persona offesa particolarmente vulnerabile ad opera del pubblico ministero o della polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, occorre essere espliciti. Il contesto peculiare di esperienza è quello delle vittime di abusi sessuali in età infantile. E il problema, per come emerge dagli accenti posti dalla Corte di cassazione, è essenzialmente quello della scarsa trasparenza di un'attività investigativa di particolare delicatezza. Rispetto a questa attività, mentre non si riduce certo il bisogno di protezione del minore dal rischio di "vittimizzazione secondaria", si accentua decisamente quello di irreversibile pregiudizio per la genuinità del contributo probatorio.

La mancanza di qualsivoglia disciplina normativa e comunque l'assenza di protocolli operativi condivisi, rendono prezioso il ricorso alla documentazione audiovisiva per la migliore conservazione della memoria dell'atto. Invero, il vuoto di disciplina fa sì che il controllo postumo sull'atto si atteggi quale vero

e proprio vaglio interamente costitutivo della “legittimità” dell’atto stesso e, in stretta connessione, del credito attribuibile ai suoi risultati. Il che rende la videoregistrazione particolarmente utile e anzi irrinunciabile. Nell’ottica della Corte di cassazione [Cass. Sez. III, 18 settembre 2007, P.M. in Proc. Scanca-rello e altri], la fruibilità garantita dalla videoregistrazione consiste nella non sottrazione alla difesa della consueta possibilità di seguire, sia pure *ex post*, il percorso investigativo, con gli accorgimenti documentali necessari ad annullare il *deficit* di controllabilità derivante dalla peculiare assenza di norme e prescrizioni *ad hoc* proprio in una materia che ne avrebbe particolare bisogno. L’ostensibilità dell’audizione attraverso l’uso della documentazione videoregistrata, cioè, giova a recuperare l’ordinaria opportunità di critica delle informazioni raccolte unilateralmente, quindi con approccio fisiologicamente investigativo, in un campo fortemente caratterizzato da interazioni particolarmente delicate fra interrogante e interrogato.

Non sembrano cogliersi invece nell’argomentazione della Corte, indicazioni, sia pure soltanto di prospettiva, che puntino sulla trasparenza fornita dalla videoregistrazione quale chiave per un uso probatorio tendenzialmente ampio dei risultati di colloqui anche non partecipati. Un uso che sarebbe anzi quello più appropriato, ove si muovesse dalla premessa secondo cui l’emersione del sapere del minore vittima è frutto di un delicato *work in progress*, da gestire per tappe, che, per esser colto nella sua genuinità, importa più accompagnare, seguire, memorizzare (audiovisivamente) e poi valutare nell’insieme, piuttosto che turbare, almeno nei suoi passaggi più delicati, con le disamine tipiche (ancorché modulate e protette) della acquisizione partecipata.

Per la verità, nell’occasione la Corte di cassazione ha avuto, appunto, riguardo alla specifica esigenza di garantire l’“ostensione”, ai fini del controllo e della critica (in sede cautelare), di metodi che, proprio per non essere materia di protocolli scientifici recepiti e condivisi, hanno purtroppo bisogno di essere di volta in volta riconosciuti come validi, prima di accertarsi, poi, se siano stati effettivamente e correttamente osservati. Tuttavia, pur a voler credere che, implicitamente, la Corte abbia voluto indicare nella videoregistrazione uno strumento utile più in generale alla fruibilità valutativa anche dei colloqui propriamente informativi svolti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, la conclusione non cambierebbe. Il recupero dell’ordinaria controllabilità del sapere formato unilateralmente non può ridondare a svantaggio del contraddittorio (ancorché protetto) nella formazione della prova. D’altra parte la videoregistrazione è, di per sé, strumento neutro. La virtù di ridurre, sia pure artificialmente, la distanza tra il “luogo” dell’esperienza informativa e

l'“altrove” in cui questa deve essere poi vagliata, nulla dice, di per sé, sugli obiettivi a cui essa può rendersi utile.

5. Nella lettura della sentenza sul caso di Rignano, non dovrebbe sfuggire che la Corte di cassazione riconduce la carenza di fruibilità non, senz'altro, alla mancata videoregistrazione della consulenza psicodiagnostica ma, piuttosto, a una peculiare combinazione di fattori, cioè alla «scelta di optare per la procedura non garantita *unita* a quella dell'esperto di non videoregistrare i colloqui». Scelta, la prima, legittima, ammette la Corte, ma operata «implicitamente ma discutibilmente ritenendo che la situazione psicologica non fosse passibile di mutazione nel tempo». Ciò chiarisce che, per la stessa Corte, la fruibilità tramite videoregistrazione di colloqui comunque avvenuti in contesto non garantito non è una nuova, più matura frontiera del contraddittorio bensì semplicemente il *minimum* per non rendere inaccettabile una scelta in questi casi solitamente già discutibile. Come appena segnalato, proprio la mutabilità nel tempo della condizione psicologica del minore vittima è dichiaratamente vista quale fattore, quantomeno, di “discutibilità” della opzione per il colloquio (nella specie quello psicodiagnostico) non partecipato.

In verità, in questa sentenza, come in generale nella più accorta giurisprudenza di legittimità, si colgono indicazioni chiare in favore della tempestività della raccolta del contributo del minore vittima, della parsimonia delle audizioni, ma soprattutto si coglie un'indicazione prioritaria in favore dell'adozione di forme partecipate, per se stesse idonee a “cristallizzare” tempestivamente in chiave probatoria il contributo del minore vittima, secondo moduli che anche la fase delle indagini preliminari, sia pure in via di eccezione e in casi tassativi, non manca di offrire [v. Cass. Sez. III, 24 luglio 2009, Falanga]. Il che risponde all'esigenza di tutelare la genuinità della prova dai rischi di usura e di deperibilità peculiari di questo tipo di fonte, come a quella di proteggere il minore vittima sottraendolo, per quanto possibile, a ulteriori occasioni di servitù processuale nocive per il buon esito dei processi di assorbimento del trauma subito.

Nell'insieme, quindi, sembra che la giurisprudenza rilanci, anziché superare, il tema della prova anticipata come orizzonte privilegiato o, addirittura, in certi ambiti, tendenzialmente esclusivo, dell'audizione del minore durante la fase delle indagini preliminari. E comunque non pare che vi sia spazio per includere le audizioni investigative unilaterali – tutte da disciplinare ma in qualche misura ineludibili – nell'orbita della cognizione propriamente dibattimentale.

6. Non è mancata, lo si sa bene, la ricerca della soluzione estrema: ottenere la protezione del minore vittima vulnerabile, sottraendolo del tutto all'esame dibattimentale. L'effetto è stato quello di aprire varchi non autorizzati di deroga alla regola della formazione della prova *coram partibus*. Le figure impropriamente forzate sono state, com'è noto, soprattutto quelle degli artt. 512, 195 comma 3 e, piuttosto inopinatamente, 526 comma 1-*bis* c.p.p., e non è questa la sede per riprendere gli argomenti, sviluppati dalla migliore dottrina, che rendono di norma impraticabile il ricorso a questi canali di vera e propria "fuga" del minore vittima dalla testimonianza. È opportuno piuttosto, segnalare che la testimonianza indiretta dei genitori o dei familiari, su quanto appreso dal minore, pone delicatissimi problemi di valutazione anche nell'ipotesi in cui non si surroghi a quella del minore, attraverso l'impropria dilatazione dei casi dell'art. 195, comma 3, ma concorra con essa nel quadro dell'istruzione dibattimentale [cfr. Cass. Sez. III, 24 luglio 2009, Falanga, cit.].

Seguendo la traccia, qualche parola va spesa, invece, per confermare la difficoltà di mutuare nel nostro sistema processuale penale le soluzioni che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo suggerisce in tema di utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese anticipatamente, in contesto non garantito, dalla fonte vulnerabile.

È noto che, attraverso la mediazione dell'art. 8 C.e.d.u. (diritto al rispetto della vita privata e familiare), è la stessa nozione di processo equo *ex art.* 6 C.e.d.u. a richiedere una ponderazione dei diritti della difesa con quelli di testimoni e vittime chiamate a deporre, sulla linea della ricordata sentenza Doorson. A essere coinvolto è naturalmente il diritto al confronto con l'accusatore, che si tratta pur tuttavia di salvaguardare. Il modo per farlo è, secondo la Corte europea, ripiegare, se necessario, dallo *standard* del confronto diretto con la fonte di prova in udienza a quello meno impegnativo di un'occasione – buona anche se fruita fuori dell'udienza, in altra fase del procedimento – in cui l'imputato abbia potuto rivolgersi al teste per contestarne le affermazioni accusatorie. Pure se poi questa occasione manchi, l'equità del processo resta salva tutte le volte in cui le dichiarazioni sfuggite alla critica, benché utilizzate, non siano risultate decisive per la condanna.

Si tratta di una linea di fondo – via via sviluppata, sebbene con diversi accenti, a partire dai casi di "assenza" del teste dall'"udienza" – che postula la normale necessità, ma anche la sufficienza, del contraddittorio differito con la fonte di prova [v. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2° ed., Milano, 2009, p. 80 ss.]. È un punto fermo nella giurisprudenza di Strasburgo, attorno al quale, semmai, ruota una variegata casistica, arricchitasi di recente

proprio in tema di testimoni vulnerabili (soprattutto minori vittime di abusi sessuali, ma anche di altri gravi delitti contro la persona) che cerca di stabilire a quali requisiti minimi debba, a sua volta, rispondere il necessario “contatto” dell'imputato (o almeno della sua difesa) con il teste, affinché possa dirsi che non sia mancata l'occasione di un confronto, pur differito, con la fonte di prova. È agevole comprendere il perché, nella prospettiva della Corte europea, questo sia un punto cruciale, da approfondire di volta in volta per la diagnosi sul rispetto dell'art. 6 comma 3 lett. d) C.e.d.u. Infatti, proprio il profilo “erratico” di un'occasione di confronto che può essere ricavata in ogni sede (anche nella fase investigativa e, all'estremo, persino in assenza del giudice), senza che siano escluse *a priori* forme mediate e filtrate di contatto, impone un vaglio attento di ognuna delle fattispecie portate all'attenzione della Corte.

Ora, può darsi che da queste elaborazioni possano trarsi, in punto di modalità protette del confronto, indicazioni praticabili, se non già praticate, nel nostro ordinamento. L'importante è, tuttavia, non perdere di vista che nell'ottica della Corte europea queste elaborazioni servono a preservare gli *essentia-lia* di un'adeguata occasione di confronto, dovunque dislocata nel procedimento, e non a garantire il contraddittorio nel momento genetico della formazione degli elementi di prova. La stessa videoregistrazione si colloca in questo quadro. Essa, infatti, o serve alla difesa per controllare l'effettività dell'occasione di confronto, là dove questa sia stata realizzata con modalità mediate [v. Corte europea dir. uomo, 2 luglio 2002, S.N. c. Svezia]; oppure, se apprestata in ordine a dichiarazioni rese fuori del confronto, essa serve non solo a rendere più efficace il confronto differito ma anche, purché questo non sia mancato, a consentire una più fedele utilizzazione probatoria in giudizio delle dichiarazioni rese in assenza di dialettica.

La conclusione pare obbligatoria. Nel nostro ordinamento vi sono certamente spazi per temperare le forme del contraddittorio dibattimentale, escludendo, se del caso, quella dell'esame incrociato e, di più, includendo altre mediazioni protettive; vi sono, ancora, spazi per dislocare la prova dichiarativa, sia pure in via di eccezione, in fasi anteriori del procedimento che sacrificano l'immediatezza. Nessuno spazio diverso da quello circoscritto nell'art. 111 comma 5 Cost. è invece a disposizione per derogare al contraddittorio nel momento genetico della formazione della prova. Secondo la stessa Corte costituzionale, l'art. 111 comma 4 Cost. non vale come semplice monito all'implementazione della dialettica probatoria ma piuttosto come precisa regola di esclusione probatoria che – salve le deroghe inquadabili nel comma successivo – rende costituzionalmente insufficiente il confronto differito di cui si appaga la Corte

europea. Trattandosi, d'altra parte, di vera e propria regola di esclusione, non dovrebbe venire nemmeno in considerazione l'eventualità, tollerata dalla Corte europea, di un'utilizzazione, per quanto marginale, delle dichiarazioni rese dal teste fuori del contraddittorio formativo della prova e non passate al vaglio del contraddittorio differito².

7. Si è accennato più sopra che l'audizione in incidente probatorio della fonte particolarmente vulnerabile (soprattutto il minore in età infantile vittima di abusi sessuali) emerge come prospettiva privilegiata dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Il tema non va sovrapposto a quello delle modalità speciali (variamente attutite o protette) dell'esame, che dovrebbero essere, nel loro insieme, opportunità previste in ogni sede di formazione della prova. L'anticipazione dell'esame dovrebbe propriamente rispondere a specifiche finalità, di conservazione della prova o della sua genuinità, oppure di protezione rinforzata del dichiarante, contando che l'esame in incidente probatorio possa esaurire le servitù processuali della sua fonte.

È un campo che resta di certo riservato all'intervento del legislatore e non all'opera dell'interprete. Ed è noto che la Corte costituzionale ha usato in materia particolare prudenza nel procedere al vaglio di ragionevolezza sulle opzioni del legislatore, avendo a suo tempo reputato non censurabili sotto questo profilo i limiti apposti all'incidente probatorio "speciale" *ex art. 392 comma 1-bis* [v. Corte cost., sent. 18 dicembre 2002, n. 529; Corte cost., ord. 1° aprile 2003, n. 108; Corte cost., ord. 29 dicembre 2000 n. 583]. La susseguente domanda in via pregiudiziale alla Corte di giustizia di Lussemburgo, tesa al riconoscimento dell'inadeguatezza di tali limiti alla luce della decisione quadro n. 2201/220/GAI, ha prodotto, com'è noto, una decisione che, pur nettamente orientata in questo senso, non poteva valere a superali [Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, cit.].

Ma ancora sul piano della ricerca di convalide in sede sovranazionale, si registra da ultimo una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale, avanzata per

² Simile problema invece si pone negli spazi di deroga previsti dall'art. 111 comma 5 Cost. e segnatamente nella figura dell'art. 512 c.p.p., là dove il nostro sistema non prevede, almeno esplicitamente, vincoli a un uso comunque solo marginale – secondo l'adagio della Corte europea – delle dichiarazioni sottratte a qualsiasi forma di dialettica con la fonte dichiarativa, cioè anche a quella differita e meramente critica. In questo scarto non si è mancato di vedere un profilo di inosservanza della nostra legge processuale penale con le prescrizioni della C.e.d.u., come intese dai giudici di Strasburgo.

conoscere se gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro n. 2001/220/GAI debbano essere interpretati nel senso di ostare ad una normativa nazionale (artt. 392 comma 1-*bis*, 394 c.p.p.) che non preveda l'«obbligo per il pubblico ministero di richiedere l'audizione e l'esame della persona offesa e vittima minore con le forme anticipate rispetto al dibattimento dell'incidente probatorio» né la possibilità, per la stessa persona «di ricorrere ad un giudice contro la decisione negativa del pubblico ministero sulla sua richiesta di essere ascoltata nelle forme adeguate dell'incidente probatorio» [Trib. Firenze, 25 ottobre 2010, Bernardi, Causa C-507/10, in G.U.U.E, 15 gennaio 2011, C 13/20]. Ritornano così domande di sicuro rilievo. In primo luogo, se sia opportuno – o addirittura dovuto alla stregua della decisione quadro – che in determinati ambiti la richiesta di esame anticipato della fonte particolarmente vulnerabile diventi materia di un obbligo; inoltre, se la persona interessata non meriti – come in effetti sembra ragionevole – di essere essa stessa titolare non solo della debole facoltà di richiesta al pubblico ministero ma anche del potere di rivolgersi al giudice, almeno in seconda battuta, cioè se la sua richiesta al pubblico ministero non sia assecondata.

Ora, se vi è un'area in cui poco si può dubitare che istituire il dovere del pubblico ministero di richiedere – e del giudice, verosimilmente, di disporre, senza significativi margini di discrezione – l'incidente probatorio “speciale” sia la soluzione di gran lunga preferibile, questa è l'area di tutti i minori infraquattordicenni, vittime o anche semplici testimoni, indipendentemente dal tipo di reato per cui si proceda.

Le esigenze protettive specifiche della persona offesa particolarmente vulnerabile (in relazione alla qualità del reato subito) si versano e si soddisfano in questo caso, nel più vasto ambito delle garanzie previste – innanzitutto per la genuinità della prova – a ragione dell'età essenzialmente infantile della fonte.

Una valutazione caso per caso – in cui, pure, possa adeguatamente contare la diversità dei punti di partenza, e che l'interessato abbia comunque facoltà di provocare, sottraendosi al monopolio dell'iniziativa di parte – dovrebbe rimanere la soluzione più adeguata nelle altre ipotesi di giustificabile apertura all'incidente probatorio: cioè quelle del minore infradiciottenne, persona offesa particolarmente vulnerabile in relazione alla qualità del reato subito, o anche semplice testimone di reati della stessa qualità. Lo stesso regime – se non altro per la duttilità di valutazione che consente – pare adeguato a tutelare l'infermo di mente (infradiciottenne o maggiorenne) persona offesa o anche semplice testimone degli stessi reati. Ugualmente caso per caso andrebbe autorizzato l'accesso all'incidente probatorio del maggiorenne, se persona offesa di delitti

qualificati, sulla linea, della vigente versione dell'art. 392 comma 1-*bis*.

Si sa bene, poi, che l'incidente probatorio "speciale" non basta da solo alla sua efficacia. Occorre che sia accompagnato dagli accorgimenti che garantiscono gli obiettivi di genuinità della prova e di protezione del dichiarante in vista dei quali si giustifica il sacrificio del contraddittorio dibattimentale. Se ne richiede quindi la "tempestività", intesa sia come minor lontananza possibile dal tempo del reato, sia come drastico contenimento, se non soppressione, almeno di fronte a soggetti in età infantile, di audizioni investigative anteriori all'incidente.

D'altra parte, è necessario che vi sia e funzioni adeguatamente un meccanismo deputato a far sì che l'incidente probatorio valga a evitare l'esame in dibattimento. Questo compito è affidato all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* ma, com'è noto, la previsione contiene vistosi difetti di coordinamento con l'odierno art. 392 comma 1-*bis*, tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello oggettivo (oltre al resto – catalogo dei reati asimmetrico, riferimento solo ai minori infrasedicenni –, non è richiamata l'ipotesi dell'incidente probatorio dell'offeso maggiorenne, ora consentito dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.), che le impediscono di svolgere con coerenza la sua funzione. Altro è poi che, pur riparati questi difetti, il meccanismo in se stesso non sia in grado di scongiurare in assoluto l'audizione dibattimentale. Pare tuttavia che i margini residui per questa eventualità non siano ulteriormente comprimibili. Pur protetto nelle modalità, e con tutte le cautele del caso in punto di valutazione di dichiarazioni provenienti da una fonte fragile e ormai "compromessa", l'esame davanti al giudice del giudizio su fatti e circostanze nuove, resta una possibilità.

8. Al di là delle maggiori questioni inerenti alla misura del ricorso alla prova anticipata, restano ben individuabili alcune linee di razionalizzazione del sistema di deroghe al regime delle modalità ordinarie di acquisizione della prova dichiarativa.

Occorrerebbe in primo luogo uniformare – eliminando residui scarti e dubbi interpretativi – le forme e modalità speciali di audizione disponibili rispettivamente nell'incidente probatorio e nel dibattimento, prevedendone peraltro la fruizione non solo per la testimonianza in senso stretto ma per tutte le prove – tra queste sicuramente la ricognizione e il confronto – che implicano un'audizione.

Varrebbe, inoltre, ribadire con chiarezza che la possibilità di accesso a tutte le cautele rivolte a evitare i disagi e i pregiudizi derivanti dall'atto stesso del deporre è offerta – salvo, poi, naturalmente, individualizzarle – a ogni mino-

renne, indipendentemente dall'età, dal tipo di reato e dall'esser anche vittima o semplice testimone e, parimenti, all'infermo di mente maggiorenne.

Sarebbe opportuno, poi allargare la gamma dei reati in relazione ai quali la protezione del minore è rinforzata fino a comprendervi almeno i più gravi reati contro la persona commessi con uso di violenza; nonché – là dove si ritenga che alcuni profili di tutela debbano restare essenzialmente riservati al minore che sia anche persona offesa degli stessi reati – equiparare a quest'ultimo il minore semplice testimone dei reati medesimi, se commessi in danno di prossimi congiunti o in ambito domestico. Similmente meriterebbe provvedere per l'infermo di mente maggiorenne.

Occorrerebbe, ancora, attribuire all'interessato, tanto più se persona offesa, la facoltà di richiedere le forme di protezione disponibili (similmente a quanto è auspicabile per l'attivazione dell'incidente probatorio speciale).

Quanto al giudice, è bene che egli sia provvisto di costanti poteri d'ufficio, che gli consentano di provvedere anche nell'inerzia delle parti o dell'interessato (oggi, ad esempio, l'esame schermato necessita di un'iniziativa dell'offeso o del suo difensore, anche se poi è dovere del giudice disporlo: art. 498 comma 5-ter c.p.p.).

E naturalmente, pur nel quadro di una descrizione sperabilmente meno generica delle modalità protette dell'esame, è importante conservargli poteri discrezionali che gli permettano di adattare all'età e alle altre condizioni le misure più idonee nel caso di specie.

Una costante assistenza affettiva e psicologica, almeno al di sotto di una certa età, dovrebbe, infine, esser prevista, sul modello dell'art. 609-*decies* c.p., ma in generale, come fattore di protezione del soggetto debole non solo in sede di audizione ma per tutto il corso del procedimento.

Da quest'ultima base dovrebbero poi muovere linee di disciplina esplicite dell'audizione in fase investigativa, presidiate all'occorrenza da sanzioni processuali, in cui far posto alla riserva dell'audizione al magistrato, e all'intervento di personale di polizia giudiziaria specializzato per ogni diverso contatto con la fonte particolarmente vulnerabile, all'uso di locali idonei e ad altre modalità protette. Inoltre, non pare possano essere lasciate alla libertà della prassi, fuori da protocolli accreditati e condivisi, i profili della tempestività delle audizioni, degli stretti limiti alla loro iterazione³, delle modalità e dei

³ Cfr. l'art. 3, comma 2, Dec. Quadro 2001/220/GAI, secondo la quale gli Stati membro dovranno adottare misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino le vittime soltanto quando è necessario al procedimento penale. Sul punto, ancora più dettagliata si presenta

confini delle domande, nonché quello, non certo ultimo, della precisa finalità – e, prima ancora, della stessa ammissibilità – di consulenze psicodiagnostiche preventive, soprattutto sul delicato crinale del rapporto tra accertamento della capacità di testimoniare e valutazione della c.d. attendibilità psicologica del minore.

9. La delega legislativa per l'attuazione della decisione quadro (artt. 52 e 53 della legge 4 giugno 2010 n. 96) non sembra destinata, in verità, a promuovere decisivi salti di qualità. Quanto al tema della prova dichiarativa, cui si riferisce la direttiva dell'art. 53 lett. b), non pare proprio che dalla sua attuazione ci sia da aspettarsi la complessiva rivisitazione e razionalizzazione della materia che obiettivamente occorrerebbe. Ciò, infatti, come si è visto, richiederebbe di intervenire contestualmente – con opportune distinzioni ma anche con adeguati raccordi – negli ambiti della semplice testimonianza dei soggetti deboli, che però la delega, tanto più in quanto riferita alla persona offesa, anziché alla vittima, non consente di ritenere in alcun modo inclusi.

Lo scetticismo cresce se si considera poi che la delega lascia del tutto fuori la fase delle indagini preliminari, proprio quella in cui l'audizione della persona offesa (come del semplice teste) particolarmente vulnerabile non gode a tutt'oggi di alcuna disciplina di garanzia, nonostante essa ricada in un momento la cui cattiva gestione può frustrare l'efficacia delle cautele apprestate nelle sedi successive.

Dubbia è altresì la possibilità di intervenire sull'incidente probatorio, dato che la delega richiama l'incidente probatorio, in una con l'udienza preliminare e il dibattimento, limitatamente al fine di prevedere che siano introdotte, in sede di assunzione della testimonianza della persona offesa particolarmente vulnerabile, «modalità idonee a proteggere la sua personalità e a preservarla dalle conseguenze della sua deposizione in udienza».

Nell'insieme, pare che, per i troppo stretti limiti della delega, difficilmente ne potrà scaturire un intervento del respiro richiesto dalla spiccata complessità della materia.

Di sicuro rilievo, ma anche in questo caso di ambito assai circoscritto, sono

la proposta di direttiva sulla tratta di esseri umani (2010/0065(COD)). La proposta prevede la differenziazione delle cautele a seconda che si tratti di vittima adulta (art. 11) o di "vittima-testimone minorenni" (art. 14), prescrivendo in quest'ultimo caso, che "le audizioni si svolgano nel numero più limitato possibile e solo se strettamente necessarie ai fini del procedimento penale".

le altre disposizioni della delega, che toccano essenzialmente la materia dei diritti di informazione e di comunicazione di cui agli artt. 4 e 5 della decisione quadro (art. 53 lett. a) l. n. 96 del 2010). A quest'ambito sfuggono soltanto le due disposizioni dell'art. 53 lett. c) e d) che, in attuazione dell'art. 12 comma 2 della Dec. Quadro 2001/220/GAI, prevedono l'introduzione delle facilitazioni necessarie a far sì che la vittima possa presentare nel Paese di residenza una denuncia valida nel diverso paese in cui il reato è stato commesso e in cui si svolge il procedimento.

Si rafforza, quindi, secondo indicazioni direttamente riprese dalla decisione quadro, il solo "statuto informativo" della vittima (per la delega, persona offesa), che vanterà il diritto di ricevere dall'autorità giudiziaria (nel rispetto del segreto investigativo, in forme adeguate a garantire la comprensione e in lingua generalmente compresa), oltre che completi ragguagli "astratti", sull'assistenza che può ottenere nel procedimento e sui diritti sostanziali e processuali riconosciuti a essa dalla legge, concrete informazioni sull'esito della sua denuncia o querela, sulla decisione finale dell'autorità giudiziaria (la decisione che definisce il processo), nonché, in stretta connessione con l'esigenza di sicurezza, sulla data di liberazione della persona indagata, imputata o condannata.

Anche al di là di quanto previsto in tema di prova dichiarativa, la delega si presenta in sostanza, più come un atto dovuto per colmare una lunga inadempienza, che come occasione per sviluppare, secondo un approccio ampio e integrato, un vero statuto della vittima nel sistema giudiziario penale.

10. Infine, come incide in questa materia la eccessiva durata del processo penale? Se si conviene che la persona offesa è titolare di un interesse alla definizione del processo, coltivabile nelle forme di diritti partecipativi sempre più densi⁴, non è dubbio allora che l'eccessiva durata pregiudica i suoi interessi e svuota di efficacia gli strumenti processuali dati per realizzarli. Vale cioè anche per questo soggetto emergente ciò che vale per le parti (e innanzitutto per l'imputato). Senonché, l'incapacità del processo di svolgere adeguatamente la

⁴ La Corte di giustizia ha stabilito che la Decisione Quadro 2001/220/GAI non obbliga il giudice nazionale ad ammettere l'audizione della vittima di reato come testimone nell'ambito di un procedimento in cui sia la stessa vittima ad esercitare, quale privato, l'accusa, sostituendosi al pubblico ministero. Tuttavia, la stessa Corte ha precisato che ove la vittima sia priva della possibilità di assumere la veste di testimone, essa deve comunque poter essere ammessa a rendere una deposizione che possa essere presa in considerazione come elemento di prova (Corte di Giustizia (Sezione Terza), 9 ottobre 2008, C-404/07, Katz).

sua funzione cognitiva e decisoria genera ulteriori guasti. Non rimane, infatti, solo il vuoto della funzione non assolta ma si producono, su opposti versanti, surrogati degenerativi. Se sul versante dell'imputato il rischio è dato dal prodursi di aspettative di fuga dall'accertamento di responsabilità e dalla pena, sul versante della persona offesa il rischio è che si faccia leva sulle esigenze di tutela della sua posizione per convertire il processo nel luogo in cui comminare di fatto atipiche sanzioni anticipate, e su cui scaricare istanze di prevenzione e di "sicurezza". In questa sede si possono appena ricordare i rinforzi recentemente intervenuti nel sistema cautelare: si pensi soprattutto, per un verso, all'inclusione nell'art. 275 comma 3 c.p.p. di un'ampia gamma di reati – non solo a sfondo sessuale o di sfruttamento sessuale dei minori – fra quelli per cui opera la presunzione assoluta di idoneità della misura custodiale [ma v. la decisione di parziale illegittimità intervenuta con Corte cost. sent. 21 luglio 2010, n. 265]; e, per altro verso, all'introduzione della misura cautelare, di portata generale, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.)⁵. Essi sono indicativi, rispettivamente, dell'una e dell'altra tendenza. Che è proprio la durata eccessiva del processo a rimarcare, dato che, a processo troppo lungo, conseguono troppo lunghe – tutt'altro che provvisorie – misure cautelari.

La proiezione del giudizio verso un tempo lontano è fonte di disequilibri. Esigenze investigative, con il relativo segreto, orientate verso la più prossima dimensione cautelare possono indurre a preferire l'audizione non partecipata anche là dove essa sia chiaramente sconsigliata.

D'altra parte, quanto all'esame in incidente probatorio, la lontananza del dibattimento rinforza la tendenza a guardare all'istituto come a un ordinario strumento di formazione della prova. Ciò finisce per annullare la percezione del divario cognitivo rispetto all'esame dibattimentale, oscurando così le ragioni per le quali l'assunzione anticipata della prova resta un'eccezione anche a fronte delle crescenti istanze di tutela della vittima.

In un processo troppo lungo, insomma, le inchieste con vittime vulnerabili possono offrire a loro volta invitanti occasioni per spostare il baricentro del sistema al di qua del giudizio.

⁵ La misura cautelare in discorso si accosta alla protezione assicurata in ambito civilistico (artt. 342-bis e 342-ter c.c.) tramite i c.d. ordini di protezione della vittima. Le prospettive di tutela sono destinate ad ampliarsi ulteriormente, almeno per le donne vittime di reati violenti, se verrà approvata la proposta di direttiva in tema di "ordine di protezione europeo" presentata nel gennaio 2010 da dodici Stati Membri.

Ciò è a dirsi anche in ordine al rispetto della vita privata della persona offesa e dei suoi familiari. Naturalmente l'eccessiva durata trattiene comunque più del lecito sulla scena pubblica le persone coinvolte (anche se è vero che tempi più ragionevoli non risparmierebbero dall'invasione mediatica). Ma l'impatto mediatico forte è quello dell'inchiesta, non quello più freddo e lontano del dibattimento.

Sandra Recchione

1. Probabilmente i tempi sono maturi per riflettere in modo critico sulle garanzie offerte alla vittima da reato nel nostro sistema processuale penale.

Il nostro processo, di matrice marcatamente accusatoria, garantisce infatti in modo penetrante e diffuso i diritti dell'imputato, ma lascia in ombra i diritti delle vittime ("presunte" naturalmente, fino a emissione di eventuale sentenza definitiva di condanna).

Diversi sono i *deficit* di tutela che si registrano.

Nell'area delle cautele, ad esempio, ci si chiede se il nostro ordinamento sia sufficientemente "attrezzato" a reagire contro ingiustificate *inerzie* del pubblico ministero nella gestione delle misure mirate alla protezione dell'incolumità dell'offeso.

Ci si chiede, per altro verso, se la previsione della facoltà di rimettere la querela in relazione a reati che segnalano un serio pericolo per la vita dell'offeso sia compatibile con una tutela *effettiva* dei diritti delle vittime.

Nell'area del diritto alla prova e, più estesamente, del diritto alla tutela giurisdizionale, ci si chiede, inoltre, se nel nostro sistema il diritto della vittima alla corretta e tempestiva acquisizione della prova (anche solo ai fini della efficacia della costituzione di parte civile) sia adeguatamente tutelato.

La persona offesa nella fase delle indagini preliminari ha alcune rilevanti prerogative, come la facoltà di chiedere al pubblico ministero l'incidente probatorio, o il diritto di essere coinvolta nel confronto pre-processuale previsto dall'art. 360 c.p.p.. Tuttavia non è destinataria dell'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p. e, di conseguenza, non è messa nelle condizioni di indicare, previa visione del compendio probatorio raccolto, elementi di prova ritenuti essenziali (e, forse, dalla stessa unicamente conosciuti).

Ma il nodo problematico maggiore si registra nell'area della formazione della prova dichiarativa.

La consolidata scelta del contraddittorio come presidio di garanzia per la

difesa dei diritti dell'imputato, quando "reagisce" con i diritti della vittima ad essere tutelata "dal" processo mostra i suoi limiti: quando il reato per cui si procede lede beni primari della persona (libertà personale e sessuale in primo luogo), la vittima-testimone, rischia infatti di patire dal contraddittorio dibattimentale, oltre che pervasivi effetti di "vittimizzazione" secondaria o "da processo", anche traumi direttamente incidenti sulla riedizione del ricordo, cui può conseguire un danno imponente sulla formazione della prova testimoniale.

L'essenzialità della testimonianza delle persone offese non solo per la formazione della prova, ma per la stessa *emersione* di alcuni reati, rende quanto mai urgente il tentativo di trovare una soluzione equilibrata al bilanciamento degli interessi sopra accennato. Non si può non considerare, infatti, che il trauma da processo legato all'inadeguatezza degli strumenti preposti alla tutela della vittima dichiarante inibisce in modo consistente non solo la formazione della prova e l'eventuale condanna, ma anche la stessa possibilità di perseguire molti crimini "invisibili", la cui individuazione dipende unicamente dalla volontà di denuncia.

Rispetto alle richiamate problematiche la normativa sovranazionale e in particolare la decisione quadro 2001/220 GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale, costituisce un solido punto di riferimento, anche per il giudice nazionale, nella gestione del difficile equilibrio tra diritto dell'imputato ad essere giudicato in esito ad un processo *equitable* e il diritto della vittima ad essere tutelata "nel" e "dal" processo.

2. Tali premesse sono la base da cui partire per cercare di fornire alcune risposte ai quesiti posti da Giovanni Canzio sulle (attuali) garanzie di tutela della vittima "nel" e "dal" processo penale e per valutare le possibili (future) possibilità di ampliamento di tale tutela, in coerenza con le indicazioni delle Corti sovranazionali e con le prospettive di attuazione delle indicazioni provenienti dalla normativa sopranazionale, rese concrete dalla indicazioni contenute nella legge delega 4 giugno 2010 n. 96 (legge comunitaria 2009).

2.1. Quanto all'utilità della definizione *a priori* delle vittime considerate come "vulnerabili" e dunque sottoposte allo speciale trattamento di protezione indicato dalla decisione quadro, deve essere osservato come sia particolarmente arduo stabilire in via pregiudiziale *quali* siano le vittime che hanno patito un trauma dall'evento idoneo a renderle vulnerabili.

La resilienza agli effetti di un evento traumatico è, infatti, diversa per ogni

individuo e mentre alcune vittime si dimostrano capaci di affrontare la *cross examination* anche in forme non protette (nonostante possano essere considerate, in astratto e sulla base di massime di comune esperienza, riconducibili al *genus* delle vittime vulnerabili), altre manifestano una tendenza alla vittimizzazione secondaria non facilmente prevedibile in relazione al fatto per cui si procede.

Il nostro legislatore ha effettuato – allo stato – una scelta di individuazione della vittima sulla base del reato e ha privilegiato, nell’individuazione delle persone cui destinare le cautele, i reati a sfondo sessuale o quelli di maltrattamento e persecuzione caratterizzati da una condotta abituale.

Tuttavia, tale scelta può non essere adeguata a rispondere alle esigenze di tutela che riguardano una categoria certamente più ampia di quella individuabile attraverso il ricorso all’indicazione di specifici reati che, attraverso una valutazione pregiudiziale e astratta, sono stati ritenuti idonei ad individuare la vittima “vulnerabile”.

Basti pensare alla vittima di estorsione consumata con modalità d’intimidazione mafiosa o alle persone vittime di sfruttamento della prostituzione: tali vittime possono avere caratteristiche di vulnerabilità accentuata che, tuttavia, non vengono – ad oggi – prese in considerazione.

De iure condendo – quindi – appare rispondente alle esigenze di tutela sostanziale della vittima la creazione di un sistema che consenta la valutazione della condizione di vulnerabilità caso per caso, in relazione alle specifiche emergenze processuali e delle eventuali sollecitazioni processuali della parte interessata.

È ragionevole che sia il giudice a ritenere se un presunto offeso debba o meno essere considerato “vulnerabile” ed essere trattato con le cautele processuali conseguenti.

Tale scelta se, da un lato, ha il difetto di introdurre nel processo un giudizio discrezionale prevedibilmente produttivo di contenzioso, dall’altro, presenta il pregio di evitare il ricorso a presunzioni assolute in una materia, come quella della tutela endoprocessuale delle vittime, che si caratterizza per le sue ricadute sulla tutela di diritti fondamentali della persona.

La valutazione della vulnerabilità appare sganciata dal riferimento a categorie predefinite anche nell’interpretazione che della stessa ha fornito la Grande sezione della Corte di giustizia di Lussemburgo nella decisione del 16 giugno 2005 (caso *Pupino*), quando i giudici europei scrivono che «*la decisione quadro non definisce la nozione di vulnerabilità della vittima ai sensi dei suoi artt. 2, n. 2, e 8, n. 4.* Tuttavia, indipendentemente dalla questione se la circostanza

che la vittima di un'infrazione penale sia un minore basti, in linea di massima, per qualificare tale vittima come particolarmente vulnerabile ai sensi della decisione quadro, non può essere contestato che qualora, come nella causa principale, bambini in età infantile sostengano di aver subito maltrattamenti, per giunta da parte di un'insegnante, tali bambini possano essere così qualificati alla luce, in particolare, della loro età, nonché della *natura e delle conseguenze delle infrazioni di cui ritengono di essere stati vittime*». Da un lato, dunque, non si assume in modo apodittico che l'età minore sia per ciò solo idonea a configurare la vulnerabilità e, dall'altro, si fa riferimento ad altri elementi emergenti dal caso concreto.

Analoghe indicazioni provengono dalla Direttiva del 14 dicembre 2010 sulla repressione del traffico degli esseri umani e sulla tutela delle relative vittime che all'art. 12, comma 4, demanda espressamente alla *«valutazione individuale delle autorità competenti»* la situazione della vittima dichiarante.

La soluzione proposta prevede tuttavia – in un modello virtuoso – che l'offeso, in particolar modo quello vulnerabile, possa godere di un'adeguata assistenza tecnica fin dalle fasi iniziali del procedimento.

Al riguardo si registra che, in materia, l'unica apertura verso la promozione della difesa tecnica, non obbligatoria per l'offeso, è contenuta nell'art. 76, comma 4-ter, della legge sul patrocinio dei non abbienti (d.P.R. n. 115 del 2002), che consente l'accesso al beneficio a prescindere dalla valutazione della soglia di reddito per le persone offese da reati sessuali. La norma in parola si presenta tuttavia isolata e asistemica, in quanto introduce una previsione a tutela di una particolare vittima all'interno della disciplina di un istituto, come quello del patrocinio a spese dello stato, fondato sul requisito della non abbienza, con l'effetto, da un lato, di snaturare il beneficio (concedibile nei casi indicati a prescindere dalla valutazione della situazione economica dell'istante) e, dall'altro, di non rispondere all'esigenza di apprestare un'adeguata difesa a *tutte* le vittime potenzialmente vulnerabili. In difformità rispetto alle indicazioni che provengono dall'art. 6 della decisione quadro 2001/220 GAI e (più specificamente) dall'art. 12, comma 2, della nuova direttiva sulla repressione del traffico degli esseri umani circa il diritto all'assistenza legale gratuita delle vittime, ove ne sussistano i requisiti, ovvero se le stesse non dispongono di risorse finanziarie sufficienti (fermo il diritto al rimborso delle spese a causa della legittima partecipazione al procedimento penale previsto dall'art. 7 della decisione quadro 2001/220 GAI).

Del pari, se si volesse affidare al giudice il compito di valutare l'effettiva vulnerabilità della vittima, l'interlocuzione con l'autorità giudiziaria dovrebbe

essere garantita all'offeso non solo attraverso facilitazioni all'accesso alla difesa tecnica, ma anche attraverso la tempestiva attivazione dei canali informativi indicati dalla decisione quadro che, all'art. 4, prevede espressamente il diritto della vittima ad accedere alle informazioni rilevanti per la tutela dei suoi interessi.

La scelta di non "ingessare" la categoria delle vittime vulnerabili effettuando scelte pregiudiziali trova conforto anche in diverse pronunce della Corte di Strasburgo in materia.

Gli indici di vulnerabilità sono stati rinvenuti dai giudici europei non solo nell'età dell'offeso, ma anche nella condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato [Siliadin c. Francia, 26 luglio 2005], nella scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero nella posizione socio-economica complessiva della persona [Salah Sheekh c. Paesi Bassi, 11 gennaio 2007]. Non mancano tuttavia pronunce che collegano la condizione di vulnerabilità al tipo di reato subito, ovvero al patimento di violenza sessuale [S.N. c. Svezia, 2 luglio 2002] o di violenza domestica [Opuz c. Turchia, 9 giugno 2009].

2.2. Quanto al secondo punto indicato da Giovanni Canzio, non si può non condividere il richiamo problematico alla attuale "opacità" dei metodi di assunzione della prova dichiarativa c.d. "debole", come emergono dall'esame delle prassi vigenti nei nostri Tribunali.

Emblematica al riguardo è la raccolta delle dichiarazioni del minore, presunta vittima di abusi sessuali.

In materia si registra una notevole disomogeneità nelle prassi di assunzione della testimonianza, soprattutto in fase investigativa.

Le criticità maggiori s'insediano principalmente all'atto delle audizioni "unilaterali", precedenti alla effettuazione dell'incidente probatorio, quando si registra lo scarso (pressoché nullo) ricorso a forme di documentazione aggravata, ovvero alle audio e videoregistrazioni.

Il ricorso a verbali sintetici, scritti utilizzando moduli linguistici non riconducibili alle forme espressive tipiche dei minori, impedisce alla difesa (come al giudice che entra "in contatto" con i verbali delle dichiarazioni rese in fase investigativa), la piena cognizione delle circostanze concrete che hanno caratterizzato l'audizione.

In particolare, non essendo documentato il *setting* dell'intervista, non risultano percepibili i meccanismi d'interazione con chi pone le domande, e non sono seriamente valutabili eventuali fenomeni di suggestione. Tale prassi con-

sente, pertanto, l'insinuarsi nel procedimento di dubbi sulla genuinità delle dichiarazioni, riconducibili a interferenze sul processo derivanti dalle suggestioni dell'interlocutore: interferenze che non possono che restare "presunte", se non sono documentate ed analizzabili.

Sul punto è necessario prendere atto degli approdi della psicologia della testimonianza, che hanno studiato le interferenze sui meccanismi del ricordo delle interviste suggestive, come anche di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, che hanno evidenziato che la motivazione sull'attendibilità delle dichiarazioni dei minori deve prendere in esame sia le interferenze causate da eventuali suggestioni (più o meno volontariamente) poste in essere dall'intervistatore, sia le altre condizioni esterne del *setting* auditivo [da ultimo, Cass., Sez. 3, sent. n. 29612 del 2010; ma, nel senso dell'importanza della valutazione delle circostanze "esterne" che hanno caratterizzato l'esame, v. Cass., Sez. 3, sent. n. 4069 del 2007].

La conclamata emersione della valenza processuale di tali interferenze impone una particolare attenzione in fase investigativa, a che siano evitate e, in fase cognitiva, alla loro valutazione.

Se dunque l'analisi dell'attendibilità, almeno per quanto riguarda il teste minore, non può non prendere in esame tali relazioni e i possibili inquinamenti che ne derivano, l'utilizzo di metodi di documentazione aggravata diventa viepiù necessaria, pur non essendo obbligatoria.

Solo la documentazione aggravata consente, infatti, di rendere pienamente *fruibile* anche l'assunzione delle dichiarazioni assunte unilateralmente in fase investigativa: il giudice e le parti sono, in tal modo, messe nelle condizioni di esaminare direttamente le eventuali suggestioni e di valutarne la portata al fine del giudizio sull'attendibilità.

L'audio e videoregistrazione nell'audizione predibattimentale delle vittime rappresenta dunque l'unico strumento idoneo a consentire una valutazione seria e completa delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio: che, qualora venisse sistematicamente utilizzato, potrebbe anche condurre la difesa alla scelta di riti a prova contratta, con evidenti benefici, tanto in termini di economia processuale, quanto in termini di riduzione delle audizioni giudiziali, con conseguente rilevante abbattimento del rischio di trauma da processo.

Si rileva, ancora, come la documentazione in questione consente il confronto delle parti (già nella fase dell'ostensione *ex art. 415-bis c.p.p.*) su dati pre-processuali non criptici, ma pienamente *fruibili*: dunque, accresce i diritti sostanziali della difesa, consentendo un'analisi critica ed effettiva degli elementi raccolti nella fase investigativa.

Una conferma alla rilevanza della documentazione aggravata nei reati con vittima vulnerabile si trova nella recente direttiva sulla repressione della tratta degli esseri umani approvata il 14 dicembre 2010, dove è previsto che «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché nelle indagini relative ai reati di cui agli artt. 2 e 3 le audizioni del minore vittima di reato ovvero del minore testimone dei fatti possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale conformemente alle disposizioni del diritto interno*» (art. 15, comma 4).

Di contro, nel nostro sistema, l'importanza di documentare con la videoregistrazione i dati di comunicazione non dichiarativi provenienti da vittime vulnerabili emerge già dalle norme che disciplinano le modalità di svolgimento dell'incidente probatorio, che prevedono l'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva (art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.).

Da ultimo, si rileva che la corretta assunzione delle "prime" dichiarazioni (in particolare di quelle extragiudiziali, ma a maggior ragione, anche di quelle giudiziali), è ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità utile al fine di sterilizzare eventuali fenomeni di contagio e interferenza che, se non immediatamente inibiti, rischiano di introdurre un *vulnus* incorreggibile nella formazione di prove fondamentali per la decisione. Tuttavia se la prima dichiarazione non è ostensibile in forma fruibile, ogni valutazione effettiva sull'attendibilità non potrà che essere "concentrata" al momento della formazione della testimonianza in contraddittorio; mentre, sui modi di assunzione della dichiarazione predibattimentale potranno essere avanzati dubbi che, in mancanza di documentazione, non potranno essere facilmente sciolti, e si ripercuoteranno inevitabilmente sulla valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni successive.

La propugnata fruibilità dovrebbe essere naturalmente estesa [come suggerito dalla Corte di cassazione nella pronuncia della Sez. 3, n. 37147 del 2007] anche alle dichiarazioni rese dall'offeso nel corso degli eventuali accertamenti tecnici sulla capacità a testimoniare.

Al riguardo, si segnala che la Corte di legittimità – in una pronuncia, seppure isolata – ha dichiarato l'utilizzabilità ai fini del giudizio abbreviato anche delle dichiarazioni rese al perito [Cass., Sez. 3, n. 2101 del 2008; *contra*, Sez. 3, n. 16854 del 2010], mentre, in altra pronuncia, ha stabilito che non vi è alcun obbligo per il perito di far presenziare alle operazioni tecniche i consulenti di parte, né è prevista alcuna sanzione in relazione alla loro assenza [Cass., Sez. 3, n. 42984 del 2007].

La documentazione aggravata delle audizioni effettuate in ambito peritale diventa dunque uno strumento indispensabile anche per la salvaguardia del-

l'effettività del "contraddittorio tecnico".

Da ultimo, forse non è retorico sottolineare che garante dell'effettività del diritto di difesa nella fase delle indagini è il pubblico ministero. La sede normativa di tale onere di salvaguardia si rinviene nell'art. 358 c.p.p., che onera l'organo della pubblica accusa alla raccolta di elementi di prova utili alle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale, che siano – è questo un onere implicito – idonei ad essere effettivamente valutati (sia dal giudice che dalla difesa) al momento della loro ostensione.

L'onere della raccolta di elementi di prova in forma fruibile s'accompagna, ovviamente, a quello di svolgere le indagini in regime di segretezza in tutti i casi in cui la *discovery* degli atti potrebbe pregiudicare l'esito delle indagini o, addirittura, mettere in pericolo la persona offesa.

Gli approfondimenti sulla formazione della prova dichiarativa del teste minore, presunta vittima di abusi sessuali sono destinati ad *estendersi* alle testimonianze delle altre vittime vulnerabili in considerazione della crescente e diffusa attenzione degli operatori del diritto nei confronti della psicologia della testimonianza e del funzionamento dei meccanismi del ricordo, soprattutto quando le dichiarazioni provengono dalla persona offesa.

Gli approdi scientifici e giurisprudenziali in tale materia devono essere considerati importanti avamposti verso l'acquisizione di una maggiore consapevolezza nella gestione di un evento, come la testimonianza, che ha una complessità straordinaria e che deve essere sottoposta a vagli particolarmente attenti quando viene posta a fondamento di sentenze di assoluzione o condanna.

2.3. Circa il terzo quesito, relativo all'individuazione d'interventi utili ad armonizzare la disciplina dell'incidente probatorio con il diritto dell'imputato alla formazione della prova in dibattimento, si rileva come l'attuale disciplina dell'istituto presenta diversi nodi critici, alcuni dei quali, per essere sciolti, necessitano di un intervento del legislatore, mentre altri sembrano dipanabili anche in via interpretativa.

a) *Contraddittorio anticipato e ammissibilità della prova testimoniale in dibattimento.*

Il primo nodo è il mancato coordinamento tra la norma che prevede l'accesso al contraddittorio incidentale e la norma che limita la audizione dibattimentale della persona offesa, quando questa sia già stata udita in incidente probatorio e la testimonianza non riguardi circostanze *diverse* da quelle sulle quali il teste è già stato sentito (art. 190-*bis* c.p.p.).

Mentre l'accesso alla fase incidentale è stata estesa a tutte le vittime, anche maggiorenni, dei reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., lo sbarramento all'ammissibilità della testimonianza dibattimentale è limitato alle audizioni dei minori di anni sedici e non comprende, tra gli offesi protetti, le vittime dei reati di atti persecutori, maltrattamenti in famiglia, né dei reati previsti dagli artt. 601 e 602 c.p. (ammesse invece al contraddittorio anticipato *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Il risultato dell'evidenziata disarmonia è quello di vanificare, in un numero rilevante di casi, l'intento di tutela della vittima insito nella novella, raggiungibile attraverso l'anticipazione della audizione dell'offeso vulnerabile, la sua effettuazione in forma protetta e, infine, proprio attraverso la *contrazione* del numero di audizioni giudiziali.

In relazione al problema sembrano difficilmente praticabili soluzioni interpretative "tamponate", dato che una eventuale decisione negativa circa l'ammissibilità della testimonianza confliggerebbe in modo particolarmente netto con il diritto dell'imputato alla formazione della prova orale. La via dell'interpretazione conforme appare in questo caso particolarmente complessa in quanto il diritto della vittima entra in diretto conflitto con il diritto dell'imputato alla formazione della prova in (pieno) contraddittorio: il bilanciamento è talmente delicato che l'intervento del legislatore appare più che opportuno.

Per quanto riguarda il reato di tratta di persone, tuttavia, la recente direttiva sulla repressione del traffico degli esseri umani (art. 12, comma 4, lett. a) impone agli Stati membri dell'Unione di strutturare il procedimento penale in modo da «evitare ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e del procedimento penale»: il che lascia ben sperare circa il futuro superamento delle evidenziate disarmonie.

b) Accesso al contraddittorio anticipato e ricorso alle modalità protette di audizione.

Inoltre dall'attuale normativa emerge come all'ampliamento del numero delle persone le cui dichiarazioni possono essere assunte con l'incidente probatorio (con conseguente sacrificio dell'oralità) non sia corrisposto un parallelo ampliamento della possibilità di accedere alle *modalità protette* di audizione, che restano riservate ai sensi dell'art. 398 c.p.p. solo alle vittime *minorenni* di tutti i reati indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, ad eccezione delle vittime del reato di maltrattamenti.

Questa scelta mal si concilia con le indicazioni che provengono dalla decisione quadro 2001/220 GAI che all'art. 8, comma 4, prevede che «ciascuno

Stato membro garantisce alla vittima la facoltà in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

È ragionevole attendersi che i decreti attuativi della legge 4 giugno 2010, n. 96 estendano l'accesso alle modalità protette anche agli offesi attualmente esclusi dal beneficio.

Allo stato, e in attesa di eventuali interventi del legislatore, potrebbe essere percorribile, ai fini dell'estensione della tutela, la strada della interpretazione conforme, secondo lo schema indicato dalla nota sentenza *Pupino* della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel caso in questione, il giudice dell'udienza preliminare italiano, in relazione alla richiesta di ammissione della audizione in forma protetta di un bimbo di soli cinque anni nel corso di un procedimento per il reato di abuso di mezzi di disciplina, non previsto dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., sollevava questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 35 Trattato UE, sollecitando la Corte di Lussemburgo ad interpretare gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI in merito al possibile contrasto tra tale disposizione e la disciplina processuale italiana in materia di audizioni protette incidentali. La Corte ha chiarito che il giudice nazionale è tenuto a interpretare le disposizioni del proprio ordinamento in maniera conforme alla lettera e alle finalità della normativa europea nel rispetto del limite di compatibilità con i principi dell'ordinamento nazionale e con quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E ha stabilito, nel caso specifico, che le norme della decisione quadro devono essere interpretate nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare minori offesi dal reato di maltrattamenti a rendere la loro deposizione, secondo modalità che permettano di garantire un livello di tutela adeguato (ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima).

La sentenza in questione pone diversi problemi.

La stessa, infatti, con un'interpretazione non da tutti condivisa, assegna alle decisioni quadro emanate nell'ambito delle materie dell'*ex* terzo pilastro una forza di conformazione degli ordinamenti interni non irrilevante e per molti versi inedita.

Le decisioni quadro, pur non essendo direttamente vincolanti, impongono infatti al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della loro lettera e del loro scopo al fine di conseguire il risultato perseguito da queste. Dunque, in capo al giudice nazionale s'insedia un obbligo di interpretazione

conforme che trova i suoi limiti solo nel rispetto dei principi generali del diritto (certezza del diritto e non retroattività) e nella compatibilità dell'interpretazione correttiva con il diritto nazionale nel suo complesso e con i principi costituzionali in particolare.

Circa il problema rilevato, ovvero l'estensione delle modalità protette di audizione anche quando si procede per ipotesi di reato diverse da quelle indicate, la Corte costituzionale italiana con la sent. n. 114 del 2001 si è già espressa negativamente circa la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., sostenendo che non è irragionevole la scelta del legislatore di limitare l'operatività di quella disposizione alle sole ipotesi di testimonianza resa dall'(allora solo) infrasedicenne in procedimenti per reati sessuali, trattandosi di illeciti per i quali «si pone con maggiore intensità ed evidenza l'esigenza di proteggere la personalità del minore, nell'ambito del suo coinvolgimento processuale, e la genuinità della prova»; sia anche perché una interpretazione estensiva di quella norma finirebbe per attribuire ingiustificatamente una rilevanza costituzionale all'incidente probatorio, la cui funzione è di derogare eccezionalmente alla regola generale secondo cui la prova penale è assunta in dibattimento (principio al quale il legislatore ha inteso porre l'eccezione dell'ascolto anticipato del teste minore di sedici anni esclusivamente per l'indicata categoria di reati).

La Consulta ha posto dunque in risalto l'eccezionalità della figura della vittima (all'epoca presa in considerazione solo se minore) di reato sessuale rispetto alle vittime di reati comuni ed ha ritenuto giustificato dalla speciale vulnerabilità di tali offesi il ricorso allo strumento dell'incidente probatorio, con il conseguente sacrificio dell'oralità nella formazione della prova. Proprio laddove la Corte di Lussemburgo nel caso *Pupino* ha chiarito che la vulnerabilità della vittima dev'essere valutata prescindendo da ogni inquadramento formalistico (§ 4.1).

Ci si chiede se la presa di posizione della Corte di Lussemburgo, successiva a quella della Consulta, sia in grado di consentire al giudice nazionale l'interpretazione adeguatrice diretta, senza il ricorso all'incidente di costituzionalità, sia per consentire l'*accesso* al contraddittorio anticipato di vittime di reati non previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., sia per utilizzare le *modalità* protette di audizione nei casi non previsti dall'art. 398 c.p.p.

La forza riconosciuta dalla Corte di giustizia alle norme della decisione quadro 2001/220/GAI sembra consentire al giudice nazionale di scegliere modalità adeguate di audizione della vittima vulnerabile, anche fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., ovviamente previa

positiva valutazione della compatibilità di tali modalità con i principi dell'ordinamento nazionale, in genere, e del giusto processo, in specie.

In particolare, l'estensione delle *modalità* speciali di audizione, oltre che sicuramente "conforme" alle indicazioni della decisione quadro – in considerazione dei chiarimenti circa la nozione "elastica" di vulnerabilità forniti dalla Corte di Lussemburgo – non risulta neppure incompatibile con i principi della nostra legislazione, in considerazione del fatto che questa prevede, in casi del tutto omologhi, l'accesso a forme di contraddittorio "attenuato" rispettose dello stato di vulnerabilità delle vittime.

Infine, quanto alla compatibilità dell'istituto dell'incidente probatorio con i principi convenzionali, la Corte Edu si è già espressa in senso positivo, ritenendo rispettato il diritto dell'imputato al processo equo, nel caso *Accardi c. Italia* di cui si dirà in seguito (§ 4.4)

c) In particolare: i casi di accesso al contraddittorio anticipato.

L'accesso al contraddittorio predibattimentale per alcuni offesi da reato è un approdo raggiunto solo in virtù del recente d.l. 23 febbraio 2009, n.11, conv. con modificazioni nella legge 23 aprile 2009, n. 38, con l'estensione della possibilità di utilizzare l'istituto anche per l'audizione delle vittime *maggiorrenni* di reati sessuali, atti persecutori o maltrattamenti in famiglia.

Malgrado la richiamata estensione, l'attuale limitazione dell'accesso all'istituto solo alle vittime di *alcuni* reati impedisce il ricorso allo strumento in numerosi altri casi in cui il dichiarante si trova in una situazione di analoga vulnerabilità.

Esemplare al riguardo è l'esclusione dal novero dei reati che consentono l'accesso "incondizionato" al contraddittorio incidentale del delitto di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3 della legge n. 75 del 1958.

Ferma la possibilità di tentare il ricorso al percorso interpretativo "correttivo" indicato dalla Corte di Lussemburgo si registra che, nella prassi, l'accesso della vittima all'audizione con contraddittorio anticipato viene – talvolta – ottenuto attraverso l'interpretazione estensiva della condizione del «grave impedimento» previsto dalla lettera a) dell'art. 392 c.p.p., con una valutazione *ex ante* della irreperibilità della persona da sentire.

Si tratta, in tal caso, di un'estensione motivata dall'esigenza di preservazione dell'utilizzabilità della fonte di prova, più che da esigenze di tutela della vittima, che tiene conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha in più occasioni ribadito il carattere "non equo" del processo fondato in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni di chi non è si è sotto-

posto alle domande dell'imputato [C.Edu, Balsyte-Lideikiene c. Lituania, 4 novembre 2008, §§ 64-66; Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006, §§ 39-43; Vaturi c. Francia, 13 aprile 2006, §§ 52-59; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, §§ 59-61; Hulki Gunes c. Turchia, 19 giugno 2003, §§ 88-96; Craxi c. Italia (n°2), 5 dicembre 2002, §§ 88-94; Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001, §§ 43-45; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, §§ 26-28], oltre che della giurisprudenza della Corte di cassazione, particolarmente rigorosa circa la valutazione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. [tra le altre, Cass., Sez. 2, n. 43331 del 2007; Sez. 1, n. 44158 del 2009; Sez. 3, n. 27582 del 2010].

Alla difficoltà interpretativa che richiedono tali estensioni, non frequentemente praticate, si accompagna qualche resistenza anche nei casi di valutazione di richieste dell'incidente probatorio "incondizionato" previsto dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.: sono infatti non insoliti provvedimenti di rigetto.

L'ordinanza di rigetto della richiesta d'incidente probatorio è, peraltro, un provvedimento pacificamente ritenuto inoppugnabile, in quanto espressione di un potere discrezionale di natura strumentale rispetto alla speditezza del processo [in tal senso, Cass., Sez. 4, n. 2678 del 2000].

Tuttavia se, come nei casi previsti dal comma 1-*bis* dell'art. 392, si rinviene il fondamento dell'istituto nell'obiettivo di tutelare la vittima, la reiezione dell'incidente dovrebbe fare riferimento, per essere legittima, non alle tempistiche del processo, ma alla rilevanza della prova ed ai prevedibili effetti dell'eventuale esame dibattimentale sulla vittima da escutere.

Sui punti indicati sarebbe auspicabile un intervento legislativo sia per consentire l'accesso incondizionato a vittime vulnerabili ora escluse, sia per esplicitare la *ratio* dell'istituto attraverso l'individuazione di precisi parametri per l'esercizio della discrezionalità nella decisione sull'ammissibilità dell'incidente: parametri che, ragionevolmente, potrebbero essere indicati nella "rilevanza" o "necessità" probatoria della testimonianza e nella esigenze di "tutela dell'offeso". Condivisa l'incompatibilità dell'impugnazione dell'ordinanza sulla richiesta di anticipazione del contraddittorio con le esigenze di speditezza che caratterizzano la fase investigativa, si rileva come un intervento chiarificatore sui parametri indicati avrebbe, comunque, l'effetto di limitare reiezioni ingiustificate.

d) Le concrete modalità di svolgimento dell'esame.

Un nodo particolarmente critico è poi quello delle modalità di concreto svolgimento dell'esame (in incidente probatorio, ma anche in dibattimento)

nel caso in cui il teste sia minore. In tali casi l'esame viene condotto dal giudice (ed in alcuni casi dal perito del giudice) su domande e contestazioni proposte dalle parti.

La norma che consente la "contrazione" del contraddittorio attraverso l'intervento di mediazione del giudice è stata ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte di legittimità [Sez. 3, sent. n. 42899 del 2009] che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 498 c.p.p., ha chiarito che «*il principio del contraddittorio nella formazione della prova fissato dal quarto comma dell'art. 111 Cost., disposizione che recepisce ed esprime nel diritto interno i principi contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale), viene "bilanciato" dal successivo quinto comma mediante il rinvio alla legge ordinaria per la determinazione dei casi in cui la prova a carico può legittimamente formarsi in assenza di un contraddittorio diretto. E non vi è dubbio che la disposizione contenuta nell'art. 498 c.p.p., rappresenta una ipotesi di legittimo bilanciamento tra i diritti dell'imputato e i diritti del minore*».

La Corte di Cassazione ha inoltre ritenuto, da ultimo, che possono essere poste dal giudice domande suggestive nel corso dello svolgimento dell'esame del minore [Cass., Sez. 3, n. 9157 del 2010]; mentre, in una più risalente pronuncia, ha chiarito che la questione relativa alla proposizione di domande suggestive deve essere contestata direttamente al giudice di fronte al quale si forma la prova, e nei successivi gradi di giudizio può essere oggetto di valutazione solo la motivazione con cui sia stata accolta o rigettata l'eccezione [Cass., Sez. 1, n. 22204 del 2005].

Allo stato, dunque, appare preclusa la proponibilità di ogni questione relativa all'utilizzabilità della prova dichiarativa per violazione delle regole dell'esame, mentre sono possibili questioni sulla legittimità della motivazione, in punto di valutazione dell'attendibilità della testimonianza.

Gli approdi della giurisprudenza di legittimità circa la ricaduta dei vizi delle regole dell'esame sulla *attendibilità* della testimonianza invece che sulla *utilizzabilità* della prova appaiono largamente condivisibili.

L'eventuale previsione della sanzione dell'inutilizzabilità in caso di violazione delle regole dell'esame testimoniale si risolverebbe, infatti, nella introduzione di un caso di esclusione probatoria particolarmente insidioso, in quanto idoneo ad espungere dal processo dati dichiarativi essenziali. Inoltre, la sanzione in questione non appare compatibile con la natura dell'"evento" testimonianza che è un evento progressivo e non istantaneo, sicché l'esclusione di

parti del dichiarato renderebbero di complessa gestione l'apporto testimoniale, che verrebbe privato della dovuta consequenzialità.

Da salutare con favore sono invece le sollecitazioni all'approfondimento delle valutazioni dell'attendibilità, spesso sbrigative proprio in punto di analisi degli effetti di possibili suggestioni.

Tanto premesso, non può non essere rilevato che il progresso della psicologia della testimonianza e le richiamate aperture della giurisprudenza di legittimità circa la valutazione delle ricadute sull'attendibilità delle suggestioni derivanti dalle interazioni con l'intervistatore, impongono una seria riflessione sulle prassi di audizione dei testi, in genere, e della vittima vulnerabile in particolare.

Nell'ambito di tale percorso appare non eludibile la rivisitazione delle prassi giudiziarie in materia di escussione del minore, che tenda all'abbandono del costume (del giudice, dei periti e delle parti) di porre domande suggestive: queste infatti, per quanto non vietate, introducono nel processo un *vulnus* difficilmente sanabile che rende difficoltosa l'analisi dell'attendibilità del teste.

Riflessione che non può che condurre a rivedere le prassi della *cross examination* attraverso la condivisione di regole comuni con l'Avvocatura.

In tale settore appare virtuoso il percorso avviato dal Laboratorio Permanente sull'Esame Incrociato¹, finalizzato all'individuazione dei nodi critici dei processi di formazione della prova dichiarativa e all'impegno verso il loro superamento attraverso la ricerca di prassi condivise tra magistrati ed avvocati nella gestione dell'esame [particolare attenzione nell'ambito del L.A.P.E.C è dedicata proprio alla formazione della prova dichiarativa del teste c.d. "debole"].

e) La valutazione delle dichiarazioni della vittima vulnerabile.

Tanto premesso, non può non rilevarsi che l'espansione delle possibilità di ricorso al contraddittorio anticipato, con prevedibile futuro ampliamento del ricorso a modalità protette di audizione, comportano una *flessione* dei diritti della difesa sia in termini di impossibilità di "accesso" diretto al dichiarante (le domande sono poste dal giudice), sia in termini di rinuncia all'oralità (il giudice che decide non è quello che ascolta).

¹ Il LAPEC è un'associazione culturale che si è costituita a Siracusa nell'anno 2008 presso l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali: ha come scopo lo studio e l'approfondimento delle problematiche giuridiche connesse all'esame incrociato nel processo penale. L'associazione ha elaborato delle "Linee Guida" a cura di Giovanni Canzio, Bruno Cherchi e Carmela Parziale all'esito dei lavori del Convegno di Venezia del 5 e 6 marzo 2010.

A ciò s'aggiunge il dato, non trascurabile, dell'estrema difficoltà della valutazione "differita" circa la minaccia o la subornazione del testimone ai sensi dell'art. 500, comma 4 c.p.p. che il giudice del dibattimento dovrebbe effettuare sulla base della visione dei filmati e dell'ascolto delle registrazioni, e non nell'immediatezza dell'audizione. La valutazione "differita", "anticipata" tuttavia rispetto a quella del giudice del dibattimento, è stata espressamente ritenuta legittima se effettuata dal giudice (che è di norma lo stesso che ha effettuato l'incidente probatorio) cui è chiesta l'imposizione di una misura cautelare [Cass., Sez. 6, n. 10680 del 2009; Sez. 1, n. 31188 del 2004].

Ci si chiede se a tali (inevitabili) compressioni dell'oralità e dei diritti di difesa debbano essere trovate delle compensazioni e, in caso positivo, quali.

La giurisprudenza della Corte di cassazione costantemente richiede, quando in esame sono le dichiarazioni della persona offesa, che le stesse siano vagliate con "opportuna cautela", effettuando un'indagine positiva sulla credibilità sia oggettiva che soggettiva e ponendo la testimonianza "in relazione" con altri elementi emergenti dalle risultante processuali.

Tale orientamento è ribadito anche in relazione alle dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio e lette ai sensi dell'art. 512 c.p.p. [Cass., Sez. 2, sent. n. 43331 del 2007].

Sembra delinearci, tra le righe delle sentenze della Cassazione, un orientamento abbastanza esplicito circa la indicazione della *opportunità* che la prova dichiarativa proveniente dal teste vulnerabile *non* sia l'unico elemento su cui fondare il giudizio, anche se gli elementi di conforto *non* devono costituire riscontri in senso tecnico.

Tale orientamento si delinea nell'atteggiamento di rigore della Corte circa la valutazione dell'attendibilità, che deve essere ritenuta solo dopo attenta verifica della compatibilità del dichiarato con i dati di realtà emergenti dal processo.

La rilevanza delle valutazioni dei dati di contesto e della loro relazione di compatibilità con le dichiarazioni della vittima è particolarmente evidente nella giurisprudenza che si occupa della valutazione delle dichiarazioni provenienti da minori presunte vittime di abusi sessuali. La giurisprudenza ha in tali casi legittimato la valutazione giudiziale del *setting* dell'audizione [Cass., Sez. 3, sent. n. 4069 del 2007], come anche dei fenomeni di contagio dichiarativo [Cass., Sez. 3, n. 29612 del 2010, secondo cui «la valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare,

della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni»; nello stesso senso, v. Cass., Sez. 3, n. 37147 del 2007].

Il modello sembra in linea con la tecnica interpretativa emergente dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo in punto di valutazioni delle dichiarazioni testimoniali.

Il che ci conduce ad analizzare il tema indicato nel punto 4) della nota introduttiva, ovvero della compatibilità delle valutazioni della Corte di Strasburgo in materia di utilizzabilità delle prove con i nostri principi costituzionali.

2.4. L'art. 6 CEDU individua il diritto di ogni persona accusata di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e che gli elementi di prova siano prodotti in pubblica udienza, in vista di un esame in contraddittorio. Tale regola non è tuttavia esente da eccezioni.

I paragrafi 1 e 3 d) dell'art. 6 CEDU impongono, come non eludibile garanzia, di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento delle sue prime deposizioni o successivamente [tra le altre, C.Edu, Carta c. Italia, 20 aprile 2006, § 48; Ferrantelli e Santangelo c. Italia, 7 agosto 1996, § 51; Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993, § 43]. È dunque ritenuto compatibile con le soglie di garanzia individuate dall'art. 6 della Convenzione anche il ricorso a deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari, se l'imputato ha avuto «un'occasione adeguata e sufficiente di contestarle», al momento in cui sono state rese, o più tardi [C.Edu, Carta c. Italia, 20 aprile 2006, § 49; Ludi c. Svizzera, 15 giugno 1992, § 47; Isgrò c. Italia, 19 febbraio 1991; Asch c. Austria, 26 aprile 1991 § 27].

Quello che la Corte europea propone come metodo processuale idoneo a tutelare il diritto dell'imputato, al di là della vecchia contrapposizione fra modello accusatorio e inquisitorio, è la promozione di un "tipo" di processo qualificato come '*contradictoire*', che, pur basandosi sul diritto dell'accusato di interrogare i testi da cui provengono le accuse, non nega pregiudizialmente valore alle dichiarazioni predibattimentali, sempre che all'imputato sia stata concessa un'adeguata possibilità di criticare la fonte delle accuse.

La regola "d'oro" che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è quella «di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento

della deposizione o successivamente». Se così non è, la dichiarazione in questione non viene “esclusa” dalle prove valutabili, ma patisce un abbattimento significativo del peso probatorio, dato che la stessa è inidonea a fondare in modo esclusivo o determinante una sentenza di condanna.

La Corte EDU ritiene dunque compatibile con il diritto dell'imputato a un processo equo l'utilizzo a fini probatori delle dichiarazioni predibattimentali, mentre il nostro ordinamento lo esclude (salvi i casi previsti dagli artt. 512, 500, comma 4, c.p.p. e l'utilizzo delle dichiarazioni a fini contestativi).

Le soglie di garanzie “interne” rispetto al diritto al contraddittorio appaiono dunque più elevate di quelle convenzionali: è “equo” per i giudici di Strasburgo ciò che per il nostro sistema è illegittimo.

Nel confronto con gli altri ordinamenti che hanno scelto il rito accusatorio la nostra legislazione appare particolarmente rigida e, in qualche misura, unica.

La valutazione probatoria “in positivo” delle dichiarazioni predibattimentali ha trovato, infatti, qualche ragionevole spazio anche nell'ordinamento inglese, che ha approvato nel 2003 il *Criminal Justice Act*, il quale, nell'introdurre profonde innovazioni all'*hearsay rule*, ha determinato una significativa modificazione nelle procedure di acquisizione della prova. Tale atto ha, in effetti, assegnato in casi particolari valore probatorio “in positivo” alle dichiarazioni extradibattimentali dei testi, consentendo, in particolare, l'utilizzo delle precedenti dichiarazioni difformi, quando il teste, udito in contraddittorio, ammetta di averle rese, nonché delle dichiarazioni rese quando le circostanze oggetto di deposizione erano “fresche” nella memoria del teste, il quale ne ha invece perso il ricordo al momento dell'audizione dibattimentale (*section 120 del Criminal Justice Act*). In particolare, in materia di violenza sessuale, anche prima della approvazione della riforma del 2003 l'ordinamento inglese prevedeva una eccezione alla *rule against hearsay*, nella c.d. *complainant rule*, che consentiva la valutazione, a supporto della testimonianza della vittima della violenza sessuale (dunque attraverso un utilizzo “in positivo”) delle lamentele da essa espresse in prossimità dell'evento delittuoso.

Tale evoluzione dell'ordinamento inglese appare del tutto compatibile con l'orientamento interpretativo seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di utilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio.

La Corte di Strasburgo ritiene però – e questo presidio si presenta *insuperabile* – che i diritti della difesa siano compressi in maniera incompatibile con le garanzie previste dalla Convenzione quando una condanna si fonda, unicamente o in misura determinante, sulle deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o far interrogare durante le indagini o

successivamente [C.Edu, Orhan Çağan c. Turchia, 23 marzo 2010, § 37; Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006, § 38; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, § 55; Craxi c. Italia, 5 dicembre 2002, § 86; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, § 25; Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993, §§ 43-44].

Dunque, secondo i giudici europei la testimonianza rese fuori dal contraddittorio non è inutilizzabile *tout court*, ma inidonea a fondare da *sola* una sentenza di condanna [esemplare la sentenza Bracci c. Italia, in cui s'evidenzia come la dichiarazione accusatoria non sottoposta al vaglio processuale in contraddittorio sia considerata inidonea a fondare una condanna conforme ai principi del processo *equitable* se è l'elemento unico o determinante su cui si fonda la condanna, sicché essa rimane "valutabile" ma può fondare il giudizio solo se non è l'elemento determinate per la cognizione].

Laddove nel nostro sistema le condanne possono in astratto fondarsi, anche in modo esclusivo, sul dichiarato predibattimentale, quando lo stesso sia acquisito agli atti ai sensi dell'art. 512 c.p.p per impossibilità *oggettiva* di ripetizione (ostandovi in caso di irripetibilità da causa *sogettiva*, il disposto dell'art. 526, comma 1-*bis*). Sul punto, come si dirà, la Corte di cassazione ha fornito tuttavia importanti indicazioni circa la necessità di effettuare un'interpretazione adeguatrice alle indicazioni provenienti dalla Corte europea [oltre alla citata sentenza Cass., Sez. 2, n. 43331 del 2007, si segnala Cass., Sez. 3, n. 27582 del 2010 che, più recentemente, ha ribadito la necessità che le dichiarazioni rese in fase investigativa siano confortate da altri elementi, facendo leva sulla interpretazione "conforme"].

Nel caso previsto dall'art. 512 c.p.p. la nostra soglia di garanzia del contraddittorio, in astratto più "elevata" di quella convenzionale, (imprevedibilmente) si rivela più "bassa" di quella convenzionale, salvo correzioni interpretative.

Più specificamente quanto alle testimonianze delle vittime, l'art. 6 della Convenzione *non* richiede espressamente che gli interessi dei testimoni in generale, e quelli delle vittime in particolare, siano presi in considerazione. Tuttavia, la loro vita, la loro libertà e la loro sicurezza sono valori protetti dall'art. 8 e da altre disposizioni convenzionali, che impongono agli Stati di non metterli indebitamente in pericolo.

L'art. 6, dal canto suo, esige che gli interessi della difesa siano messi in bilanciamento con quelli delle vittime testimoni [C.Edu, Oyston c. Regno Unito, 22 gennaio 2002; Van Mechelen e Altri, 23 aprile 1997, § 53; Doorson c. Paesi Bassi, 26 marzo 1996, § 70]. Le misure prese per proteggere le vittime devono infatti conciliarsi con i diritti della difesa e controbilanciare i sacrifici

imposti a quest'ultima [C.Edu, V.D. c. Romania, 16 febbraio 2010, § 112; Accardi e altri c. Italia, 20 gennaio 2005; Lemasson e Achat c. Francia, 14 gennaio 2003; S.N. c. Svezia, 2 luglio 2002, § 47].

Come sempre in materia di diritti fondamentali “confliggenti” la Corte ricorre alla tecnica del bilanciamento e non conclude nel senso della esclusione probatoria, ma piuttosto nell'indicazione di appropriate regole di valutazione: all'acquisizione di dichiarazioni con compressione del diritto di difesa oltre i limiti di compatibilità con l'art. 6 consegue (solo) il depotenziamento, ma non l'abbattimento, del valore probatorio assoluto della dichiarazioni, sicché queste *non* possono fondare la condanna in maniera unica o determinante, ma devono, anche in tal caso, essere corroborate da altri elementi di prova.

Nei casi specificamente portati alla sua attenzione la Corte ha, ad esempio, ritenuto l'equità del processo quando l'imputato, pur senza ottenere la comparizione personale e l'esame diretto del minore, abbia comunque avuto una adeguata opportunità di esercitare il suo diritto di difesa, in virtù della possibilità, conferita al difensore, di porre domande attraverso un ufficiale di polizia in occasione dell'escussione della vittima nel corso delle indagini preliminari, e di contestarne la credibilità nell'ambito del dibattimento, in cui era stata mostrata la registrazione audiovisiva dell'assunzione di informazioni da parte della polizia [sentenza nel caso S.N. c. Svezia del 2 luglio 2002].

Particolarmente rilevante, in quanto il caso ha consentito alla Corte di Strasburgo di pronunciarsi sulla equità di un procedimento fondato su dichiarazioni assunte con le forme dell'incidente probatorio, è il contenuto della decisione (di irricevibilità) nel caso Accardi e altri c. Italia del 20 gennaio 2005, già citata.

In questo caso il teste ascoltato era un minore al quale le domande erano state poste da un perito e non dal giudice. I giudici europei hanno ritenuto che l'attuazione del contraddittorio, attraverso la posizione di domande effettuata dalle parti a mezzo dell'ausiliario del giudice, con le modalità previste per la protezione del minore, non è idoneo a comprimere i diritti della difesa in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 della Convenzione e, pertanto, non ha ritenuto iniquo il procedimento fondato, anche in via esclusiva e determinante, su quelle dichiarazioni.

Diversamente la Corte europea si è orientata in materia di testimonianza anonima, ritenendo d'obbligo il depotenziamento probatorio della prova (ritenuta ammissibile e di recente introdotta nel nostro ordinamento solo in relazione alle persone impegnate in operazioni sotto copertura²), che *non* può

² L'art. 8 della L. 13 agosto 2010, n. 136, ha introdotto importanti innovazioni nel codice

fondare in modo esclusivo o determinante la sentenza di condanna.

La nostra Corte di legittimità, di contro, circa la valutazione delle dichiarazioni degli offesi, ha in più occasioni ribadito come la testimonianza della vittima può essere posta anche da sola a base della decisione, precisando tuttavia che in tal caso il vaglio di attendibilità dev'essere particolarmente attento e va effettuato conducendo una indagine positiva circa la credibilità oggettiva e soggettiva, che tenga conto degli altri elementi emergenti dalle indagini [Cass., Sez. 3, n. 34110 del 2006; Sez. 4, n. 30422 del 21/06/2005; Sez. 6, n. 33162 del 2004; Sez. 3, n. 3348 del 2003]. Il controllo dev'essere poi particolarmente penetrante quando il teste in questione è un minore offeso da reati sessuali [Cass. Sez. 3, n. 29612 del 2010; Sez. 3, n. 42984 del 2007; Sez. 3, n. 3994 del 2007; Sez. 3, n. 5003 del 2006; Sez. 3, n. 23278 del 2004; Sez. 3, n. 43303 del 2001].

L'idoneità delle dichiarazioni dell'offeso a fondare da sole la condanna si attenua tuttavia quando l'offeso è costituito parte civile e vanta un interesse economico in conflitto con quello dell'imputato. In tal caso il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere *opportuno* procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi [Cass., Sez. 1, n. 29372 del 2010; Sez. 6, n. 33162 del 2004].

Dalla giurisprudenza della Corte di legittimità emerge dunque, in modo abbastanza chiaro, la figura di un teste che non è "neutro", ma neanche "coinvolto" nel fatto, come l'imputato di reato connesso: si tratta invece di una persona che ha con il fatto ed il suo autore una relazione qualificata dalla "offesa" patita.

Tale testimonianza non può non distinguersi da quella del teste "indifferente" (ad es. il teste oculare che interviene nei pressi della scena del delitto ed osserva, per avventura, alcuni elementi utili al giudizio). Mentre il teste-offeso si presenta come un soggetto che ha patito effetti dal fatto di reato per cui si

di procedura penale e nelle relative disposizioni di attuazione. Viene di fatto introdotto, nel nostro sistema processuale (attraverso la modifica dell'art. 497 c.p.p. dell'art. 115 disp att. c.p.p. e dell'art. 147 *bis* disp att. c.p.p.), uno "statuto speciale" applicabile al personale di polizia giudiziaria e ai suoi collaboratori privati che sono stati impegnati in attività sotto copertura. Si tratta di una disciplina eccezionale che impone: di menzionare esclusivamente l'identità fittizia assunta dai soggetti in questione nelle annotazioni redatte dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari; di indicare soltanto le medesime generalità di copertura nell'esame dibattimentale e nelle ulteriori deposizioni effettuate dai predetti soggetti in ogni stato e grado del procedimento; di procedere all'esame dibattimentale con le cautele idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile e, di regola, con il mezzo della videoconferenza.

procede, il teste-indifferente presenta solo problemi di valutazione dell'attendibilità connessi alla prevedibilità caducità del ricordo.

Si tratta evidentemente di testimonianze diverse e solo in relazione alla prima si pone un problema di bilanciamento con i diritti di difesa dell'imputato emergendo un interesse in conflitto (al risarcimento del danno o, semplicemente, alla punizione dell'autore).

Nel nostro sistema non essendo ammesso l'utilizzo delle dichiarazioni predibattimentali (come ammesso dalla Corte di Strasburgo) non si pone invece alcun problema di bilanciamento nei termini espressi dalla Corte europea, se non nei casi in cui la sentenza debba essere motivata facendo riferimento alle dichiarazioni "lette" ai sensi dell'art. 512 c.p.p..

In tale ultimo caso la Corte di Cassazione ha ormai segnato la strada imponendo una regola di valutazione sovrapponibile a quella indicata dalla Corte europea, ovvero l'inidoneità delle dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio a fondare da sole il giudizio di condanna [Cass., Sez. 3, sent. n. 27582 del 2010, cit.: la pronuncia rileva in quanto la Corte, pur in presenza di una irripetibilità oggettiva, ha ritenuto che la sentenza di condanna non potesse fondarsi in modo significativo o esclusivo sulla dichiarazione assunta in assenza di contraddittorio].

Il problema che si pone all'interno del nostro ordinamento è, piuttosto, quello di valutare se all'abbattimento di alcune garanzie difensive (come la rinuncia all'oralità e all'accesso "diretto" all'esame del teste) debba conseguire un bilanciamento in termini di richiesta di elementi di conferma alla prova formatasi con contraddittorio "attenuato". O quello di valutare se le dichiarazioni del teste vulnerabile debbano essere comunque valutate soprattutto quando provengano da un minore, unitamente ad altri elementi di "conferma".

Quanto al primo dei problemi esposti si rileva come la Corte di Strasburgo ha già ritenuto la compressione dei diritti della difesa in caso di escussione del teste in incidente probatorio compatibile con il presidio di garanzia dell'art. 6 della Convenzione (decisione Accardi c. Italia), sicché la questione non sembra porsi.

Il bilanciamento tra diritti confliggenti appare pacificamente effettuabile attraverso il ricorso a forme speciali di gestione del contraddittorio, senza che il diritto di difesa sia inciso oltre il limite di tutela minimo previsto dalla Convenzione.

Quanto al secondo problema, occorre chiarire cosa s'intende per "conferma". Se la stessa non è da intendersi come un vero e proprio "riscontro", ma piuttosto come un attributo della testimonianza ricavabile dall'analisi dell'a-

derenza del racconto ai dati di realtà (che devono essere documentati dal pubblico ministero ed emergere dall'eventuale istruttoria dibattimentale) non si può che essere favorevoli: ogni testimonianza deve essere infatti vagliata con la massima attenzione e deve essere aderente ai dati di realtà emergenti dall'indagine.

Lascia perplessi, invece, la configurazione della testimonianza "debole" come prova, in sé, inidonea a fondare la condanna, anche se assunta in contraddittorio, e malgrado i rigorosi vagli sull'attendibilità richiesti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Tuttavia, se in un futuro (improbabile) riassetto della formazione della prova dichiarativa si tornasse a dare rilievo probatorio alle dichiarazioni predibattimentali, la richiesta *ex lege* di documentazione aggravata e di veri e propri "riscontri" alle dichiarazioni in questione sarebbe ineludibile. Stessa indicazione varrebbe qualora si legittimasse il ricorso "ordinario" alla testimonianza anonima.

In conclusione, il confronto con l'assetto processuale di altri sistemi di matrice accusatoria, meno rigido del nostro in punto di utilizzo delle dichiarazioni acquisite in fase investigativa, sollecita alcune riflessioni sulla scelta di metodo effettuata nel nostro ordinamento di associare alla mancanza del contraddittorio regole di esclusione probatoria, cioè di inutilizzabilità, piuttosto che regole di valutazione che impongano il depotenziamento (ma non l'abbattimento) della valenza probatoria delle testimonianze assunte senza il ricorso alla "regola d'oro".

La regola contenuta nell'art. 111 della Costituzione, infatti, se ha il pregio di avere evidenziato la valenza maieutica del contraddittorio nella formazione della prova, mostra infatti i suoi limiti proprio quando la prova dichiarativa proviene da una vittima vulnerabile.

In tal caso la "regola d'oro" comincia a patire evidenti "flessioni": ne sono esempi la rinuncia all'oralità quando si ricorre al contraddittorio anticipato in incidente probatorio o, ancora, l'accesso "mediato" (dall'intervento del giudice) all'esame del teste quando questo è minore (o maggiorenne infermo di mente), che non richiedono – ad oggi – compensazioni né in base al diritto interno, né a quello convenzionale.

Inoltre, come già evidenziato, la struttura della testimonianza "debole" è tale da non manifestarsi in forme sovrapponibili tutte le volte che il dichiarante viene ascoltato. Gli approdi della psicologia della testimonianza sul punto sono chiari: i meccanismi del ricordo agiscono in maniera differente, producendo variazioni nel recupero della traccia mnestica dipendenti sia dal tempo

trascorso tra la dichiarazione e l'evento, sia dalla struttura stessa del ricordo che si "edifica" anche attraverso le rievocazioni effettuate nel corso delle varie audizioni giudiziali, attraverso la "progressione dichiarativa".

La conseguenza di tale dato strutturale della testimonianza della vittima di un evento traumatico è che la valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni non può che passare attraverso l'analisi del "percorso" dichiarativo, che può essere o meno giudicato attendibile proprio in relazione al suo divenire (la omogeneità delle dichiarazioni e la persistente accuratezza nella riedizione di alcuni dettagli sono segnali, ad esempio, di testimonianza non veritiera). Se così è, il peso delle contestazioni dibattimentali si aggrava inevitabilmente: la *credibilità* del dichiarato attuale della vittima può infatti essere pienamente valutata *solo* in relazione alle dichiarazioni pregresse e non in modo indipendente da queste (che dovrebbero essere perciò adeguatamente documentate), sebbene alle stesse non sia riconoscibile alcun valore probatorio "in positivo".

In conclusione, le limitazioni al pieno esplicarsi dei diritti della difesa quando siano escuse vittime vulnerabili, con la rinuncia all'oralità e alla *cross examination* diretta, costringe a chiedersi, proprio in un'ottica di garanzia, quali rimedi debbano essere portati al sacrificio dei diritti difensivi che cedono nella tensione del bilanciamento con i diritti della vittima e ancora, più timidamente, se il metodo dell'esclusione probatoria delle dichiarazioni unilaterali sia realmente compatibile con il complesso (e mai uguale) bilanciamento tra diritto della vittima e diritto dell'imputato nei processi fondati su dichiarazioni che provengono da un offeso vulnerabile.

Di certo, se si accede alla prospettiva del bilanciamento tra diritti (fondamentali) dell'imputato e della vittima, si comprende che i meccanismi di compensazione "valutativa" della testimonianza resa con contraddittorio "contratto" o "assente" ritenuti essenziali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbero garantire i diritti della difesa più delle regole di esclusione probatoria attuali.

Queste regole conducono infatti alla "ipervalutazione" probatoria del dichiarato dibattimentale o assunto in contraddittorio incidentale: il che non è necessariamente un fatto idoneo a garantire i diritti dell'imputato.

Forse, ma è solo uno spunto di riflessione, il ripensamento della disciplina della prova dichiarativa dovrebbe partire da un ridimensionamento del ruolo della testimonianza in senso lato: la presa d'atto che la riedizione dei ricordi è un meccanismo complesso, e non del tutto affidabile, dovrebbe indurre fin dalla fase delle indagini i pubblici ministeri a "puntellare" gli elementi di (ogni) prova orale con tutti i dati oggettivi possibili (che, all'epoca del dispie-

garsi del dibattimento, potrebbero essersi dispersi). Dati che consentano, nel proseguimento del processo, la valutazione avvertita e non “intuitiva” da parte dei giudici di merito dell’attendibilità giudiziale delle dichiarazioni, in genere, e di quelle dell’offeso in particolare.

Allo stato, dunque, non resta che la gestione accorta di un sistema basato sulla regola di esclusione probatoria prevista dalla Carta, nella consapevolezza che la testimonianza (in genere, e quella delle vittime vulnerabili in particolare) ha una complessità straordinaria, probabilmente non “trattabile” con la imposizione della condizione processuale della edizione del contraddittorio dibattimentale a distanza di molti anni dal fatto da evocare.

2.5. Veniamo all’ultimo punto indicato nella nota introduttiva, ovvero alla compatibilità dei tempi del nostro processo con la tutela effettiva dei diritti della vittima.

I diritti delle vittime, ovviamente, richiedono per essere tutelati che la conclusione della vicenda processuale giunga in tempi rapidi. Non meno di quelli dell’imputato.

È esemplare, anche questa volta, il caso dei procedimenti che riguardano abusi intrafamiliari su minori.

In tali processi la cognizione penale s’intreccia con la cognizione del Tribunale per i minorenni ed è evidente come la dilatazione dei tempi processuali sia idonea a produrre importanti danni ai rapporti familiari, soprattutto nei casi in cui il processo penale si concluda con una pronuncia di assoluzione.

In tal senso si è espressa anche la Corte di Strasburgo con la sentenza emessa nel caso *Errico c. Italia* del 24 maggio 2009. Nell’occasione il nostro Stato è stato ritenuto responsabile di ingerenza nei diritti tutelati dell’art. 8 della Convenzione riconducibile al ritardo delle decisioni giudiziali in un caso in cui, pendente un’indagine per un reato di abuso sessuale intrafamiliare, il Tribunale per i minorenni aveva disposto l’allontanamento del minore dal padre (indagato ricorrente). La Corte europea, pur avallando la legittimità dell’intervento finalizzato alla protezione del minore, ha censurato il ritardo nella definizione della vicenda ritenendo che la separazione tra genitore e figlio fosse stata protratta per un tempo non giustificato dalle esigenze dell’inchiesta penale, e che la irragionevole inazione dell’autorità procedente, in seguito alla richiesta di archiviazione, avesse pregiudicato il diritto alla vita privata e familiare del ricorrente.

Anche in questo caso, il processo con vittima vulnerabile funge da “spia” delle anomalie del nostro sistema di cognizione penale. I diritti della vittima

vengono comunque, ed inevitabilmente, compressi dalla dilatazione dei tempi processuali, non meno di quelli dell'imputato.

In generale, "guardare" il processo dalla prospettiva della vittima comporta un'inevitabile rivisitazione critica del nostro sistema processuale, che si presenta ad oggi ancora lontano dal fare proprio in modo sistematico il metodo del bilanciamento *in concreto* degli interessi, che è (forse) il più idoneo a gestire il difficile confronto tra i diritti della vittima (presunta, fino alla sentenza definitiva) ed i diritti dell'imputato (innocente, fino a condanna definitiva), nel rispetto dei principi del processo "equo".

OPINIONI A CONFRONTO

IL PRINCIPIO DI OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE OGGI:
CONFINI E PROSPETTIVE

Nota introduttiva di FRANCESCA RUGGIERI

È nota la (risalente e controversa) vicenda della disposizione racchiusa nell'art. 112 Cost. Il principio di obbligatorietà, emanazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e, al contempo, scelta necessitata dall'esigenza di assicurare l'indipendenza esterna del pubblico ministero, è stato di volta in volta adattato alle norme del codice di rito, in un dialogo spesso a doppio senso tra norma costituzionale e norma ordinaria. Vigente il codice Rocco, il contenuto del principio è stato puntualizzato ora con riferimento al tempo della sua operatività (in taluni momenti coincidenti con la stessa *notitia criminis*), ora in relazione alle condizioni cui avrebbe potuto essere legittimamente subordinato il suo esercizio (nell'ambito dell'articolato problema delle condizioni di procedibilità).

L'entrata in vigore del primo codice repubblicano ha lasciato aperte diverse problematiche. La posticipazione del momento in cui il principio opera (artt. 405-407 c.p.p.) alla fine della fase investigativa ne ha imposto una rilettura integrale.

La doverosa completezza dell'indagine (Corte Cost. 88/1991) assicura il principio di eguaglianza prima che il pubblico ministero si determini in ordine all'iniziativa penale. I controlli giurisdizionali sulla eventuale inazione del rappresentante dell'accusa (art. 408 c.p.p. e 125 disp.att.) sono volti ad impedire l'elusione dell'obbligo sia con riguardo alle (eventualmente insufficienti) indagini necessarie alla verifica sulla fondatezza della *notitia criminis*, sia in relazione alla corretta valutazione di investigazioni pure esaurienti. Le riforme del 1999 (v. artt. 421*bis*, 422 e 425 c.p.p.) mirano a circoscrivere gli eventuali abusi nell'esercizio della domanda pubblica, strutturando il controllo del giudice dell'udienza preliminare in modo analogo e, a ben vedere, simmetrico al controllo del giudice per le indagini sulla inazione del pubblico ministero.

Il rappresentante dell'accusa, conformemente al principio di obbligatorietà, è tenuto a non perseguire l'imputato solo quando il processo si riveli "inutile", ovvero quando l'azione penale non sia accompagnata da una ragionevole prognosi di condanna: in tal senso qualificandosi, secondo parte della dottrina, come azione in concreto (secondo le categorie processualcivilistiche).

Lo scenario *in the book* si accompagna, *in the action*, alle ben note disfunzioni in tema di carico di lavoro, con un numero di procedimenti pendenti per ogni singolo magistrato e/o ufficio di Procura del tutto ingestibile.

Esemplari a questo proposito sono i diversi provvedimenti che, dall'entrata in vigore del codice di rito, hanno cercato di razionalizzare la risposta degli uffici dell'accusa a quello che, secondo un'efficace immagine della dottrina tedesca, costituisce l'*input* del sistema processuale penale, ovvero l'enorme quantità di *notitiae criminis*.

Le circolari *Zagrebel'sky* e, di un decennio più tardi, *Maddalena*, per ricordare le più note, non hanno peraltro costituito gli unici tentativi di ottimizzare, con risorse scarse se non del tutto insufficienti, il seguito da dare alle notizie di reato. Il medesimo scopo, volto a disciplinare, in un corretto bilanciamento degli interessi sottesi all'accertamento penale, l'ordine della trattazione dei procedimenti è stato perseguito dal legislatore nell'art. 227 d.lgs 51/1998, in occasione della riforma sul giudice unico, e nel nuovo art. 132*bis* disp. att. c.p.p., come modificato dal d.l. 92/2008, conv. nella l. 125/2008.

Se a tale pur sintetica veduta si aggiungono le esperienze che hanno avuto origine dai microsistemi di giustizia penale minorile (artt. 26 e 27 d.lvo 272/1989) e del giudice di pace (artt. 29, 34 e 35 d.lvo 274/2000) a proposito in senso lato di mediazione (artt. 27 d.lvo 272/1989 messa alla prova, 29 e 35 d.lvo 274/2000) e, più specificatamente, di "proscioglimento" per irrilevanza e/o tenuità del fatto (rispettivamente art. 26 d.lvo 272/1989 e art. 34 d.lvo 274/2000), l'attuale estensione del principio di obbligatorietà dell'azione penale non pare né pacifica né univoca.

Nei laboratori dei processi nei confronti di personalità ancora in formazione (anche per gravi reati) e in quelli a carico di adulti (per i soli reati bagatelari), il legislatore tende ad assicurare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. non solo, né esclusivamente, attraverso l'imprevedibilità dell'accertamento del fatto di reato.

Nel volgere di appena un decennio, pur nella pressoché analoga configurazione della disciplina dei relativi presupposti, il legislatore è passato dalla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto come causa di non punibilità nel rito minorile (art. 26 d.lvo 272/1989) al provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto come causa di non procedibilità di fronte al giudice di pace (art. 34 d.lvo 274/2000).

Tale modifica di prospettiva, consentendo il provvedimento di non procedere anche in sede procedimentale, ha ulteriormente eroso i tradizionali confini della domanda penale.

Quali sono oggi le frontiere del principio di obbligatorietà?

Con il vigente codice di rito i presupposti dell'obbligo costituzionale sono stati ancorati alla superfluità del processo e veicolati attraverso ben precisi (e sotto alcuni profili anche omologhi) controlli giurisdizionali. Nella prassi quotidiana, le cui problematiche sono state presumibilmente anche esasperate nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di rito, si è oramai preso atto dell'impossibilità di assicurare un uguale trattamento a tutte le notizie di reato, soprattutto con riguardo alla relativa tempistica (con i ben noti rischi di prescrizione). Nei nuovi riti minorili e di pace, infine, il principio di uguaglianza è stato coniugato con forme alternative al processo, che definiscono diversamente (e/o alternativamente) i precisi confini dell'obbligatorietà dell'azione.

In questa prospettiva la *Rivista* offre uno spazio di confronto a esponenti del mondo giudiziario, forense ed accademico.

Nell'ottica di una comparazione diacronica, allo storico del diritto (Miletti) è stato chiesto un inquadramento del principio di obbligatorietà dell'azione penale nella nostra recente storia istituzionale, con lo scopo di approfondirne i tratti in considerazione delle discussioni della prima metà del secolo scorso, vale a dire in epoca antecedente il varo dell'art. 112 Cost.

A un avvocato (Botti), a un magistrato (Manziona), e a uno studioso (Marzaduri) si è invece richiesto di esplorare la strada di una "obbligatorietà temperata" al fine di regolare l'*input* di un carico di lavoro in misura sempre crescente ovvero:

- se a tale scopo siano o meno condivisibili i criteri di cui agli artt. 125 disp. att. e 425 c.p.p. o debbano essere modificati;
- se le sperimentazioni di cui agli artt. 26 d.lvo 272/1989 e 34 d.lvo 274/2000 siano percorribili anche nel rito ordinario ed a quali condizioni;
- se i controlli giurisdizionali oggi apprestati per assicurare il principio di obbligatorietà prima e dopo l'esercizio dell'azione debbano considerarsi sufficienti e/o idonei a garantire il principio di uguaglianza anche nei casi di "obbligatorietà temperata" come nelle ipotesi dei riti minorili e di pace;
- quali potrebbero essere, infine, costi, pregi e/o difetti di simili soluzioni "processuali" rispetto a opzioni di carattere di diritto sostanziale aventi la medesima finalità deflattiva (ad es. l'estensione del numero dei reati perseguibili a querela).

Premessa storica di
MARCO NICOLA MILETTI

1. *Atavismo inquisitorio* – Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale affonda le radici nelle codificazioni processuali ottocentesche: sarebbe anacronistico retrodatare la 'regola' all'antico regime. Tuttavia è indubbio che, sino al XVIII secolo, l'*inquisitio* s'improntasse ad un implicito dovere del *Fiscus* di procedere *ex officio* ogni qualvolta fosse venuto a conoscenza d'una *notitia criminis*: lo imponeva il carattere repressivo ed esemplare della giustizia criminale. Nella dimensione statuale d'età moderna non è affatto infrequente leggere nel prologo delle leggi (bandi, editti, prammatiche) o nei documenti di cancelleria pressanti inviti rivolti ai funzionari *jurisdictionem exercentes* affinché concentrassero le energie su determinate tipologie di reati: ma, al di là dell'ovvia valenza retorica di simili enunciazioni, si trattava di richiami a dispiegare inderogabilmente la *voluntas principis* nella prassi giudiziaria, piuttosto che di sollecitazioni ad applicare una norma – l'obbligo, appunto, di agire – inconcepibile in un sistema ancora estraneo al canone della legalità formale.

Ciò nonostante, se la matrice 'filologica' dell'obbligatorietà va ricercata nel *droit intermédiaire*¹, che la trasmise ai codici italiani preunitari², i nessi di

¹ L'art. 4 del *Code des délits et des peines* (detto *Code Merlin*, 1795) recita: «Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique» (Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complete de Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État [...]*, t. VIII, *Deuxième Edition*, Paris, Chez A. Guyot et Scribe 1835, p. 387).

² L'art. 2 del *Codice Romagnosi* (1807) enuncia il principio di obbligatorietà («Ogni delitto dà luogo ad un'azione penale»), combinato con il carattere della pubblicità (art. 4: «L'azione penale è essenzialmente pubblica» e nei delitti qualificati come pubblici è «esercitata per officio dai funzionari pubblici destinati dalla legge»). Cfr. Ettore DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico* (1807). *Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam 1983, pp. 315-6. L'art. 2 romagnosiano derivava dall'art. 1 del progetto denominato *Metodo di procedura criminale* (1806), sul quale cfr. *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico*, a cura di Ettore Dezza, Milano, Giuffrè 1985, p. 80; ivi, *Introduzione* di DEZZA, pp. 9-10 si segnala la derivazione del *Metodo* dal *Code Merlin*. Nel Mezzogiorno borbonico il cd. *Codice per lo Regno (Leggi della procedura ne' giudizi penali)* stabiliva all'art. 1: «Ogni reato dà luogo all'azione penale ed all'azione civile. / Coll'azione penale si domanda la punizione del colpevole». Art. 2: «L'azione penale è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente agli ufiziali che sono incaricati del pubblico ministero [...] / L'azion penale debbe essere esercitata di ufizio in tutti i casi ne' quali l'istanza privata non è necessaria per promuoverla». Francesco CANOFARI, *Comentario su la parte quarta del Codice per lo Regno delle Due Sicilie o sia su le leggi della procedura ne' giudizi penali*, Napoli, Per le Stampe de' fratelli Trani 1830, I, *Disposizioni preliminari*, p. 21 ravvisava in questi articoli una «regola indeclinabile», salvi i casi di

continuità con la giustizia pre-rivoluzionaria sono molteplici e attengono alle mentalità profonde del rito penale. Atteggiamenti che collegano l'impulso ad agire con l'idea premoderna del reato come *malum in se*, dinanzi al quale l'esitazione non si giustifica.

Ovviamente l'affermazione storica, agli inizi del secolo XIX, del principio di legalità, con la riduzione del *penale* alla legge e la connessa tipizzazione delle fattispecie di reato, implicò una tematizzazione dell'*obbligatorietà* in chiave del tutto nuova. Ma non per questo il criterio può ritenersi corollario indefettibile dello Stato di diritto o costituzionale o, tanto meno, a regime codificato. La *legalità* fu infatti la via 'italiana' e germanica all'azione penale, come si legge con esemplare chiarezza in un articolo apparso sulla «Beilage zur Allgemeinen Zeitung» del maggio 1875 e significativamente trascritto da Carrara su «Rivista penale»: nel testo si spiegava che un ordinamento giuridico moderno non poteva che optare per la *legalità* dell'esercizio dell'azione anziché per l'*utilità*, perché solo la prima rispettava il «principio di stretta giustizia e di uguaglianza»³. In realtà altri contesti, e primo tra tutti la Francia incubatrice dell'innesto dell'*égalité* nel sistema giudiziario, sin dai primi dell'Ottocento imboccarono altre strade rimaste poi divergenti.

La prospettiva di lungo periodo, fatalmente approssimativa, dischiude un ulteriore paradosso. Gli strumenti d'ingerenza dei governi nella selezione degli obiettivi 'penali' da perseguire si affinano soprattutto *dopo* la costituzionalizzazione (materiale o formale) del rapporto tra poteri. Alle pretese d'intromissione dell'esecutivo nel giudiziario offrì un'arma formidabile il ruolo ancipite del pubblico ministero disegnato dalle codificazioni, effettivo destinatario dell'*obbligo* di agire e, di fatto, suo impenitente violatore. Lucchini scriveva che negli Stati preunitari l'«atavismo inquisitorio» induceva ancora a confondere nel pubblico ministero la figura del giudice e quella dell'accusatore; la proclamata indipendenza e la contestuale sottoposizione all'esecutivo⁴.

liceità dell'azione privata. Le norme napoletane si ritrovano quasi letteralmente nei codici di procedura sabaudi del 1847 e del 1859 (artt. 1 e 2); e da questi nel c.p.p. italiano del 1865: Maria Gigliola DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Hrsg. Bernard Durand, Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa und Dieter Simon, *Sonderdruck*, Klostermann, Frankfurt am Main 2005, pp. 208-9, anche per il riferimento ad altre esperienze italiane preunitarie.

³ Francesco CARRARA, *Azione penale*, in «Rivista penale», II (1875), vol. III (I s.), p. 18. Il brano fu riprodotto in ID., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale. Vol. I*, Settima edizione, Lucca, Tipogr. di G. Canovetti 1889, p. 131.

⁴ *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia - Atti della*

Ma, a ben guardare, sotto questo profilo i procuratori del re delineati dai primi ordinamenti giudiziari dell'Italia unita non si discostavano da quella doppietta funzionale⁵.

L'art. 146 della legge Rattazzi 13 novembre 1859 n. 3781, confermata dall'art. 129 del r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626 (il primo ordinamento giudiziario del Regno d'Italia), definiva il pubblico ministero «rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria» e lo poneva «sotto la direzione del ministro di giustizia». Il primo aspetto era anche letteralmente desunto dall'art. I della legge 24 agosto 1790 dell'*Assemblée Nationale* ed era penetrato in Italia per il tramite del napoleonico *Regolamento organico della Giustizia civile e punitiva* (1806)⁶. Il secondo profilo, perpetuatosi sino all'originaria formulazione dell'ordinamento Grandi (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 69), attribuiva al magistrato dell'accusa contestuali prerogative di controllore e controllato che ne giustificavano uno *status* meno autonomo rispetto alla magistratura giudicante⁷. Da qui gli appelli degli studiosi, all'indomani dell'unità, a salvaguardare l'indipendenza del p.m.: dal governo, ovviamente, dallo Stato-persona, e persino dalla società⁸.

Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro – Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale, Roma, Tip. della Camera dei Deputati 1900, III, pp. 10-1. Non mancava, nella Lombardia austriaca, qualche estimatore dell'utilità «costituzionale» della duplice natura del p.m. (rappresentante del monarca nel potere giudiziario ma anche sorvegliato dallo stesso sovrano) nella tradizione francese: è il caso di Agostino Reale, la cui posizione è sintetizzata da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 206.

⁵ La natura 'ambigua' connota anche la collocazione del pubblico ministero nell'ordinamento francese: cfr. Michèle-Laure RASSAT, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1967, p. 34.

⁶ Claudia STORTI STORCHI, *Accusare il delitto, difendere l'innocenza. Le impugnazioni del pubblico ministero nella legislazione e nella dottrina italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Staatsanwaltschaft*, cit. in nt. 2, pp. 357-8; ivi, nt. 3 per i riferimenti bibliografici; DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico*, cit. in nt. 2, pp. 231-9.

⁷ Mario D'ADDIO, *Politica e magistratura*, Milano, Giuffrè 1966, pp. 35-47; STORTI, *Accusare*, cit. in nt. 6, pp. 359-60.

⁸ Matteo PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario*, Vol. I – Parte II, *Procedura criminale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice 1864, p. 15: «Se fosse lecito al Governo di portarsi egli medesimo direttamente accusatore davanti ai tribunali, egli potrebbe per avventura colla sua influenza turbare l'animo dei giudici». Luigi BORSARI, *Della azione penale*, Torino, Dalla Società L'Unione Tipografico-Editrice 1866, pp. 183, 186-7, sottolineata l'«indipendenza» costituzionale del giudizio penale «dallo Stato», ne faceva conseguire che «l'azione penale pubblica non è esercitata nell'interesse

Una simile anomalia non poteva che riverberarsi sull'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. L'art. 139 dell'ordinamento giudiziario del 1865 attribuiva al pubblico ministero anche la vigilanza sull'«osservanza delle leggi» e sulla «pronta e regolare amministrazione della giustizia», nonché il compito – essenziale ai nostri fini – di promuovere «la repressione dei reati». Questa norma, secondo il Borsani-Casorati, ossia il più accreditato commentario al primo codice di rito del Regno, avrebbe dovuto temperare l'art. 129 ammantandolo di 'legalità': «Il pubblico ministero non è né può essere schiavo del governo perché è vincolato dalla legge; la quale non gli lascia arbitrio, ma definisce le sue attribuzioni, determina le condizioni sotto le quali deve esercitarle, e traccia così nettamente la cerchia della sua efficienza, che non gli è possibile uscirne per secondare altre suggestioni ed esigenze». Il p.m., aggiungevano i due studiosi, era rappresentante dell'esecutivo «in tutto l'ordine del servizio e della disciplina»; unicamente «organo della legge [...] nell'azione della giustizia [...]». Il codice è la legge muta, il pubblico ministero è la legge parlante»⁹.

Più preoccupata, negli stessi anni, la diagnosi di Francesco Carrara circa la 'doppiezza' dell'accusatore. «Cronologicamente – osservava nel 1873 – il Pubblico Ministero che *accusa* i colpevoli» merita l'appellativo di «primogenito della giustizia», perché essa da quel momento «si estrinseca. Ma il Pubblico Ministero che aspira al *sindacato dei Magistrati*» è «un figlio della *politica*, che ognuno troppo conosce come un pseudonimo della tirannide»: in tale veste egli «è della giustizia il nemico peggiore»¹⁰. Ancora alla fine del secolo Luigi Lucchini riscontrava nel pubblico accusatore, così come conformato dalle leggi del Regno, «una persona ibrida quant'è ibrido il sistema misto, un poco parte e un po' magistrato, un po' soggetto all'azione del governo e un po' indipendente»¹¹. Il giurista veneto, in realtà, oscillava anch'egli, perché, se il suo sincero liberalismo gli mostrava i vantaggi costituzionali dell'indipen-

di nessuno, neppure nell'interesse della società [...]: il Pubblico Ministero non è l'agente della società, come sempre si dice», bensì «un magistrato della giustizia».

⁹ Giuseppe BORSANI - Luigi CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato* [...]. Libro primo: Azione penale, azione civile, estinzione delle azioni, ordini della magistratura, giurisdizione, competenza, Milano, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola 1873, I, pp. 13-4.

¹⁰ Francesco CARRARA, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza* [...]. II – I discorsi di apertura (1873), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, Tipografia Giusti 1874, pp. 44-5.

¹¹ Luigi LUCCHINI, *Elementi di procedura penale. Seconda edizione riveduta e ampliata*, Firenze, G. Barbera 1899, n. 192, p. 221.

denza del p.m., la limpida opzione per l'accusatorio e, talora, le contingenze politiche (come lo scandalo della Banca Romana) gli consigliavano una soluzione opposta¹².

2. *Le carenze del 1865.* – Come da (recente) tradizione preunitaria, e sulle orme dei codici di rito sabaudi del 1847 e 1859, il codice di procedura penale frettolosamente varato nel 1865 riservava l'*incipit* all'azione penale. Utilizzando locuzioni a tratti inappropriate, esso stabiliva che «ogni reato dà luogo ad un'azione penale» (art. 1 comma I); che «l'azione penale è essenzialmente pubblica» e «si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero» (art. 2 commi I e II); che viene «esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata od offesa non è necessaria a promuoverla» (art. 2 comma III). Tali disposizioni, ai fini del ragionamento sull'*obbligatorietà*, andavano integrate con gli artt. 42 n. 1 («Il procuratore del re è tenuto nel distretto del tribunale presso cui esercita le sue funzioni di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti colle norme prescritte dal presente codice») e 43 (il procuratore del re, quando gli fossero pervenute denunce, querele, verbali, rapporti e notizie di reato, avrebbe dovuto fare «senza ritardo» al giudice istruttore le opportune istanze per l'accertamento del fatto e la scoperta degli autori, salva la possibilità di procedere direttamente mediante *citazione diretta*)¹³.

¹² Nella *Cronaca* di «Rivista penale» del febbraio 1895 [*Pubblico ministero e governo*, in «Rivista penale», XXI (1895), vol. XLI (XI terza s.), fs. II, pp. 171-3] compariva un ampio stralcio della relazione stilata dalla Commissione istituita dal governo il 4 agosto 1894 con il compito di «accertare la responsabilità dei funzionari giudiziari che presero parte all'istruttoria del processo per i fatti della Banca Romana». La commissione, interrogandosi sulla legittimità delle «corrispondenze verbali intervenute tra il ministro e i capi del p.m.» ed augurandosi che esse non si fossero tradotte in pressioni sui pubblici ministeri, aveva definito «errore fatale», perché contrario alla separazione dei poteri, interpretare le norme dell'ordinamento giudiziario nel senso che il p.m. «rappresenti il potere esecutivo anche nell'*esercizio dell'azione penale*». Un anonimo commento (probabilmente del Lucchini) obiettò che l'indipendenza del p.m. non avrebbe dovuto tradursi in irresponsabilità del ministro «nell'andamento dell'amministrazione giudiziaria». Quanto al nesso che Lucchini ravvisava tra accusatorio e discrezionalità dell'azione penale cfr. ad es. *Lavori preparatorii*, cit. in nt. 4, I, vb. XXX, p. 292.

¹³ Che ogni reato desse luogo ad azione penale era manifestamente illogico; l'avverbio *essenzialmente* era pleonastico; «l'organo incaricato di promuovere l'azione penale» ha l'obbligo di farlo se «vi sia ragionevole motivo per credere avvenuto un reato», mentre l'accertamento del reato e dell'autore spetterà all'«organo incaricato d'infliggere la pena». Così Lodovico MORTARA – Ugo ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Parte Prima, Libri primo e secondo (articoli 1 a 350), Seconda ediz. riveduta, Torino, Utet 1922, pp. 15-16. Questi Aa. sottolineavano una sorta di primogenitura del *Codice per lo Regno* sulle formule di apertura del c.p.p. 1865.

Queste coordinate normative erano sufficienti a configurare a carico della pubblica accusa un vero e proprio obbligo di esercitare l'azione penale?

Costantino Castori, professore pareggiato all'Università di Padova, nel 1891 non mostrava dubbi: il combinato disposto dei citati articoli obbligava il p.m. ad agire e gli impediva di «indagare» sul fondamento delle notizie di reato; se egli avesse fruito di una simile discrezionalità il legislatore gliela avrebbe accordata in modo esplicito. Eppure – proseguiva Castori – nonostante la chiara lettera della legge «valenti giureconsulti, sotto l'influenza della dottrina francese, sostengono una diversa opinione»: con qualche imprecisione egli elencava Pisanelli, Borsari, Pescatore, Canonico, Tartufari, Casorati e Borsani, Lucchini, Cesarini, Nocito, Brusa e altri autori. Il giurista veneto confessava però che avrebbe preferito «un esplicito precetto legislativo che sancisse un tale obbligo»: una norma che vincolasse il p.m., «quale rappresentante della società», ad iniziare il procedimento in presenza di denuncia o querela¹⁴.

¹⁴ Costantino CASTORI, *Le azioni derivanti dal reato*, Milano, Vallardi 1891, pp. 45-8. Anche per Pasquale TUOZZI, *Principii del procedimento penale italiano*, Napoli, Stabilimento Tipografico M. D'Auria 1909, p. 41 le espressioni (come *veglierà, dovrà, provvederà, è tenuto*) adoperate dal c.p.p. 1865 importavano un indubbio «dovere» del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, pur se mancava «una sanzione di nullità o di pena». Quanto all'elenco degli oppositori dell'obbligatorietà avanza fondati rilievi DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 219, spec. in rapporto alla presenza di Lucchini, invero molto più cauto. Nei rapporti tra p.m. ed esecutivo PESCATORE, *Sposizione*, cit. in nt. 8, I pt. II, p. 19 riteneva che, se il primo avesse tentato un'azione «evidentemente ingiusta, o inopportuna», il secondo avrebbe avuto il «diritto di vietarne l'esercizio», così come, all'inverso, aveva il diritto di ordinare un'azione «riclamata dalla coscienza pubblica» e rifiutata dal pubblico ministero (ma su quest'ultimo punto, poco più avanti [ivi, p. 21], l'A. sembra sostenere il contrario); complessa l'analisi dei doveri del p.m. di fronte al reato che vedesse leso il solo privato (ivi, pp. 24-9). Sulla posizione di Pescatore cfr. Francesco CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene 1994, p. 5 nt. 3. Secondo BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 213 l'art. 42 [del c.p.p. 1859; divenuto art. 43 nel c.p.p. 1865] «non deve intendersi obbligatorio pel pubblico Ministero se non in quanto giudichi essere il caso di dover procedere». Contrario all'obbligatorietà anche Raimondo PEROTTA, *Il processo penale*, Parma, Dalla Tipogr., Litogr. e Calcogr. di G. Ferrari e figli 1876, I, p. 204. Un'ampia rassegna bibliografica degli scrittori favorevoli alla *legalità* e all'*opportunità* si trova in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. Lodovico Mortara, Dep. Alessandro Stoppato, Sen. Guglielmo Vacca, Comm. Augusto Setti, Comm. R.le Denotaristefani, Comm. prof. Silvio Longhi. *Parte Prima – Lavori preparatorii. Volume Secondo – I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1913, I. *Il progetto del 1905 – Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia (Finocchiaro-Aprile) alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII – Sessione 1904-905, Camera dei Deputati – Stampato n. 266* [d'ora in avanti: FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*], p. 15.

In assenza d'una simile regola, il dibattito postunitario si polarizzò inizialmente in misura abbastanza equilibrata tra fautori della *legalità* e della *opportunità*¹⁵.

Un insidioso attacco all'obbligatorietà fu portato dal guardasigilli Pisanelli nella tornata del Senato del 18 febbraio 1864. Discutendo un progetto di legge concernente alcune proposte di modifica ai criteri di competenza, il ministro salentino suggeriva di adottare, come in Francia, un meccanismo discrezionale, che tenesse conto dei motivi di pubblico interesse¹⁶.

Si stagliava così all'orizzonte il tradizionale termine di confronto per gli studiosi della materia: quell'ordinamento transalpino che si era indirizzato, sebbene in forma parimenti non codificata, verso la discrezionalità *di fatto* dell'azione penale¹⁷. La Germania invece, che nel 1877 si era data una *Strafprozessordnung* apprezzata dagli ambienti liberali europei, aveva accolto il principio di obbligatorietà (§ 152), che però deviava dalla tradizione dei *Länder* e fu, probabilmente, per questo motivo ridimensionato progressivamente

¹⁵ Utilizza il binomio *legalità / opportunità* Eugenio FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio*, Estratto, Milano, Vallardi 1914, p. 39. Ad avviso di Alfredo ROCCO, *Riforma del Codice penale, del Codice di procedura penale e delle leggi sull'ordinamento giudiziario. Discorso pronunciato al Senato del Regno nella seduta del 17 dicembre 1925*, Roma, Tip. del Senato del dott. G. Bardi 1925, p. 37 era stata «la dottrina tedesca a creare» la distinzione, «errata e artificiosa», tra opportunità e legalità.

¹⁶ L'episodio è descritto da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 211, con relativa bibliografia.

¹⁷ Nei dibattiti al Consiglio di Stato del 1804 era emersa implicitamente l'opinione che l'azione del pubblico ministero fosse facoltativa. In tal senso si schierarono poi la dottrina ottocentesca ed alcune circolari ministeriali (1817 e 1842) che raccomandavano ai procuratori del re di non procedere per i reati più lievi. Cfr. Francesco SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Seconda edizione ampliata dallo stesso autore [...]*, Torino, Fratelli Bocca 1877, I, p. 65; CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 44. Sulla dottrina transalpina, contraria all'*indeclinabile* osservanza del principio per cui ogni reato debba dar luogo ad azione penale, cfr. già Federico BENEVOLO, *Azione penale*. Estratto dal *Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1897, p. 10; Bernardino ALIMENA, *Principii di procedura penale*, vol. I, Napoli, Luigi Pierro, 1914, I, p. 48, il quale ricordava che secondo Hélie (*Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1845-60) l'opportunità si riferiva ai fatti che «non interessano essenzialmente l'ordine pubblico». Sui limiti all'indipendenza del p.m. francese, provenienti dal governo e dalla corte competente a giudicarne l'operato, cfr. Francesca MOLINARO, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Giovanni Conso, Bologna, Zanichelli 1979, p. 195 ss.; e la bibliografia in DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 217, nt. 24. Come la Francia era orientato l'ordinamento belga: Vincenzo MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Bocca 1912, n. 56, p. 77 nt. 1.

a vantaggio del canone della *opportunità*¹⁸.

Nel commento all'art. 2 del c.p.p. 1865 Francesco Saluto dissentiva garbatamente dal Pisanelli e prendeva le distanze dal criterio francese della discrezionalità: «A prescindere dal pericolo di quella elastica interpretazione, che rende serva l'azione penale all'ingegno, al temperamento, ed all'umore dell'esercente il p.m., cotal sistema darebbe campo a quei privilegi, a quelle distinzioni ed a quegli scandali che formerebbero un ributtante contrasto nello stato attuale di costumi». Il magistrato siciliano avrebbe preferito precisare per legge, anziché lasciare alla «discretezza de' pubblici funzionari», quei reati che potevano tranquillamente restare «inosservati» senza la «querimonia della parte privata»¹⁹.

Però – precisava il Saluto – l'art. 2, rimettendo ai p.m. l'esercizio dell'azione penale, non aveva certo inteso «costituirli padroni assoluti della medesima», ma solo autorizzarli ad «intentarla in nome della società» senza esser perciò censurati o accusati di lite temeraria. Inoltre i pubblici ministeri, una volta intrapresa l'azione, proprio perché non ne erano titolari non avrebbero potuto transigere o desistere: e il tribunale, una volta investito della causa, non avrebbe potuto che provvedervi²⁰.

Il divieto di *recesso* metteva d'accordo estimatori e detrattori del principio di legalità. Aderendo appieno alla tesi già enucleata da Pescatore e precisata dal Saluto, Castori osservò, alla luce di due sentenze della Cassazione (Cass. Torino 18 novembre 1884 e Cass. Napoli 22 giugno 1885), che il pubblico ministero, dopo aver attivato l'azione penale, non poteva poi «comprometterla» o «pregiudicarla con erronee dichiarazioni e non ponderate ammissioni»: per converso, avrebbe potuto addirittura «ricorrere contro una sentenza che abbia accolte

¹⁸ Il § 152 del Regolamento germanico di procedura penale (ove si afferma che il p.m. è *obligato* a promuovere la pubblica accusa allorché «concorrano sufficienti indizi positivi») e l'analogo § 34 del Regolamento austriaco per la procedura penale del 1873 sono riportati da MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, p. 77 nt. 2. La dinamica germanica è analizzata da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 210. Il codice norvegese del 1887, molto apprezzato in Italia, consentiva (§ 85 ult. c.) di omettere l'accusa quando si riteneva che «nessun pubblico interesse» giustificasse la punizione, «segnatamente quando sia trascorso un tempo abbastanza lungo dalla esecuzione del reato o esistano circostanze specialmente attenuanti»: *Codice di procedura penale norvegese (1° luglio 1887) con le successive modificazioni*. Traduzione, note e ragionamento del prof. E. Brusa, Torino, Bocca 1900, p. 24.

¹⁹ SALUTO, *Commenti*, cit. in nt. 17, I, pp. 65-6.

²⁰ *Ivi*, I, pp. 66-7. Nettamente contrario al «recesso» del p.m. dall'azione penale già PESCATORE, cit. in nt. 8, I pt. II, p. 17. Più problematico BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 226.

le sue requisitorie»²¹. La tesi ricompare, dogmaticamente nobilitata, nel *Manuale* manziniano del 1912. Il giurista friulano la denomina *immanenza* del processo penale. In base ad essa, il procedimento una volta iniziato «non può essere revocato sospeso alterato o soppresso senza che lo consenta un'espressa previsione di legge»: il giudice avrebbe potuto spogliarsene solo mediante decisione di merito o dichiarazione di improponibilità, improseguibilità o estinzione, e a tutte le parti erano vietate transazioni, accettazioni, rinunce²².

3. *La blindatura*. – Vinto l'iniziale sbandamento filo-francese, la penalistica liberale si schierò piuttosto compatta a favore dell'obbligatorietà. La appoggiò, dalla cattedra della Sapienza, Pietro Nocito, che non vedeva come si potesse concedere al pubblico ministero un surrettizio potere di amnistia²³. La considerò scontata Enrico Pessina, sul presupposto che l'azione rappresenta una «necessaria conseguenza» del reato e che perciò costituisce un «dovere pubblico [...] indipendente da qualsiasi arbitrio»²⁴. La 'blindò', in qualche modo, Federico Benevolo nella voce *Azione penale* del *Digesto* lucchiniano²⁵. L'obbligatorietà, osservava il Castori, offre ai pubblici ministeri «un doppio vantaggio»: evita l'imputazione di responsabilità, a titolo di dolo o di colpa, da cui sarebbe difficile giustificarsi; li pone al riparo da eventuali «ragioni di partito» nonché dalla tendenza ad assecondare «il mutarsi continuo degli uomini di governo» mostrandosi «troppo desiderosi di seguire il mal talento dei loro capi»²⁶.

L'ingresso sulla scena penalistica della Scuola positiva sembrò rafforzare le

²¹ CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 49. Un caso di scuola (ivi, pp. 49-52) si sarebbe potuto verificare se il danneggiato, come consentito dal codice, avesse deciso di citare l'imputato direttamente in udienza, e in quella stessa sede il pubblico ministero avesse dichiarato di non voler esercitare l'azione penale perché convinto che il fatto non costituisse reato o che non sussistessero prove sufficienti: ad avviso di Castori, una simile dichiarazione sarebbe stata irrilevante.

²² MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 58, pp. 79-80.

²³ Pietro NOCITO, *La Corte d'assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Roma, Tipografia Eredi Botta 1874, p. 203: «E' meraviglia che, in un paese dove si proclama la dottrina della responsabilità, si possa abbandonare l'esercizio dell'azione penale al pubblico ministero», il quale, «giudice sovrano» della decisione di promuoverla, finirebbe per «esercitare un diritto d'amnistia che non esercita lo stesso Re».

²⁴ Enrico PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, Marghieri 1882, p. 366.

²⁵ BENEVOLO, *Azione penale*, cit. in nt. 17, p. 10: «Presso di noi generalmente s'insegna doversi procedere ogni volta che in un fatto concorrano gli estremi di un reato, senza che motivi di opportunità possano valere a non dare movimento all'azione penale».

²⁶ CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, pp. 41-2.

ragioni dei 'legalisti'. Garofalo e Carelli, nel progetto 'positivista' d'un codice di rito risalente al 1889, reputavano inconcepibile che lo Stato lasciasse «i suoi funzionarii arbitri nel decidere intorno alla necessità od opportunità dell'applicazione» delle leggi repressive. Dunque, per il p.m. nessuna «facoltà di astenersi»: l'interesse pubblico alla repressione consisteva infatti non solo nella «giusta soddisfazione» degli onesti ma anche nell'«impedire che la criminalità si propaghi»²⁷.

Nel 1914 Florian precisava – ma con riferimento al sindacato giurisdizionale sull'eventuale decisione dell'accusa di non procedere – che, secondo la prospettiva del positivismo, «quanto più intensamente sociali diventano gli scopi del diritto penale tanto maggiormente deve prevalere il principio di legalità»: oltretutto, la Scuola propugnava una valutazione della pericolosità sociale del delinquente e dunque il «trattamento» si era ancor più tecnicizzato²⁸. Anche in anni più maturi il penalista veneziano insinuò il dubbio che la rinuncia all'obbligatorietà avrebbe indebolito l'obiettivo della difesa sociale²⁹.

Dal suo canto l'indirizzo tecnico-giuridico contribuì al dibattito apportandovi una concettualizzazione che, a distanza di qualche decennio, durante l'elaborazione del codice processualpenale fascista, avrebbe sortito un esito, per così dire, opposto a quello per il quale era stata pensata. Su «Giustizia penale» del 1905 Arturo Rocco teorizzò che «il diritto di punire» rappresenta, nel contempo, per lo Stato anche un «dovere»: poiché esso riveste uno scopo «sociale e pubblico», la relativa attuazione «non può esser lasciata all'arbitrio» ma va imposta dallo Stato «in modo obbligatorio» e come tale va esercitata³⁰.

La posizione espressa da Manzini nel *Manuale* del 1912 rappresenta il punto di partenza d'una meditazione pluridecennale, che si sarebbe plasticamente

²⁷ Raffaele GAROFALO - Luigi CARELLI, *Riforme della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino, Bocca 1889, pp. CLII-CLV.

²⁸ FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 40.

²⁹ Eugenio FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale. Seconda edizione riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Giappichelli 1932, pp. 192-3.

³⁰ Arturo ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire* (V), in «Giustizia penale», XI (I seconda s.), 1905, col. 450. Rileva la contraddizione di un *diritto* che sarebbe anche *obbligo* Vincenzo LANZA, *La querela e il suo valore processuale*, Torino, Bocca 1911, pp. 147-8. Concorda invece con Rocco il commento di Stoppato: *Commento al Codice di procedura penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, gr. uff. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, comm. Silvio Longhi. Vol. IV: Codice di procedura penale. Libro I – Disposizioni generali. Commento del prof. Alessandro Stoppato*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1918 [d'ora in avanti: STOPPATO, *Commento I*], p. 13.

rivelata capace di assecondare obiettivi molto eterogenei. Il penalista friulano non dubitava che l'obbligatorietà dell'azione penale si deducesse dagli artt. 1 e 42 del c.p.p. 1865. Ma egli si spingeva ben oltre. A suo parere, era da considerarsi invalido un ipotetico divieto di procedere imposto dal ministro: l'ordine gerarchico, infatti, assumeva valore solo se tendente all'attuazione della legge, non al suo disconoscimento. Ovviamente, precisava Manzini, l'obbligo di agire sussisteva se l'imputazione apparisse sufficientemente fondata: ma, poiché i codici penale e di procedura civile consentivano di sanzionare soltanto il dolo o – ma sul piano disciplinare o civile – la colpa del funzionario inadempiente, si rivelava nella pratica «arduo» accertare se la scelta del p.m. di non promuovere l'azione penale integrasse o meno una forma di responsabilità³¹.

4. *Come soldati al macello*. – La prosa manziniana cela, forse consapevolmente, una riserva mentale piuttosto frequente in materia di esercizio dell'azione penale: l'integralismo legalistico, alla prova dei fatti, ripiega su un'empirica e rinunciataria – quando non compiaciuta – rassegnazione.

I 'realisti' trovavano un conforto nel *Trattato* di Pellegrino Rossi, dove si metteva in guardia dal rischio che, «in taluni casi speciali», la persecuzione dei reati ed i processi si rivellasse «una sorgente di disordine» ed eccezionalmente «pericolos[i] o nociv[i] per la società». In tali ipotesi – proseguiva l'insigne giurista – il legislatore avrebbe dovuto «lasciare i mezzi di rettificare [...] la decisione generale», ossia «la facoltà di non perseguire, affinché la giustizia, destinata al mantenimento dell'ordine sociale, non ne divenga una cagione di travolgimento»³².

Il magistero di Pellegrino Rossi perimetrava una zona d'ombra al di là della quale sarebbe stato socialmente provvido che il pubblico ministero non si avventurasse. Su questa traccia la dottrina, anche quella formalmente 'legalista', individuò un'area franca che comprendeva situazioni piuttosto eterogenee: i reati bagatellari; le infrazioni procedibili a querela di parte o per le quali, comunque, il danno fosse ritenuto esclusivamente 'privato'; gli illeciti in qualche modo tollerati o addirittura coperti dal potere politico.

«Trattandosi di reati minori e men conosciuti – esemplificava nel 1871

³¹ MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, pp. 77-8.

³² Pellegrino ROSSI, *Trattato di diritto penale [...]*. Nuova traduzione italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico Pessina, Torino, Tip. di Gaetano Bozza 1859, pp. 154-5. Contestava la tesi CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 43, al quale l'eccezionalità dei casi in cui il perseguimento dei reati sarebbe risultato pericoloso o addirittura nocivo non pareva argomento sufficiente a «giustificare i numerosi arbitri» commessi «sotto colore di politica necessità».

Matteo Pescatore – v'è luogo a un giudizio di opportunità [...]. Se il privato offeso non porge querela; se il reato apparisce di prova incerta e difficile; se col processo criminale si corresse pericolo di ridestare le ire, turbando la pace di famiglie acquetate, di provocare un maggiore scandalo, e di aggravare l'ingiuria e il disonore; se infine trattasi di reati isolati [...], il pubblico Ministero, tacendo le parti principalmente interessate, dovrà anch'esso astenersi». Anche Borsari era persuaso che il p.m. potesse autonomamente respingere denunce o querele sprovviste d'un minimo di «credibilità»³³.

Acutamente Manzini scovava alcune *espresse* eccezioni al principio di legalità annidate nell'ordinamento. Il codice Zanardelli, ad esempio, esigeva la querela di parte per procedere nei delitti contro l'inviolabilità dei segreti, qualora il fatto non avesse cagionato *pubblico nocumento*: ebbene, la valutazione della sussistenza del *nocumento* era inevitabilmente rimessa al pubblico ministero. Altrettanto poteva dirsi di tutti i reati perseguibili previo accertamento di un elemento soggettivo, come ad esempio il pubblico scandalo³⁴.

Ma il vero *punctum dolens* consisteva, ovviamente, nella tentazione di desistere dall'azione per effetto dei 'maneggi' del ceto politico, e in particolare della *longa manus* del ministero della giustizia. La letteratura sugli 'sconci' delle archiviazioni sospette è vastissima e pervade anche le riviste specializzate. In un breve saggio – sferzante, come d'abitudine – apparso su «Rivista penale» della primavera 1875, Francesco Carrara puntava a dimostrare come nell'esercizio dell'azione penale andasse preferito al criterio *restrittivo*, imperniato sul monopolio della pubblica accusa, quello *naturale*, appena introdotto dal Regolamento austriaco del 1873, che ammetteva ad agire anche il privato offeso, in forma eventualmente autonoma e a suo «rischio e pericolo». A chi «con maligno giuoco» faceva notare che, così, si sarebbe esposto il p.m. ai «capricci privati» costringendolo a «prestare l'opera sua ad una accusa che crede ingiusta», il maestro lucchese obiettava che un conto era preservare al privato la libertà di agire, «altro, ben altro è il concetto di costringere il Pubblico Ministero ad agire contro coscienza sua. Questo concetto è tirannico ed ognuno lo biasima quando talvolta (con vergogna di libero reggimento) lo si vede realizzato dal potere esecutivo, che spinge i suoi subalterni ad accuse insostenibili, come un generale furioso spinge i soldati al macello»³⁵.

³³ Matteo PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale. Libro Secondo – Parte analitica*, Torino-Napoli, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1871, p. 18; BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 212.

³⁴ MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 57, p. 79.

³⁵ CARRARA, *Azione penale*, cit. in nt. 3, p. 14.

La denuncia piú lucida delle ingerenze del governo nella selezione dei reati da perseguire e del conseguente, irregolare *agitarsi* delle procure reca la firma di Marco Minghetti e risale al 1881³⁶.

Nel 1889 Garofalo e Carelli rilevavano come il principio codicistico dell'obbligatorietà fosse vanificato dai numerosi *rinvii degli atti in archivio*, statisticamente elevati soprattutto a fronte delle troppe denunce e querele di parte rimaste inevase. A nulla – riflettevano i due 'positivisti' – erano servite l'attribuzione ai procuratori generali (art. 38 c.p.p. 1865 e art. 129 ord. giud.) della vigilanza sui pubblici ministeri e l'istituzione, con decreto 7 febbraio 1880, di ispettori giudiziari chiamati a verificare l'esercizio dell'azione penale, oltre che dell'istruttoria³⁷.

Il Manzini del 1912 sembrerebbe davvero scoraggiato: «Purtroppo, nella nostra pratica giudiziaria, per effetto di indebite ingerenze ministeriali, parlamentari, o consortesche locali, spesso è il principio della *discrezionalità* o *opportunità* del promovimento dell'azione penale che prevale». Tuttavia «il miglioramento progressivo della nostra magistratura» induceva lo studioso a sperare nell'imminente superamento della crisi di valori che aveva spinto un «guardasigilli magistrato» ad affermare «che l'ordine giudiziario italiano rende servigi e non giustizia»³⁸.

5. *Il parziale tradimento del 1913*. – Disattesa nella prassi in forme eclatanti, l'obbligatorietà dell'azione penale appariva probabilmente, alla dottrina del primo Novecento, un argine alle infiltrazioni del 'politico' nel giudiziario. Di fronte alla sostanziale convergenza di opinioni (la nota bibliografica segnalava i soli Rossi e Pisanelli come dissenzienti 'italiani'), non suscitò sorpresa l'annuncio di Finocchiaro-Aprile, nella relazione del 1905 al progetto di codice, che il rito *in fieri* avrebbe optato per il mantenimento del criterio di *legalità*. Quello della *opportunità*, chiariva il ministro, rischiava di fomentare incertezze, arbitri difficilmente sindacabili, «disuguaglianza di trattamento», dubbi «che l'azione penale sia posta a servizio della politica e delle mutevoli maggioranze parlamentari»³⁹.

Nel corso del travagliato *iter* di approvazione del codice tale impostazione

³⁶ Marco MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli 1881, pp. 137-8. Il significato del testo, con riferimenti alle diverse edizioni, è inquadrate da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 234.

³⁷ GAROFALO - CARELLI, *Riforme*, cit. in nt. 27, pp. CLIV-CLV.

³⁸ MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, pp. 78-9.

³⁹ FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 14, p. 15.

non fu piú revocata in dubbio. Tuttavia l'azione penale copriva un'area tematica troppo vasta perché il profilo dell'obbligatorietà non s'incrociasse con altre spinose questioni sul tappeto. Nel progetto del 1911 il ministro, per «dare ascolto al pulsare insistente e vibrato della vita moderna» e traendo spunto dall'«avvento di nuove leggi sociali», proponeva coraggiosamente di «rompere il sistema del monopolio assoluto» del pubblico ministero e di concedere l'esercizio dell'azione penale anche alle «associazioni legalmente costituite per uno scopo d'interesse professionale o pubblico» e alle «istituzioni pubbliche di beneficenza». L'ipotesi s'infranse contro il fuoco di sbarramento delle commissioni parlamentari, i cui relatori erano Lodovico Mortara e Alessandro Stoppato⁴⁰. Nel dibattito alla Camera il deputato De Nicola definí l'idea del ministro «innovazione gravissima», e chiese che si tornasse «all'antico» esplicitando che l'azione penale è «essenzialmente pubblica». Ferri invece si dichiarò favorevole all'«esperimento» perché riteneva che esso non solo avrebbe coinvolto i cittadini a partecipare alla «vita civica», diversamente da quanto accadeva «nei paesi latini» ma avrebbe anche conseguito un «effetto educativo nazionale». Nel contempo però, ad avviso di Ferri, occorreva ribadire «la supremazia assoluta del pubblico ministero come organo dell'azione penale»⁴¹.

⁴⁰ Per la relazione di Finocchiaro-Aprile al progetto 1911 cfr. *Commento*, cit. in nt. 14, II. *Il progetto del 1911 – Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia (Finocchiaro-Aprile) al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911. Legislatura XXII – Sessione I, Senato del Regno – Stampato n. 544*, pp. 586-94. La relazione Mortara si legge in *Relazione della Commissione speciale composta dei senatori Quarta, presidente, Mortara, segretario e relatore, Baccelli, Balenzano e Inghilleri sul disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nella tornata del 23 maggio 1911 – Nuovo Codice di procedura penale*, in *Commento al Codice di procedura penale. I: Lavori preparatori fondamentali, relazioni dei commissari, principii adottati dalla Commissione*, a cura di L. Mortara, s.l. né d. [ma 1913], pp. 828-34 per la demolizione della proposta del 1911 (in partic. ivi, pp. 830-1 si rileva la contraddizione con la relazione ministeriale del 1905, contraria all'azione popolare perché prematura); ivi, pp. 836-7 per la proposta alternativa del Senato di coinvolgere i pubblici funzionari nell'azionabilità di alcuni procedimenti penali. Il testo di Stoppato è in *Relazione della Commissione nominata dal Presidente della Camera composta dei deputati: Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul Progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e Disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (v. stampato n. 544) presentato dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Finocchiaro-Aprile) nella tornata dell'8 marzo 1912 – Atti parlamentari – Legislatura XXIII – Sessione 1909-12 (N. 1066 A)*, in *Commento al Codice di procedura penale. I*, cit. da ultimo in questa nt., pp. 922-6.

⁴¹ *Commento*, cit. in nt. 14, *Parte Prima - Lavori preparatorii. Vol. III: Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle norme di attuazione e transito-*

Al termine del dibattito parlamentare Finocchiaro-Aprile si avvide della prevalente ostilità alla sua proposta. L'art. 1 del c.p.p. 1913, troncando ogni disputa, stabilì al secondo comma che «l'azione penale è pubblica ed è esercitata dal pubblico ministero. Essa è esercitata d'ufficio quando non sia necessaria querela o richiesta»⁴².

Abbandonata la forse affrettata ambizione di coinvolgere nuove fasce sociali nell'iniziativa penale, il codice fortemente voluto dal governo Giolitti ripiegava, dunque, su una drastica riaffermazione del monopolio del p.m. sull'azione penale. Non è casuale che a questo principio il Manzini avesse espresso, nel 1912, appoggio «incondizionato»: a suo avviso il procuratore del re poteva considerarsi «un arnese di tirannia o uno strumento politico soltanto da quella aberrante democrazia sospettosa e sconclusionata che, assorbendo senza critica i criteri della rivoluzione francese [...], vede in ogni autorità il nemico naturale del popolo»⁴³. Democrazia aberrante, rivoluzione scriteriata: il fraseggio anticipa accenti che risuoneranno nella stesura dei codici penali fascisti. Come pure sembra un preludio l'avvertenza di Stoppato secondo cui l'aggettivo *pubblica* contenuto nell'art. 1 del c.p.p. 1913 non si riferiva tanto agli «organi» quanto alla circostanza che il fine dell'azione «sovrasta [...] gli interessi individuali»⁴⁴. Molta acqua, evidentemente, era scorsa da quando (era il 1875) Carrara aveva denunciato il «circolo vizioso» che si nascondeva dietro l'espressione *azione penale pubblica*: «Il monopolio [del pubblico ministero] creò quella formula; ed oggi con la formula si vorrebbe difendere il monopolio»⁴⁵. E il paradosso è che proprio Stoppato, quand'era ancora schierato per una moderata partecipazione civica all'iniziativa della giustizia punitiva, aveva spiegato che la *pubblicità* dell'azione penale non può «incatenare» i

rie, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1914, *Discussioni Camera*, p. 388 (De Nicola); p. 362 (Ferri).

⁴² *Redazione definitiva del Codice – I. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Finocchiaro-Aprile)*, in *Commento*, cit. in nt. 41, *Relazione presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913* [d'ora in avanti: FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*], pp. 552-3. Per i commenti alla soluzione prescelta dal c.p.p. 1913 cfr. STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, pp. 8-9; Alfredo ANDREOTTI, *Il nuovo codice di procedura penale italiano. L'azione penale*, in «Rivista di diritto e procedura penale», IV (1913), pt. I, p. 388; MORTARA - ALOISI, *Spiegazione*, cit. in nt. 13, I, p. 16; deluso Gabriele NAPODANO, *Dell'azione penale e del pubblico ministero nel nuovo Codice di procedura penale*, in «Rivista penale», XXXIX (1913), vol. LXXVIII (XXVIII quarta s.), fs. III, pp. 265-6.

⁴³ MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, pp. 70-1.

⁴⁴ STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 6.

⁴⁵ CARRARA, *Azione penale*, cit. in nt. 3, p. 15.

«legittimi istinti di reazione del singolo cittadino»⁴⁶.

Ma ora, nel 1913, anche le biografie personali si erano riposizionate. E un codice che avrebbe dovuto sancire il trionfo del liberalismo progressista consacra, in realtà, un'azione penale ancora monopolizzata dal p.m. e finalizzata al primato dell'interesse pubblico (sarebbe poi divenuto collettivo, *alias* dello Stato) su quello individuale. Vedeva giusto Petrocelli, quando scriveva che il codice Finocchiaro-Aprile aveva avviato il «cammino ascensionale del pubblico ministero verso la completa padronanza dell'attività istruttoria»⁴⁷.

6. *Agli archivi*. – Qualche trincea garantistica, per la verità, il c.p.p. del 1913 riuscì a difenderla.

Per evitare che il monopolio del pubblico ministero si trasformasse in «arbitrio assoluto dell'iniziativa del procedimento», già il progetto 1905 aveva ipotizzato di recuperare una sorta di compartecipazione civica sussidiaria disponendo che l'eventuale denuncia del cittadino o querela della parte lesa fossero sottoposte al vaglio del giudice. «L'intervento giurisdizionale», spiegava il ministro, era correlato al principio di legalità dell'azione penale: avrebbe costretto il pubblico ministero «ad agire», dissipando i sospetti sia d'inerzia sia di astensioni indotte da pressioni «governativ[e]»⁴⁸.

Un simile meccanismo avrebbe modificato il sistema vigente. Il codice del 1865 non prescriveva alcun controllo giurisdizionale sull'effettivo esercizio dell'azione penale: l'eventuale iniziativa del pubblico ministero di archiviare non era sindacabile⁴⁹. Ciò non toglie che, per premunirsi, i funzionari della pubblica accusa, prima di procedere all'invio degli atti *all'archivio*, usavano sollecitare «un'ordinanza del giudice istruttore rispetto ai reati perseguibili a querela privata». La prassi appariva a Manzini del tutto infondata. Infatti il diritto processuale penale «non ammette *azioni di mero accertamento*, positivo o negativo», che servirebbero impropriamente ad «esimere il p.m. dalla responsabilità funzionale che gli compete, a invocare decisioni giurisdizionali di pura interpretazione e non anche d'applicazione della legge, o ad instaurare

⁴⁶ Alessandro STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in «Rivista penale», XIX (1893), vol. XXXVII (VII terza s.), fs. VI, p. 515.

⁴⁷ Biagio PETROCELLI, *Il pubblico ministero e l'unità dell'istruttoria penale*, in «Rivista penale», CII (1925), p. 13.

⁴⁸ FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 14, pp. 140-1.

⁴⁹ Alessandro ANDRONIO, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Giorgio Spangher, III: *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Giulio Garuti, Torino, Utet 2009, p. 250.

giudizi puramente accademici e giuridicamente indefinibili». Inoltre – proseguiva il penalista friulano – l'attore, ossia il p.m., organo dello Stato, difettava di interesse ad agire, essendo chiamato a determinare la volontà della legge nel caso concreto: e la sua funzione era «di levare e non di porre ostacoli all'azione penale»⁵⁰.

All'opposto, una sentenza della Sezione d'Accusa di Roma del 24 aprile 1911 aveva ammesso che il pubblico ministero, per dirimere il contrasto insorto con la parte civile, invocasse una pronuncia giurisdizionale di mero accertamento. Manzini censurava severamente la sentenza romana: i giudici, a suo avviso, non potevano esser chiamati ad insegnare al p.m., mediante decisioni ermeneutiche, «il modo di interpretare quella legge ch'egli deve applicare nell'esercizio della sua funzione»⁵¹.

Ma la strada imboccata dal legislatore era proprio quella osteggiata dal Manzini. Sulla scorta del progetto 1911 (art. 191), l'art. 179 comma II del definitivo c.p.p. 1913 stabiliva che il procuratore del re, «se reputi che per il fatto non si debba promuovere azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto».

La risposta della dottrina alla nuova disciplina fu contrastante. Alimena considerò l'art. 179² un prezioso strumento nelle mani del p.m. per sottrarsi ad azioni contrastanti col proprio convincimento e, in particolare, a *notitiae criminis* pervenutegli dal ministero a volte a mo' di «veri ordini». Dal suo canto Stoppato, rintuzzando la tesi manziniana, osservò che la declaratoria del giudice non consisteva in una «decisione di mera interpretazione di legge», ma serviva, al contrario, a valutare se «promuovere azione penale», giacché il p.m. disponeva della facoltà di esercitare l'azione ma non di «decidere sulla sua inesistenza o infondatezza»⁵². Da altri fronti eterogenei, invece, sulla nuova disposizione piovvero le critiche⁵³.

Altrettanto 'liberale' fu l'esclusione, prospettata sin dal progetto del 1905, del pubblico ministero dal novero delle parti. Anche uno studioso sempre più

⁵⁰ MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 385, pp. 563-4.

⁵¹ Ivi, pp. 563-4, nt. 2.

⁵² ALIMENA, *Principii*, cit. in nt. 17, I, p. 291; STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 12.

⁵³ Luigi LUCCHINI, *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in «Rivista penale», XXXIX (1913), vol. LXXVIII (XXVIII quarta s.), fs. IV (ott.), p. 397 addita il nuovo art. 179 comma II come una delle norme che rallentano il corso del procedimento. Nel 1914 FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 50 osserva che la garanzia per il denunciante o leso risultava vanificata dal fatto che non fosse prevista la partecipazione di quest'ultimo al procedimento sfociante nel decreto del giudice istruttore.

influyente come il Manzini era d'accordo. Sicché il ministro siciliano poté confermare, nella relazione al re, il senso simbolico di quell'innovazione semantica⁵⁴.

A conti fatti, il c.p.p. 1913 assegnava al pubblico ministero un «ruolo di puro accusatore» dotato di funzioni essenzialmente «investigative»⁵⁵. Uno schema pubblicato da Florian chiarisce il ventaglio di *chance* che nella fase preliminare si apriva al procuratore del re. Questi avrebbe potuto decidere di trasmettere gli atti al pretore (*ex art. 179 comma III*) o ad altra autorità competente; richiedere al giudice istruttore il decreto secondo cui l'azione penale non avrebbe dovuto promuoversi (*art. 179 comma II*); svolgere indagini (o dirigendo la polizia giudiziaria o effettuando un'istruzione sommaria). Terminata tale fase, il procuratore (salvo l'esercizio della facoltà, concessa al leso per ingiuria o diffamazione, di citazione diretta; e salvi i reati pretorili) avrebbe deciso in autonomia se promuovere l'azione penale: e ciò avrebbe potuto fare o richiedendo l'istruzione formale o promovendo il giudizio di cognizione (per citazione diretta o direttissima: *art. 179 comma I*)⁵⁶.

7. *Da santoni immobili a solitari protagonisti*. – La taccia – tradizionalmente mossa ai pubblici ministeri nelle congiunture politiche più turbolente – di inattività nell'esercizio dell'azione penale si ripropose puntuale durante il *biennio rosso*. Nel maggio del 1921 «Rivista penale», che sembrava, in quella fase, auspicare un ruolo d'ordine del fascismo, deplorò, in un'anonima nota probabilmente di pugno del Lucchini, l'inerzia dei procuratori del re, i quali, dimenticando di essere «depositar[i] della pubblica azione» *ex art. 1 c.p.p. 1913*, restavano «tranquillamente ad attendere le denunce, le querele, i rapporti, i referti, senza di cui credono di non potersi muovere [...]. Fuori può infuriare quanto si voglia la bufera», ma essi rimanevano «fermi come torre che non crolla ad attendere che qualcuno li scuota dal letargo», simili ai «santoni che nell'oriente musulmano riscuotono la venerazione delle turbe creduli ed idiote». Il corsivista coglieva l'occasione per chiamare in correità il «supremo reggitore» dei pubblici ministeri, ossia il guardasigilli⁵⁷. Analoga

⁵⁴ FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*, cit. in nt. 42, p. 562. A sostegno STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 17, verso il quale è invece critico FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 106, nt. 3. D'accordo sul p.m. parte già MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, pp. 14-5; ivi, pp. 297-8 l'A. parlava di parte «in senso meramente formale».

⁵⁵ STORTI, *Accusare*, cit. in nt. 6, pp. 363-4.

⁵⁶ FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 115.

⁵⁷ *Funzione attiva o passiva del pubblico ministero*, in «Rivista penale», XLVII (1921), vol. XCIII (III sesta s.), fs. 5 (mag.), *Cronaca*, pp. 492-4.

denuncia lanciò il foglio lucchiniano circa un anno dopo, di fronte alla presunta inadempienza d'un pubblico ministero che, nonostante il «clangore delle mille trombe giornalistiche», esitava a promuovere l'azione penale – in spregio, quindi, dell'art. 139 dell'ordinamento giudiziario ma anche dell'art. 163 c.p.p. che lo voleva «capo della polizia giudiziaria» – contro un pediatra romano colpevole d'aver procurato gravi patologie neonatali. Anche in questo caso nell'accusa di omissione erano accomunati il procuratore generale e il ministro⁵⁸.

Esprimeva, perciò, un comune sentire 'reazionario' l'ordinamento giudiziario Oviglio [art. 77 del r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786] allorché, accentuando il profilo funzionale e disciplinare della pubblica accusa, stabiliva che «il pubblico ministero rappresenta il potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è organizzato gerarchicamente sotto la direzione del ministro della giustizia». Il giro di vite appare in perfetta sintonia con l'orientamento espresso da Alfredo Rocco nella relazione alla legge-delega 24 dicembre 1925, n. 2260, che autorizzava il governo, tra l'altro, a 'ritoccare' i codici penali: in quella sede il ministro definiva senza mezzi termini «iperboliche» l'«indipendenza e neutralità» riconosciute al p.m. dall'ancor vigente c.p.p. 1913⁵⁹.

Del resto, il dibattito preparatorio alla stessa legge-delega aveva riportato al centro dell'attenzione parlamentare la questione dell'obbligatorietà. Di essa si stava occupando, invero, anche la scuola tecnico-giuridica, notoriamente vicina al regime: ma le conclusioni degli esponenti più illustri non collimavano.

Al Congresso penitenziario di Londra del 1925 Edoardo Massari aveva difeso il principio dell'accusa obbligatoria perché coerente con lo Stato di diritto ed utile alla cooperazione internazionale contro la criminalità. Egli aveva tuttavia ammesso che una qualche discrezionalità potesse preservarsi nel campo dei delitti politici⁶⁰.

Più cinicamente il Manzini, nel *Trattato* del 1925, aveva osservato come la *legalità* dell'azione penale andasse intesa nel senso che lo Stato esercita la pretesa punitiva «ogniqualevolta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge». Ma aveva polemicamente aggiunto «che, sotto governi o deboli o prepotenti, la politica può in pratica paralizzare l'applicazione di qualsiasi norma giuridi-

⁵⁸ *Le funzioni del p.m.*, in «Rivista penale», XLVIII (1922), vol. XCV (V sesta s.), fs. 5 (mag.), *Cronaca*, pp. 487-8.

⁵⁹ Franco CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, Utet 1986, p. 99.

⁶⁰ Eduardo MASSARI, *Rapport au Congrès pénitentiaire international de Londres – 1925. Travaux préparatoires. Première section – Première question*, s.l. né d. [London 1925], pp. 3-12.

ca. Così appunto è avvenuto non di rado durante quello sciagurato regime 'democratico' che nell'ultimo cinquantennio ha sgovernato l'Italia. La debolezza del governo, preoccupato di barcamenare alla meglio tra i frangenti della semi-anarchia sociale, ha spesso sostituito il criterio della più illegale e spudorata discrezionalità a quello della necessità. Basti rammentare i criminosi scioperi [...]» i cui autori «non ebbero neppure la molestia d'un procedimento penale, per arbitrio di quegli ufficiali del p.m. che sapevano interpretare la volontà dei suddetti governi demolitori»⁶¹.

La sfuggente definizione manziniana di *legalità* (sussistenza in concreto delle condizioni di legge) segnava una torsione rispetto alla più rigorosa accezione di *obbligatorietà* dallo stesso studioso caldeggiata in passato. Di questa nuova sfumatura s'impadroní prontamente il ministro Rocco. Il 27 maggio del 1925, rispondendo, alla Camera dei Deputati, al relatore Sarrocchi sulle *modifiche* da apportare al codice di procedura penale, il guardasigilli diede per scontato, a proposito di *legalità* dell'azione penale, che l'esercizio di un diritto pubblico costituisse anche un pubblico *dovere* (una tesi che, come si è visto *supra*, § 3, aveva sostenuto nel 1905 suo fratello Arturo): e che, per converso, il criterio della *discrezionalità* andava inteso con riferimento non a quella *pura* bensì «ragionevole e giusta», ossia subordinata al riscontro dei requisiti di legge. A nessuno – rifletteva il ministro – verrebbe in mente che il p.m. «possa, a suo arbitrio, esercitare o non esercitare l'azione penale: egli la deve sempre esercitare quando vi sono gli elementi», ossia «appaia possibile e verosimile» che il reato sia stato commesso. «La questione non sta dunque nel decidere se l'azione penale sia o non obbligatoria», perché «lo è indubbiamente». La questione consiste «nel vedere chi debba essere giudice della esistenza concreta di questo pubblico dovere e del suo esercizio»: se lo stesso pubblico ministero ovvero «un'autorità estranea a lui, che si sovrappone a lui, che giudica su di lui e che quindi usurpa in parte o [ne] assume [...] le funzioni». Il quesito retorico lasciava presagire la soluzione: ad avviso di Rocco, «giudice dell'esistenza» delle condizioni per esercitare l'azione penale avrebbe dovuto «essere lo stesso pubblico ministero, sia pure con tutte le necessarie garanzie, perché la discrezionalità non si tramuti in arbitrio»⁶².

⁶¹ Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano. Seconda edizione rivodata e accresciuta [...]*, Torino, Bocca 1925, I, pp. 180-3.

⁶² Alfredo ROCCO, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'Ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice Civile. Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella*

Al Senato, nella tornata del dicembre 1925, il contraddittore del ministro fu Alessandro Stoppato, uno dei principali artefici del c.p.p. 1913. Il professore bolognese proponeva che l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. rimanesse sottoposto al controllo del giudice istruttore, come prevedeva il vigente art. 179. Rocco replicò rilevando gli «infiniti inconvenienti» del meccanismo e soprattutto la defatigante «perdita di tempo»: meglio, dunque, lasciar apprezzare allo stesso p.m. l'esistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale, anche al fine di evitare contraddizioni tra il concedere un diritto e negare la facoltà di esercitarlo. All'obiezione di Stoppato secondo cui al giudice sarebbe pur sempre toccata, al momento di pronunciare la sentenza istruttoria, una delibazione sulla sufficienza degli elementi per agire, Rocco ribatteva osservando che la valutazione qui in esame era soltanto quella relativa all'avvio dell'azione: scelta da rimettere al p.m., se non lo si voleva ridurre a «materiale trasmettitore di carte»⁶³.

La ferrea determinazione di Manzini e di Rocco, agevolata dall'assenza di effettivo confronto parlamentare, consentì di inserire nel progetto preliminare del 1929 – opera, del resto, pressoché solitaria del giurista udinese – il principio di legalità inteso come verifica 'autoreferenziale' dei requisiti di legge necessari ad esercitare l'azione penale: eliminato il controllo «il più delle volte praticamente illusorio» del giudice, il testo rimetteva al pubblico ministero il potere di archiviare laddove ravvisasse la «manifesta infondatezza del rapporto, del referato, della denuncia, della querela o dell'istanza». Il guardasigilli garantì che la decisione del p.m. non sarebbe sfociata in arbitrio, grazie all'assetto gerarchico delle procure che avrebbe consentito, se del caso, di ricorrere sino al ministro⁶⁴. Accolta freddamente dalla dottrina, la proposta fu ribadita nel definitivo art. 74² c.p.p. 1930, che peraltro obbligava il pubblico ministero ad informare dell'archiviazione il superiore gerarchico⁶⁵.

tornata del 27 maggio 1925, Roma, Tip. della Camera dei Deputati 1925, pp. 29-30. Il brano è riprodotto anche in Alfredo ROCCO, *Discorsi parlamentari*. Con un saggio di G. Vassalli, Bologna, il Mulino 2005, pp. 192-3.

⁶³ ROCCO, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. 36-9 (il testo è anche in ID., *Discorsi*, cit. in nt. 62, pp. 275-7). In effetti (ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 252), il «fulcro» della disciplina del c.p.p. 1930 consiste proprio nella convinzione, implicitamente 'confessata' da Rocco al Senato, che «l'obbligatorietà dell'azione penale non riguardasse la fase preliminare al suo esercizio».

⁶⁴ Alfredo ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VIII. Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli*, Roma, Tip. delle Mantellate 1929, pp. 21-2.

⁶⁵ Alfredo ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO,

Argomenti e rassicurazioni di Alfredo Rocco si rintracciano quasi alla lettera, come in un gioco di specchi, nell'edizione 1931 del *Trattato* di Manzini, autentico ispiratore del *revirement* codicistico. Il professore udinese sottolineò la compatibilità del controllo gerarchico (che sostituiva quello giurisdizionale) con l'obbligatorietà dell'azione penale, sul presupposto che il p.m. restava «obbligato a procedere sempre quando vi sia un'apparenza di fondamento della notizia di reato, esclusa ogni considerazione di mera opportunità. E ciò risulta tanto più evidente, quando si consideri che l'archiviazione non è lasciata senza controllo. Il procuratore del re, invero, deve informare il procuratore generale dell'ordinata archiviazione, e questi, richiamati gli atti, può invece disporre che si proceda»⁶⁶.

Il palcoscenico parlamentare permise a Rocco, in un *vis-à-vis* per certi versi simbolico con l'anziano Stoppato, di annunciare anche la restituzione al pubblico ministero della «qualità di parte»⁶⁷. La tesi, recepita nel progetto preliminare e poi dalla Commissione interparlamentare nonostante le perplessità del presidente D'Amelio, approdò al progetto definitivo, dove il ministro liquidò la vicenda come «questione più che altro accademica»⁶⁸.

Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume X: Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Al. Rocco, Roma, Tipografia delle Mantellate 1930, p. 23. Sull'accoglienza della dottrina mi permetto di rinviare a Marco Nicola MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, Milano, Giuffrè 2010, p. 103, nt. 133.

⁶⁶ Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice. Con prefazione di Alfredo Rocco ministro della Giustizia*, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1931, pp. 210-1. Sui risvolti politici della soluzione codicistica cfr. Vladimiro ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Giovanni Conso, Bologna, Zanichelli 1979, pp. 3-17.

⁶⁷ Il tema era stato solo sfiorato alla Camera: ROCCO, *Sulla delega*, cit. in nt. 62, p. 27. Per l'intervento di Stoppato al Senato cfr. *Atti parlamentari della l. 24 dicembre 1925 n. 2260, che delega al governo del re la facoltà di emendare i codici penale e di procedura penale. Relazione dell'on. Alessandro Stoppato sulla riforma del codice di procedura penale*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, Roma, Tip. delle Mantellate 1928, pp. 213-4; per la replica ROCCO, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. 39-41.

⁶⁸ ROCCO, *Relazione*, cit. in nt. 64, p. 21 (progetto preliminare); Luigi GRANATA, *Posizione costituzionale e funzione giuridica del Pubblico Ministero*, in «Archivio Penale», III, 1947, pt. I, fs. 3-4, p. 133 (resistenze di D'Amelio); ROCCO, *Relazione*, cit. in nt. 65, p. 22 (progetto definitivo).

In realtà la *querelle* proseguì nella fase costituente⁶⁹ e tornò ad intrecciarsi con il tema della *legalità* dell'azione penale. Mentre, infatti, Giovanni Leone proponeva salomonicamente che il p.m. agisse da *parte* quando promuoveva l'azione e da *consulente* allorché forniva al giudice pareri o conclusioni⁷⁰, Granata rilevava come la qualifica di *parte* improvvidamente restituita al pubblico ministero dal c.p.p. del 1930 entrasse in collisione col principio di obbligatorietà⁷¹.

Sul piano formale, ben poco innovò l'ordinamento giudiziario Grandi (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12), in base al quale (art. 69) «il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce». La dottrina circoscrisse la *direzione* del ministro alle sole attribuzioni di carattere amministrativo, negandogli un eventuale potere sostitutivo in caso d'inerzia del p.m. nell'esercizio dell'azione penale: ma questa cautela può leggersi come una forma di deresponsabilizzazione dell'esecutivo rispetto alle singole scelte giudiziarie del magistrato, che peraltro resta subordinato al governo. L'art. 69 fu modificato dalla «legge Togliatti» (r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, art. 39), che soppiantò la *direzione* del ministro con una più sfumata *vigilanza*. Nella commissione Forti, istituita per la riorganizzazione dello Stato negli ultimi mesi del 1945, Piero Calamandrei propugnò un p.m. inserito nell'ordine giudiziario e indipendente dall'esecutivo⁷².

Il governo Bonomi ripristinò il controllo giurisdizionale sull'archiviazione. L'art. 6 del d. lgs. lt. 14 settembre 1944, n. 288, modificando l'art. 74³, obbligò il p.m. a richiederla al giudice istruttore, il quale se avesse ritenuto di non accoglierla avrebbe proceduto in via formale⁷³. La soluzione trovò un qualche seguìto nella Costituente. Leone, in particolare, suggerì che, in caso d'inerzia del p.m. nell'esercizio dell'azione, potesse intervenire il giudice *ex officio*⁷⁴.

⁶⁹ Francesco CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, Edizioni dell'Ateneo 1947, p. 157 ironizzava sull'«indovinello» d'una parte imparziale.

⁷⁰ Giovanni LEONE, *Sulla riforma del codice di procedura penale. Congresso Nazionale Giuridico - Firenze. Relazione*, in «Archivio Penale», III, 1947, pt. I, fs. 9-12, pp. 461-2.

⁷¹ GRANATA, *Posizione costituzionale*, cit. in nt. 68, p. 149.

⁷² Piero CALAMANDREI, *Relazione preliminare sul tema «Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana»*, in *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato. 1945-1946*, a cura di Gianfranco D'Alessio, Bologna, il Mulino 1979, p. 623.

⁷³ Guido NEPPI MODONA - Luciano VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino, Tirrenia Stampatori 1978, p. 325; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit. in nt. 14, pp. 35-9, anche per i molteplici dilemmi ermeneutici cui la nuova disciplina diede luogo.

⁷⁴ ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 253.

Nella Commissione dei 75 Calamandrei propose un testo piú articolato di quello definitivo: «L'azione penale è pubblica, e il p.m. ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza». Targetti e Bettiol ritennero però che potesse risultare, viceversa, opportuno consentire al p.m. di ritardare l'esercizio, specie di fronte a sussulti politici⁷⁵. Il testo poi approvato [art. 112: *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*] non contiene espliciti riferimenti né alla pubblicità dell'azione penale né al divieto al p.m. di sospendere o ritardare l'esercizio dell'azione stessa né al controllo giurisdizionale sull'archiviazione. Secondo parte della dottrina, tuttavia, la perentorietà della norma costituzionale implica tutti i suddetti principi⁷⁶.

Strano destino, quello della *obbligatorietà* dell'azione penale. Intangibile nei proclami, spesso (e forse inevitabilmente) tradita nella prassi; regolamentata da molteplici norme, ma mai codificata *apertis verbis*; da maneggiare secondo criteri di legge, eppure capace d'incomprimibili residui di discrezionalità operativa. Persino quando è stata costituzionalizzata ha lasciato al *non detto* larghi spazi d'immaginazione.

Claudio Botti

1. Sappiamo bene che per Costituzione l'azione penale è anche per il pubblico ministero un *dovere*.

L'Avvocatura ha sempre difeso questa c.d. *obbligatorietà*, anche e soprattutto come uno strumento a tutela dell'uguaglianza e come un freno all'insopprimibile contenuto di "politicalità" insito nell'azione stessa. Ma questa difesa proclamata e declamata non ci deve fare confondere con quanti sono interessati a conservare la realtà di fatto di una *discrezionalità surrettizia e incontrollata*, che lede quei valori assai piú di quanto non li lederebbe (e certamente li lederebbe) una discrezionalità controllata e manifesta secondo criteri determinati.

L'obbligatorietà della azione penale, così come interpretata ed applicata, invece finisce proprio con il vanificare il principio costituzionale dell'uguaglianza del cittadino di fronte alla legge. Occorre, dunque, lavorare, impegnarsi, elaborare proposte realistiche, tese a promuovere fin dove è possibile l'obbligatorietà *effettiva* e, semmai, ad istituire dei *rimedi* o *contrappesi* verso

⁷⁵ Giuseppe D'ELIA, *Art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, Utet, Torino 2008, III, p. 2127.

⁷⁶ ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 253.

il perdurare di aree di discrezionalità, più o meno occulta o sommersa.

Poiché solo una parte dei crimini che vengono commessi possono essere concretamente perseguiti con efficacia, si susseguono scelte di natura discrezionale sull'iniziativa penale e sull'uso dei mezzi di indagine necessari a sostenerla. Tali scelte sono lasciate alle singole Procure e spesso anche ai singoli sostituti procuratori che le compiono naturalmente con criteri tra loro diversi.

Giovanni Falcone molto efficacemente definiva questo fenomeno come variabile impazzita del sistema.

2. La prima iniziativa che introdusse un criterio di lavoro basato sulla indicazione di criteri di priorità può farsi risalire al 1990 ed è nota come "circolare Zagrebelsky". Il documento, volto a disciplinare le procedure organizzative della Procura della Repubblica Circondariale di Torino, indicò vere e proprie corsie preferenziali per talune ben individuate tipologie di notizie di reato.

Sulla scia di tale presa di posizione, diversi dirigenti di uffici giudiziari hanno dato vita ad una intensa attività paralegislativa che è stata sostanzialmente avallata dal Consiglio Superiore della Magistratura. In linea di massima queste iniziative estemporanee hanno riprodotto quasi pedissequamente i criteri indicati dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. pur con qualche caso di originalità.

È di tutta evidenza come il lasciare ai dirigenti degli uffici la completa discrezionalità in ordine al "se" ed al "come" stabilire i criteri di priorità possa condurre ad esiti, a volte, opposti e schizofrenici.

È indispensabile chiedersi: ma è sostenibile una tale autonomia e differenziazione di discipline? Fino a che punto l'attuale assetto rispetta la vera *ratio* dell'art. 112, ovvero la tutela dei principi di uguaglianza e di legalità, oltre che di indipendenza della magistratura?

Non vi è dubbio che assegnare un compito del genere ad una parte, come il rappresentante dell'accusa, che peraltro già possiede prerogative e privilegi che la pongono su un piano del tutto diverso rispetto al difensore dell'imputato, significherebbe introdurre un ulteriore motivo di sperequazione nel processo. Al tempo stesso, si altererebbero pesantemente anche gli equilibri all'interno del CSM, sempre a vantaggio della magistratura inquirente, che diventerebbe protagonista esclusiva di una decisione dal taglio decisamente politico, a tutto discapito della magistratura giudicante, sempre più relegata ad un ruolo di complemento.

3. Non essendo più procrastinabile la situazione attuale bisogna quindi interrogarsi su quali siano le possibili prospettive di intervento.

Diverse sono state negli anni le proposte di riforma costituzionale volte a modificare l'art. 112 e tutte individuavano la definizione in via legislativa dei criteri di priorità.

Le ragioni poste alla base di queste proposte di riforma appaiono condivisibili e animate da una apprezzabile dose di buon senso. Tuttavia occorre anche interrogarsi sulle conseguenze reali che tali riforme costituzionali potrebbero avere nell'equilibrio dei rapporti tra indipendenza e responsabilità dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri nel nostro Paese.

Dare al Parlamento o all'esecutivo il compito di stabilire i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale determinerebbe certamente una limitazione della indipendenza del corpo giudiziario.

La domanda da porsi, in realtà, è sino a che punto siamo pronti a limitare il principio della indipendenza della magistratura a favore di una maggiore efficienza e responsabilità del sistema giudiziario.

Il quesito è in qualche modo speculare a quello che riguarda un altro atavico tabù del nostro Ordinamento Giudiziario: la unicità delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Entrambe le questioni, infatti, offrono molti spunti di riflessione e di preoccupazione comuni, per le ricadute che la loro soluzione potrebbe avere sulla autonomia della magistratura dal potere esecutivo.

Affrontare, e finalmente risolvere questi snodi fondamentali, potrebbe significare dare concreta attuazione all'art 111 della Costituzione che impone al processo penale tempi di durata e qualità della giurisdizione che, al contrario, l'attuale situazione certamente impedisce.

Bisognerebbe però assolutamente evitare che queste riforme così importanti vengano approntate ed attuate con spirito conflittuale ed intenti punitivi, solo per ridurre l'autonomia della magistratura e limitarne l'iniziativa e l'indipendenza.

Non vi è alcun dubbio che nessun Ufficio Giudiziario è attrezzato adeguatamente per selezionare e gestire l'enorme quantità di notizie di reato, reali o presunte, da cui quotidianamente è investito.

Il presunto obbligo di esercitare l'azione penale determina paralisi e caos in tutti gli uffici di Procura e produce, soprattutto per la ordinaria amministrazione, indagini di qualità sempre peggiore. La gran parte dei fascicoli processuali è sostanzialmente uguale nel suo contenuto da quando viene formato, con l'iscrizione ex art 335 cpp dei soggetti indagati al registro delle notizie di reato, a quando viene esercitata l'azione penale. Quanti inutili e defatiganti processi si potrebbero evitare con una gestione più accorta di questa fase che precede le determinazioni del pm.

Ogni magistrato inquirente, di fatto, decide con criteri assolutamente eterogenei e soggettivi le sue priorità investigative. Molto spesso queste scelte sono ispirate più da protagonismi e desideri di visibilità personali che da reali esigenze di politica criminale o di tutela della collettività.

Il problema per tutte queste ragioni non può trovare una adeguata soluzione attraverso quelle norme processuali, già esistenti, anche se orientate a realizzare esigenze dichiaratamente deflattive.

Senz'altro l'esperienza dei riti minorili, in particolare quella relativa alla "messa alla prova" ex art 27 d.lgs. 272/1989 o di "proscioglimento per irrilevanza e/o tenuità del fatto", hanno consentito una selezione a monte di tutte quelle notizie di reato che, non destando particolare allarme sociale, non richiedono verifiche giurisdizionali, né prevedono particolari rigori sanzionatori.

Analogamente alcune previsioni contenute negli art 34 e 35 del d.lgs. 274/2000, che disciplina i procedimenti innanzi al Giudice di Pace, hanno certamente evitato aggravamenti dei ruoli dibattimentali privilegiando soluzioni diverse da quelle dell'accertamento del fatto reato.

Nonostante un giudizio positivo su queste utili soluzioni alternative all'esercizio obbligatorio dell'azione penale, non è ipotizzabile che estendere la loro applicazione anche per reati più gravi, o per indagati maggiorenni, possa effettivamente rappresentare un concreto passo avanti per superare tutte le ricadute negative che l'art. 112 produce sul corretto funzionamento del nostro sistema giudiziario.

4. Diverse le considerazioni da fare, invece, in ordine ai poteri di controllo assegnati al Giudice della Udienza Preliminare dopo le riforme del 1999. Le modifiche legislative, seppure finalizzate a limitare gli eccessi e gli abusi della azione del PM non accompagnata da una ragionevole prognosi di condanna, hanno finito per stravolgere la originaria natura della udienza preliminare e la sua coerente collocazione di sistema. Il medesimo giudice, delegato a governare questo importante snodo tra procedimento e processo, ha acquisito persino autonomi poteri di acquisizione probatoria, quasi un retaggio di un modello processuale di stampo marcatamente inquisitorio.

Insomma un vero e proprio vulnus di quel sistema bifasico disegnato dal Legislatore del 1988, che ha finito per restituire autorevolezza e credibilità alla azione del PM, non solo come esercizio di un dovere-potere assegnatogli dal precetto costituzionale, ma anche in termini di fondatezza e credibilità del suo contenuto ai fini dell'accertamento di responsabilità. Peraltro, ancora una volta, senza incidere minimamente nella reale soluzione dei problemi collegati

alle effettive modalità di attuazione dell'art.112.

La selezione andrebbe esercitata a monte individuando quali siano i comportamenti devianti che debbano, o meno, continuare ad avere rilevanza penale.

Due le strade da seguire: innanzitutto una sera e radicale depenalizzazione, molto più ampia e lungimirante dei timidi tentativi realizzati fino ad oggi.

Individuare sanzioni amministrative rapide ed efficaci per centinaia e centinaia di fattispecie, ritenute ancora penalmente rilevanti, avrebbe un duplice effetto positivo. Da un lato si potrebbe alleggerire in modo significativo il carico di quegli uffici giudiziari delegati a ricevere, smistare, registrare ed assegnare una enorme mole di pseudo-notizie di reato che comunque impongono il medesimo iter burocratico di quelle più serie e qualificate. Dall'altro si risolverebbe il problema della assoluta inefficacia sanzionatoria che caratterizza l'esito di molti processi che impegnano tantissimi giudici, in tutti i Tribunali, per decidere su vicende più o meno *bagattellare*, che, se finalmente qualificate come illeciti amministrativi, restituirebbero alle sanzioni irrogate in concreto, un efficace valore deterrente.

5. Un' altra possibilità di intervento, attraverso una opzione di diritto sostanziale, è quella da tempo sollecitata da autorevoli esponenti della Avvocatura, tra i quali l'attuale giudice costituzionale prof. Giuseppe Frigo, di introdurre l'*azione penale della vittima*, sperimentandola per determinati reati di danno, soprattutto a fronte dell'inerzia del pubblico ministero.

È opportuno ricordare ai retori della vittimologia, come proprio gli avvocati denunciano, non infrequentemente, che i pubblici ministeri per primi trascurano il riguardo alle vittime. Del resto, tale specie di azione è già nel nostro diritto positivo nell'ambito del procedimento penale davanti al giudice di pace ed è ben conosciuta in diversi altri Paesi, così come nella tradizione del processo penale accusatorio.

L'obbligo costituzionale dell'azione penale in capo al pubblico ministero non significa che egli ne abbia anche il monopolio. Il potere di azione può essere anche dislocato altrove. Ecco un altro monopolio, questa volta di fatto, che si può rompere, perseguendo un obbiettivo capace di rivisitare e di scomporre i termini tradizionali della diatriba (che oggi è un po' una guerra di posizione) sulla obbligatorietà o discrezionalità dell'azione penale.

La congerie delle facoltà che sulla carta sono attribuite anche nel nostro codice all'offeso dal reato poco o nulla significano, se ad esse non corrispondono possibilità di incidere realmente nel procedimento.

Depenalizzazione e azione penale della vittima, dunque, due ipotesi concrete e praticabili che produrrebbero molteplici ed immediati effetti positivi.

Si potrebbe finalmente ridurre in maniera drastica l'afflusso di notizie di reato agli Uffici di Procura e sottrarre ai singoli magistrati improvvide e discutibili scelte di priorità.

Un numero di procedimenti di gran lunga inferiore, e quindi concretamente gestibile, eliminerebbe anche l'alibi dell'"atto dovuto", e limiterebbe così l'assoluta deresponsabilizzazione, di cui oggi godono i pubblici ministeri, anche per indagini scadenti ed iniziative giudiziarie avventate ed indebite.

La obbligatorietà della azione penale potrebbe così avviarsi a diventare, finalmente, un precetto effettivo e rispettoso del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Domenico Manzione

1. Discutere di obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale significa, credo, discutere inevitabilmente dei valori che vi si nascondono dietro e di tutte le implicazioni, anche e soprattutto operative, che ciò comporta. Il rapporto è, in realtà, una proporzione, o forse – meglio – una espressione algebrica: per dirla con Giovanni Conso, in linea di massima, obbligatorietà fa rima con indipendenza e personalizzazione, mentre discrezionalità si coniuga meglio con dipendenza e burocratizzazione, sebbene, conviene rimarcarlo subito, nessuno di questi concetti viva "puro" nel quotidiano giudiziario.

È, anzi, proprio dalla constatazione della loro prasseologica "ossidazione" che si sono alimentate a più riprese le polemiche sulla obbligatorietà dell'azione penale nel processo penale: il canone fissato dall'art. 112 della Costituzione fa fatica a trovare un qualche argomento a sfavore se visto – è ben sottolineato dalla nota introduttiva di Francesca Ruggieri – come diretta promanazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Né può trovarne di più ove si pensi alle ricadute ordinamentali di un simile collegamento, inevitabilmente attestante l'esigenza di un organo d'accusa libero da ogni sorta di condizionamento – perlomeno *ab externo* – nel momento in cui esercita una potestà funzionalmente legata all'affermazione di uno dei principi fondanti l'intero assetto costituzionale repubblicano. Per non dire, poi, dei riflessi che una simile autonomia è deputata a riverberare, a monte, sugli organi investigativi dell'indagine, ossia sulla polizia giudiziaria, e, a valle, sulla stessa libertà del giudice, che, nei moderni sistemi processuali, in tanto può esercitare il suo *Jus-dicere*, in quan-

to venga appunto sollecitato da un attore per statuto tenuto alla obiettività.

È, appunto, “l’ossidazione” di quei principi che si registra nella prassi a fornire argomenti per rimmetterli in discussione. La enorme quantità di materiale “penalmente rilevante” che quotidianamente si riversa sugli uffici dell’accusa e la concreta difficoltà a gestirla produce infatti conseguenze che non di rado vengono viste in termini antinomici rispetto a quei principi. Il flusso delle notizie di reato, incanalato in modo casuale, può produrre effetti rilevanti sul principio di eguaglianza; ed è ancor più potenzialmente minaccioso per quel principio quando venga gestito secondo le arbitrarie ed insindacabili scelte compiute dai singoli rappresentanti dell’accusa. Come una slavina, l’effetto va poi ad espandersi su tutta la fase delle indagini e persino sul processo, che finisce per avere, in molti casi, una mera funzionalità notarile, di ratifica della “morte” – per prescrizione – della fattispecie all’esame del giudice.

All’effetto diretto si somma – *tout se tient* – quello indiretto: spreco di risorse personali e materiali comunque impiegate in procedimenti ad epilogo “segnato” e quindi sottratte ad accertamenti e processi che potrebbero essere ben più “proficui”.

Son simili constatazioni che rendono legittimo chiedersi, alla fine, se sia indispensabile conservare quei principi, pur così offesi dalla prassi, o non convenga piuttosto – in una logica di estremo realismo – intraprendere strade diverse; parimenti legittimo è tuttavia chiedersi, al contrario, se la constatazione di divaricazioni – talora inevitabili – tra ontologia e deontologia debba necessariamente riflettersi nell’abbandono di norme costituzionali che alimentano un concetto di “giustizia” fondato essenzialmente sull’eguaglianza (anche di trattamento) dei cittadini di fronte alla legge. D’altronde, una corrispondente questione può porsi con riferimento alla attività giurisdizionale in senso stretto: la formidabile evoluzione che essa ha subito – anche senza invocare la “giurisprudenza dei principi” cui fa riferimento Gustavo Zagrebelsky – per effetto della esigenza di fornire una lettura costituzionalmente orientata della norma giuridica prima, e della norma nazionale a cospetto di quella comunitaria poi, può legittimamente – purché cioè non ispirato da secondi fini più o meno palesi – far sorgere l’interrogativo in ordine alla sua fonte di legittimazione ed al conseguente assetto ordinamentale.

2. Sennonché, con riferimento al processo, la manomissione del principio dell’azione penale obbligatoria somiglia tanto ad una sorta di “ultima *Thule*”: vien proprio qui da chiedersi, in altri termini, se ci sia dietro qualcosa di più che il mero, unico obiettivo di un adeguato contenimento del fenomeno pro-

cessuale. Eppure, l'idea che suppone un accusatore "agente" come decisamente da preferire a quello "inerte" non sembra del tutto tramontata. Nessun migliore antidoto, in effetti, sembra potersi escogitare per espugnare i "porti delle nebbie" (...caro vecchio Simenon), visto che l'azione mette sotto i riflettori anche le vicende più scabrose ed assoggetta le ipotesi accusatorie ai controlli delle parti, del giudice e dell'opinione pubblica; insomma, tanti e penetranti. Anche la attuale disciplina processuale, d'altronde, non sembra insensibile ad una tal prospettiva: è ad essa, assai più che alla "ragionevole durata del processo" (l'espressione è usata, qui, in termini volutamente impropri), che si ispira una disciplina dei termini d'indagine ben più funzionale al controllo dell'inazione piuttosto che del contrario. Ma in quello stesso apparato normativo si affaccia pure la consapevolezza che un processo i cui costi sono così elevati – e non solo in termini di risorse materiali: sovente nel "procedere penale" si annidano rilevanti costi umani – difficilmente può supporre davvero di coltivare tutto e tutto allo stesso modo, tanto più in un sistema alimentato da un talora artificioso e onnivoro panpenalismo oltre che da una reale (e, per certi territori, asfissiante) emergenza criminal-associativa.

La complessità del meccanismo su cui si sono stratificate una incredibile quantità di novelle quasi mai rispettose dell'insieme fa comprendere perché il sistema si riveli, in qualche misura, dissuasivo (purtroppo per le vittime piuttosto che per gli autori di reati). Ma la "fuga dal processo", in altri settori più agevole, non è facilmente praticabile nel campo penale, salvo che non vada ad alimentare la "cifra oscura" dei fatti non emersi o non denunciati. Lo stesso ossimoro di un processo ordinario "sorretto" da riti speciali che si vorrebbero quantitativamente tanto numerosi da scongiurare il rischio di minare la credibilità del rito "principale" non ha dato i risultati sperati: anzi, il mutamento dei rapporti di forza tra diritto processuale e diritto sostanziale ha finito per fare del primo una sorta di socio "tiranno" (prendo a prestito l'espressione da Tullio Padovani) di quest'ultimo, alterando in modo significativo uno dei principi di fondo della dosimetria della pena (la proporzione), cosicché la percezione della sua inesecuzione risulta alla fine dovuta (anche) alle conseguenze della applicazione dei "riti premiali", che, nelle intenzioni, dovrebbero sgombrare il campo dalle faccende di poco conto per riservare ai reati maggiormente gravi l'accertamento più serio, e nei fatti appaiono poco propensi a "piegarsi" ad una tale esigenza.

Non sembra possa dirsi che prova migliore ha dato la variazione della regola di giudizio fissata per l'udienza preliminare (art. 425 Cpp) che, pur equiparata ai criteri di archiviazione, non ha prodotto risultati significativi nella dire-

zione “deflazione”, che ormai sembra essere uno dei pochi punti cardinali ancora non smarrito da una altrimenti ondivaga e disordinata programmazione (?) legislativa. Pensare di ulteriormente “allargare” i confini della valutazione del giudice dell’udienza preliminare è conclusione difficilmente accettabile, soprattutto per chi invece ritiene che l’originaria funzionalità dell’udienza preliminare – il cui epilogo favorevole priva tutte le parti diverse dall’imputato di ogni possibilità di sviluppo del contraddittorio relegando il controllo sulla decisione ai soli confini della “legalità” – fosse bene individuata nella esigenza di amputare le (sole) accuse “azzardate”.

In realtà, appare metafisica l’idea di poter addivenire ad una geometrica applicazione del principio di eguaglianza: è lo stesso processo – come si vede – ad alimentare diseguaglianze; e lo è lo stesso procedere, condizionato com’è dai limiti degli uomini che ne indirizzano lo svolgimento e dalle ristrette risorse o mezzi di cui dispongono. Non sono, insomma, ferite di questo genere che possono indurre a ritenere così “sfregiato” il principio da far pensare che tanto vale abbandonarlo. Al contrario, come tutti i principi è invece bene che sia lì a fornire una traccia dalla quale l’operatore, non distaccandosene troppo, può sperare di ottenere un risultato equo, giusto, non una forma di protezione per privilegi corporativi o peggio personali.

Neppure l’eventuale sospetto di una contaminazione “politica” nell’esercizio dell’azione può essere serio motivo perché – anziché escogitare rimedi che allontanino quel sospetto – ci si imbarchi verso soluzioni ordinamentali che mettano insieme discrezionalità e dipendenza del pubblico ministero, cosa che – ci sembra – non abbisogna di particolari sforzi dimostrativi ove si tenga conto delle enormi tensioni che – da anni – corrono tra mondo politico e mondo giudiziario ma che di questi tempi appaiono particolarmente esasperate e talora assumono la drammaticità del “rapporto di forza”.

Rimane dunque, solitario, lo scopo deflattivo. Non molto se si pensa alle ripercussioni che un diverso assetto costituzionale dell’esercizio dell’azione penale produrrebbe su una serie di altri fronti. E neppure sicuro, come effetto: siamo abituati quotidianamente a celebrare processi a fantasmi; a portarne avanti altri con un dispendio di energie del tutto spropositato (...ma è un eufemismo) rispetto al risultato ottenibile. “A contesto invariato”, come si dice con brutta espressione, non è difficile rendersi conto che le linee guida cui gli organi d’accusa devono attenersi nei Paesi nei quali l’azione penale è discrezionale, non sembrano capaci di portare a risultati così clamorosamente divergenti rispetto a quelli ottenibili coi criteri che soprassedono, nel nostro ordinamento, alla archiviazione della notizia di reato.

3. Ma, posto che sarebbe per alcuni versi inutile e per altri addirittura esiziale abbandonare l'attuale assetto costituzionale, bisogna contemporaneamente convenire che di esso (ha proprio ragione Mario Chiavario) non se ne può fare un tabù – come pure è spesso accaduto – così da respingere ogni tipo di proposta o soluzione che possa avere il merito di contribuire non già ad “indebolire” il principio ma anzi di renderlo più conforme allo scopo (di eguaglianza). E qui la progettualità potrebbe davvero essere varia e non riguardare solo l'aspetto processuale, ma anche quello sostanziale. Una rigorosa osservanza alle circolari che, da Amato in poi, avrebbero dovuto orientare la scelta del legislatore verso un diritto penale veramente minimo, non sarebbe, pur nella consapevolezza dell'emersione di nuovi beni bisognevoli di tutela penale, un cattivo inizio (?!). Così come non sarebbe trascurabile l'aiuto che potrebbe venirne al sistema, da un lato, dalla depenalizzazione di fattispecie tutelabili anche mediante una mera sanzione amministrativa e, dall'altro lato, dall'incremento di meccanismi riparatori che consentano di arrivare ad una declaratoria di estinzione del reato (il d. lgs. 758/94 in tema di contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro sembra per esempio aver dato buona prova di sé).

Del pari vanno visti con favore quegli strumenti apprestati con riferimento a sottosistemi (minori, giudice di pace) che, a seguito della constatazione della irrilevanza del fatto o dello svolgimento di attività riparatorie consentano un epilogo favorevole del procedimento o del processo. E non appare poi così rilevante che l'epilogo – inevitabilmente postulante un controllo giudiziale e, all'occorrenza, il coinvolgimento della parte offesa – si collochi nella fase procedimentale piuttosto che processuale in senso proprio. Pare anzi singolare (...ma è solo una delle tante) che il legislatore abbia introdotto quei meccanismi (pensiamo, soprattutto, a quelli previsti nel procedimento davanti al giudice di pace) e non si sia dato carico, dopo l'opportuno rodaggio, di esportarli nel processo ordinario quasi temesse che l'armamentario adoperato dai magistrati onorari non potesse trovare cittadinanza altrove. Né ci sarebbe da scandalizzarsi troppo dall'introduzione di meccanismi che conducessero ad una archiviazione condizionata dall'ottenimento di una determinata condotta da parte dell'indagato. Per non parlare, infine, delle proposte che suggeriscono di allargare l'area della perseguibilità a querela (Spataro) o di quelle, più generali, che ipotizzano la valorizzazione della magistratura onoraria “combinata” alla creazione di un diritto penale “aspecifico” (Nappi), con sanzioni capaci di mutare entità o pelle (da amministrative a penali), essendo la loro irrogazione condizionata da dati di contesto idonei ad assicurare una forma di sussidia-

rietà del diritto penale anche nel momento applicativo della sanzione. La stessa tematica delle priorità, alla fine, ha trovato una sua base normativa nell'art. 132-*bis* Natt. c.p.p., dopo le circolari Zagrebelsky e Maddalena e le polemiche che ad esse si sono succedute e sono oggi di regola contenute in molti dei documenti organizzativi predisposti dai procuratori della Repubblica (semmai, si tratta qui di vedere se il meccanismo che porta alla loro individuazione è davvero "bastevole", al di là, beninteso, del doveroso rispetto delle regole normativamente fissate).

Gli strumenti in questione – e stavolta ci limitiamo a quelli processuali – purché correttamente intesi (nessuno, c'è da supporre, potrebbe ipotizzare che fissare le priorità significa scientemente destinare una parte dei procedimenti a prescrizione certa) non minano il principio dell'obbligatorietà; né introducono forme di discrezionalità pura. Al contrario, sotto l'egida della legge, e quindi con l'ausilio di una discrezionalità tecnica e normativamente orientata, contribuiscono, nella misura in cui riducono i margini di scelte arbitrarie, al rafforzamento di quel principio rendendolo il più funzionale possibile al raggiungimento dell'obiettivo che del principio di obbligatorietà costituisce il presupposto ed il fine ultimo al tempo stesso.

Enrico Marzaduri

1. La formula adottata nell'art. 112 Cost., che porta "all'estremo quanto ad assolutezza espressiva (...) un principio che altrove è normativamente tradotto in termini assai più morbidi", attraverso il riferimento alla legalità dell'azione penale [M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994, 71], non deve tuttavia condurre ad equivocare sull'effettivo significato della disposizione. Invero, il Costituente, pur facendo riferimento ad un obbligo sussistente in capo al pubblico ministero, nulla dice quanto ai presupposti di tale obbligo, così che, come ben rileva nelle premesse Francesca Ruggieri, "il principio (...) è stato di volta in volta adattato alle norme del codice di rito, in un dialogo spesso a doppio senso tra norma costituzionale e norma ordinaria".

Ovviamente, ciò non equivale a dire che qualsiasi soluzione adottata dal legislatore potrà ritenersi compatibile con il principio di obbligatorietà: le fattispecie che danno corpo all'obbligo di esercitare l'azione dovranno configurarsi in termini tali "da evitare abusi giudiziari e incontrollabili soggettivismi" [così, ad es., C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale*

penale, Torino 2005, 195], in quanto la garanzia derivante dall'art. 112 Cost., strettamente connessa al principio di legalità sostanziale, impone un apprezzabile grado di determinatezza. La mancanza di parametri tassativi su cui poter misurare la legittimità della rinuncia ad agire finisce per favorire “una incontrollata osmosi tra la valutazione inerente all'assenza dei presupposti dell'azione (...) e il giudizio circa la mera ‘inopportunità’ della persecuzione penale” [in questi termini, tra gli altri, v., in particolare, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 251], che non potrà certo essere neutralizzata dal solo fatto che le iniziative dell'accusa nel senso dell'inazione attendono comunque una convalida da parte dell'organo giurisdizionale [cfr., invece, per un'opinione parzialmente difforme, G. NEPPI MODONA, *sub* art. 112 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, 55 s.].

In proposito, è vero che l'individuazione dell'essenziale linea di discriminazione tra il regime di obbligatorietà e di facoltatività in materia di azione penale può essere raggiunta ricollegandosi alla “circostanza per cui, mentre nei sistemi del primo tipo il pubblico ministero è tenuto di regola a promuovere l'azione – a meno che il processo penale non risulti ‘superfluo’ sulla base di presupposti legislativamente predeterminati – al contrario nei sistemi del secondo tipo il medesimo pubblico ministero è facoltizzato a non attivarsi anche in forza di diverse valutazioni, ed indipendentemente dal risultato dell'accertamento prognostico circa l'eventuale superfluità del processo” [per questa felice sintesi, v. V. GREVI, *Archiviazione per ‘inidoneità probatoria’ ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 1296]. Ma è altrettanto vero che il confine tra la superfluità del processo e l'inopportunità dello stesso risulta “quanto mai labile (...), donde l'ovvia preoccupazione (...) di inserire tra i presupposti dell'archiviazione elementi che tendano ad oggettivare il più possibile” le valutazioni demandate all'organo dell'accusa [cfr. M. CHIAVARIO, *Profili del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, 55, che, tuttavia, avverte come “non si potrà mai essere completamente sicuri che un giudizio di ‘superfluità del processo’ (...) resti immune da condizionamenti soggettivi – spontanei od indotti – in termini, più o meno palesi, di opinione di ‘inopportunità’ del processo medesimo”].

2. In questa prospettiva, pertanto, l'invito ad “esplorare la strada di una ‘obbligatorietà temperata’”, nel proporre come primo interrogativo quello sulla condivisibilità del criterio espresso nell'art. 125 disp. att. c.p.p. a fronte della finalità “di regolare l'*input* di un carico di lavoro in misura sempre cre-

scente”, impone alcune considerazioni che attengono prima ancora alla capacità del criterio di soddisfare l’esigenza di legalità della condotta tenuta dal pubblico ministero in rapporto a quanto disposto dall’art. 112 Cost..

Sul punto, come noto, a distanza di poco più di un anno dall’entrata in vigore del codice, ebbe ad intervenire con estrema autorevolezza la Corte costituzionale con una decisione, la sent. n. 81 del 15 febbraio 1991, nella quale, fugato ogni dubbio sulla legittimità della soluzione codicistica, si affermò l’esistenza nel sistema del codice di un principio di completezza delle indagini preliminari, un principio che nell’economia della riflessione condotta dai giudici della Consulta svolge un ruolo non secondario proprio per consentire una sufficiente delimitazione della prognosi di inidoneità probatoria a sostenere l’accusa in giudizio, definita dal giudice rimettente “assai ardua e del tutto incerta”. In altre parole, la collocazione della scelta sull’esercizio dell’azione penale all’esito di una fase investigativa che può svilupparsi in ambiti temporali anche notevolmente estesi e che deve portare alla completa individuazione dei mezzi di prova, permetterebbe al pubblico ministero di giungere alla formulazione di un giudizio non equivoco sulla doverosità dell’esercizio dell’azione penale, che costituisce, secondo le parole della Corte, “la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo”.

Ma la quotidiana esperienza processuale ci consegna una realtà assai lontana da quella così rappresentata: le indagini preliminari non si caratterizzano normalmente per una quantomeno tendenziale completezza, ma per una incompletezza, talora clamorosa. Non mancano situazioni nelle quali, perverso, si arriva alla chiusura della fase procedimentale sulla scorta della sola notizia di reato, senza che nel fascicolo depositato ai sensi dell’art. 415-*bis* c.p.p. compaia alcuna traccia dell’attività del pubblico ministero o della polizia giudiziaria. E questa distanza tra lo scenario *in the book* e quello *in the action* è ovviamente destinata a crescere se si prende come riferimento per la completezza delle indagini non più il quadro probatorio necessario per decidere sull’esercizio dell’azione penale, bensì quello necessario per emettere una sentenza sulla fondatezza dell’imputazione: l’esigenza di completezza, per l’appunto, secondo i giudici della Consulta, risulterebbe “rafforzata” dal riconoscimento del diritto dell’imputato a vedere definito il processo nelle forme del giudizio abbreviato, dovendo il pubblico ministero prendere in considerazione tale eventualità nella conduzione della fase investigativa e nella raccolta degli elementi di prova [cfr., per questa tesi, Corte cost. sent. n. 115 del 9 maggio 2001].

Al di là delle riserve che paiono legittimare le soluzioni interpretative fondate sulla necessità del compimento di indagini del tutto prive di lacune, dal

momento che la completezza richiesta dall'art. 125 disp. att. c.p.p. deve essere parametrata sulle sole esigenze espresse nella disposizione, dove si allude ad un'accusa da sostenere in giudizio, quindi, ad una completezza 'relativa' e non ad una completezza 'assoluta', conseguente allo sviluppo di tutti i percorsi investigativi [v., volendo, anche per ulteriori riferimenti, E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI, Napoli 2010, 124 ss.], non si può negare che nella concretezza dell'esperienza giudiziaria vengono meno i riferimenti utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale per rendere sufficientemente oggettivo il criterio individuato dal legislatore per la gestione delle notizie di reato da parte del pubblico ministero.

Nei fatti, il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale sembra così poggiare prevalentemente sulle valutazioni che seguono la richiesta dell'organo dell'accusa, piuttosto che su quelle che la precedono. Il che non pare essere in linea con una piena e corretta attuazione della *ratio* dell'art. 112 Cost., che si indirizza *in primis* nei confronti delle scelte demandate al pubblico ministero, pur non essendo affatto estranea alla stessa l'esigenza del controllo giurisdizionale, sia d'ufficio che stimolato dalla persona offesa.

3. Queste considerazioni incidono altresì sulla valutazione richiesta in ordine al significato che può svolgere il criterio di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p. al fine di favorire un'adeguata cernita delle ipotesi di reato meritevoli di pervenire davanti al giudice. Peraltro, anche se il modello delineato dalla Corte costituzionale fosse effettivamente messo in atto, l'esito non sarebbe particolarmente confortante. Difatti, ci troveremmo di fronte ad indagini preliminari estremamente impegnative sul piano dei tempi e delle opzioni, dovendo condurre il pubblico ministero a disporre del materiale necessario per consentire ad un giudice di decidere allo stato degli atti l'eventuale rito abbreviato [per una decisa critica mossa nei confronti dell'"esasperato favor per l'investigazione ad oltranza", G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, 47 ss.]. Ed una simile estensione dell'attività investigativa suscita inevitabili perplessità nell'ambito di un processo che pur sempre è regolato dal principio del contraddittorio tra le parti nella formazione della prova, con le ovvie conseguenze a livello di inutilizzabilità probatoria degli elementi diversamente acquisiti. Gli equilibri così indotti all'interno del procedimento

penale verrebbero con buona probabilità a pesare pericolosamente sulla tenuta delle garanzie riguardanti la fase dibattimentale, che sarebbe chiamata a ricevere in forme più o meno ortodosse le conoscenze già entrate nel cospicuo fascicolo del pubblico ministero piuttosto che a costituire la sede ove si forma la prova per la decisione finale.

Quanto invece al reale funzionamento del modello, questo rivela, nella estrema varietà delle risposte date al tema dell'inidoneità probatoria nei singoli procedimenti, una sostanziale mancanza di rispetto per quel basilare principio di eguaglianza che è a monte dell'art. 112 Cost.. Il maggiore od il minore interesse nutrito dal magistrato per la specifica vicenda, come pure la contingente maggiore o minore disponibilità di mezzi e persone, possono condurre all'esercizio dell'azione penale ora fondato su un'investigazione estremamente articolata e complessa ora invece espressione di una colpevole inerzia dell'organo dell'accusa. Altrettanto, evidentemente, può poi avvenire, ed avviene, nella prospettiva opposta della richiesta di archiviazione.

Insomma, una discrezionalità incontrollata ed imprevedibile nelle scelte che il pubblico ministero è chiamato a compiere tanto nella conduzione quanto nella conclusione delle indagini preliminari.

Con questo non si intende assolutamente affermare che l'accusa pubblica debba avere sempre e comunque gli stessi (poteri e) doveri, quale che sia la natura e/o la gravità dell'addebito per cui si procede. L'esigenza di reprimere i reati, pur corrispondendo in ogni caso ad un interesse pubblico primario, in quanto le condotte incriminate ledono un valore "dotato di diretto od indiretto aggancio costituzionale" [in questi termini, di recente, Corte cost., sent. n. 265 del 21 luglio 2010], pare manifestarsi egualmente in forme diversificate già in relazione all'entità del disvalore connesso alla realizzazione dei fatti per cui si procede. Ma è necessario che questa differenziazione trovi riscontro in previsioni normative il cui rispetto possa essere verificato, prima dallo stesso pubblico ministero, poi dal giudice. Né il problema pare poter essere praticamente superato attraverso il richiamo al ruolo di controllo ed ai conseguenti poteri attribuiti al giudice per le indagini preliminari, nei confronti delle richieste di archiviazione arbitrariamente avanzate, od al giudice dell'udienza preliminare, per i casi di azione penale esercitata nonostante l'insufficienza degli elementi probatori raccolti. Invero, oltre al rilievo già formulato, per cui l'art. 112 Cost. non può non prendere innanzitutto in considerazione la condotta del pubblico ministero, si deve constatare come nel procedimento di archiviazione esercitato un'influenza indubbia sulle decisioni del giudice le scelte dell'accusa, specificamente in assenza di opposizioni della persona offesa; così pure, nell'udien-

za disposta a seguito della richiesta di rinvio a giudizio, nonostante la riforma del 1999 e la sottolineatura dei poteri dell'organo giurisdizionale, quest'ultimo non sembra aver superato un atteggiamento abbastanza generalizzato di sudditanza nei confronti dell'impostazione accusatoria.

4. Una realistica lettura delle capacità di svolgere attività investigativa da parte degli uffici della Procura della Repubblica sembra semmai spingere nella direzione di un ridimensionamento delle pretese in ordine all'ampiezza delle indagini necessariamente presupposte per addivenire ad una decisione sulla sorte dell'azione penale, in linea, peraltro, con una lettura 'letterale' dell'art. 125 disp. att.. D'altronde, le conseguenze sul piano statistico non dovrebbero far avvertire una significativa crescita delle notizie di reato affidate alla fase processuale, nella misura in cui anche adesso una completezza investigativa assoluta non viene raggiunta nella larga maggioranza dei casi in cui il pubblico ministero decide di attivarsi.

Invero, la non superfluità del processo ben può essere accertata, una volta verificata la presenza di una piattaforma probatoria che consente semplicemente di apprezzare la rilevanza penale della vicenda e di formulare, di conseguenza, una prognosi allo stato attendibile sulla possibilità di sostenere l'accusa in giudizio. Del resto, la stessa presenza di disposizioni che autorizzano l'inquirente a riprendere l'attività investigativa od a proseguirla dopo la formulazione dell'imputazione, "sembra, se non smentire, quanto meno temperare il dogma della completezza dei risultati conoscitivi *ante actionem*, lasciando piuttosto intendere l'assunto contrario: e cioè che non su ogni aspetto sia stata fatta compiuta chiarezza, e che perciò sia necessario proseguire le attività di ricerca". All'interno di questa diversa prospettiva, "l'archiviazione torna ad apparire come un provvedimento con il quale si stabilisce che non c'è nulla da decidere", *recitius*, da far decidere ad un giudice, "a conclusione di una fase nella quale ancora non si è compiuto alcun accertamento su un'accusa rivolta a chicchessia, ma che serve semplicemente ad una delle parti per le proprie determinazioni inerenti al promovimento della domanda penale" [M. CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. 1, Milano 2008, 64 s.].

5. L'esclusione di un principio di completezza delle indagini, almeno se inteso nei modi in cui lo considera la Corte costituzionale, non sembra comunque incidere sull'eventualità dell'introduzione nella fase investigativa di epiloghi procedurali legati alla particolare tenuità del fatto od al risarcimento del danno.

a) In effetti, configurare la ridotta offensività della condotta come una causa di legittima rinuncia all'esercizio dell'azione penale, alla stregua di quanto già avviene nel procedimento davanti al giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000; diversamente, come noto, nel procedimento minorile l'irrelevanza del fatto viene dichiarata con sentenza: art. 27 d.P.R. 448/1988), implica la possibilità di decidere nel senso della tenuità del fatto assumendo come mera ipotesi la responsabilità dell'indagato. Possibilità esclusa da chi, dopo aver asserito che "gli stessi criteri di esiguità postulano un fatto bagatellare commesso da un autore parimenti 'bagatellare', quindi un illecito 'reale' addebitabile ad un soggetto determinato", ritiene che l'accertamento della responsabilità dell'imputato debba considerarsi "un dato pacifico" [C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., 268 s.]. Pertanto, ove si aderisse ad una simile impostazione, neppure un'indagine tendenzialmente completa potrebbe fornire la necessaria premessa probatoria. Tuttavia, a ben vedere, il requisito dell'esiguità non sembra potersi apprezzare solo nell'ambito di un accertamento giurisdizionale della fondatezza dell'accusa [al riguardo, per alcuni spunti, v. F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.* 2006, 3502 s.]. Difatti, e l'esperienza maturata in un ordinamento come quello tedesco, rispettoso del principio di legalità dell'azione penale, non può risultare privo di significato in proposito [cfr. G. CORDERO, *Oltre il 'patteggiamento' per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il 'nostro' art. 112 Cost.*, in *Leg. pen.* 1986, 688], le modalità della condotta e l'entità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa sembrano costituire oggetto di una valutazione che può essere sviluppata assumendo "l'ipotesi accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi" [Corte cost., sent. n. 311 del 22 ottobre 1997, con riferimento alla decisione del giudice per le indagini preliminari a norma dell'art. 27 comma 1 delle disposizioni sul processo a carico di imputati minorenni]. Sarà compito del pubblico ministero verificare se gli elementi raccolti consentono la formulazione di un giudizio che non equivale a quello altrimenti attestante la superfluità del processo. Ma anche in questo caso si potrà apprezzare una situazione di superfluità del processo, collegata all'individuazione di elementi caratterizzanti la condotta e gli effetti della stessa che rendono per il legislatore ingiustificata l'instaurazione di un processo penale.

Non dovrà parlarsi, quindi, di una vera e propria causa di non punibilità, che renderebbe decisamente difficile affermarne l'esistenza in mancanza di un

accertamento della responsabilità dell'indagato, quanto piuttosto di una situazione di non meritevolezza del processo, collegata alla tenuità della vicenda penale sottoposta al vaglio del pubblico ministero, una situazione di non meritevolezza del processo che, se da un lato non sembra poter essere esclusa sulla base dell'opposizione della persona offesa, dall'altro lato non può essere adeguatamente valutata senza aver acquisito il parere di chi compare come vittima o comunque senza aver messo in condizione tale soggetto di esprimersi al riguardo.

Nella costruzione della fattispecie che potrà così consentire l'archiviazione della notizia di reato, peraltro, dovranno essere evitati i richiami a parametri che finiscono per esaltare la discrezionalità della scelta demandata all'organo dell'accusa, come avviene oggi con il richiamo alle esigenze educative del minore od alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'indagato. Potranno invece ben essere inseriti riferimenti alle modalità della condotta ed all'esiguità delle conseguenze, trattandosi di "criteri forniti di un grado di oggettività e determinatezza sufficiente a ricondurre la discrezionalità dell'autorità giudiziaria entro i confini della compatibilità con i principi di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale" [F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario*, cit., 3499].

b) Anche per l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie non si rinvergono ostacoli insuperabili all'inserimento dell'istituto nella fase investigativa del procedimento penale ordinario, potendosi ripercorrere nella sostanza le medesime considerazioni appena riferite alle ipotesi di tenuità del fatto [v., nell'ambito del procedimento davanti al giudice di pace, nonostante la lettera dell'art. 35 comma 1 d.lgs. 274/2000, N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, a cura di L. PICOTTI e G. SPANGHER, Milano 2002, 226]. Indubbiamente, le indagini dovranno aver messo in condizione il pubblico ministero di individuare le conseguenze dannose o pericolose riconducibili all'ipotesi di reato, al fine di operare quella valutazione sulla proporzionalità della condotta riparatoria rispetto alla gravità dell'addebito che permette di apprezzare l'avvenuta compensazione del disvalore del reato. Quindi, l'archiviazione potrà aversi in casi del genere solo sulla scorta di un'attività di indagine adeguatamente sviluppata che contempra altresì il contatto o la ricerca del contatto con la presunta vittima del reato.

Quanto poi al controllo giurisdizionale che dovrà essere esercitato sulle

ipotesi di mancato esercizio dell'azione penale giustificato sulla base della tenuità del fatto o dell'avvenuto risarcimento del danno, questo non sembra doversi delineare in termini qualitativamente diversi da quanto si può desumere dal contenuto degli artt. 409 e 410 c.p.p. In effetti, se di peculiarità si vuol parlare, queste saranno solo il riflesso dell'esigenza di un livello più avanzato di quello ordinariamente richiesto nello sviluppo delle indagini preliminari, indagini che, come si è accennato, debbono permettere di dare risposta ad interrogativi specifici, provocati dalla struttura della fattispecie che può legittimare l'uscita dal procedimento dell'indagato.

6. Gli effetti deflativi riferibili a questi percorsi archiviati non paiono dover essere sottovalutati, anche se sarebbe ingenuo attendere da simili riforme una risposta risolutiva del problema del sovraffollamento giudiziario. Così pure, sempre rimanendo nell'ambito delle riforme processuali, non può essere ulteriormente rinviata una seria considerazione del significato rivestito dai criteri di priorità in una prospettiva di razionalizzazione dei tempi della giustizia penale. E, peraltro, ancora una volta, si dovrà sottolineare la necessità di una manovra complessiva che tenga conto anche delle possibilità di residua depenalizzazione, nonché dell'eventualità di un allargamento dell'area della perseguibilità a querela. Ma laddove non si delineino le condizioni politiche per un'operazione a vasto raggio, non si dovranno trascurare anche gli apporti ridotti che possono discendere da un'estensione al rito ordinario di quelle ormai 'collaudate' sperimentazioni effettuate all'interno del processo minorile e del procedimento dinanzi al giudice di pace.

OPINIONI A CONFRONTO

TRA ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA
A PROPOSITO DI ALCUNI CASI PROBLEMATICI
TRATTI DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

L'analogia, come noto, è un canone ermeneutico che persegue la completezza dell'ordinamento giuridico. Ciò spiega perché essa, nel nostro come in altri sistemi giuridici, sia interdetta nel diritto penale, quale settore contrassegnato dal principio di frammentarietà. L'incompletezza (o, se si preferisce, il carattere puntiforme) dell'intervento punitivo esprime un preciso valore ideologico, in quanto sancisce che il primato della libertà costituisce la regola, rispetto alla quale il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione. Per questa ragione il divieto di analogia *in malam partem*, quale corollario del principio di legalità e completamento funzionale della necessaria determinatezza della legge penale, viene considerato una fondamentale garanzia del *favor libertatis*. La medaglia, tuttavia, ha il suo rovescio; l'analogia, infatti, consente al giudice, all'occorrenza, di ripristinare in via interpretativa l'uguaglianza di trattamento, correggendo quelle discriminazioni ritenute irragionevoli, che vengono a crearsi quando la fattispecie incriminatrice, ritagliata dal legislatore intorno a una determinata modalità di aggressione, tralascia di punirne altre simili e dotate di pari disvalore. Ciò spiega perché, nonostante la rilevanza costituzionale del divieto di analogia, il giudice penale non sempre resiste alla tentazione di superare il tenore testuale dell'enunciato normativo che, a torto o a ragione, si asserisce ingiustamente lacunoso sul piano della tutela. Nel far ciò egli è agevolato dall'incertezza del confine tra l'interpretazione analogica e quella estensiva, ritenuta per lo più consentita. Ciò sospinge verso l'applicazione analogica, sovente senza che l'interprete di avveda di praticarla. Infatti, sono davvero rari i casi in cui viene espressamente riconosciuto che l'interpretazione corretta esclude dall'area della tipicità un fatto simile, anche per gravità, a quello tipico. Per lo più la lacuna viene colmata in nome della piena legittimità dell'interpretazione estensiva, benché quest'ultima, da un punto di vista logico, sia un non senso, posto che il fatto o è tipico o non lo è. Di solito l'interprete che pratica l'analogia non pensa di sovvertire le disuguaglianze legislative presenti nella tutela penale, bensì di praticare un'ermeneutica giusta e conforme allo spirito dell'ordinamento.

Stante la permanente attualità del tema, abbiamo chiamato a discuterne

quattro studiosi che hanno particolarmente approfondito l'argomento, due filosofi del diritto (Gaetano Carcaterra e Vito Velluzzi) e due penalisti (Ombretta Di Giovine e Nicola Mazzacuva), ai quali sono stati sottoposti alcuni casi problematici al fine di dare alla riflessione maggiore concretezza.

Il primo è costituito dalla possibilità, ammessa dalla giurisprudenza, ma negata quantomeno da una parte della dottrina, di ricondurre alla condotta di getto pericoloso di cose, di cui all'omonima contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p., la creazione di campi elettromagnetici.

Il secondo caso problematico consiste nella c.d. prostituzione *on line*: qui il mercimonio del corpo avviene in assenza di qualsiasi contatto fisico tra la persona che compie l'atto e quella che ne fruisce. La questione riguarda la possibilità di inquadrare questo fatto come prostituzione, ai sensi della legge n. 75 del 1958, che punisce, tra l'altro, le condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento del meretricio.

Il terzo caso concerne la contravvenzione di molestie di cui all'art. 660 c.p., ove essa avvenga – per riportare testualmente il segmento dell'enunciato normativo che qui rileva – “con il mezzo del telefono”. Rientra in questa fattispecie l'invio di messaggi di testo al cellulare della vittima (c.d. SMS)? Secondo la giurisprudenza la risposta deve essere affermativa. Parimenti rilevante, ai sensi della summenzionata fattispecie, viene considerata la molestia con il mezzo del citofono. Atipico resterebbe invece l'invio di testi via mail, perché questa condotta - che consiste nell'uso della linea telefonica, più che del telefono come strumento di comunicazione - non causa al destinatario un effetto di fastidio sincronico rispetto alla condotta dell'agente.

Agli studiosi cui sottoponiamo questi quesiti casi chiediamo di argomentare, per ciascuno di essi, se la spinta giurisprudenziale verso la dilatazione applicativa delle fattispecie incriminatrici coinvolte si mantenga o meno nell'alveo interpretativo consentito. Il lettore saprà tirare da solo le fila del dibattito.

Gaetano Carcaterra

Dividerò il mio intervento in tre parti. Anzitutto svolgerò alcune considerazioni di principio circa i criteri che possono permettere di distinguere in teoria l'interpretazione estensiva dall'estensione operata in via analogica, circoscrivendo peraltro il discorso all'ambito del diritto penale in cui tale distinzione assume speciale rilevanza. Ma la teoria deve fare i conti con la problematica dei casi concreti, che è la ragione per la quale il Prof. Fausto

Giunta ha organizzato questa tavola rotonda. Perciò nella seconda parte tenterò di adattare i criteri della teoria ai problemi suscitati dalla pratica, anche qui finalizzando e limitando le considerazioni in vista della discussione dei casi concreti offerti dalle sentenze che ci sono state proposte come banco di prova. Nella terza parte infine cercherò di applicare direttamente a queste sentenze i risultati delle precedenti analisi esprimendo in proposito il mio punto di vista.

1. Come si sa, alcuni negano in via di principio e in ogni caso la possibilità di distinguere interpretazione estensiva ed estensione analogica. È una tesi difficilmente sostenibile, almeno nel diritto penale. Se l'una e l'altra forma di estensione sono indistinguibili allora l'estensione per analogia si identifica con la interpretazione estensiva, e poiché in sede penale è vietata l'analogia deve ritenersi vietata del pari ogni interpretazione estensiva, unica interpretazione ammissibile restando l'interpretazione strettamente letterale. Tesi che, a parte altre considerazioni, renderebbe indecidibili tutti i casi non rari nei quali l'interpretazione letterale non è univoca e si apre ad una alternativa di diversi significati.

Plausibilmente, perciò, i più ammettono esservi in linea generale una possibile distinzione fra interpretazione estensiva ed estensione analogica. Ciò che tuttavia rimane discusso è il criterio di una tale distinzione.

In verità concettualmente, cioè almeno in teoria, non è difficile delineare un criterio differenziale che sia conforme all'art. 12, 1° e 2° comma, delle Disposizioni sulla legge in generale e, insieme, ai fondamentali criteri ermeneutici tradizionalmente noti.

Il citato art. 12 indica tre parametri interpretativi, due nel 1° comma, l'altro nel 2°.

A) Il 1° comma fa riferimento anzitutto al *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* nel testo da interpretare: è il significato quale emerge dal *criterio letterale*, basato sul codice linguistico (lessico, grammatica, sintassi) della comunità destinataria dell'enunciato normativo. Dato il principio di tassatività del diritto penale, in tale ambito il "significato proprio delle parole" va preso sul serio: è il significato più ovvio, quello che le parole assumono nell'uso linguistico più consolidato, che dirò anche *significato letterale prevalente* o principale. Nella maggioranza dei casi questo significato ammette accanto a sé una serie di significati alternativi secondari che si allontanano più o meno dal significato prevalente. Ma questo significato costituisce l'imprescindibile punto di partenza di ogni forma ulteriore di interpretazione, la

quale potrà emendarlo e aggiustarlo ma non obliterarlo¹. È infatti il significato proprio e prevalente che viene esteso, sia nell'interpretazione estensiva sia di solito nella estensione per analogia.

B) Il 1° comma fa poi riferimento alla *intenzione del legislatore*, che meglio si direbbe "volontà oggettiva della legge", *voluntas legis*. L'interpretazione qui si ispira a quello che si può dire *criterio sistematico* o della *contestualità*, che Emilio Betti chiama *canone della totalità e coerenza*²: esso fornisce il senso che il significato letterale assume, usando la logica e il buon senso, considerato nel contesto più ampio della legislazione. Il criterio della contestualità opera *in nuce* già al livello letterale lì dove si impone di considerare il significato delle singole parole nella loro "connessione", ma al livello della interpretazione sistematica spazia su un contesto molto più largo, tenendo conto anche di altre parti della disposizione da interpretare, della sua rubrica e del titolo al quale appartiene, di altre disposizioni, di principi espressi, al limite prendendo in considerazione ogni parte rilevante dell'intero corpo legislativo. Il significato letterale passa al vaglio in questo contesto, che per ragioni di coerenza può o confermarlo, nel caso della interpretazione dichiarativa, o può indurre a modificarlo: sia limitandolo, nel caso della interpretazione restrittiva, sia ampliandolo, che è il caso dell'interpretazione estensiva.

Nella interpretazione estensiva si verifica dunque questo: che, riletto alla luce dell'intero contesto, il significato letterale "proprio" e prevalente dei termini che descrivono la fattispecie incriminatrice viene ampliato a denotare anche una ulteriore fattispecie che si aggiunge così alla prima, e la somma logica delle due fattispecie insieme alla statuita sanzione costituisce la ricostruita intenzione o volontà della legge, la *voluntas legis*.

C) È infine il 2° comma del citato art. 12 che, successivamente, fa riferimento alla *analogia*, la quale perciò deve concepirsi in modo da andare oltre la *voluntas legis* determinata secondo il criterio sistematico. Questa ulteriorità dell'analogia rispetto alla *voluntas legis* è in effetti garantita dal riferimento

¹ Cfr. O. DUCROT, *Dire e non dire. Principi di semantica linguistica*, Roma, Officina edizioni, 1979, 19.

² E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in "Riv. it. per le scienze giur.", 1948, 34-91, lavoro richiamato in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 17 ss. e pass. Il canone vale in generale per ogni genere di interpretazione, anche fuori del diritto, secondo lo stesso BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1960, I, 307 ss. Su ciò anche H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Bompiani, Milano, 1983, 341: «la correttezza delle interpretazioni è l'accordarsi dei particolari nel tutto». Non seguio peraltro Betti nella sua concezione della interpretazione estensiva che egli identifica con la analogia.

alla *ratio legis* che l'analogia contiene. L'analogia si fonda sulla similarità tra la fattispecie che è oggetto della *voluntas* e la fattispecie cui se ne estende la disciplina, e "similarità" qui significa, per costante tradizione, dipendenza dalla stessa *ratio legis*: *ratio* che è la *ragion d'essere*, il *perché*, lo *scopo* in vista del quale la legge ha voluto qualcosa³, per cui il criterio di questo terzo livello di comprensione del testo normativo è quello che possiamo dire *criterio teleologico*. È un criterio che concettualmente ben si distingue dal, e trascende il, criterio sistematico, in quanto in base al criterio sistematico ci si chiede *che cosa* ha voluto la legge e in base al criterio teleologico ci si chiede *perché* la legge ha voluto quel che ha voluto. Di conseguenza è possibile distinguere da un lato l'interpretazione estensiva, che in virtù del criterio sistematico estende il più ristretto significato ottenuto in base al criterio letterale, e dall'altro l'estensione analogica che in virtù del criterio teleologico va oltre la volontà legislativa nella direzione del suo presupposto scopo⁴.

2. In teoria una tale distinzione è abbastanza chiara, ma in pratica sfuma o incontra difficoltà di vario genere. In particolare incontra difficoltà perché quasi sempre l'estensione per analogia avviene in maniera occulta: alla fattispecie corrispondente al significato letterale principale se ne aggiunge un'altra che si argomenta in vario modo ma senza alcuna citazione esplicita della *ratio*, citazione che potrebbe rappresentare il segno visibile di un ragionamento analogico. Inoltre, la distinzione sfuma perché il criterio teleologico, con le sue nozioni di *ratio*, scopo, finalità della legge, è legato a diversi parametri non ben definiti: a quello che si usa dire "spirito" della legge, che piuttosto che la volontà spesso significa sue finalità più o meno remote, alle esigenze politiche e alle ideologie che ispirano la legislazione, alla coscienza sociale, alla tradizione giuridica e via dicendo.

³ Ma occorre prudenza nell'ipotizzare la *ratio* della norma, che va sempre valutata confrontandola con le possibili ipotesi alternative. In particolare, si può sempre ipotizzare una *ratio* più ristretta e una più ampia e più generale. La logica delle ipotesi (di cui qui non è il caso di dare una dettagliata dimostrazione) e in fondo lo stesso buon senso accreditano come più plausibile quella ristretta, a meno che ulteriori considerazioni non consentano l'assunzione della *ratio* più ampia.

⁴ Può accadere che, pur dopo l'uso dei criteri letterale e sistematico, la volontà della legge rimanga indeterminata. Allora il ricorso alla *ratio legis* diventa indispensabile a fini interpretativi e verosimilmente legittimo anche in sede penale: in tale caso la *ratio* non sta oltre la, ma è costitutiva della, stessa *voluntas*. Discute questo punto la mia voce *Analogia, I) Teoria generale*, in "Enciclopedia giuridica", Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, § 4.1.

Tuttavia questi inconvenienti pratici non chiudono il problema nello scetticismo di una soluzione. Si può infatti osservare che se da un lato il concetto di *ratio legis* e il criterio teleologico appaiono vaghi, dall'altro lato invece il concetto di *voluntas legis*, quale risulta definito alla stregua del criterio sistematico, ha confini concettuali più precisi e tecnici, perché ha un punto di riferimento meglio definito e più certo nella testualità del corpo legislativo. Esigenza di maggiore certezza che in congiunzione col principio del *favor libertatis* è, credo, alla radice del divieto di analogia in sede penale. Se è così, allora una prudente metodologia può essere, a mio avviso, quella di assumere il criterio sistematico, più certo, come misura di quanto il significato letterale possa essere legittimamente esteso *in malam partem* nell'ambito del diritto penale: all'interno del criterio sistematico si avrà l'interpretazione estensiva, al di là l'estensione analogica.

Diciamo più dettagliatamente. Premesso che, nella interpretazione estensiva e in genere nella estensione per analogia, ciò che si amplia è il significato letterale "proprio" o prevalente dei termini della disposizione legislativa (considerati nella loro connessione), e che di conseguenza si allarga la stessa fattispecie incriminatrice denotata da tali termini, si potrà ritenere che:

i) non si ha interpretazione estensiva affatto, ma interpretazione meramente *dichiarativa*, quando il significato letterale proprio e prevalente, passato al vaglio del criterio sistematico, trova conferma nel, o è compatibile con il, contesto legislativo, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare ricade sotto la fattispecie denotata dal significato letterale stesso così confermato;

ii) si ha *interpretazione estensiva* quando il significato letterale proprio e prevalente, passato al vaglio del criterio sistematico, per coerenza col contesto legislativo deve essere ampliato, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare ricade sotto la fattispecie denotata dal significato letterale così ampliato;

iii) si ha *estensione per analogia*, o comunque *illegittima* in sede penale, quando il significato letterale proprio e prevalente viene ampliato al di là di quanto è contentito dal criterio sistematico: quando cioè viene ampliato senza riscontri nel contesto legislativo, di solito in virtù di generalizzazioni non confortate dal criterio sistematico, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare viene attratta sotto la fattispecie denotata da un siffatto ampliamento di significato⁵.

⁵ È nel quadro di queste considerazioni che può accettarsi il diffuso principio secondo cui l'interpretazione si estende fino alla massima possibilità di espansione della lettera della legge. Principio che tuttavia in sede penale va precisato nel senso che la massima espansione oltre il significato letterale prevalente è sì possibile, ma deve trovare conferma nel contesto legislativo.

3. Esaminerò ora alla luce di questi criteri le prospettate sentenze della Corte di Cassazione.

È del tutto corretta, a mio parere, la sentenza della S.C. che include nella fattispecie del “getto” (pericoloso) di “cose”, di cui all’art. 674 c.p., l’emissione di onde elettromagnetiche. Della sentenza, che affronta dettagliatamente la questione sotto molti aspetti, prenderò in considerazione soltanto la parte che concerne la problematica dei limiti della interpretazione estensiva. Secondo me, qui siamo di fronte ad una semplice interpretazione dichiarativa (di cui sub *i*) e non ad una forma di interpretazione estensiva come ritiene la Corte, perché già in senso proprio, nel suo significato letterale, la parola “cosa” è termine generico come osserva la stessa Corte, e meglio si direbbe generale: nella lingua italiana è appunto la parola “cosa” che designa di per se *ogni* possibile oggetto (equivale al *quid* o *quidquid* latino, all’*x* della logica), tanto che normalmente occorre un aggettivo (“mobile”, “immobile”, “tangibile”, ecc.) per delimitarne l’originaria generalità. A ben guardare, perciò, non si tratta di interpretazione estensiva, essendo le onde elettromagnetiche semplicemente incluse nello stesso significato letterale di “cosa”, compatibile col resto della legislazione. Ma anche ammettendo che la parola “cosa” nel suo significato letterale designi al contrario oggetti tangibili, la sua estensione fino a ricomprendervi le onde elettromagnetiche trova conferma nel criterio sistematico e perciò (secondo il principio *ii*) sta al di qua dell’estensione analogica: e la Corte non manca di avvalorare la propria tesi con diversi e argomentati riferimenti, oltre che alla giurisprudenza, ad un largo contesto legislativo (all’art. 674 nel suo insieme, al 2° comma dell’art. 624 c.p., alle norme civilistiche relative alla tutela possessoria, alla legislazione speciale). Quanto al termine “getto”, è per semplice coerenza contestuale che anch’esso deve conseguenzialmente ampliarsi venendo a significare “emanazione” ed “emissione”.

Corretta è pure la sentenza con cui la Corte di Cassazione esclude che il disturbo recato “per mezzo del telefono”, previsto dall’art. 660 c.p., possa estendersi all’ipotesi del disturbo a mezzo di corrispondenza elettronica, estensione che invece era stata operata dal giudice *a quo*. Infatti l’espressione “telefono” nel suo significato proprio si riferisce ad un preciso strumento di comunicazione che, dal punto di vista tecnico, osserva la Corte (e, si può aggiungere, anche in base alle ormai comuni conoscenze), è ben differente dallo strumento di cui si serve la posta elettronica, che utilizza non il telefono bensì solo la rete telefonica e cellulare. Inoltre, lo stesso “disturbo” che può recare il telefono, disturbo che si è costretti a subire non potendosi difendere se non tardivamente dopo aver risposto e ascoltato, spesso senza poter iden-

tificare l'interlocutore, è diverso dal disturbo recato dalla posta elettronica, che consente una preventiva selezione e permette generalmente di conoscere il mittente. Ne segue che l'espressione testuale "chiunque... col mezzo del telefono... reca... molestia o disturbo", considerata nel significato proprio delle parole nella loro connessione, cioè nel suo senso letterale, non include la molestia o il disturbo procurati via e-mail. Naturalmente questo significato letterale potrebbe essere suscettibile di interpretazione estensiva alla luce del criterio sistematico (come indicato nel punto *ii*), ma nel caso di specie nessuna considerazione tratta dal contesto normativo, *tota lege perspecta*, conforta una simile interpretazione. L'estensione compiuta dal giudice *a quo* eccede dunque il livello della semplice interpretazione e si configura piuttosto come un caso di estensione analogica: si è tacitamente assunta quale *ratio* l'idea generalizzata della punibilità, ai sensi dell'art. 660 c.p., della molestia o disturbo recati con *qualunque* modalità di comunicazione, generalizzazione priva di riscontri nel sistema legislativo (punto *iii*).

Suscita viceversa perplessità (e sembra configurare appunto l'ipotesi *iii*) la sentenza della S.C. che allarga la fattispecie della Legge 75 del 1958 relativa allo sfruttamento della "prostituzione", estendendo quest'ultimo termine fino a significare anche la esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali "espliciti". Ora, anche qui è da dire che il significato letterale di base può ben subire simili estensioni, ma alla condizione (di cui sub *ii*) che a ciò induca il criterio sistematico, ossia la rilettura del significato letterale alla luce dell'intero contesto legislativo, senza ulteriori sconfinamenti che spingerebbero l'estensione nell'ambito dell'analogia. In verità, la sentenza della Corte in un primo momento sembra volersi attenere a questo principio: quando afferma che quello di prostituzione è concetto squisitamente "tecnico" ed esclude che esso possa essere attinto a criteri di valutazione sociale. Ma poi non adduce alcuna argomentazione che mostri come siffatta nozione tecnicamente estesa alla "prostituzione" *on line* trovi sostegno nella realtà testuale, contestuale e logica della legislazione. Si limita a richiamare una conforme opinione giurisprudenziale di cui non chiarisce il fondamento. Non solo: poco appresso cerca lo "spirito" della legge e lo desume dal "comune sentire" secondo cui è un disvalore ogni uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo. Questa è una evidente generalizzazione (v. sopra punto *iii*) del significato letterale e sistematico di "prostituzione", generalizzazione che, con l'appello al comune sentire (ben diverso dal senso comune del pudore che non deriva da una estensione ma è testualmente richiamato dall'art. 529 c.p.) conferisce allo "spirito" della legge piuttosto il senso di una *ratio* e finalità che va

oltre la *voluntas legis* (cfr. sopra, § 2). Di più: da un lato questo richiamo al comune sentire è in aperto contrasto con la precedentemente esclusa rilevanza dei criteri di valutazione sociale, e dall'altro la generalizzazione che su simile base opera la sentenza ha un'ampiezza⁶ che sorpassa anche la sessualità *on line* e giunge alla non plausibile incriminazione di molte altre ipotesi. Perché restano certamente forme di "uso strumentale della propria sessualità", anche quando non sono oscene, p.e. i comuni spettacoli di spogliarello, più in generale tutti i numerosi casi in cui una persona si esibisce, direttamente in pubblico o con fotografie e filmati, in atteggiamenti diretti a destare, per l'altrui divertimento o per pubblicità, emozioni d'indole sessuale, e persino i casi di donne che si concedono in vista di non pattuiti ma presumibili futuri vantaggi (casi in cui sono immaginabili almeno forme di favoreggiamento). Tutte ipotesi, queste ed altre simili, che lo stesso evocato comune sentire, che spesso ne è normale fruitore, difficilmente riterrebbe meritevoli di sanzione per i protagonisti o per coloro che con ovvio compenso per sé organizzino tali spettacoli o agevolino con qualche profitto situazioni del genere. L'estensione del significato di "prostituzione" al caso delle esibizioni sessuali *on line* appare, dal mio punto di vista, distante dal significato proprio e prevalente del termine, non documentata nel contesto legislativo, non coerente nei parametri di riferimento e fondata su una generalizzazione di eccessiva latitudine: cosicché rimane non vinto, a mio avviso, il dubbio che si tratti di una estensione non compiuta per via di interpretazione ma di natura sostanzialmente analogica.

Ombretta Di Giovine

1. *Premessa deontica.* – All'interno della teoria generale del diritto, l'analogia è stata tradizionalmente considerata un *canone di interpretazione* oppure un *canone di integrazione* dell'ordinamento. La prima opzione presuppone l'esistenza di un sistema completo ed autosufficiente al cui interno l'interprete si limiterebbe a reperire, attraverso l'analogia, una norma già esistente; la seconda ipotizza l'analogia come strumento utile a colmare le lacune dell'ordinamento attraverso la creazione di norme nuove. Entrambe le concezioni dell'ordinamento giuridico sono assiologicamente orientate e dipendono dalla personale visione di chi le propone; di conseguenza, anche le due qualificazioni dell'analogia si sottraggono all'alternativa "vero o falso", prestandosi, più

⁶ Circa l'ampiezza delle ipotesi non è inutile tenere presente qui quanto detto sopra, nota 3.

modestamente, ad essere contrassegnate come coerenti o incoerenti rispetto alla premessa di partenza.

Ebbene, lo specifico del diritto penale consisterebbe nel fatto di sfuggire a tale dilemma, grazie ad una puntuale presa di posizione della Costituzione. La tassatività di cui all'art. 25 Cost. avrebbe delineato questo come un sistema a tutela *frammentaria*, nel quale la lacuna sarebbe soltanto apparentemente tale, traducendosi, a ben guardare, in una scelta a favore della *libertà* del cittadino. La nota massima per cui *tutto ciò che non è espressamente vietato è lecito* ipostatizzerebbe dunque la materia penale come idealtipo giuridico di stampo squisitamente positivistico, che non concede spazio all'esistenza di *lacune assiologiche*, viste come il portato di visioni giusnaturalistiche storicamente superate. L'opzione sarebbe stata insomma colmata *a monte* e una volta per tutte, assegnando alla conoscibilità del precetto penale (funzionale alla possibilità che il suo destinatario si autodetermini) la preferenza su ogni bisogno, preesistente o sopravvenuto, di tutela.

Esplicitando sul piano della teoria generale implicazioni logiche non sempre tratte dai penalisti, ci si potrebbe spingere a sostenere che il divieto di analogia (*in malam partem*) dipenda, in questa prospettiva, dall'inesistenza di vere lacune e dalla conseguente mancanza di spazio logico per operare integrazioni. Rappresentando ogni disposizione incriminatrice un'eccezione all'aurea regola garantistica della libertà, la prima parte dell'art. 14 disp. prel. c.c. (che richiama le leggi penali) dovrebbe essere ritenuta una ridondante specificazione della seconda (che pone il divieto per le leggi eccezionali). Anzi, a rigore, si dovrebbe ritenere l'analogia nemmeno ipotizzabile, poiché incompatibile sul piano logico con un sistema stipulativamente completo.

Quand'anche le cose stessero in questi termini, saremmo tentati di azzardare un rinvio all'esperienza dei *fratelli* diritto tributario e diritto amministrativo (tutti membri della famiglia giuspubblicistica), dove molte disposizioni le quali rispettivamente affermano la potestà impositiva dello Stato ed attribuiscono ad esso poteri di imperio erano dappprincipio ritenute *eccezioni alla regola della libertà* e come tali insuscettibili di estensione analogica, ma poi, nel tempo, hanno cominciato ad essere considerate (seppure con andamento casistico ed ondivago) necessari strumenti di regolamentazione, finché, ricondotte al modulo della fisiologia, si sono emancipate dal divieto.

Nessun allarme: crediamo che l'incriminazione sia ancora oggi, e debba restare, una deviazione dal principio della libertà e che ciò valga anche in rapporto a quella parte di sistema i cui precetti e le cui sanzioni hanno assunto una dimensione meramente simbolica.

La provocazione voleva, più modestamente, richiamare l'attenzione sulla relatività delle *Weltanschauungen* giuridiche e sulla difficoltà di sospendere il diritto penale in una dimensione atemporale. Come vedremo, d'altronde, esso dispone di mezzi più *sottili* per assicurarsi la sopravvivenza.

2. *Premessa pratica.* – L'idea che l'ordinamento penale sia completo è molto suggestiva, ma è soltanto una favola.

Le scelte confezionate dal legislatore non mostrano la nettezza che si pretende di ascrivere loro, e dunque nemmeno è mai pre-definito il confine tra lecito ed illecito. Sul piano sostanziale, sappiamo poi tutti che il sistema non è perfetto, rappresentando, per contro, il poco riuscito prodotto della caotica interazione di contingenze mutevoli e non controllabili. Le lacune di tutela esistono, eccome. Esse echeggiano, viepiù forti e/o distorte, nelle casse di risonanza mediatica, in grado di amplificare e, all'uopo, di creare bisogni di tutela *ad hoc*, anche contro evidenze scientifico-criminologiche dotate di solida base statistica. Il bene "libertà del cittadino" è ormai, spesso, uno sbiadito simulacro di se stesso: ideale rinnegato dalle politiche legislative di etichettamento criminale dei soggetti socialmente più deboli; locuzione altisonante e stantia in cui ammantare una invero prosaica pretesa di immunità a vantaggio di pochi privilegiati rispetto ad un apparato sanzionatorio peraltro sempre più sproporzionato per difetto alla gravità di alcuni fenomeni (soprattutto economici), quando non meramente declamato e simbolico.

In una situazione che reclama a gran voce un intervento di razionalità, costa crescente affanno continuare ad illudersi che questo debba, nel persistente convincimento che *possa*, essere realizzato dal legislatore senza la mediazione del giudice [sul ruolo di quest'ultimo, vd. da ultimo il confronto fra HASSEMER, HIRSCH e RÜTHERS, in *Criminalia* 2007, 73 ss.]. Al di là delle (manifeste) inadeguatezze dell'attuale sistema politico, e tentando di nobilitare il discorso mediante valutazioni teoriche, aggiungiamo come le fondamenta della riserva di legge si stiano miseramente sgretolando. In particolare, l'impianto teorico del principio è stato messo da ultimo in discussione dal *costituzionalismo multilivello*, che obbliga a prendere atto della giurisprudenza CEDU la quale, a sua volta, compendia la stretta legalità nella *prevedibilità dell'esito giudiziario*, assegnando, in definitiva, alla giurisprudenza un ruolo protagonista quando non esclusivo. La fiducia riposta nella riserva di legge e nel principio di stretta legalità è inoltre minata, ancor più in profondità, dal crescente divario tra il modello idealtipico della democrazia rappresentativa (da sempre più forma pura che realtà attuata) e le sue concrete modalità di funzionamento.

Ci sarebbe dunque quanto basta per cominciare a ripensare il sostrato teorico della legalità come tradizionalmente intesa, essendo francamente dubbio che le ragioni di una sua cieca difesa affondino soltanto nel timore di essere bollati come pericolosi eversivi della legalità penale (cosa che invero talvolta accade!). Più dell'esperienza dei regimi totalitari [scenario peraltro ancora di recente evocato da autorevole nostra dottrina. Per tutti, vd. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in RIDPP 2007, 1254 ss.], dovrebbe infatti allarmare il paradosso, in cui viviamo, di un'*anomia legislativa*: vale a dire, la resa incondizionata alla potestà decisionale di una plutocrazia (nazionale e sovranazionale) evidentemente poco illuminata (ma in compenso molto interessata), che tenta di consolidare il proprio potere rinverdendo il mito della capacità di trinceramento di norme pre-confezionate a livello legislativo. Respinta l'idea, troppo riduttiva, che la dottrina ravvisi oggi la propria missione scientifica nel sottoporre ad analisi critica la giurisprudenza perché la percepisce più vicina e dunque *influenzabile* (a fronte dei processi motivazionali legislativi, che si attuano invece al di fuori di ogni controllo reale da parte della cittadinanza), avanziamo un sospetto.

Azzardiamo che il bisogno di ripensare criticamente la legittimazione del divieto di analogia non sia avvertito in modo pressante per la ragione che tale divieto, pur essendo sancito in via formale, in realtà non esiste. E – aggiungiamo – forse non è mai esistito né potrebbe esistere. Pensiamo inoltre che se nessuno, nemmeno noi, si spinge ad ipotizzarne una formale caducazione, ciò accada in virtù della comunque relevantissima funzione simbolica di monito, di richiamo agli obiettivi di garanzia, che esso è ancora in grado di svolgere.

La nostra tesi è banale nella sua semplicità e si articola in pochi ed ormai notissimi passaggi: (almeno) l'interpretazione è fenomeno di cui non sembra più plausibile negare l'esistenza; non esistendo formule che consentano di definire, a priori ed in astratto, i confini semantici delle parole e quindi delle proposizioni, non ha senso distinguere tra interpretazione *restrittiva* ed interpretazione *estensiva* del testo [per primi, in Italia, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, p.g., II ed., Zanichelli, 1989, 102 ss.]; l'interpretazione – che è, cioè, interpretazione *e basta* – presuppone e nel contempo produce la comprensione del testo; tale comprensione avviene attraverso il confronto (per dissonanza o per assimilazione) con altri elementi, siano essi testuali o extratestuali, eventualmente fattuali: comunque rientranti nel bagaglio di conoscenze dell'interprete. Ove dunque non ci si voglia spingere a concludere che il procedimento interpretativo, in quanto conoscenza, coincide con l'analogia, va perlo-

meno ammesso che di questa si nutre. In tale prospettiva, appare incongruo contrapporre l'analogia all'interpretazione. Si tratta di cose diverse. L'analogia è *funzionale* all'interpretazione, in quanto strumento argomentativo di cui questa si avvale per perseguire un ideale di razionalità – la maggiore possibile e tendenzialmente oggettiva oppure oggettivabile – e non di completezza dell'ordinamento [come, per intenderci, nella prospettiva del giovane Norberto Bobbio, su cui GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio. "L'analogia nella logica del diritto"*, *Criminalia* 2007, 447], essendo ormai chiaro, almeno dal nostro punto di vista, che le lacune (che sono sempre assiologiche) possono essere valutate in un'ottica esclusivamente soggettiva.

Tutto ciò premesso, il punto diviene, allora: come distinguere l'analogia e dunque l'interpretazione *buone* da quelle *cattive*?

Bandendo ogni ipocrisia, dichiariamo da subito che a nostro avviso tale distinzione non è realizzabile, per lo meno nel senso che *non può essere irreggimentata entro schemi concettuali predefiniti*. Ciò ovviamente non significa che qualunque interpretazione sia plausibile e che non si possano operare distinguo nei casi concreti.

Le tipologie generiche di casi su cui il prof. Fausto Giunta richiama l'attenzione forniscono un interessante banco per mettere alla prova le nostre convinzioni e consentiranno di trarre brevi (per molti, deludenti) conclusioni sui criteri di valutazione degli esiti giudiziari.

3. *Prima tipologia: getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*. – Si è al cospetto di una delle casistiche più discusse nell'ambito del diritto penale [la trattazione più approfondita è in L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Jovene, 2008]. E già questo dato dovrebbe indurre a chiedersi se tanto interesse sia destato soltanto dai problemi che essa pone sul piano tecnico oppure anche da considerazioni ulteriori, attinenti alla dimensione della politica criminale, vale a dire, alla rilevanza dei beni in gioco ed all'adeguatezza della risposta sanzionatoria.

Proviamo ad invertire l'approccio solitamente adottato e muoviamo (piuttosto che dal testo dell'art. 674 c.p.) dal *fatto*. Questo consiste nella diffusione di radiazioni elettromagnetiche ad opera di alcune tipologie di impianti. Non sembra affatto irrilevante la circostanza (taciuta invece nei contributi dottrinali come anche nelle pronunce) che la dannosità di tali campi elettromagnetici non sia ancora scientificamente provata. Il che – come tutti sappiamo – non significa che i campi elettromagnetici siano innocui, ma che, allo stato, le evidenze scientifiche raccolte non sono ritenute sufficienti ad incardinare ipotesi

scientifiche (ovviamente formulabili in termini di correlazione statistica). Ciò, presumibilmente, dipende dalla base epidemiologica di tali prove: dal fatto cioè che siano *osservazionali*, fondate sullo studio di *classi di popolazioni* (i cui membri sono esposti a fattori causali concorrenti), non potendosi in questo ambito raccogliere più significative (e veloci) prove sperimentali. Ci muoviamo dunque nello spazio concettuale della *precauzione*.

Ciò premesso, il dibattito giuridico si concentra sulla questione se le radiazioni elettromagnetiche rientrino nel concetto di «cose» (nonostante siano *res qui tangi non possunt*) e se la loro emissione equivalga a «gettarle» (sebbene il termine sembri presupporre la preesistenza della cosa), come richiesto dalla contravvenzione in oggetto.

Francamente, troviamo la discussione non molto appassionante [ad onta dei virtuosismi semiotici, che spesso attingono addirittura alla poesia dantesca, come in Cass., I, 14.10.1999 oppure nella celebre pronuncia su “Radio Vaticana”, Cass., III, 13.5.2008].

Il linguaggio serve ad esprimere la realtà, ma nel contempo la costruisce. Non riteniamo quindi strano e tantomeno preoccupante (quel che è pacifico in qualunque trattazione di filosofia linguistica, e cioè) che le parole possiedano *tutte* (sebbene in diverso grado) i caratteri dell'*ambiguità* e della *vaghezza* e che quindi possano mutar di senso nel corso del tempo, a seconda dell'uso che se ne faccia come anche dell'intenzione che vi si attribuisca. In questa prospettiva, le diverse argomentazioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ci paiono tutte meritevoli, più o meno condivisibili, mai dirimenti.

Siamo invece incuriositi dalle tracce psicologico-motivazionali che percorrono il sottoterra delle pronunce e pensiamo che, per giudicare se una certa interpretazione sia o meno *buona*, possa rivelarsi più utile e corretto cercare di decodificarle apertamente, evitando la finzione di mantenere l'argomentazione su un piano meramente tecnico.

Nel caso di specie, diamo per scontato che la giurisprudenza muova dal proposito di ampliare la tutela della cittadinanza, facendosi carico di un bisogno, dal suo punto di vista (sospendiamo ogni giudizio personale), ancora non compiutamente recepito a livello legislativo. Reputa cioè inadeguata la risposta sanzionatoria, tutta giocata sul piano penale-amministrativo (a nostro avviso in generale sottovalutato), predisposta dalla l. 36/2001 (*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*) che, all'art. 15, commina (pesanti) sanzioni pecuniarie per il caso di superamento dei livelli consentiti di inquinamento elettromagnetico. E pensa quindi opportuno rinforzare tale tutela attraverso l'unica disposizione penale fun-

gibile allo scopo, anche se essa prevede una mera contravvenzione, oltretutto miseramente punita: appunto, l'art. 674 c.p.

A questo punto, tuttavia, i giudici si imbattono in un primo scoglio. Una volta sussunta l'emissione di radiazioni all'interno del *getto di cose* di cui alla prima parte dell'art. 674 c.p., devono decidere se, in presenza degli altri elementi richiesti, il reato possa configurarsi anche in relazione ad attività conformi a quanto stabilito nella legge, nei regolamenti o negli atti amministrativi che disciplinano le attività pericolose ma socialmente utili in discorso ovvero se il tipo legislativo presupponga il superamento dei limiti tabellari previsti nella normativa extracodicistica. Premesso che la locuzione «nei casi non consentiti dalla legge» compare nella (sola) parte finale di cui all'art. 674 c.p. (dove è punito chi «provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo»), optare per la prima soluzione, come pure ha fatto un orientamento, sarebbe equivalso a produrre una ingiustificata disparità di trattamento tra due situazioni assimilabili quanto a *ratio* e a tipologia criminosa, dando così luogo ad una irrazionalità interna all'art. 674 c.p. La giurisprudenza oggi dominante [v., da ultima, Cass. III, 9.1.2009] richiede dunque per entrambe le ipotesi la violazione della normativa extracodicistica, ma, per giungere a tale, prima, conclusione, è costretta a ricostruire la prima sottofattispecie come una specificazione della seconda. Ciò, nonostante il dato testuale che, con la disgiuntiva «ovvero», prospetta le due ipotesi come alternative.

Ecco però fraporsi un ulteriore, notevole, ostacolo al già periglioso cammino.

L'art. 674 c.p. è – innegabilmente – descritto in chiave di pericolo. La soluzione più lineare consisterebbe allora nel presumere quest'ultimo in virtù dell'avvenuto superamento delle soglie tabellari. Si noti, incidentalmente, che tale linea interpretativa sarebbe tutt'altro che pacifica, poiché equivarrebbe a riconoscere alle scelte *extra codicem* una consapevolezza riguardo al funzionamento dei meccanismi ed agli effetti dell'inquinamento elettromagnetico che non è realisticamente ipotizzabile sul piano scientifico (come si è detto, la *ratio* di tale normativa sembra piuttosto ricollegarsi ad una situazione di dubbio e risponde quindi alla logica della *precauzione*).

Non è comunque questa la ragione per cui la soluzione del pericolo presunto viene accantonata dalle ultime sentenze della Corte di Cassazione. Il motivo si lega all'espressa clausola di sussidiarietà del citato art. 15 l. 36/01, che censura l'illecito amministrativo laddove il fatto costituisca reato. Una volta stabilito che l'art. 674 c.p. presuppone la violazione dei limiti tabellari, a considerare il pericolo per ciò solo presunto, si produrrebbe una perfetta

coincidenza e dunque si sovrapporrebbe il tipo della contravvenzione e quello dell'illecito penale amministrativo. Il che significherebbe rendere applicabile soltanto la blanda pena del primo a scapito delle sensibili sanzioni del secondo, producendo così l'effetto *boomerang* di indebolire la tutela complessiva, piuttosto che rafforzarla. Per evitare tale effetto, ai fini dell'art. 674 c.p. la giurisprudenza richiede un *quid pluris*, e cioè la verifica *in concreto* di un pericolo ulteriore rispetto a quello insito nel superamento delle soglie massime consentite di inquinamento. Solo che non chiarisce adeguatamente in che cosa debba consistere tale pericolo.

È questo, a nostro avviso, un passaggio delicato, non sempre approfondito nelle trattazioni di questa tipologia generica di casi. Può l'allarme destato nella popolazione dal *sospetto* della dannosità dei campi elettromagnetici integrare l'elemento dell'attitudine ad «offendere» o «molestare persone» ai sensi dell'art. 674 c.p.? La Cassazione (giustamente) lo esclude: «ne deriverebbe che, di fatto, qualsiasi superamento dei limiti potrebbe integrare il reato purché si dimostri che vi sia stato qualcuno che avrebbe potuto essere esposto al campo elettromagnetico» e che perciò fosse preoccupato. «La detta idoneità deve avere natura oggettiva e non meramente soggettiva, deve essere obiettivamente verificabile e [...] di essa deve essere fornita una prova certa e concreta» [così, Cass. III, 13.5.2008, cit.]. Condizioni praticamente impossibili a realizzarsi, considerata la natura dei fenomeni in oggetto: ciò, nonostante la fattispecie sia costruita in chiave di pericolo e non di danno (difficile, allo stato, reperire anche solo semplici regolarità statistiche). D'altro canto, l'impressione che si trae leggendo le pronunce in oggetto è che l'elemento della pericolosità *in concreto* funga da *jolly* nell'economia argomentativa della Cassazione, consentendole, all'uopo, di *scaricare* sui giudici di merito l'onere di una verifica a dir poco impegnativa, senza tuttavia deporre formalmente il prestigioso vessillo della *massima tutela della vittima*.

Torniamo allora alla domanda che ci è stata posta nella nota introduttiva. Abbiamo già esposto le ragioni teoriche che ci impediscono di rispondere al quesito se si tratti di interpretazione (men che meno estensiva) ovvero di analogia: i due concetti non sono dal nostro punto di vista suscettibili di essere paragonati per differenza. Possiamo però (parzialmente) concludere che l'interpretazione della Corte di Cassazione pare arzigogolata (lo riconoscono in molti) ed alla fine, con ogni probabilità, anche inutile poiché, con riferimento a questa tipologia generica di casi, richiede una prova praticamente diabolica. Insomma, essa si rivela poco *coerente* rispetto al contesto – giuridico e non – di tutela, e dunque *non convince*. Per quel che ci riguarda, è insomma dubbio

che sia una *buona* interpretazione. Preme però sottolineare come a tale conclusione riteniamo non si possa pervenire attraverso l'analisi del significato dei lemmi *cosa* e *gettare* (che non si esclude possano comprendere anche le *onde elettromagnetiche* e l'*emissione*), bensì mediante una seppur rozza e sommaria analisi dei passaggi argomentativi del *discorso* svolto dagli organi giudiziari e dei loro possibili esiti.

4. *Seconda tipologia: prostituzione on line.* – Diciamo subito che, nella seconda tipologia generica di casi sottoposta alla nostra attenzione, vale a dire nello sfruttamento di prestazioni sessuali interattive *on line*, la *partita a punti* dell'interpretazione (secondo l'espressione del filosofo Brandom, ripresa in Italia da Damiano Canale) ci sembra invece vinta dalla Corte di Cassazione. Sul punto riteniamo necessarie poche note.

Ribadito una volta ancora come le parole non abbiano un'area semantica predefinita, ma che questa interagisce con la realtà con cui si confrontano (e questa, a sua volta, con le parole che concorrono a comporla), ci sembra che la situazione in oggetto fornisca un buon esempio di tale, positiva, capacità osmotica di autorigenerazione del sistema, illuminando il gioco della c.d. semi-illimitata e l'inarrestabile, continuo rinvio circolare tra *fatto* e *diritto*.

Il nucleo concettuale della prostituzione consiste infatti da sempre nel *mercimonio* della propria sessualità, e cioè nel sinallagma tra sesso ed utilità economica corrisposta *in suo cambio*. Non ci pare invece sia mai stato costitutivo del senso della parola il contatto fisico tra i soggetti di tale patto, contatto che in passato si atteggiava piuttosto a costante fattuale: insomma, ad accidente in senso aristotelico. Sicché non si vede per quale ragione la lettura tradizionale del tipo non possa essere oggi superata, per effetto del mutamento delle condizioni tecnologiche di contorno (o di contesto, che dir si voglia), le quali rendono ipotizzabili nuove modalità di scambio sesso/denaro.

Fermo restando dunque il detto *Kern* inespugnabile, il confine della locuzione "prostituzione" si dimostra variabile e sfugge al tentativo di definizione in chiave puramente *semantica*, implicando piuttosto un'operazione complessa di natura *pragmatica* al cui interno spicca l'uso che a partire da un certo momento venga fatto delle parole nonché – questo è l'altro punto rilevante – l'intenzione impressa alla proposizione linguistica complessiva: vale a dire, in termini penalistici, la *ratio* dell'incriminazione.

Ebbene, ci sembra che il *resettaggio* della fattispecie di sfruttamento della prostituzione, nel momento in cui ne aggiorna il contenuto, non ne modifichi la *ratio*, che continua ad essere colta nella tutela della persona e della sua libera

determinazione. Né produce effetti negativi in termini di coerenza del sistema.

Certo, è stato manifestato il fondato timore di una progressiva espansione dell'area applicativa del delitto di sfruttamento della prostituzione [C.F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Giuffrè, 2006, 530 ss., che per primo ha richiamato l'attenzione su tale tipologia di casi], ma questo rischio sembra dipendere dalla natura culturale del concetto di *atti sessuali*, piuttosto che dalla presa di posizione giurisprudenziale sulla specifica tipologia di casi in oggetto. Si sarebbe inoltre potuto opporre che il mutamento giurisprudenziale ha intaccato la conoscibilità del precetto. A questa obiezione sarebbe stato tuttavia plausibile replicare che: 1) non si è trattato di un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, dal momento che la situazione fattuale all'attenzione dei giudici era nuova e dunque non precedentemente indagata; 2) le pronunce susseguitesi in un breve volger di tempo, sebbene ancora poche e pertanto insufficienti a disegnare un *diritto vivente*, convergono sulla medesima conclusione e lasciano quindi presagire un veloce consolidamento giurisprudenziale; 3) in generale e comunque, (anche) l'adesione alla CEDU impone un sollecito confronto con l'idea (invero risalente) che la norma costituisca la risultante di diversi formanti e che quello giurisprudenziale rilevi quanto e più di quello legislativo, suggerendo tutt'al più l'urgenza di cominciare a studiare meccanismi che garantiscano l'imputato rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* da lui non prevedibili al momento della commissione del fatto (e si sa che le esperienze comparatiste non lesinano modelli ispiratori in questa direzione).

5. *Terza tipologia: molestia o disturbo alle persone ed e-mail.* – Se la *ratio* dello sfruttamento della prostituzione non ci sembra intaccata dall'estensione della sua portata a modalità di realizzazione un tempo inimmaginabili ed oggi invece tecnicamente possibili (oltre che usuali), diversamente accade con riferimento ad alcune applicazioni della *molestia o disturbo alle persone* (art. 660 c.p.).

Anche in questo caso il problema non sembra risolvibile sul piano puramente testuale.

Anche in questo caso i segni linguistici, calati nella realtà delle situazioni fattuali, rivelano potenzialità espressive sulla carta inimmaginabili (il che non è strano come potrebbe sembrare a prima vista; per tentare una spiegazione del fenomeno sarebbe interessante interrogarsi sulla natura e sulla funzione dei *frames* mentali, per definizione essenziali, ma tale indagine è preclusa dalle dimensioni del presente scritto). Siffatte potenzialità hanno consentito ad

alcuni giudici di ritenere che siano inviati «col mezzo del telefono», come richiede il citato art. 660 c.p., gli *sms* (il che è pacifico) ed addirittura le *e-mail* (qui occorre invece un piccolo sforzo argomentativo, ma l'immaginazione non è mai difettata alla giurisprudenza), dal momento che – si dice – la posta elettronica utilizza la rete telefonica ed in alcuni casi quella cellulare. Si potrebbe discutere – e si è (ahinoi) discusso – se la locuzione «col mezzo del telefono» possa comprendere l'uso della rete di telefonia, ma, a nostro avviso, sarebbe tempo sprecato.

Il punto è infatti un altro e, anche in questo caso, chiama in ballo apprezzamenti di sapore squisitamente sostanziale, inerenti alla *ratio* della contravvenzione: vale a dire al *senso*, piuttosto che al *significato*, della proposizione linguistica [ciò che, a nostro avviso, ne determina la tassatività. Sia consentito un rinvio a DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in RIDPP 2009, in part., 113 ss.].

Il *senso* della fattispecie si desume in prima battuta dalle condotte di *molestia* e di *disturbo* e consiste nel preservare la *tranquillità* della persona. In presenza di un bene così poco tangibile e soggettivamente apprezzabile (dunque poco determinato), il richiamo legislativo all'uso del telefono serve a selezionare il grado di offesa che il legislatore reputa penalmente rilevante per l'integrazione del tipo. Comprensibilmente, la scelta è ricaduta sui soli turbamenti arrecati mediante comunicazioni in forma *sincronica* (l'unica spiegazione a nostro avviso possibile del perché l'incriminazione non contempli ad esempio l'invio di missive). Se è dunque già poco plausibile ritenere tale *ratio* integrata dall'invio di *sms* [di tale avviso, invece, Cass. 26.3.2004], il requisito della sincronia evapora ulteriormente in quello di messaggi di posta elettronica che, come puntualmente osserva Cass. 17.6.2010, sono, perlomeno all'attuale stadio di diffusione tecnologica, equiparabili alla corrispondenza epistolare cartacea (anche la tipologia in oggetto offre un buon esempio di come il senso del divieto si specifichi nella *circolarità* tra diritto e fatto).

Un'interpretazione diversa da quella proposta dai giudici di legittimità tradirebbe le intenzioni della legge e non potrebbe essere dunque *coerentemente argomentata*. Ma – si noti – neppure qui avrebbe senso di parlare di analogia *vietata*, dal momento che dell'analogia mancherebbe un presupposto concettuale essenziale: vale a dire, l'*eadem ratio*.

6. *Conclusioni*. – Tirando le fila di questa breve rassegna, dall'analisi delle diverse tipologie di casi ci sembra di poter evincere che, finché tra il caso positivamente disciplinato e quello concreto sia rinvenibile un'analogia *ratio*,

possa (non debba) accadere che il senso e quindi l'area semantica delle parole si modifichino (ovviamente non senza limiti) e che ciò avvenga per via pragmatica, vale a dire, attraverso l'interazione, destinata ad attuarsi in modi diversi e a differenti livelli, tra parole e fatto (e viceversa). In questi casi, parleremo di *analogia interna* alla fattispecie, avendo presente che si tratta di un fenomeno fisiologico ad ogni forma di interpretazione e dunque anche a quella giuridica. Quando invece viene meno l'identità di *ratio*, le parole oppongono una insuperabile resistenza al cambiamento di senso. Se, ciò nondimeno, l'interprete non recede dall'applicazione della fattispecie, a rigore, non saremo al cospetto di un'analogia vietata, bensì di una *non-analogia* o di una *falsa analogia*, dell'analogia difettando la componente essenziale dal punto di vista concettuale, prim'ancora che giuridico.

Qualcuno si starà certo a questo punto chiedendo: bene, ma come si determina la *ratio* della fattispecie? Ovviamente, non crediamo esistano risposte certe neppure a tale quesito. Essendo anche l'individuazione della *ratio* una questione di interpretazione, torna in ballo un problema di *stipulazione convenzionale*, che passa attraverso la ricerca di coerenza tra valori e sconta la personale sensibilità di chi è chiamato al giudizio. La prima (la razionalità), a causa del venir meno di punti di riferimento determinato dalla crescente frammentazione culturale e quindi anche giuridica, si rivela un'impresa sempre più difficile ma pur sempre verificabile, entro certi limiti, attraverso l'analisi dei passaggi argomentativi; la seconda (la precomprensione) è invece di norma inespressa e dunque più ardua da individuare e decodificare [*amplius*, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006].

Quel che è certo è che la c.d. (in senso dispregiativo) vena creativa della giurisprudenza (ma molto ed autorevolmente è stato scritto sulla *bellezza* delle varie forme di interpretazione) non risponde semplicisticamente ad una spesso lamentata pulsione general-preventiva; non riflette cioè sempre un'opzione ideologica contrastante con quella del giurista liberale, che avrebbe invece a cuore le garanzie del reo. Essa esprime un'esigenza vitale ineludibile: l'esigenza che – pure qui in nome, guarda caso, della *libertà* – il diritto, anche quello penale, non finisca come l'asino di Buridano, e non perisca di inedia, nell'incisione se restare al rassicurante palo delle ipostatizzazioni positive o addentrarsi in lande ancora inesplorate, alla ricerca di biada più fresca.

Nicola Mazzacuva

1. Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche) 'interpretativa' dell'intervento punitivo.

Perché di questo anzitutto si tratta: l'attività interpretativa oggetto di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque estende il diritto penale legislativo.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal singolo tipo normativo.

Vecchie istanze riduzioniste del diritto penale vengono, così, contraddette assieme al principio di precisione che deve connotare la norma incriminatrice. Sembra essere davvero fuori tempo la (condivisibile) osservazione che rinvie nel principio di certezza anche l'esigenza che il sistema penale sia preciso e determinato nel suo complesso; che l'area dell'illecito penale sia contenuta e ristretta entro i limiti di fatti legislativamente descritti e rappresentati. Invero, quanto più si infoltisce la gamma degli illeciti penali, anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dall'illecito penale, nonché la tipologia dei comportamenti puniti.

Del tutto inattuale e scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro legittima) ovvero 'estensiva' in *favor rei*: oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite deplorablevoli soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'.

Il fenomeno costituito dall'interventismo penale applicativo trova ora un fondamento anche nella 'incertezza' dei nuovi tipi legislativi e nella (sempre più) evidente 'precarietà' della norma incriminatrice.

Si osserva, infatti, che l'idea illuministica della legge come norma stabile, della legge come codificazione dei valori e dei principi sarebbe decisamente tramontata: la norma, anche penale, nasce come un manufatto da elaborare, da verificare. Diventa sì vigente, ma viene poi affidata alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce già come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica [SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193].

Non credo, peraltro, che queste riflessioni possano legittimare una funzione creativa nell'ambito dell'interpretazione.

Se è vero, infatti, che (soltanto) le nuove disposizioni, e non il preesistente

nucleo essenziale e forte del diritto penale, risultano spesso costruite non su dati naturalistici bensì su elementi valutativi e giuridici, la cui tenuta va sperimentata nella prassi, è anche vero che proprio l'attività di verifica applicativa può arrestarsi, in ipotesi, davanti all'accertamento di una lacuna (di un difetto) della norma, senza necessariamente spingersi fino alla creazione di un precetto invero non contemplato.

D'altra parte, l'esigenza di certezza, tipica del diritto penale, sembra inevitabilmente riaffiorare nella società civile. Oggi si sostiene che il compito del cittadino non è tanto quello di informarsi per ottenere chiarezza: la nota impostazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 risulta, invero ed al momento attuale, troppo 'astratta'. La realtà, ben nota, segnala che, qualora si voglia approfondire un problema applicativo, all'esito dello studio la soluzione è sempre più incerta.

Il cittadino è, così, chiamato necessariamente ad una produzione giuridica secondaria, cioè a produrre certezza se la legge non la fornisce. Si tratta di un onere di creazione giuridica per riconquistare, in un certo senso privatisticamente e pattiziamente, la certezza della regola di comportamento.

E, infatti, si sviluppano protocolli di comportamento nei più svariati settori: protocolli o codici di condotta elaborati per sindaci di società, per medici, per banche; comitati etici, comitati deontologici, conferenze in cui gruppi di esperti cercano di raggiungere un accordo circa lo stato attuale della scienza in ordine alla pericolosità o meno di certe sostanze o di certe attività.

Nella ricerca della certezza che viene a mancare sembra riemergere con prepotenza quel diritto pattizio e convenzionale che ha contribuito alla nascita delle società aperte, libere.

Ecco allora un risultato del diritto penale incerto che è, al tempo stesso, un rifiuto dell'interpretazione creativa. Rinvenire altri canali, altri percorsi, altri strumenti per ritrovare certezza; non attendere l'intervento creativo in sede applicativa. Il cittadino è indotto a produrre certezza e a recuperare, tramite formazioni secondarie e settoriali, il necessario livello di prevedibilità operativa.

2. Rimane, peraltro, pur sempre molto delicato il rapporto tra legge (penale) e magistrato/interprete (penale) che non è solo il giudice, ma – per vero – sempre più spesso il pubblico ministero che segnala, già nella fase, divenuta ormai centrale, delle indagini preliminari, i nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si vede trasfuso (presente) nella norma incriminatrice di volta in volta considerata.

Al cospetto di tali tendenze si osserva (in dottrina) che non si dovrebbe

proprio anche solo «*affacciare l'idea di vietare l'interpretazione creativa*». Anzi una tale idea «*preoccupa perché, non essendo concepibile una tale ingenuità ... quel grottesco divieto... rivela un diffuso senso di diffidenza, se non di ostilità, verso il crescente sbilanciamento del rapporto legge/giudice a favore del secondo*».

Soltanto il giudice penale sarebbe, invece, il soggetto *garante* del rispetto di un valore davvero fondamentale: quello «*della "giustizia" – oltre e più di quello della "prevedibilità" – della decisione giudiziale. "Giustizia", nel senso di corrispondenza della decisione alle attese delle parti in causa, della comunità giuridica e della comunità in genere*». Anche «*il rischio che la conseguente esaltazione del momento applicativo della norma degeneri in una incontrollata invasione di campo degli organi giudiziari*» troverebbe «*un almeno parziale antidoto nelle garanzie ordinamentale e procedimentale, rispettivamente, della assoluta imparzialità autonomia e indipendenza dell'organo decidente e del metodo del contraddittorio*».

Così, esplicito è l'invito conclusivo a «*chi non cede all'incantesimo delle vecchie mitologie, a rimanere tuttavia pensoso dinanzi ai nuovi contenuti della legalità e alla nuova complessità del rapporto legge/giudice, senza indulgere a rinnovati misticismi*» [si tratta di osservazioni di PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (a cura di INSOLERA), Bologna, 2005, p. 90].

Gli argomenti di riflessione sono, in effetti, molteplici.

Da un lato, anche gli ultimi strumenti 'normativi' in ambito internazionale [ad es.: lo Statuto di Roma entrato in vigore il 1 luglio 2002 ovvero il Progetto del *Corpus Juris* 2000] sembrano attribuire ancora credito a legalità e tipicità; dall'altro, più lievi e domestici interventi legislativi, che hanno introdotto soglie quantitative di punibilità (in materia tributaria e societaria ovvero in tema di usura), si collocano proprio nella prospettiva di conferire certezza 'anticipata' al diritto penale. Senza, cioè, affidarsi alla buona interpretazione giudiziale, senz'altro necessaria, invece, in presenza di una norma 'aperta' perché costruita su parametri generali ed elastici.

Superfluo osservare, poi, come la dialettica politica (e, cioè, proprio il confronto parlamentare – ma non solo! – tra opzioni di politica criminale anche radicalmente diverse) risulta ancora – forse non tanto per l'ingenuo giurista affetto da 'sudditanza' legislativa, quanto per il vero e proprio 'suddito' – il miglior contraddittorio possibile a fronte dell'amministrazione di un potere: anche di quello giudiziario (e di quello esercitato dagli organi inquirenti).

3. I casi particolari segnalati richiamano all'evidenza il problema (generale) delle 'lacune' normative.

Occorre rammentare, anzitutto, come esse siano talvolta il frutto di scelte ponderate del legislatore, che ha inteso fare un uso 'selettivo' della sanzione penale (si parla in questo caso di *lacune 'originarie'*); altre volte (*lacune 'derivate'*) sono, invece, il riflesso di mutamenti della realtà sociale o di evoluzioni tecnologiche, intervenuti successivamente all'emanazione delle norme incriminatrici: con conseguente emersione di nuovi fenomeni, non previsti, né prevedibili dal legislatore, e che non si lasciano ricondurre a nessuno dei possibili significati delle parole impiegate nella legge.

In ogni caso, qualunque sia l'origine della lacuna, *«il solo potere legittimato a colmare la lacuna, compiendo la scelta politica di reprimere certi fatti con l'arma della pena, è il potere legislativo: il solo legislatore potrà o ripensare la scelta "selettiva" iniziale, ampliando l'ambito di applicabilità della norma, ovvero – come è spesso accaduto nel nostro ordinamento, in tempi lontani e in tempi recenti – potrà coniare nuove incriminazioni da modellare sui nuovi fenomeni»* [si tratta di rilievi, a mio avviso inconfutabili, di MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, III ed., Milano, 2001, 125].

Diversamente opinando e attribuendo al giudice penale un ruolo creativo, i confini tra lecito ed illecito non risultano fissati in via preventiva e astratta dal legislatore, ma sono individuati, *ex post* e caso per caso, dal singolo interprete che contribuisce a formare la giurisprudenza.

Mi sembra, così, tuttora (senz'altro) condivisibile l'osservazione secondo cui *«la violazione del principio di precisione contraddice in definitiva il principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di invadere lo spazio riservato al legislatore»* di modo che *«lo Stato delle leggi rischierebbe di trasformarsi in uno Stato dei giudici»* [così, ancora, MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 119, che si richiamano al passaggio, tra i due tipi di Stato, auspicato già da MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richtersstaat*, 1957].

Con l'ulteriore complicazione che non solo il giudice, ma la stessa polizia giudiziaria (come ormai sempre più spesso accade) diverrebbe protagonista di un'attività creatrice di norme: *«ricercerebbe prove della sussistenza di reati la cui definizione verrebbe lasciata al suo arbitrio; un analogo arbitrio caratterizzerebbe inoltre l'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero»* (MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 122).

Anche e proprio tali (possibili) attività creatrici rendono non convincenti i correttivi che si sono andati delineando nei più diversi ordinamenti. Ad esempio, nella giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo (CorteEDU) ven-

gono comunque valorizzati i contenuti “basici” e “astorici”, ossia l'*accessibilità* (*accessability*) e *prevedibilità* (*predictability*) del comando legale con la conseguenza che anche nell'ipotesi in cui il precetto sia di derivazione giurisprudenziale esso deve essere *foreseeable e predictable*, cioè deve rispettare dei criteri in cui le esigenze di certezza legale si compenetrano con istanze di colpevolezza/conoscibilità da parte dei consociati.

In altri termini, la possibile ‘anomalia’ delle fonti, che si dipanano tra legge (*statutory law*) e giurisprudenza (*judicial law*), viene normalizzata attraverso una sua riconduzione alle (ed un adattamento delle) relative garanzie. Così, quanto ai corollari del *nullum crimen*, e al loro ambito applicativo, è affermazione consueta che la garanzia dell'irretroattività si applica anche al diritto giurisprudenziale e, in particolare, tanto alla nuova interpretazione giurisprudenziale su una normativa oscura, quanto al mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile (il cd. *overruling* con effetti *in malam partem*), perché entrambe le ipotesi possono essere equiparate all'introduzione di un nuovo precetto normativo.

Ed un tale correttivo si profila anche nella nostra giurisprudenza. Secondo una recente pronuncia delle Sezioni Unite [n. 18288, 21 gennaio-13 maggio 2010] i principi generali di garanzia che governano il sistema penale escludono che una diversa e nuova interpretazione di una norma incriminatrice possa operare *contra reum*.

Si vuol far riferimento, in particolare, al concetto di *legalità materiale* che esprimerebbe contenuti garantistici per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione: concetto che verrebbe ad inglobare sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale «*riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo*». Si tratterebbe di una relazione di tipo concorrenziale «*tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dall'analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa*».

Si tratta, appunto, del riconoscimento (anzi di un ulteriore conferma) del cd. ‘diritto vivente’, quale vera e propria fonte ‘normativa’ in materia penale.

Ma non solo.

Si vuol meglio definire la ‘struttura’ della nuova fonte che viene ad acquisire una particolare forza non sul piano quantitativo, ma sotto il profilo «*quali-*

tativo del grado delle funzioni rivestiti dall'Autorità giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa»: venendosi, così a collocare al vertice della gerarchia delle fonti (interpretative) proprio l'orientamento (eventualmente) paleato dalle Sezioni Unite.

4. I casi problematici segnalati nella nota introduttiva non si sottraggono all'odierna riflessione: il diritto positivo manifesta (ad avviso dell'interprete) un vuoto di tutela che *deve* essere colmato in via interpretativa.

Con riguardo al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico, la norma incriminatrice chiamata a scongiurare la possibile irrilevanza penale del fatto viene individuata, appunto, nell'art. 674 c.p. in tema di getto pericoloso di cose.

Non è certo il caso di esaminare i singoli (e, per vero, molto articolati) passaggi argomentativi che sono addotti a giustificazione della dilatazione interpretativa del precetto criminoso.

Basta osservare come si giunga ad una vera e propria 'lacerazione' del «*limite letterale che le parole, con cui il legislatore ha descritto il fatto tipico, impongono nell'articolazione della proposizione normativa complessivamente considerata*» [così GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice*, CP, 2009, 983].

Pare, in effetti, evidente come nel fatto descritto ('*getto di cose*') non possano essere sussunte, mediante un'interpretazione solo 'estensiva', la creazione, l'emissione e la propagazione di onde elettromagnetiche.

Tale specifica condotta non sembra, infatti, potersi, in chiave di supplenza giudiziale, ricondurre «*all'ambito semantico della norma, ancorché estensivamente inteso, in quanto il sostantivo 'cosa' interpretato congiuntamente al verbo 'gettare' di cui costituisce il complemento oggetto, indica un'entità ontologicamente diversa dall'energia elettromagnetica, che, per quanto dilatata al massimo delle sue possibilità di espansione, non può giungere a comprenderla*».

L'enunciato normativo, attraverso ciascuno dei termini che lo formano (getto, "versamento" e "cosa"), delimita un certo gruppo di accadimenti, che può considerarsi tipico rispetto alla fattispecie legale, e il caso concreto (emissione di onde elettromagnetiche), che viene ricondotto alla norma incriminatrice tramite la sua interpretazione estensiva, invece, non rientra nell'ipotesi astratta configurata dal legislatore» [così Gizzi, *op. cit.*, 984].

E si va al di là di ogni possibile interpretazione estensiva proprio perché, in effetti, si è costretti a dilatare il concetto di '*getto*' fino ad assicurare ad esso

anche la dispersione, nell'ambiente circostante, di sostanze nè solide, nè liquide; così come il concetto di 'cosa' viene esteso sino a rendere possibile la sussunzione nel termine legislativo di entità prive di forma tangibile e corporale. Risulta, in definitiva, evidente come si oltrepassino i limiti imposti, dalla lettera della legge, nella descrizione del fatto costituente reato finendo, così, per applicare una norma incriminatrice fuori dai termini 'precisi' di riferimento così come linguisticamente delineati dal legislatore.

Risulta, poi, davvero peculiare il contrasto di vedute tra 'legislatore' ed 'interprete' nella lettura della norma incriminatrice di riferimento (art. 674, prima parte, c.p.). Infatti, già al momento dell'entrata in vigore del codice penale, il legislatore ritenne necessario introdurre un'apposita variante incriminatrice allo scopo di attribuire rilievo alla diffusione, propagazione ovvero emissione di sostanze diverse dai corpi solidi e liquidi. La seconda parte dell'art. 674 c.p. contempla, infatti, una nuova ipotesi di getto pericoloso di cose, costituita dal fatto di colui che provoca emissioni pericolose per l'incolumità delle persone [il codice Zanardelli, all'art. 475, si limitava, invece, a punire il getto e il versamento pericolosi di cose]. La previsione di una nuova norma incriminatrice con riguardo alla condotta consistente nel provocare emissioni denota così, in modo ancora più evidente, che le nozioni di getto e di versamento non possono essere estese fino a ricomprendere la propagazione o la diffusione di determinate sostanze nello spazio aereo circostante.

Il secondo caso segnalato nella nota introduttiva chiama in causa il diritto penale legislativo introdotto (nel 1958) con la legge Merlin, avente ad oggetto "*l'abolizione della regolamentazione della prostituzione e la lotta contro lo sfruttamento della prostituzione*".

Mi sembra del tutto condivisibile l'opinione che attribuisce alla normativa penale all'epoca lo scopo di contrastare l'attività di prostituzione intesa (unicamente) come 'rapporto sessuale a pagamento'; come fatto, quindi, che contempla un contatto fisico tra i soggetti coinvolti con l'ovvia necessità della contestuale presenza degli stessi in un medesimo luogo.

Se questo è il «nucleo» del concetto di prostituzione – secondo un uso corrente convalidato anche dalla più tradizionale giurisprudenza – nulla sembrerebbe vietare in linea di principio (sulla base di un'interpretazione estensiva) di includervi casi per così dire «anomali», in cui la prestazione – così come ritenuto dalla Cassazione – consista, per esplicita richiesta del cliente presente *in loco* (che pur avrebbe la possibilità di intrattenere un contatto sessuale diretto), nel mero compimento di atti sessuali su se stessa da parte della persona che si prostituisce.

Ad un'ulteriore estensione del termine – tale da ricomprensivarsi sia le ipotesi in cui, per le stesse modalità con cui la prestazione viene resa, il cliente non è autorizzato o compiere atti sessuali con l'intrattenitrice, sia le ipotesi in cui per la particolare tipologia del mezzo usato o per barriere fisiche eventualmente esistenti, tale possibilità sia materialmente esclusa – sembra opporsi [in questo senso BORGOGNO, *La prostituzione 'a distanza' in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in CP, 2005, 3493] il dato sistematico rappresentato dalla compresenza della fattispecie di cui all'art. 528 c.p. (in tema di spettacoli osceni), la cui applicazione ben potrebbe essere invocata anche nel caso di specie (così come del resto suggerito da nota giurisprudenza di merito).

In effetti, si dovrebbe proprio riflettere «*se, di fronte a casi in cui, più che l'aspetto della «prestazione sessuale» (che richiama appunto – sotto il profilo semantico – la condotta di chi «concede», «mette a disposizione» il proprio corpo per procurare al «cliente» una soddisfazione sessuale), predomina l'elemento «spettacolare» o di «esibizione» del proprio corpo (tanto che viene escluso, in partenza, il compimento di atti sessuali fra prostituta e cliente), l'interprete non debba privilegiare, ragionando sul piano sistematico ed applicando il principio del favor rei, quella lettura restrittiva del concetto di «prostituzione» che è imposta dall'esistenza stessa dell'art. 528 c.p.» (così BORGOGNO, *op. cit.*, 3503).*

L'ultima (più modesta) ipotesi concerne la configurabilità o meno della contravvenzione in tema di molestie telefoniche nell'ipotesi di inoltro di corrispondenza elettronica sgradita e tale da provocare turbamento ovvero fastidio.

In questo caso l'interpretazione giurisprudenziale non ritiene configurabile il tipo punitivo osservandosi che vi è differenza (non colmabile) tra la 'telefonia', che consiste nella teletrasmissione in modalità sincrona di voci e suoni, e la corrispondenza elettronica che si risolve in una modalità di comunicazione asincrona non comportando un'immediata interazione tra il mittente e il destinatario, nè alcuna intrusione del primo nella sfera di attività del secondo. Per tale motivo si afferma espressamente che la norma incriminatrice (appunto l'art. 660 c.p.) deve essere letta restrittivamente.

Soluzione interpretativa del tutto corretta ma che, a mio avviso, dovrebbe essere sempre adottata ogniqualvolta, appunto, si profili un contrasto ermeneutico in grado di determinare un'estensione del precetto punitivo.

Forse (ma solo a mo' di provocazione) il canone del *favor rei* (in tutte le sue possibili manifestazioni) dovrebbe proprio valere anche nella fase interpretativa: il solo fatto che si possano profilare diverse soluzioni applicative

connesse a possibili diverse letture della norma incriminatrice dovrebbe in ogni caso far propendere il giudice verso quella più restrittiva: o, meglio, non verso quella 'estensiva', proprio per evitare all'autore un'applicazione sfavorevole che porta, alla fine, alla pronuncia di una condanna penale.

Vito Velluzzi

1. *Premessa.* – I tre casi sollecitano molteplici considerazioni ed alcune debbono essere premesse alle soluzioni che si intendono proporre, ciò al fine di far comprendere al lettore su quali basi di teoria dell'interpretazione e di lettura del dato positivo poggiano le conclusioni raggiunte. Le considerazioni che fungono da premessa riguardano: a) il modo di intendere l'interpretazione giuridica e il ragionamento analogico nel diritto; b) la configurazione di un criterio utile a distinguere le operazioni schiettamente interpretative da quelle analogiche; c) le differenti valutazioni dei punti precedenti che possono essere fatte a seconda della concezione della legalità penale che si assume.

Delineati i tre punti appena menzionati si dovrà applicarne con coerenza i contenuti ai casi in discussione, bisognerà, cioè, capire a quali soluzioni conduce la messa alla prova sul campo di quanto indicato.

a) È tanto banale quanto necessario ribadire che l'ampiezza del ruolo dell'analogia nel diritto dipende dalla teoria dell'interpretazione che si adotta. Chi scrive sostiene una teoria moderatamente scettica per ciò che concerne l'interpretazione giuridica. Lo scetticismo moderato afferma che per ogni enunciato normativo vi sono più interpretazioni possibili e l'ambito delle soluzioni interpretative è delimitato. L'attività interpretativa è, dunque, discrezionale, si sostanzia in una scelta, ma il prodotto dell'interpretazione di un certo enunciato normativo è tale solo se determinato all'interno di un lotto di significati delimitati¹. Ovviamente vi sono differenze non trascurabili tra i sostenitori dello scetticismo moderato in ragione del criterio che si ritiene idoneo a delimitare l'ambito delle soluzioni interpretative per un dato enunciato normativo. Su questo aspetto si tornerà tra poco. È importante anche segnalare la possibilità di distinguere tra interpretazioni possibili e interpretazioni ammissibili: possono esservi, infatti, risultati interpretativi possibili sul piano linguistico ma inammissibili sul piano giuridico. Non tutti gli esiti interpretati-

¹ Più diffusamente V. VELLUZZI, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta" (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2588-2598.

vi riconducibili al significato di un enunciato normativo sono per ciò solo accettabili sul piano della loro plausibilità giuridica. Ovviamente la distinzione tra significati possibili e significati ammissibili di un enunciato è sensata soltanto se i criteri di individuazione dei due insiemi sono diversi.

Il ragionamento analogico è così caratterizzato: si assegna ad una classe di casi il medesimo trattamento giuridico stabilito da una norma (cioè da un enunciato interpretato) per una diversa classe di casi. L'equiparazione del trattamento avviene poiché le due classi di casi vengono valutate differenti in maniera irrilevante e simili in maniera rilevante². Lo snodo è costituito dal criterio di apprezzamento delle somiglianze e delle differenze e dalla sua corretta applicazione.

Riassumendo: l'interpretazione determina il significato degli enunciati normativi; l'analogia estende la conseguenza giuridica prevista da una norma (un enunciato normativo previamente interpretato) ad una classe di casi da essa non regolata, bensì differente in maniera irrilevante e simile in maniera rilevante alla classe di casi da essa regolata.

All'interno di questo quadro il sintagma "interpretazione estensiva" designa un prodotto interpretativo, ossia la determinazione per un enunciato normativo di un significato più ampio rispetto al significato determinato in precedenza per il medesimo enunciato normativo³. Seguendo lo scetticismo moderato qui condiviso è possibile distinguere estensioni interpretative ed estensioni *non interpretative*, estensioni, queste ultime, che non costituiscono un esito interpretativo che possa essere considerato un significato di un certo enunciato normativo. In questa direzione è da sottoscrivere l'osservazione di Fausto Giunta contenuta nell'introduzione alla discussione secondo cui la nozione di interpretazione estensiva può apparire "un non senso", perché o ci si trova d'innanzi ad un esito interpretativo ed allora è irrilevante che sia estensivo,

² Questa definizione richiama le tesi sull'analogia giuridica sostenute da L. GIANFORMAGGIO, *Analogia* (1986), ora in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI, V. VELLUZZI, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 131-147; al fine di evitare appesantimenti del discorso si tratta soltanto della cosiddetta analogia *legis*. Per approfondimenti sull'analogia giuridica si rinvia ai materiali raccolti in *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. PELLICCIOLI, V. VELLUZZI, Ets, Pisa, 2011.

³ L'espressione "significato più ampio" è in grado di indicare sia un ampliamento della denotazione, vale a dire della classe (dell'insieme delle cose indicate da un vocabolo), sia un ampliamento della connotazione, vale a dire delle caratteristiche o proprietà comuni a tutte le cose indicate da uno stesso vocabolo. È opportuno rammentare che designando l'interpretazione estensiva un risultato essa muove da una determinazione di significato precedente e l'estensione può essere compiuta per mezzo di svariate tecniche interpretative.

oppure si ha a che fare con un esito non interpretativo ed allora è fuorviante denominarlo interpretazione estensiva.

b) L'adozione dello scetticismo moderato consente, dunque, di distinguere attività e risultati interpretativi da attività ed esiti che interpretativi non sono.

Tuttavia, vi si è già fatto cenno, un certo significato può essere considerato o meno un significato di quel particolare enunciato normativo in virtù del criterio usato per delimitare l'ambito dei possibili significati dell'enunciato normativo stesso. Come si è già avuto modo di scrivere: "Lo scetticismo o realismo interpretativo moderato è, però, più che una teoria, un contenitore di teorie. Guardando dentro il contenitore si scopre che le teorie in esso contenute convergono nel sostenere che per ogni enunciato normativo è determinabile più di un significato, convergono pure nel sostenere che l'ambito dei significati è, per così dire, finito, ma divergono nell'indicazione del criterio capace di determinarlo"⁴. Volendo sintetizzare le posizioni in campo se ne possono delineare due principali: la prima individua l'ambito dei possibili significati per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo; la seconda fissa i paletti degli esiti interpretativi facendo ricorso alle tesi dogmatiche (sovente presupposte dai giuristi) e ai giudizi di valore formulati o sottintesi da chi interpreta. Secondo la prima tesi, ci si muove in ambito interpretativo (delle interpretazioni possibili) se per mezzo delle tecniche, delle tesi dogmatiche e di ogni altro strumento abitualmente usato dagli interpreti si resta all'interno della cornice delimitata dalle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo sottoposto a interpretazione⁵. Per la seconda tesi, i criteri destinati a tracciare il confine dell'interpretazione sono molteplici ed è solo dalla loro congiunta applicazione che si può distinguere, in un dato momento e per un certo enunciato normativo, un risultato interpretativo da un risultato che interpretativo non è⁶.

Bisogna ora riprendere un'affermazione fatta in apertura, ovvero che non è problematica soltanto la questione della scelta del criterio necessario a tracciare la cornice, ma è altrettanto rilevante la questione dell'applicazione del criterio. Se si scegliesse un criterio che non fosse mai, o quasi mai in grado di

⁴ Cito solo per pigrizia dal mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *questa Rivista*, 2008, p. 494.

⁵ Su come questa tesi sia compatibile con la presenza nel lessico del legislatore di termini tecnici e tecnicizzati mi permetto di rinviare ancora al mio saggio di cui alla nota precedente.

⁶ Seguendo questa impostazione v'è coincidenza tra significati possibili e significati giuridicamente ammissibili. Forse giova puntualizzare che tutto il discorso che si sta conducendo nel testo scorre sul piano sincronico.

assolvere il proprio compito, proseguire nel propugnarlo sarebbe del tutto infruttuoso. Tuttavia è ragionevole sostenere, anche se in maniera un po' apodittica visto lo spazio a disposizione, che le regole riguardanti la semantica e la sintassi della lingua, per quanto talvolta di disagiata accertamento, mutevoli e in taluni casi di incerta applicazione, garantiscono una comunicazione efficace e consentono di individuare sovente, se non proprio sempre, situazioni riconducibili nell'ambito di significato di un enunciato e (soprattutto) situazioni che non sono riconducibili nell'alveo di significato di un enunciato. Ciò fa di questo criterio uno strumento spesso utile, per quanto talvolta il suo grado di utilità si affievolisca.

c) Orbene, quale dei due scetticismi moderati meglio si addice a soddisfare le esigenze della legalità penale? Anche in questo caso dipende dal modo di intendere la legalità penale. Se si intende la legalità penale in senso stretto o strettissimo, la norma di chiusura del microsistema penale per cui (si perdoni la semplificazione) "tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito" andrebbe integrata con le seguenti parole: "in caso di dubbio se un comportamento sia riconducibile ai significati possibili, bisogna preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento". La legalità penale così configurata funge da criterio meta-interpretativo per risolvere le questioni interpretative dubbie, ovvero le questioni sul se un certo esito sia interpretativo o non lo sia. Anche da non periti del diritto penale l'adozione della prospettiva della legalità penale in senso stretto o strettissimo pare in sintonia con il dato normativo vigente (in particolare con l'art. 1 c.p. e 25, comma 2, cost.).

Ecco un altro interrogativo che vale la pena porre e risolvere per poter rispondere pure alla domanda posta all'inizio di questo punto: riguardo a quale criterio di demarcazione dell'ambito dei significati possibili può sorgere il dubbio della sua applicazione? Un abbozzo di risposta. Il diritto penale può considerarsi un'impresa sensata solamente se mira a farsi capire dai soggetti dei quali vuole scoraggiare taluni comportamenti. Si sa bene che questo non è l'unico scopo del diritto penale, ma si sa pure che è uno dei suoi scopi irrinunciabili. In ambito penale, dunque, non si può configurare una legalità ad uso e consumo esclusivo o prevalente del ceto dei giuristi (in senso ampio), ma il dato testuale, nella sua articolazione semantica e sintattica, costituisce lo spazio di manovra all'interno del quale gli aspetti tecnici e pragmatici del diritto penale giocano il loro ruolo⁷. In campo penale, dunque, il dato testuale

⁷ Tralascio le pur importanti implicazioni di redazione degli atti normativi che il mio discorso comporta.

non è il solo o necessariamente il più rilevante degli elementi dell'interpretazione, ma non è mai irrilevante, costituisce il campo all'interno del quale l'interprete è tenuto a muoversi. Per queste ragioni il primo tipo di scetticismo interpretativo moderato si rivela preferibile.

Le conseguenze di quanto si è detto sono principalmente quattro: 1) lo scetticismo interpretativo moderato nella sua versione che individua lo strumento idoneo a delimitare le interpretazioni possibili nelle regole semantiche e sintattiche della lingua, ben si presta a soddisfare le esigenze "comunicative" del diritto penale, poiché fa del testo normativo il punto di partenza e il punto di arrivo del processo interpretativo. 2) Se si adotta la concezione della legalità penale in senso stretto o strettissimo d'innanzi a difficoltà o dubbi nell'applicazione del criterio si dovrà concludere per la non tipicità del fatto. 3) Considerazioni di tipo dogmatico, sistematico, teleologico (prima denominati aspetti tecnici e pragmatici del diritto penale) servono ad accreditare o a screditare esiti interpretativi che non oltrepassano la cornice: assolvono il loro compito soltanto se accreditano o screditano interpretazioni possibili giudicandole o meno giuridicamente ammissibili. 4) La nozione di interpretazione estensiva si riferisce ad un esito interpretativo diverso e più ampio rispetto ad una interpretazione precedente dello stesso enunciato normativo, ma non dice nulla più di questo, per cui, sulla scorta di quanto si è scritto sin qui essa potrebbe designare in via alternativa: interpretazioni che restano all'interno di quelle possibili e giuridicamente ammissibili, cioè sostenute da adeguate ragioni giuridiche; interpretazioni possibili ma giuridicamente non ammissibili, cioè non sostenute da adeguate ragioni giuridiche; estensioni che oltrepassano i possibili significati e che quindi non sono interpretative.

2. *Analisi dei casi.* – Dopo questa lunga (ma necessaria) premessa si possono esaminare i tre casi oggetto di discussione.

Per primo il caso delle molestie. Si tratta di un caso nel quale il problema di distinguere analogia e interpretazione estensiva non si pone. Vediamo perché. La Corte di Cassazione ha ritenuto di dover escludere che il fatto criminoso descritto dall'art. 660 c.p. fosse integrato dall'invio di un messaggio di posta elettronica. In particolare i giudici affermano che "... non coglie nel segno l'argomento del giudice di merito secondo il quale la e-mail viene inoltrata col mezzo del telefono... la posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono, né costituisce applicazione della telefonia che consiste, invece, nella teletrasmissione, in modalità sincrona". Ad onor del vero non convince il passaggio che ritiene non

riconducibile l'invio di e-mail nell'ambito dei significati attribuibili all'inciso "col mezzo del telefono" di cui all'art. 660 c.p. Non pare una forzatura e così problematico affermare che il significato della parole "col mezzo del telefono" è in grado di riferirsi pure all'invio di e-mail, il problema è, piuttosto, se l'invio di e-mail col mezzo del telefono leda l'interesse protetto dalla fattispecie penale. La stessa Cassazione, infatti, sottolinea che il comportamento tenuto per poter essere penalmente rilevante deve determinare molestia o disturbo grazie ad una modalità comunicativa realizzata col mezzo del telefono in via sincrona e non asincrona. Per cui siamo d'innanzi ad una interpretazione compiuta sulla base di valutazioni teleologiche riguardanti l'offensività del comportamento tenuto che non sfrutta tutte le potenzialità semantiche e sintattiche del testo. Se si tratti di valutazioni convincenti spetta stabilirlo ai cultori del diritto penale e non ad un filosofo del diritto, in questa veste ricordo che opera qui la tecnica della dissociazione o della riduzione teleologica: all'interno della classe "molestia arrecata col mezzo del telefono" si distinguono due sottoclassi, la molestia sincrona e quella asincrona, associando soltanto alla prima la conseguenza giuridica prevista. Forse non è un caso che una delle massime tratte dalla sentenza in esame esordisca così: "In materia di molestie private l'art. 660 c.p. deve essere interpretato restrittivamente"; in effetti la Cassazione propone una soluzione interpretativa riguardante una classe di casi meno ampia della classe di casi riconducibile all'interpretazione censurata dalla stessa Corte.

Una parola va spesa per la menzione nella sentenza dell'interpretazione estensiva. Su questo versante i giudici di legittimità trattano (inconsapevolmente?) dell'interpretazione estensiva riferendola ad una interpretazione possibile sul piano linguistico ma inammissibile sul piano giuridico. Il ragionamento analogico, quindi, non viene in causa e l'intero discorso è condotto all'interno dei possibili significati del testo normativo.

Per secondo il caso del getto pericoloso di cose. A parere di chi scrive l'emissione di onde elettromagnetiche non è punibile ai sensi dell'art. 674 c.p. Il dizionario della lingua italiana Sabatini-Coletti riporta per la parola "cosa" undici significati. Tra questi undici v'è pure, ovviamente, quello di "cosa materiale". Orbene non v'è dubbio che *prima facie* le onde elettromagnetiche non possano essere considerate materiali alla stessa stregua di ciò che comunemente si ritiene abbia materiale consistenza; è altrettanto vero, però, che se si guardasse agli studi di fisica contemporanea sarebbe possibile attribuire una qualche materialità alle onde elettromagnetiche pur se tale materialità non ne fa una cosa "che può essere toccata". Ma se pure si considerassero le

onde elettromagnetiche immateriali non sarebbe di per sé scorretto assumere che la materialità non sia una caratteristica rilevante ai fini della punibilità del comportamento e che intendendo per cosa un bene, materiale o immateriale, suscettibile di valutazione economica, non vi sarebbe serio ostacolo a ritenere le onde elettromagnetiche una cosa⁸.

I punti delicati sono, però, altri. Il primo è se una cosa siffatta come le onde elettromagnetiche possa essere gettata, o se l'uso del verbo gettare si attagli esclusivamente alle cose *quae tangi possunt*. Il fatto che per sostenere il "getto di onde elettromagnetiche" si sia scomodato il periodare poetico del 1300 è fortemente indicativo della difficoltà di rendere plausibile l'accostamento tra le onde elettromagnetiche e il verbo gettare, almeno alla luce delle regole semantiche e sintattiche che governano l'italiano odierno. Il secondo punto, legato al primo, è se una interpretazione così ampia del termine *cosa* associata alla presenza nel dato testuale del verbo *gettare* conduca ad una lacerazione della trama semantico-sintattica del testo tale da collocare la soluzione interpretativa perlomeno nell'area del dubbio. Se così fosse allora dovrebbe operare il meta-criterio di soluzione delle questioni interpretative dubbie costituito, come si è chiarito in premessa, dalla legalità penale in senso stretto e ciò dovrebbe condurre, di conseguenza, ad escludere che l'emissione di onde elettromagnetiche sia penalmente rilevante ai sensi dell'art. 674 c.p. Si badi bene: le considerazioni appena compiute, se accolte, escludono la necessità del ricorso a ragioni sistematiche e teleologiche.

Resta da esaminare il caso dello sfruttamento della prostituzione. La delicatezza della questione riposa sulla connotazione del vocabolo "prostituzione", ovvero sulle caratteristiche o proprietà comuni a tutte le cose indicate dal vocabolo. V'è da stabilire, quindi, se il contatto fisico sia caratteristica essenziale della prostituzione. Per un verso il caso paradigmatico di prostituzione è quello in cui si realizza pure il contatto fisico; per l'altro verso, però, considerare la prostituzione lo scambio di prestazioni sessuali contro il pagamento di una somma di denaro, un commercio delle prestazioni sessuali (che vi sia o non vi sia contatto fisico) è coerente con gli usi della parola prostituzione diffusi nella comunità di parlanti della lingua italiana. Ritenere che vi sia prostituzione anche in assenza di contatto fisico ove ricorra il mercimonio di prestazioni

⁸ Semmai, ci si potrebbe chiedere se i campi elettromagnetici abbiano di per sé valore economico, posto che l'art. 624, comma 2, c.p. subordina l'equiparazione a questa precisa condizione, disponendo che "Agli effetti della legge penale, si considera *cosa mobile* anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico".

sessuali non conduce l'interpretazione fuori dai possibili significati del testo normativo (art. 3, comma 8 della legge 20. 2. 1958, n. 75) il quale, è bene ricordarlo, sanziona "Chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui". Si tratta, quindi, di stabilire se la punizione di colui che sfrutta le prestazioni "... delle giovani che, a richiesta dell'interlocutore, si esibivano in atteggiamenti sessualmente espliciti e verso un corrispettivo" (dalla motivazione di Cassazione penale, sezione III, 3. 5. 2006) sia non soltanto linguisticamente possibile, bensì giuridicamente ammissibile. Bisogna stabilire, cioè, se sia punibile qualsiasi condotta qualificabile come "prostituzione" o se, ad onta del dato testuale, si possano punire soltanto alcune condotte qualificabili come prostituzione. Gli strumenti spendibili in questa direzione sono ben noti: intenzione del legislatore o *ratio* oggettiva, interpretazione sistematica nelle sue varie articolazioni etc. A questo punto, però, la palla passa agli studiosi di diritto penale, ai quali il filosofo del diritto è tenuto a cedere il passo.

La recente riforma del codice penale spagnolo

IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

ADESSO DAVVERO *HISPANICA SOCIETAS DELINQUERE POTEST*^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo: evoluzione dottrinale e precedenti legislativi. – 3. Principali modelli di responsabilità penale della persona giuridica nel diritto comparato. – 4. La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche alla luce della LO 5/2010. - 4.1. Il modello di imputazione. - 4.2. Le pene e la loro distinzione. - 4.3. Rilevanza dell'esistenza e dell'effettiva operatività del modello organizzativo volto alla riduzione del rischio penale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Ley Organica n. 5, del 22 giugno 2010, entrata in vigore il 23 dicembre del 2010, introduce nel diritto penale spagnolo molteplici novità che riguardano direttamente quasi un quinto delle norme del Codice Penale. Alcune di queste novità, come ad esempio l'introduzione della fattispecie che sanziona il traffico di organi, non scivola da una certa suggestione espressiva, avranno presumibilmente poca o nessuna ricaduta pratica¹.

Altre, come la riduzione della pena nelle ipotesi di minor gravità relative al delitto di traffico di droga, malgrado il loro scarso interesse concettuale, avranno numerose e rilevanti conseguenze². Per quanto attiene alle altre no-

* Durante l'iter legislativo della Ley Organica 5/2010, l'autore ha lavorato come consulente del Ministro di Giustizia Spagnolo. Le opinioni espresse in questo saggio sono di esclusiva pertinenza dell'autore e non costituiscono espressione di posizioni ufficiali assunte del Ministero di Giustizia.

Traduzione dallo spagnolo a cura della dott. ssa Cecilia Valbonesi.

¹ In proposito, v. FELIP SABORIT, David "El tráfico de órganos", in ORTIZ URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*. Francis Lefebvre, Madrid 2010, p. 41-49.

² Il giorno stesso dell'entrata in vigore della LO 5/2010 sono stati messi in libertà 450 soggetti detenuti per questi delitti. Sebbene il Governo non abbia mai offerto alcuna stima certa (sembra incredibile, ma le informazioni sulla popolazione penitenziaria delle quali dispone il Ministero di Giustizia Spagnolo, non includono il numero dei soggetti sottoposti a pena detentiva per ciascun delitto commesso) sembra ragionevole prevedere che beneficavano delle novità normative almeno 1000 detenuti dei 75. 032 che si trovavano in carcere la settimana di

vità, si spera che il loro indubitabile interesse dogmatico-concettuale, si accompagni ad altrettanto importanti effetti pratici. Fra esse, assume peculiare importanza l'introduzione, nell'ordinamento spagnolo, della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Il rilievo di siffatta novità legislativa, non deve tuttavia farci dimenticare che nel Diritto Penale spagnolo esistevano già alcuni precedenti in tal senso (concretamente, tre, come vedremo in seguito). Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno ritenuto che nessuna delle discipline previgenti fosse idonea a fondare una responsabilità penale in senso stretto, ovvero una responsabilità penale cui conseguisse l'applicazione di una pena vera e propria (e non una misura di sicurezza, né tanto meno una sanzione fra quelle che il legislatore del 1995 chiamò in modo agnostico "conseguenze accessorie"). Dal punto di vista pratico, naturalmente, non si può negare che alcune di queste disposizioni previgenti abbiano avuto un qualche successo. Ma in realtà, se le misuriamo con il parametro degli effetti che hanno realmente prodotto, dobbiamo affermare che hanno sonoramente fallito.

La LO 5/2010 muta la situazione ed introduce una vera e propria responsabilità penale in capo alle persone giuridiche, stabilendo in modo tassativo le fattispecie delittuose in ordine alle quali le società possono essere chiamate a rispondere, i presupposti di base e le conseguenze applicabili in caso venga riconosciuta la responsabilità (che per la prima volta nella storia del nostro diritto penale, sono chiamate "pene"). Uno sguardo rapido alla nuova disciplina offre un siffatto panorama:

- L'imputazione del delitto alla persona giuridica esige la sussistenza di un delitto commesso da una persona fisica a vantaggio o per conto dell'ente (quello che la dottrina chiama il "fatto presupposto")³.
- Il delitto deve essere commesso da un amministratore o da un rappresentante della persona giuridica (a) o da un soggetto sottoposto alla sua autorità, il quale ha potuto commettere il delitto in ragione di uno scarso controllo esercitato nei suoi confronti (b)⁴.
- Le persone giuridiche rispondono solamente per un numero limitato di fattispecie delittuose (sistema del *numerus clausus*)⁵.

entrata in vigore della norma (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=s&asem=2010&msem=12&dsem=27&ts=GENE>).

³ Art. 31 bis. 1. In proposito, v. diffusamente *infra*, cap. IV. 1

⁴ *Id.*

⁵ In proposito v. la tabella Allegato 1. Un breve commento circa l'inclusione di alcune fattispecie e l'esclusione di altre: sembra che si cerchi prima di tutto di rendere responsabile la

- La pena base è la multa. Le altre pene comminate (lo scioglimento dell'impresa e le varie misure interdittive) non sono obbligatorie e sono soggette a criteri tassativi di irrogazione⁶.

Senza dubbio, dunque, da oggi la Spagna si unisce la sempre maggior numero di ordinamenti il cui Diritto Penale disciplina la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Problema diverso sono le conseguenze pratiche di questa disciplina, sulle quali, al momento, si possono avanzare solo delle ipotesi. Questi interrogativi, tuttavia, non brancolano nel buio. Al contrario, la ricerca può e deve essere condotta attraverso l'analisi degli aspetti principali della nuova disciplina dalla quale possono individuarsi alcuni punti deboli che interessano il suo regime applicativo. A questo riguardo, ed in ragione probabilmente delle scelte di fondo che hanno presidiato l'emanazione della LO 5/2010, la disciplina spagnola presenta alcune peculiarità importanti che potranno costituire un freno al suo sviluppo⁷.

persona giuridica per delitti di natura economica (truffa, appropriazione indebita, corruzione privata, ecc) e di altri nei quali è frequente l'incidenza del crimine organizzato (tratta di persone, traffico di organi, riciclaggio di capitali, ecc).

⁶ Art. 66 bis. V *infra* cap. IV 2.

⁷ Il testo definitivo ha iniziato il suo iter come Progetto preliminare (Anteproyecto) nel 2007. Dopo la sua conversione in Progetto di legge (Proyecto), fu inviato dal Governo al Parlamento dove il suo corso fu interrotto dall'indizione delle elezioni politiche. Dopo le elezioni e con un nuovo Ministro di Giustizia, nel 2008 fu intrapreso nuovamente l'iter governativo, prolungato dall'ulteriore cambio del Ministro di Giustizia. I lavori sono ripresi con un nuovo Disegno di Legge, basato sui lavori precedenti, che fu oggetto di successivi pareri da parte del Consejo General del Poder Judicial (in materia penale il suo parere è obbligatorio, sebbene non vincolante) e del Consejo Fiscal (un parere non obbligatorio né vincolante, ma che si ritenne necessario data l'ampiezza della riforma) e del Consiglio di Stato, (organo che del tutto eccezionalmente ha dato il proprio parere su una legge di natura penale, in ragione del fatto che con esso si realizzava una trasposizione nell'ordinamento interno di disposizioni normative dell'Unione Europea; il suo parere in questo caso è precettivo ma non vincolante). Convertito in Progetto di Legge, il testo è stato presentato al Parlamento il 19 novembre 2009 ed è stato infine approvato dal Senato il 9 giugno del 2010. Nell'iter parlamentare il testo non ha subito significative modifiche, all'infuori di alcune materie, fra le quali la responsabilità penale delle persone giuridiche. Nelle significative parole di Julio Villarubia, deputato e portavoce del gruppo parlamentare Socialista nella Commissione Giustizia del Parlamento: "abbiamo apportato miglioramenti alla disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche e l'abbiamo quasi rigirata come un calzino, tenendo conto del complesso di proposte che venivano da tutti i gruppi politici".

(Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 522, IX Legislatura, del 21 aprile 2010, p. 17, -http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_522.PDF#page=2-).

L'obiettivo di questo contributo risiede nell'analisi degli aspetti principali del sistema di responsabilità incardinato nel Diritto penale spagnolo dalla LO 5/2010 nel contesto dell'attuale discussione circa la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Per questo, nel corso della trattazione, si analizzeranno brevemente i precedenti legislativi della disciplina introdotta dalla LO 5/2010 (II), per continuare con una descrizione dei principali modelli di responsabilità nel Diritto comparato (III) e proseguire con la descrizione del sistema di imputazione prescelto dal legislatore spagnolo (IV), analizzandone i punti di affinità e di rottura con gli altri sistemi quanto al modello di imputazione (IV.1), al sistema della pena e della sua determinazione (IV.2) e la rilevanza – o meno – dell'esistenza e dell'applicazione effettiva del modello organizzativo di prevenzione dei rischi penali (IV.3). Il contributo si chiude con un breve capitolo dedicato alle conclusioni.

2. La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo: evoluzione dottrinale e precedenti legislativi

Fino a tempi molto recenti, la dottrina maggioritaria, confortata dalla mancanza di qualsivoglia previsione legislativa in tal senso, non esprimeva alcuna esigenza di configurare una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche.

Per parte della dottrina, le argomentazioni tradizionalmente addotte contro la configurazione di una responsabilità penale delle persone giuridiche erano strettamente riconducibili alle difficoltà dogmatiche legate alla determinazione di siffatto tipo di responsabilità (difficoltà che alcuni autori ritenevano addirittura tradursi in una impossibilità). Questa annosa discussione, in molte occasioni si chiudeva con l'invocazione del brocardo *societas delinquere non potest*. Tuttavia, la portata di questa massima, non può assumere un valore maggiore di quello dei singoli argomenti che ad essa sono sottesi. Una volta dissezionata la formula, i problemi principali attengono alla supposta incapacità di agire della persona giuridica e la sua inettitudine ad essere soggetta ad un giudizio di colpevolezza (problemi dogmatici), nonché alla violazione del principio di personalità della pena cui si andrebbe incontro se si punisse la persona giuridica (problema che porta con sé palesi implicazioni costituzionali). Proprio su questi profili problematici si è incentrata la discussione dottrinale in Spagna negli ultimi trent'anni.

Il livello della discussione si è innalzato nel 1980, in occasione della pubblicazione del molto noto articolo di Zugaldía Espinar “Opportunità politico criminale e impossibilità dogmatica di ripensare alla formula tradizionale *societas delinquere non potest*”⁸.

Nonostante il titolo, l’articolo non proseguiva sulla linea argomentativa tradizionale la quale, pur ammettendo inizialmente l’opportunità politico criminale di configurare una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche, immediatamente dopo proclamava contritamente la sua impossibilità dogmatica. Al contrario, Zugaldía offriva un coerente sviluppo dell’idea, propugnata da Roxin e già maggioritaria in Germania e in Spagna, che il diritto penale e in concreto la dogmatica della teoria giuridica del delitto, dovessero essere orientati alla risoluzione di problemi pratici, diminuendo le pretese di sistematicità e di rigore logico per conferire alle categorie dogmatiche una carta flessibilità, necessaria per un’effettiva soluzione dei problemi politico criminali⁹.

Nei trent’anni che ci separano dall’articolo di Zugaldía, la discussione in Spagna è andata modificandosi secondo due direttrici: da un lato è cresciuto il numero di autori favorevoli ad una reinterpretazione delle categorie dogmatiche in esame, nel senso di renderle suscettibili di applicazione anche alle persone giuridiche¹⁰. Dall’altro, e forse in modo più importante, in questa discussione è venuto fuori quello che, raccogliendo il suggerimento di Ciancio Meliá, possiamo descrivere come “il passo dalla dogmatica alla politica criminale”¹¹, ovvero il sempre più radicato convincimento che *in subiecta materia*,

⁸ Pubblicato originariamente nella rivista “*Cuadernos de Política Criminal*” nel 1980, si può parimenti trovare in ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2008.

⁹ L’importanza (e i limiti) dell’opera di Roxin è stata esaminata in molte occasioni. In particolare, di recente, ricordiamo, BORJA JIMÉNEZ, *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2003, pp. 113-150 e ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Roxin y la dogmática político - criminalmente orientada*, in ONTIVEROS, PELÁEZ (coordinatori), *L’influencia de la ciencia penal alemana in Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) Messico d. f., 2003, pp. 415-440.

¹⁰ V. come esempio, proprio nella lingua spagnola, la reinterpretazione delle categorie di azione e imputazione obiettiva, fatta da REYES ALVARADO, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, in *Revista General de Derecho Penal* 11, 2009 (nella versione elettronica pag. 1-18), pp. 3-10, o la documentata proposta della configurazione di una responsabilità penale della persona giuridica di GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Barcellona-Madrid 2005.

¹¹ CIANCIO MELIÁ, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad penal de la*

non sussista una *impossibilità* dogmatica, ma vi sia spazio per un adattamento politico criminale di questo tipo di responsabilità¹².

Occorre porre attenzione a questo cambio di prospettiva nella discussione. In realtà, la possibilità di configurare una responsabilità penale delle persone giuridiche nell'attuale ordinamento spagnolo non dipende dal fatto che ciò si sposi o meno con le categorie dogmatiche all'uopo preposte (sebbene naturalmente ciò sia davvero auspicabile, data la resistenza concettuale della teoria giuridica del delitto). E neppure dipende dall'adattamento concreto della formula utilizzata. Dipende unicamente dalla sua compatibilità con i principi costituzionali. Come ha più volte ripetuto la Corte Costituzionale, solo questi principi vincolano il legislatore, il quale, all'interno dell'area del costituzionalmente permesso, può scegliere fra una o l'altra opzione legislativa, senza che la maggiore o minore adeguatezza pratica della soluzione prescelta influisca sulla sua validità¹³. Ed è certo che tutto conduce a ritenere che la responsabilità penale delle persone giuridiche, se armonizzata con i principi che presiedono all'imputazione soggettiva della responsabilità penale, sia pienamente conforme alla costituzione¹⁴.

empresa, in MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (direttori), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría del Código Penal Español de 1996*, B de F, Montevideo-Buenos Aires 2006, p. 11.

¹² In realtà, la supposta contrapposizione fra dogmatica e politica criminale non può aver luogo. La dogmatica giuridico penale è parte della politica criminale, perché una delle fondamentali questioni politico criminali risiede nella determinazione esatta dei limiti normativi (il dover essere) dell'imputazione della responsabilità penale. Solo se si conferisce all'espressione "politica criminale" un significato restrittivo, facendo riferimento ad argomentazioni relative al principio di effettività, si può dire che la dogmatica e la politica criminale si trovano su posizioni contrapposte. Ma siffatta accezione della politica criminale, sarebbe così restrittiva da non essere in grado di descrivere la maggior parte delle discussioni e delle argomentazioni oggi sottese a questa locuzione. Per uno studio sulla correlazione fra i concetti di dogmatica e politica criminale v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La referencia político – criminal en el derecho penal contemporáneo*, in OCTAVIO DE TOLEDO Y UIETO, CORTÉS BECHIARELLI (coordinatori), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 811-846.

¹³ Vedi in ultimo le Sentenze della Corte Costituzionale 60/2010 del 7 ottobre del 2010 (relatore Delgado Barrio), Fundamentos Jurídicos 7° e 22°, nonché la sentenza 59/2008 del 14 maggio 2008 (relatore Sala Sánchez), Fundamentos Jurídicos 6°, entrambe riferite in modo specifico alla legislazione penale e con molteplici riferimenti ai precedenti conformi. La sentenza 59 del 2008 è particolarmente significativa perché riconosce il ruolo del legislatore anche in una questione tanto controversa quale la differenziazione del trattamento punitivo fra uomini e donne nel perseguimento dell'obiettivo di ridurre la violenza di genere.

¹⁴ In merito alla conformità della responsabilità penale delle persone giuridiche con i principi costituzionali dell'ordinamento spagnolo ebbi il privilegio di pronunciarmi dinanzi ad un

Nel diritto positivo la questione ha avuto uno sviluppo lento e parallelo alla discussione dottrinale. Qui, il termine “parallelo” risulta particolarmente appropriato giacché l’evoluzione ha seguito lo stesso cammino della dottrina, ma senza che questa abbia o meno influito sulla decisione di istaurare questo tipo di responsabilità. Tanto il governo, come il legislatore, hanno tenuto in maggior conto gli sviluppi cui è giunto il diritto comparato, le raccomandazioni del Consiglio d’Europa e la prassi dell’Unione Europea, piuttosto che la situazione esistente nella dottrina giuridico-penale spagnola.

Il primo fondamentale passo per l’introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo è stato effettuato dalla LO 10 del 23 novembre 1995, che ha approvato il vigente Codice Penale spagnolo. L’art. 129 del Codice autorizzava i Giudici, in relazione a quei delitti di parte speciale per il quali il Codice lo ammetteva espressamente¹⁵, ad imporre alle persone giuridiche una serie di misure che andavano dalla sospensione delle attività sino allo scioglimento, passando per l’amministrazione giudiziaria¹⁶.

foro di eminenti penalisti italiani e spagnoli nel Seminario Italo Spagnolo di Diritto Penale: *L’approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto*, eccellentemente organizzato dagli esimi colleghi Massimo Donini e Luigi Foffani, che si è tenuto nell’Università di Modena e Reggio Emilia l’8 e 9 ottobre 2010. Il contenuto dei dibattiti e delle conclusioni presentate (in favore del riconoscimento della sua piena costituzionalità) sono l’oggetto del mio contributo pubblicato nel volume di prossima uscita che raccoglie gli interventi presentati nel Seminario.

¹⁵ Dopo la riforma del Codice Penale ad opera della LO 11/2003 e LO 15/2003, questi delitti erano: delitto di manipolazione genetica (art. 162, in relazione con i delitti contenuti negli art. da 159 a 161); utilizzazione dei minori in spettacoli osceni o per l’elaborazione di materiale pornografico (art. 198); atti osceni, pornografia, prostituzione e corruzione di minore (art. 194, in relazione con i delitti previsti negli art. dal 185 al 189); sfruttamento di minori a fini di lucro (art. 221); alterazione dei prezzi nelle procedure concorsuali e nelle aste pubbliche (art. 262); delitti relativi alla proprietà intellettuale ed industriale, al mercato ed ai consumatori (art. 288, in relazione ai delitti di cui agli art. dal 270 al 286); opposizione illegittima ai controlli su una società costituita o in formazione (art. 294); ricettazione (art. 298 e 299); riciclaggio di capitali (art. 302); delitti contro i diritti dei lavoratori (art. 318, in relazione ai delitti di cui agli art. 311 e 317); delitti contro i diritti dei cittadini stranieri (art. 318 bis); delitti contro l’ambiente (art. 327, in relazione con i delitti contenuti agli art. 325 e 326); frodi alimentari (art. 366 in relazione ai delitti di cui agli art. da 359 a 365); traffico di droga (art. 369. 2 in relazione ai delitti di cui ai numeri 1,2,3 dell’art 369. 1 e all’art. 371. 2, paragrafo II, in relazione al delitti di cui al paragrafo I); traffico di influenze (art. 430) e associazione a delinquere (art. 520).

¹⁶ In realtà, le misure esistevano già in numerose previsioni della parte speciale del Codice Penale previgente. Tuttavia, nel 1995 furono riassunte in un unico precetto di parte generale, decisione che molto probabilmente obbedì all’esigenza di ampliarne la portata. In proposito v. MIRÓ LLINARES, *Reflexiones sobre el principio societas delinquere non potest y el artículo 129 del Código penal*. (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial),

Con il prudente obiettivo di non vedersi coinvolto in dispute dottrinali sulla possibilità o l'impossibilità di imporre pene alla persona giuridica, il legislatore aveva qualificato queste misure in modo generico, come "conseguenze accessorie". Parimenti, ma in questo caso senza motivo alcuno, il legislatore era stato estremamente parco nella definizione dei criteri di applicazione: come unica indicazione, nel comma 3 dell'art. 129, si affermava che tali conseguenze accessorie "saranno orientate a prevenire il perdurare dell'attività delittuosa e gli effetti della stessa"¹⁷.

Non sorprende che l'unione di una previsione innovativa comportante importanti effetti sulla persona giuridica con una regolamentazione chiaramente insufficiente delle condizioni di applicazione, abbia condotto ad un sonoro fallimento in fase di applicazione.

Come è stato messo in luce dai vari studi, la maggior parte delle conseguenze accessorie dell'art. 129 hanno trovato scarsissima applicazione, con eccezione della misura della chiusura dei locali e degli stabilimenti. L'unico ambito in cui queste misure hanno avuto una certa incidenza pratica è stato quello del terrorismo e nelle condotte ad esso affini¹⁸. Con riferimento alla discussione teorica, finanche la determinazione della natura di questa "conseguenza accessoria" non è stata pacifica nella dottrina penale, ma in ogni caso è maggioritaria l'opinione secondo la quale non si tratta di una pena¹⁹. Nello stesso senso si è pronunciata la giurisprudenza²⁰.

Se "strana" può qualificarsi la pretesa del legislatore di introdurre un nuovo regime penale per le persone giuridiche senza quasi dargli una reale concretezza, ancor più strano fu il secondo passo. Nell'Esposizione dei Motivi

in SOLER PASQUAL (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 202-203.

¹⁷ In proposito v. ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata nella nota 8) pp. 195-196, il quale, facendo riferimento alla mancanza di ogni riferimento da parte del legislatore a qualsivoglia criterio di imputazione, correttamente qualifica la situazione come "dogmaticamente e costituzionalmente inammissibile".

¹⁸ Sull'applicazione pratica delle conseguenze accessorie v. MIRÓ LLINARES (opera citata nella nota 16) pp. 208-243 e SILVA SANCHEZ, *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, in *InDret* 2/2006 (disponibile su www.indret.com).

¹⁹ V. fra tutti DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 86 e 87 e FEIJÓO SANCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Civitas, Madrid 2002, 137-160.

²⁰ Emerge per la sua chiarezza e precisione la Sentenza del Tribunal Supremo, Sala 2, del 23 luglio del 2009, relatore Alberto Jorge Barriero, Fundamento de Derecho 3°.

della LO 15 del 25 novembre 2003, si evidenziava che con l'introduzione di un nuovo articolo 31.2: "si configura una responsabilità penale della persona giuridica ogni volta in cui, imponendo una pena della multa all'amministratore di fatto o di diritto di una persona giuridica per i fatti commessi in relazione alla sua attività, questa sarà responsabile in modo diretto o solidale" (paragrafo II.1.).

La dottrina sconfessò prontamente questa affermazione deflagrante. Ed a ragione. Non risultava in alcun modo evidente che l'art. 31.2 contemplasse la responsabilità penale della persona giuridica, dato che l'unico elemento di certezza risiedeva nella previsione di una responsabilità patrimoniale il cui oggetto coincideva con l'importo di una sanzione penale pecuniaria imposta ad una persona fisica. In altre parole, il suddetto precetto stabiliva la possibilità di infliggere l'importo della multa imposta ad una persona fisica sul patrimonio di una persona giuridica cui fosse entrata in relazione. Non sembra, tuttavia, che questo basti per parlare di una responsabilità penale delle persone giuridiche. In ogni caso, la questione sulla natura delle conseguenze previste nell'art. 31.2 non era l'unico dubbio che sollevava il precetto in parola, la cui formulazione risulta eccessivamente stringata. La dottrina non tardò a manifestare le proprie critiche²¹, seguita più tardi dalla giurisprudenza. Sebbene si fosse optato per una interpretazione molto ampia del precetto che, ove coerentemente sostenuta, avrebbe reso possibile la sua applicazione in un considerevole numero di occasioni, tuttavia rimangono inconfutabili le carenze di presupposti applicativi delle quali soffre la disposizione²². L'art. 31.2 è stato infine abrogato dalla

²¹ In merito v. FERNÁNDEZ TERUELO, "Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)", en *Revista de derecho y proceso penal* n° 13, 2005, pp. 33-44 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: "El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?". *InDret* 2/2006 (disponibile su www.indret.com). In senso meno critico v. ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 8) pp. 242-247.

²² Sull'applicazione dell'art. 31. 2 v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico", en AYUSO GUTIÉRREZ (direttrice): *Justicia y economía*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010, pp. 207-217. Lo studio è stato realizzato sulla base delle sentenze del CENDOJ (*Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial*), la raccolta più ampia che esiste in Spagna. Si è cercato fra tutte le sentenze pronunciate dalle Audiencias Provinciales e Tribunal Supremo fra il gennaio 2004 e il settembre 2009. Tuttavia, si sono trovate solo due sentenze del Tribunal Supremo nelle quali si discuteva dell'applicazione (rigettata in entrambe) e altre nove delle *Audencias Provinciales Juzgados de lo Penal* (nelle quali invece ha trovato applicazione).

LO 5/2010. Considerando la sua imperfezione concettuale e la sua scarsa applicazione pratica, è improbabile che qualcuno lo rimpianga.

Nella stessa riforma del 2003 il legislatore aveva introdotto quello che si può considerare il terzo precedente dell'attuale disciplina. Si tratta di una previsione attinente alla responsabilità delle persone giuridiche nei casi di traffico di droga. In concreto, la LO 15/2003, aveva aggiunto all'art. 369 un secondo inciso, secondo il quale, nei casi in cui la persona fisica condannata fosse appartenuta ad una organizzazione dedita al traffico (a), "avesse partecipato ad altre attività organizzate"²³ (b), o avesse commesso il delitto in strutture commerciali aperte al pubblico delle quali era responsabile o impiegata (c), si imponeva alla persona giuridica titolare della struttura commerciale una multa pari al triplo del valore della droga, potendo altresì decretarsi la perdita della possibilità di ottenere sovvenzioni, aiuti pubblici, benefici fiscali o previdenziali e l'applicazione delle conseguenze accessorie dell'art. 129 delle quali si accennava in precedenza.

L'Esposizione dei Motivi affermava che "nei casi di traffico di droga, stupefacenti o sostanze psicotrope, si prevede la possibilità del fatto che se il delitto è stato commesso attraverso una società o una organizzazione, questa, oltre a poter essere chiusa, sospesa, sciolta o commissariata, possa essere privata del diritto ad ottenere benefici fiscali ed i suoi beni possono essere oggetto di confisca (cap. II.1). Curiosamente, l'Esposizione dei Motivi aveva ommesso di far riferimento all'unica novità autentica della riforma, ovvero la previsione della pena della multa per la persona giuridica, dato che il precedente art. 370 già prevedeva l'imposizione di conseguenze interdittive e la dissoluzione"²⁴. Come nel caso dell'art. 31.2, anche con riferimento a questa modifica il legislatore ha puntato alto nell'Esposizione dei Motivi, affermando che con essa "si amplia sensibilmente la proiezione della responsabilità penale sulle persone giuridiche" (cap. III.i.). E ancora, come nel caso di cui all'art. 31.2, il profilo di maggior novità (la previsione della pena della multa alla persona giuridica) non ha neppure fatto atto di presenza nei Tribunali.

²³ Su questa previsione e sulle perplessità che suscita (letteralmente include la partecipazione in attività organizzate lecite), v. FAKHOURI GÓMEZ, "Salud pública. Tráfico de drogas", in ORTIZ DE URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid 2010, pp. 463-464.

²⁴ Ebbene, al non far prima riferimento all'art. 129, sussistono dubbi sulle possibilità di applicazione, specialmente durante la fase istruttoria, come misure cautelari. In proposito v. CASTRO MORENO, "Las reglas del art. 369.2", in Álvarez García (direttore): *El delito de tráfico de drogas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 224-225.

Sebbene l'esistenza di queste tre previsioni abbia condotto alcuni autori ad affermare la perdita di validità dell'aforisma *societas delinquere non potest*²⁵, sembra più prudente parlare di una progressiva dissoluzione dello stesso. Fino ad ora.

La LO 5/2010 stabilisce la responsabilità penale *tout court* delle persone giuridiche. Così la intende il legislatore, il quale inizia il paragrafo VII del Preambolo con un chiaro "Si regola in maniera particolareggiata la responsabilità penale delle persone giuridiche"²⁶. Però, come abbiamo appena finito di vedere, questo tipo di dichiarazioni del legislatore poste nel preambolo dei testi legislativi, non assumono valenza decisiva²⁷. Quello che risulta dirimente è che questa volta la disciplina non lascia adito a dubbi²⁸.

²⁵ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 33-35; ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 9) p. 36.

²⁶ Forse il lettore si chiede la differenza giuridica fra l'Esposizione dei motivi che accompagna alcune leggi e il Preambolo che ne accompagna altre. La risposta è: nessuna. In realtà l'Esposizione dei motivi non dovrebbe esistere nella legge spagnola, dato che l'art. 114. 2 del Regolamento della Camera dei Deputati prevede che ove sia opportuno accompagnare un testo legislativo, il documento debba chiamarsi *Peambùlo*. La discussa prassi legislativa, tuttavia, fa sì che in molte occasioni, se non la maggior parte, si approvino leggi precedute da una Esposizione di motivi in luogo del Preambolo. Peggio ancora, in alcuni casi l'esposizione di motivi si riferisce ad un testo diverso da quello infine approvato. Questo accade, precisamente, per esempio, con la LO 10/1995 con la quale si approvò il Codice Penale, cui si accompagnò una Esposizione di motivi (che doveva essere un Preambolo) che parla tutto il tempo di "Questo Progetto", quando invece le disposizioni cui si riferisce sono già legge vigente, e che allude a scelte legislative poi non adottate in Parlamento (come ad esempio la scelta di una legislazione penale settoriale: alla fine si è deciso di proseguire con il modello tradizionale di codificazione, ma la Esposizione dei motivi non ha subito modifiche).

²⁷ In primo luogo perché, com'è noto, l'Esposizione dei motivi ed il Preambolo difettano di un valore normativo diretto. In questo senso, chiaramente, la giurisprudenza costituzionale, cominciando dalla Sentenza 36/1981, del 12 novembre (relatore Diez del Velasco, Fundamento Jurídico 7°), dove si spiega che sebbene non abbiano un valore normativo essi sono "un elemento che deve essere tenuto in considerazione nell'interpretazione delle leggi". V. Anche le sentenze 150 del 4 aprile del 1990 (relatore Leguina Villa, Fundamento Jurídico 15°); 73 del 23 luglio 1998, (relatore Viver Pi-Sunyer, Fundamento Jurídico 4°) e 116 del 17 giugno 1999 (relatore García Manzano, Fundamento Jurídico 2°).

²⁸ In questo senso v. MU OZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edizione, Tirant Lo Blanc, Valencia 2010 p. 628 "la situazione cambia radicalmente". Anche Zugaldía che già riteneva sussistessero deroghe al principio *societas delinquere potest*, riconosce che "è stata la riforma introdotta dalla LO 5/2010 che ha introdotto definitivamente la responsabilità penale delle persone giuridiche nel Diritto Penale Spagnolo, sancendo il principio *Societas delinquere potest*" (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Teoría de la imputación de las personas jurídicas" così - Direttore -: *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General)*. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 581).

A differenza delle disposizioni precedenti, qui si regolamentano espressamente le condizioni per l'imposizione della responsabilità delle persone giuridiche. Secondo il nuovo art. 31. bis comma 1, queste rispondono di alcuni delitti (solo di quelli di cui si disponga espressamente nella parte speciale)²⁹ quando questi siano commessi da soggetti con poteri direttivi (a) o da altri soggetti in conseguenza di un difetto di vigilanza sugli stessi (b). A differenza della precedente disciplina si prevede, altresì, che una volta dichiarate responsabili, si imponga alle persone giuridiche le pene (chiamate espressamente così) stabilite dall'art. 33.7, che annovera la multa, alcune pene interdittive, l'amministrazione giudiziaria e la dissoluzione.

In virtù di questo radicale cambiamento il Diritto penale spagnolo si unisce agli ordinamenti che ammettono la responsabilità penale della persona giuridica. Le previsioni concrete, tuttavia, mostrano profili di rilevante vaghezza, quando non di divergenza, rispetto ai principali modelli esistenti nel Diritto Comparato. Prima di analizzare i tratti fondamentali della disciplina, conviene dunque richiamare a grandi linee questi modelli di responsabilità.

3. Principali modelli di responsabilità penale della persona giuridica nel diritto comparato

Sebbene entrambi ammettano numerose sfumature, i modelli di responsabilità penale delle persone giuridiche dominanti nel Diritto Comparato, possono ricondursi a due grandi gruppi, denominati modelli di etero-responsabilità o per fatto altrui ed i modelli di auto-responsabilità o responsabilità per fatto proprio³⁰.

I primi, anche chiamati di "imputazione diretta" o di "responsabilità sussidiaria", si fondano sul dato che le azioni di certi soggetti (che ricoprono cariche direttive) si imputano direttamente alla persona giuridica. Non si tratta soltanto di imputare una condotta, ma anche l'elemento soggettivo (sub specie di dolo o colpa) con il quale questa è stata perpetrata dal soggetto.

Si ritiene infatti che le persone che ricoprono cariche direttive *siano* l'impresa, la sua mente organizzatrice, il suo braccio esecutore ed è per questo che le loro condotte la vincolano direttamente. La condotta dell'individuo

²⁹ Vedi l'Allegato 1.

³⁰ Su questi modelli, v. in castigliano le eccellenti presentazioni di ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata nella nota 8) pp. 140-151 e NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25).

deve aver tuttavia avuto luogo in occasione dell'esercizio delle funzioni collegate d'impresa ed in beneficio di questa. Quanto alla responsabilità dei lavoratori subordinati, la tendenza internazionale risiede nell'esigere l'infrazione del dovere di diligenza (*culpa in eligendo ed in vigilando*) da parte di un soggetto che riveste un potere di direttivo. Si supera così la situazione vigente nel precedente Diritto penale statunitense secondo il quale, anche le azioni dei soggetti subordinati, erano imputate direttamente all'impresa³¹.

I secondi modelli, improntati al principio di auto-responsabilità, si incentrano sulla condotta della persona giuridica stessa. Nella fortunata espressione di Heine: "si ricordano l'ampiezza dei propri doveri"³². Come nei modelli precedentemente analizzati, anche qui è necessario il compimento di una condotta delittuosa da parte di una persona fisica, la quale, nell'esercizio delle sue funzioni, deve aver arrecato un vantaggio alla persona giuridica.

Ma la condotta della persona fisica non si imputa direttamente alla persona giuridica se non quando questa sia stata conseguenza della difettosa organizzazione della persona giuridica o qualora quest'ultima ne abbia tratto un vantaggio.

Così, mentre nei modelli che individuano una forma di responsabilità con imputazione diretta o sussidiaria, la condotta delittuosa di alcuni soggetti si pone quale condizione necessaria e sufficiente per la sussistenza di una responsabilità in capo alla persona giuridica, nei modelli che individuano una responsabilità per difetto di organizzazione, la condotta delittuosa di questi soggetti è condizione necessaria, ma ancora non sufficiente, a fondare una responsabilità della persona giuridica. Perché questa responsabilità possa configurarsi, è necessario che si verifichi la violazione di un dovere o sussista di un difetto organizzativo della persona giuridica tali da facilitare o favorire la commissione dell'illecito.

La nozione di difetto di organizzazione si pone in stretta correlazione con le facoltà di auto-organizzazione della persona giuridica (o, in altre parole, con le facoltà di organizzazione che l'ordinamento giuridico concede alle per-

³¹ LAUFER, "La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 69-91 (pubblicato originariamente nel 1996), pp. 71 e 75.

³² HEINE, "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 163-189 (pubblicato per la prima volta nel 2003), p. 173.

sone fisiche le quali, in ultima istanza, creano e regolano la gestione di queste persone giuridiche). Così, si è affermato che l'obiettivo fondamentale della creazione di una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche risiede nell'obbligarle a darsi una propria regolamentazione³³, o più concretamente, una vera e propria cultura d'impresa³⁴.

La maggior semplicità del modello di imputazione diretta o sussidiaria e la sua gran somiglianza con il modello privatistico di imputazione all'impresa della condotta degli organi e rappresentanti spiegano come mai questo sia stato teorizzato per primo³⁵.

Oggi, tuttavia, vuoi per l'opzione legislativa, vuoi in ragione dell'introduzione dei criteri correttivi del regime di imputazione diretta da parte della giurisprudenza, questo modello sta subendo un progressivo regresso in favore di quello che propugna la responsabilità per difetto di organizzazione³⁶.

Varie sono le ragioni di questa evoluzione. Così, si afferma che i modelli di responsabilità diretta peccano per difetto o per eccesso. Per difetto, si dice, perché esigono la prova che una persona fisica dotata di poteri direttivi abbia commesso effettivamente il delitto (in alcuni casi si dice che si esige addirittura la condanna, circostanza che escluderebbe la responsabilità della persona giuridica anche quando la mancanza di questa condanna sia dovuta ad una circostanza tanto avulsa dalle dinamiche della persona giuridica come la morte del soggetto in questione). Per eccesso, perché una volta stabilita la responsabilità della persona fisica, questa si imputa direttamente senza possibilità di esonerare la persona giuridica, circostanza questa che contravviene al principio di soggettività della responsabilità.

Queste critiche ai modelli che propugnano una responsabilità per imputa-

³³ Così NIETO MARTÍN (opera citata alla nota 25), *passim*, specialmente pag. 81-84. Credo, tuttavia, che questa affermazione pecchi per eccesso: l'autoregolamentazione ed il conseguimento di un'adeguata cultura d'impresa, non sono obiettivi ma strumenti per realizzare la finalità di prevenzione (generale e speciale) dei delitti.

³⁴ In questo senso, con un'argomentazione fondata su una nozione d'impresa come "bravo cittadino corporativo" o "cittadino corporativo fedele al Diritto" GÓMEZ-JARA DÍEZ (opera citata in nota 10), pp. 248-274.

³⁵ LAUFER (opera citata in nota 30) pp. 71-72.

³⁶ Danno conto di questa evoluzione: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "Presentación" nello stesso (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 21-22 y HEINE, Günter: "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en Gómez-Jara (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 25-67 (pubblicato per la prima volta nel 2002) p. 33.

zione diretta debbono essere valutate in modo diverso: se la critica dell'imputazione per difetto (*infrainclusión*) non è centrata, lo è invece quella sull'imputazione per eccesso (*sobreinclusión*).

La prima critica confonde i presupposti concreti in base ai quali è sorta l'esigenza di costruire una responsabilità secondo un modello di imputazione diretta con le autentiche implicazioni concettuali di questo modello.

Certo è che nell'implementazione pratica di questo modello si è ritenuta necessaria la verifica dell'esistenza di un fatto di reato commesso da una persona fisica attraverso un sentenza dichiarativa di questa responsabilità. Questa scelta è frutto di una decisione contingente presa nello sviluppo del modello, la quale si può tuttavia svincolare concettualmente dallo stesso. L'esigenza di un fatto di reato commesso da una persona fisica (requisito, si tenga presente, necessario anche nel modello di responsabilità per difetto di organizzazione), può essere soddisfatta richiedendo requisiti meno stringenti rispetto a quello della sussistenza di una sentenza di condanna. In effetti, e dato che *ontologicamente* le persone giuridiche non possono prendere decisioni né attuarle da sole (altra cosa è che l'ordinamento giuridico poi disponga *normativamente* l'imputazione alla persona giuridica della condotta di altre persone), nei casi in cui si sappia con assoluta certezza che è stato commesso un delitto in seno ad una persona giuridica, si sappia con altrettanta certezza che lo ha commesso una persona fisica (altra cosa è, ancora, che l'abbia posta in essere un soggetto che ricopre una carica direttiva). In casi come questi, nulla nel modello di imputazione diretta impedirebbe l'esistenza di una regola dello stesso tipo di quella contenuta nell'art. 31.bis.2 del Codice Penale, introdotto dalla LO 5/2010 secondo il quale "La responsabilità penale delle persone giuridiche si configura sempre quando sia accertata la commissione di un delitto ad opera di chi ricopra cariche o eserciti funzioni di cui al comma precedente, anche quando la persona fisica che lo ha posto in essere non sia stata individuata e non sia stato possibile sottoporla a procedimento"³⁷.

³⁷ Questa disposizione non era inclusa nel Progetto inviato dal Governo, ma costituisce una disposizione introdotta dal Parlamento. La sua inclusione è opportuna dal momento che senza essa le imprese avrebbero continuato ad essere incentivate a coprire le persone fisiche che commettevano illeciti al loro interno. Con questa clausola, tuttavia, l'impresa sa che sarà condannata anche quando non si conosca l'identità concreta dell'autore del delitto, in modo tale che venga meno qualunque vantaggio nell'occultamento (in effetti, al contrario, la persona giuridica è spinta a collaborare all'individuazione dell'identità dell'autore, dato che questo risultato è idoneo a dimostrare il buon livello di organizzazione nell'individuazione dei delitti, in modo altresì da fugare i possibili dubbi sulla carenza di interesse a prevenirne la commissione).

Però, se non convince il primo argomento, riferito alla *infrainclusión* del modello, convince invece il secondo, relativo alla sua caratteristica *sobreinclusión*. Il problema è palese ma insuperabile, dal momento che si pone in collegamento con l'esigenza di una imputazione anche di carattere soggettivo della responsabilità penale delle persone giuridiche, requisito che non solo è opportuno, ma imposto altresì dalla Corte Costituzionale spagnola³⁸.

Essenzialmente, il modello di imputazione diretta o sussidiaria presume che in tutti i casi in cui una persona con poteri direttivi commetta un delitto, allora si possa affermare una responsabilità soggettiva della persona giuridica. Ma questo, tuttavia, non può costituire circostanza certa. Senza dubbio alcuno, il fatto che una persona fisica con poteri direttivi commetta un delitto all'interno di una persona giuridica costituisce indizio che qualcosa non va. Ma, tuttavia, non si può escludere che si tratti di un fatto avulso ed imprevedibile anche in seno ad una persona giuridica ben organizzata. La descrizione del modello di responsabilità per difetto di organizzazione ci mostra chiaramente l'esistenza di due momenti differenziati di responsabilità soggettiva: quello riferito alla responsabilità soggettiva della persona la quale compie il delitto che costituisce il fatto presupposto e quello relativo alla sussistenza dell'infrazione di un obbligo o di un difetto di organizzazione dell'impresa. Concettualmente, si può dire che il modello di imputazione diretta o sussidiaria stabilisca una presunzione *iuris et de iure* in base alla quale la responsabilità soggettiva della persona fisica porta con sé necessariamente quella della persona giuridica. E tuttavia, vi sono situazioni che dimostrano che siffatta correlazione non è indefettibile.

Si pensi ad esempio ad un'impresa che nel 1991 ha dato l'incarico ad X di divenire uno dei suoi tre rappresentanti. Nei vent'anni che vanno dal 1991 al 2010 X svolge i suoi compiti senza commettere alcuna irregolarità. Nel 2010,

³⁸ In una linea giurisprudenziale che inizia con la Sentenza 246/1991 del 19 dicembre (ricorrente Tomás y Valiente, Fundamento Jurídico 2°), e che non è stata modificata sino ad ora, la Corte Costituzionale spagnola ammette la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ma esige che si armonizzi con il principio della responsabilità soggettiva che presiede all'imposizione delle sanzioni. Certamente, la stessa Corte Costituzionale ammette che la proclamata unitarietà del sistema del diritto pubblico sanzionatorio non esclude l'esistenza di differenze fra il sistema del diritto amministrativo sanzionatorio ed il diritto penale. Però è chiaro che siffatte differenze vanno a vantaggio del diritto penale: le garanzie applicabili al diritto amministrativo sanzionatorio (inclusa la necessità della sussistenza del profilo soggettivo della responsabilità), sono sempre applicabili al diritto penale senza che tuttavia sia certo il contrario (cioè, senza che le garanzie penali siano applicabili in toto all'ambito amministrativo, v. sentenza n. 18 del 6 giugno 1981, ricorrente Gómez Ferrer, Fundamento Jurídico 2°).

X, che ha bisogno di disporre di una quantità importante di denaro contante a breve scadenza, decide di compiere un delitto volto a riempire le casse dell'impresa per ottenere un importante bonus alla fine dell'anno.

L'illiceità dell'operazione viene denunciata internamente da un impiegato attraverso un procedimento *ad hoc* stabilito dall'impresa, la quale, una volta ricercati i fatti e verificata l'esistenza di un delitto, informa l'autorità giudiziaria attraverso un altro dei suoi rappresentanti. Può dirsi che l'impresa abbia contravvenuto al proprio dovere di diligenza? Non sembra.

Se ragioniamo secondo i criteri tradizionali della responsabilità per il fatto altrui – la classica *culpa in eligendo ed in vigilando* – non si può sostenere che l'impresa abbia commesso un errore nel momento della scelta del proprio rappresentante (una persona che in vent'anni non ha mai commesso alcuna irregolarità?) e neppure che non abbia vigilato adeguatamente (il delitto è stato individuato dall'impresa stessa, fatto che dimostra che non solo vi sono meccanismi di vigilanza, ma che sono stati sviluppati adeguatamente).

Naturalmente si può insistere sulla circostanza che le persone che rivestono una posizione apicale “sono” l'impresa. Ma questa identità, che trova un senso nell'ambito del diritto privato, non può scavalcare il principio della responsabilità soggettiva che vige con riferimento all'inflizione delle sanzioni. Per affermare la sussistenza di una responsabilità soggettiva è necessario poter rimproverare all'impresa di aver fatto male qualcosa che (ragionevolmente e non a qualunque costo) era in suo potere far bene³⁹. E questo non è possibile nell'ipotesi ora formulata.

Questo è il punto decisivo della questione. Il modello di responsabilità per

³⁹ Circostanza che non incontra differenza alcuna con la situazione relativa alle persone fisiche in relazione alle quali sussistono limiti al sacrificio imposto per conformarsi al dovere di diligenza. *Diligenza dovuta* non coincide con l'ambito di “tutta la diligenza”, bensì con l'ambito della “diligenza conforme alle circostanze del caso concreto”. A chi ha l'obbligo di revisionare annualmente lo stato del proprio veicolo, non chiediamo che lo faccia anche ogni mese, sebbene questa condotta sarebbe idonea ad individuare con più efficacia i guasti e quindi a prevenire maggiormente gli incidenti. Agli ospedali che acquistano i medicinali da società che hanno le apposite licenze, non si chiedono verifiche aggiuntive sulla qualità del prodotto, sebbene questi ulteriori esami potrebbero individuare difetti suscettibili di cagionare lesioni. Sul problema dell'imposizione di misure di sicurezza senza aver riguardo ai costi e sulla dequotazione del principio di responsabilità soggettiva che ciò implica, visto che si confonde il piano della responsabilità oggettiva e soggettiva, v. MARTÍN LORENZO, ORTIZ DE URBNA GIMENO, “*Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción*”, en Pozuelo (coordinatrice): *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*. Comares, Granada 2006, pp. 363-373.

imputazione diretta o sussidiaria non è in grado di assicurare la sussistenza di una responsabilità soggettiva dell'impresa. Infatti, la commissione del delitto da parte di un soggetto che ricopre un incarico direttivo costituisce un indizio importante della responsabilità dell'impresa. Ma il modello non prevede alcun correttivo a questa affermazione di fatto, convertendo così quello che è un indizio in una presunzione *iuris et de iure* di colpevolezza che, come tutte le presunzioni di questo tipo non ammette prova contraria e che in questo caso – trattandosi di responsabilità soggettiva – è incompatibile con il principio di colpevolezza⁴⁰.

Perciò, nel confronto fra entrambi i modelli notiamo, in termini negativi, che quello che propugna una responsabilità sussidiaria presenta gravi deficienze con riferimento al rispetto del principio di responsabilità soggettiva. Inoltre, e detto ora in termini positivi, il sistema di auto-responsabilità presenta un vantaggio decisivo. Infatti, offre maggiori incentivi alla persona giuridica per prendere le distanze dai singoli che contravvengono ai propri doveri⁴¹. Vediamo.

Nei sistemi di responsabilità per imputazione diretta, le imprese sono spinte a non individuare i delitti commessi dai propri impiegati e parimenti a far sì che non siano individuati neppure da altri soggetti. Questo perché siffatti sistemi esigono la previa condanna del responsabile individuale per condannare l'impresa, in modo che, una volta commesso il delitto, ciò che interessa all'impresa è che non si possa individuarne l'autore. Come abbiamo visto, tuttavia, la condanna del responsabile individuale, è un elemento contingente di questo modello di responsabilità la quale, altresì, può accontentarsi della dimostrazio-

⁴⁰ In questo senso, nel caso di più amministratori DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Responsabilidad de personas jurídicas*, in ORTIZ DE URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 18-19, che tuttavia ammette la possibilità di imputazione diretta nel caso di un unico amministratore che commette il delitto per conto ed a vantaggio della società. Al contrario, ritengo che il principio di responsabilità soggettiva esiga, anche in un caso come questo, che sia possibile dimostrare che l'impresa era adempiente ai propri obblighi organizzativi e che la condotta dell'amministratore non era ragionevolmente prevedibile. Si spinge oltre (escludendo la possibilità della mera prevedibilità ed esigendo la condotta dolosa dell'impresa) GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, B di F, Montevideo-Buenos Aires 2010, p. 486, il quale esige che l'azione del rappresentante "costituisca lo sviluppo di una politica dell'impresa".

⁴¹ Così, NIETO MARTÍN, "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa" in *Politica Criminal* (http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080630_01.pdf).

ne fidefacente che il fatto sia stato commesso da un organo o un dipendente dell'impresa. In ogni caso, ed anche alla luce di questo criterio correttivo, è certo che, una volta commesso il delitto, l'impresa è fortemente spinta ad occultarlo: se lo nasconde ed ha successo, non ne deve rispondere; se lo nasconde senza successo, il fatto di averlo occultato non ha conseguenze, perché ne risponde in modo diretto, indipendentemente dal fatto di averlo nascosto.

Diverso è il caso dei modelli di auto-responsabilità. In questi è praticamente impossibile negare che l'esistenza e l'adeguata implementazione di un piano di contenimento dei rischi penalmente sanzionati presuppongano un diligente esercizio della responsabilità e pertanto escludano la responsabilità penale delle persone giuridiche. Così: se una persona fisica commette un delitto in seno a quella giuridica, alla luce di questo modello non è evidente che a quest'ultima convenga occultare la commissione di questo fatto. Le converrebbe, invero, se fosse certo che il delitto non venga mai scoperto. Ma tale strategia porta con sé il rischio che il delitto sia scoperto da altri (la vittima, la polizia, la magistratura requirente) e che questa scoperta effettuata da terzi sia considerata quale prova dell'inosservanza dei suoi doveri. Mentre nel modello di imputazione diretta, l'occultamento non ha conseguenze, nel modello di autoresponsabilità, tanto l'occultamento doloso, quanto la negligenza nelle indagini, importano conseguenze, dal momento che sono utilizzate come fondamento della responsabilità penale dell'impresa.

In conclusione, il modello di auto-responsabilità, non solo è scevro da quei problemi di costituzionalità, che risiedono negli aspetti di frizione con il principio di responsabilità soggettiva, (i quali invece caratterizzano la responsabilità sussidiaria), ma presenta altresì un evidente vantaggio politico criminale di natura preventiva, dato che separa con maggiore evidenza i vantaggi dell'impresa da quelli del reo. Alla luce di queste conclusioni parziali, è arrivato il momento di affrontare la disciplina così come regolata nel Codice penale spagnolo, alla luce di due aspetti fondamentali: il modello di imputazione e le pene applicabili alla persona giuridica e il sistema della loro determinazione.

4. La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche alla luce della LO 5/2010

4.1. Il modello di imputazione

Il modello di imputazione costruito dal legislatore è dettato dall'art. 31 bis comma 1 alla luce del quale: "Nei casi previsti in questo Codice, le persone

giuridiche saranno penalmente responsabili dei delitti commessi in nome e per conto delle stesse o in loro vantaggio, dai loro rappresentanti legali, amministratori di fatto o di diritto. Negli stessi casi, le persone giuridiche saranno altresì penalmente responsabili dei delitti commessi nell'esercizio delle attività sociali e per conto ed a vantaggio delle stesse, da coloro i quali, sottoposti all'autorità delle persone fisiche di cui al paragrafo precedente, hanno potuto realizzare le condotte in ragione del fatto che non si è esercitato su di essi il dovuto controllo, sulla base delle concrete circostanze del caso."

Lasciando qui da parte gli altri aspetti criticabili della disciplina⁴², il primo dato che richiama l'attenzione risiede nel fatto che il legislatore sembra aver optato per un modello di imputazione diretta o sussidiaria⁴³. Modello, si rammenti, che viene considerato incostituzionale per il fatto che non rispetta i requisiti di imputazione soggettiva nella determinazione della responsabilità, requisiti di rango costituzionale, secondo quanto sancito senza ombra di dubbio anche dalla Corte Costituzionale spagnola.

Che il legislatore simpatizzi con il modello di imputazione diretta o sussi-

⁴² Così ad esempio per i delitti commessi dalla persona con incarichi direttivi, il delitto della persona fisica deve essere stato commesso "in nome o per conto" della persona giuridica "e in suo vantaggio", mentre nel caso dei delitti commessi da altre persone soggette alla loro vigilanza, il delitto deve essere commesso "nell'esercizio delle attività sociali e per conto e a vantaggio" della persona giuridica. Si produce così una non chiara distinzione fra l'esigenza della commissione "in nome e per conto" (organi direttivi) e "nell'esercizio delle attività sociali e per conto" (subordinati), dandosi ad intendere che i soggetti che ricoprono cariche direttive possono vincolare l'impresa anche quando agiscono fuori dell'esercizio delle attività sociali (sempre che lo facciano in nome della società) e che, al contrario, è necessario che i subordinati agiscano "per conto" dell'impresa. Questi problemi sono stati messi in luce quando il testo era ancora alla fase di Progetto preliminare ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 8) pp. 275-276.

⁴³ Lo interpreta in questo modo anche SILVA SÁNCHEZ, "La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto", in *Diario La Ley*, 9 settembre 2010, p. 6, sebbene sottolinei alcuni elementi della responsabilità per fatto proprio, come la possibilità di attenuare la responsabilità attraverso comportamenti "propri" (id). Lo indicava sul testo del Progetto, che praticamente non è stato riformato in questo aspetto, BAGICALUPO ZAPATER, "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de 'compliance' (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)", in *Diario La Ley* n. 7442, 9 luglio 2010, edizione elettronica – si cita la versione a stampa: pagine 1-9-, p. 2. Il testo del Progetto mescola in maniera poco chiara il c. d. *modello di imputazione*, basato sull'attribuzione diretta alla persona giuridica del fatto punibile commesso dagli amministratori e rappresentanti, con il modello della *responsabilità per organizzazione*. Da parte loro MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN (opera citata nella nota 28) p. 630 ritengono che il primo periodo dell'art. 31 bis. 1 configuri una responsabilità "per rappresentanza" mentre il secondo configura una responsabilità per difetto di organizzazione.

diaria, si inferisce da una interpretazione sistematica e *a contrario* rispetto ai due periodi dell'art 31 bis. comma 1. Mentre il primo non fa riferimento all'esistenza di alcun tipo di responsabilità soggettiva dell'impresa, il secondo deve essere interpretato come se la esigesse, visto che richiede che le persone fisiche abbiano potuto commettere il fatto "per non aver esercitato sopra questi il dovuto controllo alla luce delle concrete circostanze del caso".

Perciò, sembrerebbe che, nel caso dei singoli con poteri di direzione, il legislatore abbia optato per il modello dell'imputazione diretta. Tuttavia, come si è spiegato nel capitolo precedente, questo modello è inaccettabile perché non garantisce il rispetto del principio di responsabilità soggettiva. Così, non rimane altra alternativa, nonostante non vi sia un riferimento espresso a tale circostanza, se non quella di interpretare l'articolo in modo conforme alla Costituzione, richiedendo quindi l'infrazione del dovere di diligenza da parte dell'impresa⁴⁴.

Tuttavia, questo non è l'unico problema che presenta il testo. Oltre all'aspetto appena evidenziato, di natura costituzionale e per questo recuperabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme del precetto⁴⁵, esiste un difetto tecnico che sino ad ora non sembra aver richiamato eccessivamente l'attenzione della dottrina spagnola che si è occupata della materia⁴⁶.

Si tratta, in concreto, di un problema che sorge dall'interpretazione sistematica dell'art 31 bis comma 1 con l'art. 12 dello stesso Codice penale. Secondo quest'ultimo precetto "Le azioni o le omissioni colpose sono punibili solo nei casi indicati dalla legge". E qui sorge il problema: se il riferimento alla omissione del dovuto controllo espressa dall'art 31 bis comma 2 periodo secondo può considerarsi sufficiente per fondare una responsabilità a titolo di colpa, il primo paragrafo, relativo alla responsabilità dell'impresa per i delitti

⁴⁴ In tal senso, DOPICO GÓMEZ-ALLER (opera citata in nota 40) p. 18. Essenzialmente anche ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 28) p. 582: *Per il rispetto del principio di colpevolezza si richiede che tutto quello (la commissione del delitto ad opera della persona fisica in beneficio di quella giuridica e in suo nome e conto) sussista come conseguenza dell'aver omesso – contrariamente ai propri obblighi – l'adozione di alcuna delle misure di precauzione e controllo (difetto di organizzazione) che erano esigibili per garantire uno sviluppo conforme alla legge (e non delittuoso) dell'attività d'impresa. L'unica differenza risiede nell'ubicazione dogmatica: quello che Zugaldia colloca nella colpevolezza, qui si colloca nella tipicità soggettiva.*

⁴⁵ Questa non è (o non solo) una trovata dottrinale: in conformità all'art. 5. 1 della LO 6/1985, del 1 luglio, sul Poder Judicial, i giudici debbono applicare la legge "secondo i precetti ed i principi costituzionali, in conformità alla interpretazione degli stessi che risulta dalle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, in tutti i tipi di processi".

⁴⁶ Con l'eccezione di SILVA SÁNCHEZ (opera citata nella nota 43) p. 6.

commessi dai propri organi direttivi, manca di qualsivoglia riferimento per conferirle natura di responsabilità colposa.

Così, dato che:

- a) È costituzionalmente necessario che l'impresa risulti soggettivamente imputabile
- b) Le forme di imputazione soggettiva sono il dolo e la colpa
- c) Quest'ultima può essere sanzionata solo ove prevista espressamente
- d) L'art. 31 bis comma 1 periodo 1 non contiene una clausola che preveda la colpa,

risulta che con l'attuale disciplina le persone giuridiche rispondono dei delitti commessi dai suoi dipendenti privi di cariche direttive sia quando l'impresa ha violato il suo dovere di diligenza con dolo (nel caso in cui le condotte vengano tollerate volontariamente), sia quando versa in colpa. Viceversa, rispondono dei delitti commessi dagli organi direttivi solo quando anche l'impresa versi in dolo.

Si tratta tuttavia di un risultato politico criminale assurdo, dato che non c'è alcun motivo per cui il regime di responsabilità delle imprese per i delitti commessi dai soggetti con poteri direttivi sia più favorevole del regime applicabile alla responsabilità per i delitti commessi dai soggetti subordinati⁴⁷. In effetti, non solo questo risulta assurdo dal punto di vista politico criminale, ma si pone in contrasto con le altre discipline sovranazionali.

Negli altri ordinamenti, le ipotesi di responsabilità dell'impresa per i fatti commessi dagli organi direttivi non presentano aspetti di maggior favore rispetto a quelle che fondano una responsabilità per il fatto dei subordinati, in modo tale che la responsabilità per il fatto dei soggetti apicali viene configurata secondo canoni di maggior ampiezza (esigendo meno requisiti) o vi si ricollegano conseguenze più gravi.

Nell'ordinamento spagnolo, al contrario, non solo si impongono requisiti più stringenti all'imputazione derivante dalla condotta dei soggetti apicali, ma le conseguenze che ne derivano sono esattamente le stesse nel caso di responsabilità per il fatto dell'organo apicale come per quello del subordinato⁴⁸.

⁴⁷ La critica di SILV SÁNCHEZ (opera citata nella nota 43) p. 6 si muove in altro senso: sembra inadeguato che l'omissione colposa del dovuto controllo dia luogo ad una responsabilità dolosa in capo alla persona giuridica. Tuttavia occorre concordare con la mancanza di senso della circostanza secondo la quale, in caso di responsabilità per il fatto dei subordinati, l'attitudine dolosa e colposa dell'impresa abbiano le stesse conseguenze.

⁴⁸ Critica la previsione di un regime differenziato di imputazione privo di rilievo quanto alle conseguenze: ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 27) p. 590.

Come abbiamo detto, questa peculiarità non trova riscontro nelle altre discipline sovranazionali.

Così, per esempio, i testi della Unione Europea che si riferiscono alla responsabilità delle imprese, distinguono fra delitti commessi da soggetti apicali e delitti commessi da soggetti subordinati, per poi collegare conseguenze più severe ai primi⁴⁹.

Nello stesso senso il sistema italiano prevede un'inversione dell'onere della prova nel caso dell'organo apicale (l'impresa deve dimostrare di essere stata diligente), ma non nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione subordinata⁵⁰.

La disciplina spagnola, in senso contrario, configura un regime di imputazione che privilegia la circostanza della commissione del delitto ad opera del soggetto apicale. Da qualunque punto di vista politico criminale ed inoltre, (nonché dal punto di vista preventivo), il risultato è *assurdo*. E per quanto sembri assurdo è un risultato che scaturisce indefettibilmente dalla decisione del legislatore di stabilire un regime di *numerus clausus* nella responsabilità

⁴⁹ In tal senso v. A) Secondo Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità Europea, Bruxelles 10 giugno 1997, (art. 4.); B) Decisione Quadro 2001/413/JAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, sulla lotta contro le frodi e la falsificazione dei mezzi di pagamento diversi da quello effettivo (art. 8); C) Decisione Quadro 2002/946/JAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, destinata a rafforzare il quadro penale per la repressione degli aiuti all'ingresso, alla circolazione e alla permanenza irregolari (art. 3); D) Decisione Quadro 2003/568/JAI del Consiglio, del 22 luglio del 2003, relativa alla lotta contro al corruzione nel settore privato (art. 6); E) Decisione Quadro 2008/68/JAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia minorile (art. 7); F) Decisione Quadro 004/757/JAI del Consiglio del 25 ottobre del 2004 relativa alla configurazione degli elementi essenziali costitutivi dei delitti e le pene applicabili nell'ambito del traffico illecito di droga (art. 7); G) Decisione Quadro 2005/222/JAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (art. 9); H) Decisione Quadro 2005/667/JAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, destinata a rafforzare il quadro penale per la repressione delle contaminazioni provenienti dai natanti (art. 6); Decisione Quadro 2008/841/JAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro il crimine organizzato (art. 6); J) Decisione Quadro 2008/919/JAI del Consiglio del 28 novembre 2008, con la quale si modifica la Decisione Quadro 2002/475/JAI sulla lotta contro il terrorismo (art. 8 della Decisione Quadro del 2002/475): Al contrario, costituisce ipotesi eccezionale il fatto che il regime sia uguale per entrambi i casi (in questo senso Decisione Quadro 2003/80/JAI del Consiglio del 27 gennaio 2003 relativa alla protezione dell'ambiente attraverso gli strumenti del diritto penale art. 7). Quello che ancora non è accaduto è che il regime sia più favorevole nel caso dei delitti commessi da persona in posizione apicale.

⁵⁰ V. FOFANI, "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?", en *Revista General de Derecho Penal* 10, 2008. Si cita la versione elettronica (pp. 1-11), p. 10.

per colpa e dalla sua cristallizzazione nell'art. 12, la cui esistenza ed i cui effetti sistematici non saranno certamente rimasti sconosciuti al legislatore della LO 5/2010.

4.2. *Le pene e la loro distinzione*

L'art. 33.7 della LO 5/2010 prevede il catalogo delle pene applicabili alla persona giuridica. Secondo questa disposizione, che è stata approvata con pochi cambiamenti rispetto al testo del Progetto, una volta che si consideri che la persona giuridica deve rispondere per il fatto di un soggetto in posizione apicale o subordinata, le pene imponibili saranno le seguenti:

- a) Multa calcolata sulla base delle quote o proporzionale;
- b) Dissoluzione;
- c) Sospensione delle attività per un periodo fino a cinque anni;
- d) Chiusura dei locali o dello stabilimento per un periodo fino a cinque anni;
- e) Proibizione di realizzare le attività nell'esercizio delle quali si è commesso, favorito o occultato il delitto. Può essere temporanea o definitiva. Se è temporanea la durata non potrà superare i cinque anni;
- f) Inabilitazione all'ottenimento delle sovvenzioni e degli aiuti pubblici, alla contrattazione con la pubblica amministrazione, al conseguimento di benefici ed incentivi fiscali o previdenziali per un periodo fino a cinque anni;
- g) Amministrazione giudiziaria per salvaguardare i diritti dei lavoratori o dei creditori per il tempo che si ritenga necessario, ma non superiore ai cinque anni.

In materia di pene, il progetto includeva due aspetti di novità alla luce del Diritto comparato. Tuttavia, le novità non sempre sono migliorative del panorama esistente e a maggior ragione in questo caso non si poteva parlare di progresso rispetto agli standard internazionali:

- In primo luogo, in alcune previsioni della parte speciale del Progetto, insieme alla pena della multa, si stabiliva l'imposizione obbligatoria della pena interdittiva.

Così, per esempio, nel caso del riciclaggio di capitali, (delitto che nel Codice Penale spagnolo è sanzionato anche nella forma colposa) l'art. 302 del Progetto prevedeva l'imposizione obbligatoria del divieto di contrarre con la PA per un tempo pari a quello della pena privativa della libertà inflitta alla persona fisica ed inoltre, imponeva l'obbligo di irrogare una delle seguenti pene (a scelta del giudice, senza alcuna linea guida): dissoluzione, sospensione delle attività per un tempo dai due ai cinque anni, divieto di proseguire le attività in occasione delle quali si è commesso il delitto per un tempo dai due ai cinque

anni, divieto di ottenere sovvenzioni e benefici fiscali per un periodo corrispondente alla più elevata pena privativa imposta. Parimenti, gli art. 427e 430 del Progetto stabilivano l'obbligo di sospensione delle attività per un periodo dai due ai cinque anni ed altresì l'obbligo della chiusura dello stabilimento per lo stesso tempo in occasione della commissione dei delitti di corruzione e traffico di influenze.

- In secondo luogo, l'unica regola preposta alla determinazione delle pene applicabili alle persone giuridiche (se possono meritare la qualificazione di regole) era una disposizione vaga, prevista all'art. 66.3 del Progetto ed oggi non recepita nella LO 5/2010 che letteralmente stabiliva: "Nell'applicazione delle pene imposte alle persone giuridiche, procederanno il Giudice o il Tribunale secondo il loro prudente arbitrio, secondo le regole stabilite in questo capitolo".

Come evidente, questa "regola", si limitava ad indicare ai giudici che potevano utilizzare il loro prudente arbitrio. In effetti, data l'assenza di qualsivoglia altra indicazione sull'imposizione delle pene, i giudici non solo potevano, ma erano obbligati ad utilizzare tale arbitrio, essendo l'indicazione relativa alle regole applicabili nella determinazione della pena delle persone fisiche un riferimento privo di contenuto⁵¹.

Così si obbligavano gli organi giudicanti ad imporre pene interdittive senza preoccuparsi della loro necessità e senza offrire criteri di scelta fra l'una o l'altra, mentre dall'altro lato si lasciava ai giudici estrema libertà nella scelta dei criteri atti a determinare la pena applicabile. Si arrivava così alla conseguenza che le imprese erano obbligatoriamente assoggettate a pena interdittiva o potevano essere dissolte anche quando la loro responsabilità non era dolosa, bensì negligente, in ordine alla prevenzione del delitto commesso da qualunque dipendente. E questo, senza che fosse necessario valutare le conseguenze sociali dell'interdizione o della dissoluzione.

La gravità della situazione portò un gruppo di professori di diverse università spagnole ad intraprendere una iniziativa singolare nel contesto del procedimento di approvazione di una norma⁵².

⁵¹ In aggiunta, vari gruppi parlamentari chiesero al soppressione della clausola perché impropria, in ragione della pretesa di autorità che devono avere le disposizioni di legge.

⁵² *Rectius* nel gruppo c'erano professori di diverse università spagnole ... e di una università italiana. Al seminario partecipò anche il Professor Luigi Foffani, il cui intervento ha assunto uno speciale rilievo: non solo ha apportato l'esperienza italiana, ma anche maggior obiettività alla critica (cosa che fu molto importante perché, come noto, noi accademici siamo soliti non essere profeti in patria). Avendo provato personalmente la difficoltà di far lavorare colleghi

Con il Progetto di Legge già inviato al Parlamento, questi professori organizzarono in tempo record un seminario di discussione e presero contatti con il Ministero di Giustizia per invitare il Ministro e i suoi consiglieri specialisti in diritto penale a parteciparvi. Gli inviti furono accettati e nel seminario ebbe luogo un interessante e ben coordinato scambio di pareri, il cui risultato fu il riconoscimento da parte del Ministero di Giustizia della necessità di attuare alcuni cambiamenti in ordine alla determinazione delle pene applicabili alle persone giuridiche.

Le modifiche, che furono introdotte attraverso emendamenti frutto di accordi fra il gruppo Parlamentare Socialista e gli altri gruppi parlamentari, riguardano il rifiuto della disposizione di cui all'art. 66.3 del Progetto, la previsione della multa come unica pena forzosamente imposta e l'assoggettamento della (mai) obbligatoria imposizione delle pene interdittive e della dissoluzione a certi requisiti che hanno a che vedere principalmente con la pericolosità della persona giuridica e con gli effetti sociali dell'imposizione di siffatte pene. Rispetto a quest'ultimo punto, l'art. 66 bis della LO 5/2010 stabilisce diversi criteri volti a stabilire l'*an* ed il *quomodo* dell'imposizione, alcuni dei quali sono formulati come regole standard che lasciano un certo grado di apprezzamento al giudice, altre invece come regole di stretta osservanza.

In concreto:

- Per decidere l'imposizione – e nel caso – l'estensione delle pene interdittive e la pena della dissoluzione deve tenersi in conto:
 - a) La loro necessità al fine di prevenire la prosecuzione dell'attività delittuosa e dei suoi effetti;
 - b) Le loro conseguenze economico sociali specialmente quelle che riguardano i lavoratori;
 - c) Il posto che nella struttura della persona giuridica occupa la persona fisica o l'organo che è contravvenuto all'obbligo di controllo.

Come si può notare, siamo davanti a criteri di opportunità, (no davanti a regole la cui osservanza si obbligatoria) i quali fanno riferimento ad aspetti molto diversi: nel primo caso si fa riferimento alle necessità legate ad una specialprevenzione negativa, nel secondo alle conseguenze sociali, e nel terzo si allude al posto occupato dalla persona fisica che commette il delitto da cui nasce la responsabilità della persona giuridica (fatto presupposto), con tutta probabilità nell'intento di ritenere che quanto più alto sia questo, maggiore

del proprio Paese su un testo prelegislativo, debbo ringraziare il Professor Foffani per il suo apporto disinteressato al miglioramento di un testo prelegislativo straniero.

sarà il numero di indizi dell'esistenza di un difetto strutturale.

- Inoltre si stabilisce, come regola, che nel caso in cui si decida di imporre pene interdittive di una certa durata temporale, questa non può superare la durata massima della pena privativa della libertà prevista nel caso in cui il delitto sia stato commesso da una persona fisica.
- Infine, si prevedono altre due regole:
 - a) Per l'imposizione di pene interdittive per un periodo superiore a due anni e fino a cinque è necessario sia che la persona giuridica sia recidiva, sia che questa sia utilizzata in modo strumentale per la commissione di illeciti penali. Si stabilisce espressamente che si riterrà sussistente tale utilizzazione strumentale "ove l'attività legale della persona giuridica sia meno rilevante di quella illegale".
 - b) Al fine di imporre la pena della dissoluzione o le pene interdittive per un periodo superiore a cinque anni è necessario che la persona giuridica sia recidiva reiterata⁵³ o che essa venga utilizzata quale strumento per la commissione di illeciti di natura penale.

Riassuntivamente, si può concludere come le regole di determinazione della pena apportate in fase parlamentare, hanno come fine principale quello di evitare l'imposizione della pena della dissoluzione ed interdizione, in quei casi nei quali l'impresa in questione non presenta un profilo di pericolosità e negli altri, nei quali risulti eccessivamente gravosa per gli interessi collettivi.

4.3. *Rilevanza dell'esistenza e dell'effettiva operatività del modello organizzativo volto alla riduzione del rischio penale*

Con l'approvazione, nel 1991 delle "Direttive per la determinazione individuale della pena" (*Sentencing Guidelines*), gli Stati Uniti hanno introdotto taluni elementi del modello di auto-responsabilità nel tradizionale modello di responsabilità sussidiaria.

Le direttive non si riferiscono alla determinazione della responsabilità dell'impresa, ma muovono dalla dichiarazione della sua esistenza ed incorporano aspetti del modello di auto-responsabilità nel profilo della determinazione della pena in concreto⁵⁴. Così si muove da due variabili, l'entità del danno

⁵³ L'articolo 66. 1. 5 del Codice Penale spagnolo stabilisce che sussista un recidiva reiterata quando il soggetto sia stato condannato in precedenza per almeno tre delitti collocati nel medesimo Titolo.

⁵⁴ Per questo motivo, NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25) pp. 178-194, lo include

causato e il quantum di colpevolezza dell'impresa, essendo questa la seconda ragione concettuale di rilevanza delle *Guidelines* per i modelli di auto responsabilità, dato che la sussistenza della colpevolezza si valuta con riferimento all'impresa più che al dipendente⁵⁵.

Fra gli elementi che servono a determinare la misura di siffatta colpevolezza, e pertanto modulare la pena, assume rilievo l'esistenza di un modello organizzativo (*compliance plan*). In effetti, il paragrafo di apertura del "Commentario Introduttivo" conclude affermando che "questo capitolo trova la sua ragione in ordine al fatto che le sanzioni imposte alle organizzazioni ed ai loro rappresentanti, prese nel loro complesso, configurino un giusto castigo, una dissuasione adeguata, ed una serie di *incentivi perché le organizzazioni mantengano meccanismi interni di prevenzione, individuazione e denuncia delle condotte delittuose*". Quest'ultimo periodo, qui posto in risalto, è la chiave di comprensione del motivo per il quale sussiste una responsabilità penale delle persone giuridiche. Queste, infatti, devono costituire un sistema organizzativo interno idoneo a prevenire ed individuare i delitti che possano essere commessi nello svolgimento delle attività. Per incentivarle a costruire un simile sistema, si sanzionano penalmente per i delitti commessi dalle persone fisiche, che trovino origine nella mancanza di una adeguata organizzazione⁵⁶.

L'influenza del modello statunitense è evidente nella disciplina italiana del 2001 (D. Lgs. 231/2001) ove l'art. 6 prevede la mancanza di responsabilità della persona giuridica quando si dimostri che i suoi vertici hanno adottato e sviluppato efficacemente e prima della commissione del delitto "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Questa influenza si riscontra altresì nella più recente legislazione cilena, all'art 3 della legge 20.393 del 25 novembre 2009. Infatti, perché l'impresa risponda tanto dei delitti commessi dagli organi direttivi, come per

fra i modelli "misti". Oltre all'opera di Nieto il lettore interessato al tema non può tralasciare la monografia di GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 63-81.

⁵⁵ La ragione pratica di questa influenza è il grande potere di diffusione che il diritto commerciale statunitense esercita sul resto del mondo, attraverso soprattutto la regolamentazione del mercato dei valori.

⁵⁶ Senza questo profilo sanzionatorio pubblicistico (non necessariamente penale), la fiducia in un sistema di autoregolamentazione delle aziende sarebbe piuttosto vana. L'esperienza ha dimostrato con inconfutabile crudeltà la banalità delle aspettative riposte in un sistema di autoregolamentazione puro, demandato al mercato, senza alcun intervento dello stato. In tal senso v. NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25) p. 218 "in quegli ambiti nei quali sussiste una responsabilità penale, la responsabilità sociale smetterà di essere una forma di *marketing*".

quelli dei soggetti subordinati, deve sussistere una violazione “dei doveri di direzione e supervisione”. La legge, inoltre, stabilisce espressamente che “i doveri di direzione e supervisione si considereranno assolti quando, anteriormente alla commissione del delitto, la persona giuridica abbia adottato e sviluppato un modello di organizzazione, amministrazione e supervisione idonei a prevenire delitti del tipo di quello commesso, come disposto nell’articolo seguente”.

Tuttavia, nella disciplina introdotta dalla LO 5/2010 si riscontra solo un riferimento a modelli organizzativi volti alla riduzione dei rischi penali. Si tratta dell’art 31 bis 4 ove sono disciplinate le circostanze che permettono l’attenuazione della responsabilità delle persone giuridiche fra le quali alla lettera d), “aver predisposto, prima dell’inizio del giudizio orale, misure efficaci a prevenire e individuare i delitti che in futuro potranno essere commessi sotto la copertura della persona giuridica”. La collocazione della disposizione fra le circostanze attenuanti e non fra quelle esimenti potrebbe portare a credere che l’esistenza di un siffatto modello e il suo corretto sviluppo possano solo attenuare la pena ma non evitarla. Tuttavia, non è così.

Non lo è in primo luogo perché l’attenuante in parola si riferisce al caso di quelle imprese le quali al momento della commissione del delitto non avevano adottato un modello organizzativo volto alla riduzione dei rischi penali e lo adottano prima del giudizio orale. L’attenuazione della pena in questo caso ha un senso perché l’impresa che dopo il delitto adotta quel modello, dimostra di avere minori esigenze specialpreventive e la previsione di questa attenuante può rivelarsi uno strumento efficace per la promozione dell’adozione di siffatti modelli. Questa disciplina, che concerne le imprese che non sono dotate di un modello organizzativo *ab origine*, nulla ci dice di quelle che invece lo hanno⁵⁷.

In secondo luogo ed in stretta correlazione con quanto si è appena finito di dire, dogmaticamente, l’esistenza di un piano di riduzione dei rischi penali diligentemente sviluppato non deve essere qualificata come circostanza esimente ogni qual volta il suo reale incardinamento dogmatico si radichi nella tipicità soggettiva: l’impresa che dispone del modello e lo applica è un’impresa che non viola il suo dovere di diligenza, e pertanto non c’è nessuna responsabilità incipiente a fronte della quale debba intervenire una circostanza esimente⁵⁸.

⁵⁷ In questo senso GÓMEZ-JARA DÍEZ (opera citata in nota 39) p. 493.

⁵⁸ Così BAGICALUPO ZAPATER (opera citata nella nota 43) p. 5, il quale con riferimento al Progetto (il quale sotto questo profilo è stato modificato) “La tesi che limita gli effetti di un

In definitiva, l'esistenza di un modello organizzativo atto a diminuire l'incidenza della commissione dei reati ed il suo diligente sviluppo, fanno venir meno le responsabilità penali. Il problema, come al solito, sta nei dettagli: sulla base di quale criterio debbono valutarsi l'adeguatezza del modello organizzativo e della sua attuazione? In Spagna, l'esperienza di modelli organizzativi è scarsa e per lo più circoscritta all'ambito della sicurezza del lavoro o del riciclaggio di capitali. L'esistenza di doveri tassativi nella materia in esame, tuttavia, faciliterà il compito degli operatori del diritto. Si tratta di una situazione complessa, che tuttavia avrebbe potuto essere evitata con un po' di impegno da parte del legislatore⁵⁹.

In ogni caso, il grado di complessità è simile a quello che sussiste in ordine alla determinazione della violazione del dovere di diligenza al di fuori degli ambiti nei quali la disciplina extrapenale è fortemente dettagliata (il traffico su ruote o l'ambiente).

In questi casi gli operatori del diritto debbono concretizzare caso per caso le aspettative di comportamento basate su standard di diligenza media e questo dovrà senza dubbio essere la strada da percorrere anche con riferimento ai modelli organizzativi⁶⁰.

adeguato programma di prevenzione dei rischi all'ambito della determinazione della sanzione è in un certo senso incongruente con il principio di colpevolezza". Per questo motivo condivido solo a metà la critica di ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 28) p. 592, per il quale la mancata previsione di una specifica esimente dell'adozione di norme efficaci di prevenzione dei delitti costituirebbe uno degli errori della riforma. Sebbene la menzione espressa senza dubbio sarebbe stata più opportuna ed avrebbe incrementato l'adozione dei modelli, in nessun caso tuttavia avrebbe dovuto qualificarsi come esimente, almeno nel significato tradizionale che gli dà l'ordinamento spagnolo (*ex art. 20 del Codice Penale*), secondo il quale le esimenti sono circostanze che vengono in rilievo ogni qual volta sussista la tipicità soggettiva ed oggettiva. Al contrario, come abbiamo visto, l'esistenza ed il corretto sviluppo dei modelli organizzativi esclude la tipicità soggettiva, dal momento che non sussiste alcuna violazione del dovere di diligenza.

⁵⁹ Oltre alla possibilità di delineare concretamente gli elementi necessari del modello, come ha fatto il legislatore cileno (art. 4 della legge 20.393), si sarebbe potuto optare per un sistema di cooperazione fra settore pubblico e privato come ha fatto la legge italiana, la quale all'art. 6.3 prevede che i modelli organizzativi "possono essere adottati garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati".

⁶⁰ Non possono tuttavia accogliersi quelle proposte di determinazione del dovere di diligenza che fanno riferimento ai migliori standard disponibili sul mercato (così DOPICO GÓMEZ-ALLER opera citata in nota 40 pag. 20). Da un lato, infatti, si corre il rischio di incentivare il raggiungimento di un accordo (espreso o tacito) fra le imprese dello stesso settore volto al mantenimento di standard bassi. Dall'altro lato, potrebbero risultare basati su standard troppo alti

5. Conclusioni

Dopo l'entrata in vigore della LO 5/2010 si può dire davvero che la Spagna si unisce a quel nutrito gruppo di ordinamenti giuridici che prevedono la responsabilità penale della persona giuridica.

Visto che questo tipo di responsabilità può essere utile a livello politico criminale per evitare le forme più eclatanti di quella che viene chiamata "irresponsabilità organizzata" e che non presenta irrimediabili obiezioni di incostituzionalità, la decisione di adottare siffatto tipo di responsabilità non è in sé criticabile. Ma lo è, al contrario, per come è stata configurata nel sistema spagnolo.

La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo avrebbe dovuto essere oggetto di una più attenta regolamentazione. Anche a causa del complesso iter normativo che ha caratterizzato al sua approvazione (diversi progetti, elaborati da tre Ministri di Giustizia diversi) il Progetto sottoposto al Parlamento nel novembre del 2009 era decisamente migliorabile. A parte il pericolo che comportava l'assurdo sistema di imposizione obbligatoria delle pene interdittive o della misura della dissoluzione risolto in fase parlamentare (v. sopra capitolo IV.2), il Progetto non offriva alcuna spiegazione della ragione dell'inclusione di alcuni delitti e l'esclusione di altri (ad esempio è difficile comprendere come mai non si è annoverato fra i delitti che possono dar luogo ad una responsabilità d'impresa, la fattispecie contro la sicurezza e la salute sul lavoro). Non sembra chiaro nemmeno il regime di imputazione, da cui è scaturito un duplice effetto/difetto, che dovrà essere risolto dai tribunali in via interpretativa.

Da un lato, come si è visto sopra nel capitolo IV.1, la mancanza di un espresso riferimento alla colpa nell'art. 31 bis 1 periodo primo, rende impossibile imputare all'impresa, a titolo di colpa, i delitti commessi dai soggetti apicali. Sicuramente i tribunali saranno tentati di dare una interpretazione correttiva che tuttavia non compete loro, soprattutto se siffatta interpretazione importa effetti *in malam partem*.

Dall'altro, come abbiamo visto *supra*, nel capitolo IV.3, la preordinata vaghezza dei requisiti fondanti una responsabilità soggettiva dell'impresa, si riflette sull'insufficiente regolamentazione della rilevanza conferita all'esistenza ed all'adeguato sviluppo dei modelli organizzativi. L'interpretazione qui pro-

(come potrebbe accadere se volendo fissare il dovere di diligenza individuale, si scegliesse come parametro il più diligente degli agenti modello).

posta che afferma la valenza esoneratrice di siffatti modelli quando essi siano ben costruiti e sviluppati, si è fatta strada fra gli autori e forse sarà recepita favorevolmente dai tribunali, anche solo per il fatto che apre a margini di maggiore discrezionalità. Tuttavia, siamo innanzi ad un tema che riveste un'importanza pratica tale per cui avrebbe meritato un'attenzione specifica da parte del legislatore, come è accaduto in altri Paesi.

Le riflessioni sin'ora svolte ci conducono ad un'ultima considerazione che pone in relazione il procedimento di elaborazione della norma penale con l'opera della dottrina. È più di un secolo che nel diritto si vincola la correttezza della decisione giurisdizionale al parametro dell'esistenza e dell'esaustività della sua motivazione. Tuttavia, questa esigenza di motivazione si arresta dinanzi alle porte della produzione normativa. Tanto il Governo nel formulare le sue proposte, così il Parlamento nel prendere le decisioni, sono organi sovrani. È indubitabile. Ma è altresì indubitabile non solo che il Parlamento debba legiferare secondo procedimenti adeguati, ma che quelli odierni siano davvero lontani da uno standard di sufficiente razionalità giuridica⁶¹.

Tuttavia, per la maggior parte dei penalisti questa constatazione non costituisce un incentivo ad agire: eccezioni a parte (v. il capitolo IV. B), si preferisce aspettare l'approvazione finale del testo per poi avanzare le proteste. Visti i risultati, non sembra essere la strategia migliore.

ALLEGATO I:
DELITTI DEI QUALI POSSONO RISPONDERE LE PERSONE GIURIDICHE
NEL DIRITTO PENALE SPAGNOLO

- Traffico illegale di organi (art. 156 bis)
- Tratta di esseri umani (art. 177 bis)
- Prostituzione e corruzione di minori (art. 189 bis)
- Delitti contro la riservatezza e violazione di un sistema informatico (art. 197)
- Truffa ed altre frodi (art. 251 bis)
- Insolvenza punibile (art. 261 bis)
- Danno ad un sistema informatico (art. 264)
- Delitti contro la proprietà intellettuale ed industriale, il mercato ed i consumatori (art. 288)

⁶¹ Sul criterio di razionalità nella produzione legislativa v. la pi importante (e altrettanto solitaria) opera di Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

- Riciclaggio di capitali (art. 302)
- Delitti contro la Pubblica Amministrazione e la Previdenza pubblica (art. 301 bis)
- Delitti in danno ai diritti dei cittadini stranieri (art. 318 bis)
- Delitti di costruzione, edificazione o urbanizzazione illegale (art. 319)
- Delitti contro l'ambiente (art. 327 e 328)
- Delitti relativi all'energia nucleare ed alle radiazioni ionizzanti (art. 343)
- Delitti di rischio provocato da materiale esplosivo (art. 348)
- Delitti contro la salute pubblica: traffico di droga (art. 369 bis)
- Falsità negli strumenti di pagamento (art. 399 bis)
- Peculato (art. 427)
- Traffico di influenze (art. 430)
- Corruzione di un funzionario straniero (art. 445)
- Organizzazione o associazione a delinquere (art. 570 quater)
- Finanziamento del terrorismo (art. 576 bis)

GONZALO QUINTERO OLIVARES

MODIFICARE LA LEGGE E MODIFICARE IL DIRITTO PENALE.
A PROPOSITO DELL'ULTIMA RIFORMA
DEL CODICE PENALE SPAGNOLO^(*)

1. A distanza di soli quindici anni dal varo del nuovo Codice penale, promulgato il 23 novembre 1995, il legislatore è recentemente intervenuto – la ventisettesima volta, se non mi sbaglio – per riformarne il contenuto con la Ley Organica n. 5 del 22 giugno 2010¹. Si tratta di un intervento riformatore particolarmente incisivo e rilevante, nella misura in cui investe un gran numero di disposizioni, alcune delle quali vanno a modificare fattispecie già esistenti, mentre altre vengono inserite *ex novo* nel *corpus* del Codice penale, spingendosi sino a introdurre congruenti modifiche della disciplina processuale penale e, persino, del sistema penitenziario.

La riforma ha una sua piccola storia, che inizia nel 2006 con una serie di lavori preparatori prodromici rispetto progetto del gennaio 2007, decaduto a causa dello scioglimento del Parlamento. In seguito, ne furono ripresi i lavori, i quali, con profonde modifiche rispetto al progetto del 2007, sono passati attraverso l'iter legislativo per vedere finalmente la luce come legge.

Lo spettatore non aduso alle tensioni che nascono in Spagna, sia sotto il profilo della fuga dal diritto penale, sia per il modo in cui si utilizza la risposta penale, potrebbe rimanere sconcertato dal fatto che una legge tanto importante sia stata modificata, negli anni, all'incirca ogni 9 mesi. Non si potrebbe neppure invocare la sussistenza di sopraggiunte necessità tecniche – che certamente si sono verificate – a giustificazione di siffatti cambiamenti, perché il problema del precario sistema penale è dinanzi ai nostri occhi e dobbiamo accettarlo e nei limiti del possibile, metabolizzarlo.

Vale la pena comunque aver contezza del fatto che si è verificata una convergenza di circostanze che almeno in parte spiega siffatto fenomeno. In primo luogo emerge la produzione normativa dell'Unione Europea che già da sola impone una continua revisione del Codice Penale e specialmente delle altre leggi di natura non penale. Se prendiamo come esempio la tutela dell'ambiente e individuiamo l'ingente numero delle decisioni comunitarie emanate

* La traduzione dallo spagnolo è della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

¹ Che ha visto la luce nel BOE del 23 giugno 2003.

in materia, unite ad obblighi prescritti per gli Stati, possiamo farci agevolmente un'idea di quanto sia difficile non sottoporre a modifiche la legge penale.

Il legislatore spagnolo è consapevole della realtà dei continui cambiamenti imposti alla legge penale. Nel Preambolo dell'attuale riforma leggiamo: «*L'evoluzione sociale di un sistema democraticamente avanzato, come quello tratteggiato dalla Costituzione Spagnola, comporta che l'ordinamento giuridico sia soggetto ad un costante processo di revisione (...) La Spagna ha contratto obbligazioni internazionali, specialmente nel contesto di una armonizzazione giuridica comunitaria, che comporta degli adattamenti (...) di ragguardevole portata – delle nostre norme penali (...) la mutevole realtà sociale determina l'insorgere di nuove problematiche alle quali è necessario offrire una risposta (...) Sotto altro profilo, l'esperienza applicativa del Codice ha continuato a porre in evidenza talune carenze o deformazioni che debbono essere corrette (...)*».

Il Preambolo offre una corretta sintesi della situazione. Tuttavia, tornando all'enorme numero di leggi modificative del Codice penale, non smette di costituire un paradosso la circostanza che siffatte continue trasformazioni abbiano luogo all'interno di un sistema penale come quello spagnolo che, con sorpresa degli osservatori stranieri, ha avuto di mira prima di tutto l'obiettivo di evitare la pluralità di leggi. Infatti, il legislatore spagnolo ha deciso, dal 1995 ed all'unanimità, che tutto il diritto penale – salvo il diritto penale militare e quello minorile – dovesse essere racchiuso nel *corpus* del Codice. Vi si trovano infatti regolate materie nelle quali, per vero, il diritto penale mostra una certa accessorietà rispetto alla legislazione extrapenale. Fra esse possiamo ricordare ad esempio i delitti ambientali, i delitti contro *l'ordenación del territorio*², i delitti finanziari, quelli relativi al mercato, quelli a tutela del consumatore e della concorrenza, tutte materie nelle quali sarebbe stato maggiormente auspicabile il ricorso a leggi speciali che, nell'uguale rispetto dei principi penali fondamentali, potrebbero subire modifiche meno traumatiche rispetto ad un intervento diretto sul Codice penale.

Penso che in materie come le radiazioni ionizzanti, energia nucleare, sostanze esplosive o tossiche, una legge speciale, o ancora meglio, una sezione penale inserita nelle rispettive discipline amministrative di settore, potrebbe raggiungere un livello più alto di precisione rispetto a quello conseguito a seguito dell'intervento del diritto penale.

² Vicini alla figura dei reati Urbanistici ed Edilizi (N.d.T.).

2. Come è logico, in tutti questi anni, non c'è stata riforma che non sia stata accompagnata da una spiegazione giustificativa, ed anche l'attuale intervento non è da meno.

Al primo posto occorre collocare inderogabilmente, come fa il Preambolo dell'odierna Riforma, le modifiche alla legge penale derivanti dal *processo di integrazione europea* che frequentemente impone, in ossequio alle Direttive o alle Decisioni Quadro, di apportare cambiamenti alla legge penale. Questo processo ha subito una accelerazione a partire dal Trattato di Amsterdam nel 1997 e non ha smesso di incrementarsi fino a giungere all'attuale Trattato di Lisbona, a seguito del quale, è cresciuta in modo significativo la capacità da parte dell'Europa di incidere sul diritto penale interno (art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). L'obbligo o la necessità di armonizzare la legge penale non può sorgere "spontaneamente" per iniziativa di ciascuno degli Stati membri, ma il cammino di riforma passa per le indicazioni fornite dalla Comunità.

Nell'ambito strettamente spagnolo, coloro i quali, a vario titolo, si dedicano al diritto penale, aggiungono alle suddette cause altre molto meno chiare, coincidenti con quelle che il Preambolo della Legge di Riforma segnala come determinate dai *cambiamenti della realtà sociale* che provoca *l'insorgere di nuove questioni che debbono essere affrontate*.

Vengono così alla mente alcune riforme che traevano la loro origine da fattori congiunturali, che proprio per questo motivo non avrebbero dovuto dar luogo a modifiche della legge penale e che con la stessa rapidità con la quale furono promulgate, sono state derogate. Dopo di queste, che rivelano solamente un ricorso inadeguato allo strumento penale, dobbiamo ricordare le leggi penali che nascono dalla continua emergenza legata ai problemi sociali, economici, sentiti come avvenimenti ingiusti lasciati impuniti (sebbene per la maggioranza della gente questa presunta impunità non esista). Questa emergenza induce il bisogno di una risposta penale incisiva ed immediata. Si esigono quindi nuove incriminazioni, si reclama un inasprimento delle pene – come se il nostro sistema penale potesse essere tacciato di essere blando – quasi sempre senza effettuare una serena analisi degli strumenti offerti dalla legislazione vigente – e quel che è peggio – senza guardare alla vigenza temporale della legge penale, la cui prima regola risiede nella irretroattività. Siffatto quadro porta alla semplice conseguenza che una riforma legale, la quale normalmente porta con sé un inasprimento della pena, si applicherà a qualsivoglia fatto o caso futuro, ma non a quello che ha provocato la domanda di inasprimento della pena, la qual cosa, a sua volta, provoca una delusione fra i cittadini ed una ingiusta dequalificazione della giustizia penale.

Nell'ambito dell'odierna riforma, questo è ciò che può succedere in relazione a questioni che si presentano come urgenti ed inevitabili, come nel caso della libertà vigilata, qualificata come misura di sicurezza. La sua previsione trae origine dalla preoccupazione ingenerata dalla scarcerazione, dopo aver scontato la pena, di alcuni delinquenti sessuali, soggetti ritenuti temibili nella percezione sociale. La misura della libertà vigilata, che oggi viene introdotta nel Codice, non potrà essere inflitta se non ai soggetti che commettano questi gravi crimini dopo l'entrata in vigore della Riforma, circostanza che richiede, fra la detenzione, la condanna ed il fatto di scontare interamente la pena, un tempo di attesa di qualche anno. Però, naturalmente, la misura non è applicabile a coloro che oggi stanno scontando la pena, perché la misura della libertà vigilata non può applicarsi retroattivamente. Non è facile prevedere se la società sarà cosciente dei limiti irrinunciabili che importa il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole o si cadrà nella dequalificazione demagogica dell'elaborazione giudiziale.

L'urgenza con la quale si chiede al legislatore di emanare leggi, rende manifesta altresì un'idea peculiare sull'incidenza della creazione legislativa nel mondo del diritto. Ci sono leggi il cui effetto è immediatamente visibile – come ad esempio il cambio dell'entità di una tassa – sebbene anche in questo caso rimarrà da vedere qual è l'impatto futuro, in questo caso economico, che questa norma genererà. La soluzione di un problema sociale può passare o meno attraverso l'intervento del diritto penale. Però, se si decide – senza entrare nel merito della decisione – che questo intervento è necessario ed adeguato, niente sarà più lontano dalla realtà che ritenere che l'efficacia o la vigenza materiale di questa legge, cioè la sua influenza sui comportamenti delle persone singole o dei gruppi, si produrrà miracolosamente il giorno seguente alla sua apparizione sul Bollettino Ufficiale dello Stato.

È il diritto, del quale quello penale è solo una parte, come grande complesso di principi, norme e regole e non la legge formale ciò che è destinato a far parte della cultura di una società ed a contribuire al suo funzionamento ed alla buona riuscita delle relazioni fra i suoi membri. Introdurre un precetto nel Codice Penale non equivale ad introdurlo *nel diritto penale* perché questo è un processo più lento e più complicato, che richiede una integrazione fattiva nel sistema ed esperienza applicativa e, quel che è più importante, una sua acquisizione da parte della società. Quando si parla di stupefacenti, ed è solo un esempio, si intende che già esiste una percezione sociale di ciò che è proibito e della gravità della pena, ma questa circostanza non attiene a tutte le disposizioni sanzionatorie che vanno a far parte del Codice.

Lo scopo di questa ultima riflessione, non è altro che relativizzare la validità della relazione fra la domanda sociale (se come tale si percepisce), la modificazione legislativa e la soluzione di un problema. Se per una qualsiasi ragione – ed è un altro esempio – si modifica la disciplina delle contravvenzioni, in modo tale che una o l'altra possano elevarsi a delitto in certe circostanze ed in altre no, si dovrà aspettare molto tempo per verificare se si è indovinato il rimedio per il problema che stava a cuore e nel frattempo, accettare che si è rotta la logica interna del sistema delle contravvenzioni. Senza dimenticare che questa logica interna non è una caratteristica di mera estetica normativa, ma una precisa condizione perché un sistema giuridico meriti questo nome. Altrettanto succede quando il numero delle eccezioni legate al profilo qualificatorio o punitivo, si moltiplica senza sosta: alla fine è difficile stabilire concretamente se ci troviamo dinanzi ad un delitto o davanti a più delitti diversi che condividono il nome e qualche elemento.

Se aggiungiamo le sovrapposizioni che si creano fra le norme, possiamo intuire i problemi che appaiono quando si debba valutare la sussistenza di un concorso di leggi o di delitti, o anche, le conseguenze del “fuoco incrociato” su uno stesso problema, come accade con la simultanea modifica della disciplina della confisca e del novero delle condotte di cui al delitto di riciclaggio.

Con queste considerazioni si è voluto solo mettere in guardia il lettore sulle diverse conseguenze che possono seguire alla riforma del Codice la cui complessità cresce di pari passo all'ampiezza della riforma. *Ciò non significa che siamo davanti a modifiche o innovazioni necessarie, perché non è così, o almeno non lo è in generale.*

3. Sono tanti e tanto diversi i problemi affrontati dalla riforma in commento, che risulta impossibile trovare un comune filo conduttore, perché le ragioni che sottendono a ciascuna modifica sono diverse fra loro e compongono un mosaico di motivi che cercheremo di riassumere con le argomentazioni che seguono.

3.1. La riforma si occupa di molti temi riconducibili alla disciplina di parte generale del diritto penale: modifica o ampliamento del novero delle attenuanti e delle aggravanti; il tema assolutamente *importantissimo* della responsabilità penale delle persone giuridiche, il quale non solo esige una definizione del suo significato e la configurazione dei criteri di imputazione, ma anche tutto il complesso di norme necessarie per renderla effettiva: pene imponibili,

determinazione e commisurazione delle stesse, misure accessorie, misure irrogabili a fronte del mancato rispetto eccetera. Parimenti, è necessario che questa tipologia di responsabilità si regga su un sistema a *numerus clausus*, che preveda in modo tassativo i delitti in relazione ai quali è possibile estendere la responsabilità penale alla persona giuridica, specificando altresì la tipologia di pene o misure che possono essere irrogate. Insomma, le conseguenze della regolamentazione di questa responsabilità dà luogo ad un ampio complesso di disposizioni nel Libro I e nel Libro II, che determineranno inevitabilmente carenze di natura processuale, perché l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche avrebbe necessitato della predisposizione di un complesso di norme processuali, la cui assenza è oggi destinata ad incidere negativamente sull'efficacia della riforma.

Allo stesso modo, sono oggetto di intervento le pene privative di diritti e le pene accessorie: vengono introdotte nuove pene, viene altresì ampliato e precisato il contenuto di quelle esistenti. In ossequio ad una pressante domanda della dottrina, il legislatore è intervenuto, altresì, in tema di esecuzione delle pene privative della libertà personale, modificando le regole concernenti i periodi minimi nei quali debbono essere scontate.

Si sviluppano pene o misure già esistenti o nuove, come nel caso della *localización permanente*³ ed il lavoro a beneficio della comunità e più specificatamente, in ragione della polemica che hanno suscitato le difficoltà di un suo potenziamento, viene in rilievo la libertà vigilata. Si interviene modificando anche la tanto criticata, per il modo in cui era regolata, sostituzione della pena imposta agli stranieri con la loro espulsione, senza optare comunque in modo chiaro per un sistema discrezionale, come invece chiedeva la dottrina e parimenti proponeva il progetto preliminare del 2006.

La portata della confisca si amplia per entrare in sintonia con altre riforme introdotte e per supportare la lotta alla criminalità organizzata. Infine, in ossequio, sebbene parziale, ad una ampia domanda giudiziale ed accademica, si intraprende la tante volte rinviata riforma della prescrizione dei delitti. Oggi la disciplina è infatti caratterizzata da incertezze legate a quali siano i fatti capaci di interrompere il termine di prescrizione e dall'ingiustizia che può generare l'inesistenza di distinguo fra situazioni che si limitino a sospendere temporalmente il computo da quelle che realmente lo interrompono.

³ Con questa formula si indica la figura degli arresti domiciliari, così come modificata dalla Ley Organica n. 8 del 2003. (N.d.T.).

3.2. Nel catalogo dei reati troviamo altresì un considerevole numero di precetti che hanno subito modifiche minime, come accade per il reato di traffico delle influenze *ex art.* 428 e 429 c.p. o come precetti che subiscono una mera correzione di un errore materiale nella redazione del testo (ad esempio l'art. 215-3 che rimandava al n. 4 dell'art. 130 invece che al comma 5).

Diversa si presenta la questione quando si tratta di estendere la responsabilità penale alle persone giuridiche, perché il codice adotta una disciplina che viene in rilievo solo in relazione al compimento di fattispecie di reato tassativamente predeterminate. In proposito, la questione di maggior rilievo che emerge con riferimento a questa novità di così grande portata, risiede nella compatibilità dei precetti con il principio *societas delinquere non potest* e le conseguenti scelte di *politica criminale*.

3.3. Fra i delitti contro la persona, si sottolinea la creazione del nuovo delitto di traffico di organi umani, la cui condotta è suscettibile di assumere diverse modalità. Seguono, altresì, la tratta di esseri umani, nonché il nuovo delitto di mobbing immobiliare – una delle condotte illecite generate dalla speculazione edilizia. Proprio come si ventilava sin dall'inizio del processo di gestazione della riforma, le principali novità normative riguardano i delitti nei quali la vittima è un minore, sia attraverso la tutela della loro integrità sessuale, specie dei più piccoli, sia potenziando la lotta allo sfruttamento della prostituzione – o la pornografia – che viene sanzionata *sub specie* di creazione, distribuzione o semplice detenzione di siffatto materiale. Tuttavia, proprio in questo settore si è restii accettare l'idea che, in *proprio in ragione della natura del problema*, la regolamentazione di questa tipologia di delitti contro i minori *non dovrebbe essere mescolata* con quella relativa agli stessi fatti che però colpiscono soggetti adulti. Questa separazione fra le discipline costituirebbe un valido strumento volto ad evitare inutili inerzie che possano sorgere in fase interpretativa.

3.4. È altresì degno di nota il capillare intervento penale in ambito informatico, dei computer, dei programmi e della rete. Si amplia la protezione dei sistemi informatici e si sanzionano – attraverso una maggiore tipizzazione delle condotte – i danni cagionati ai *programmi* informatici, la truffa informatica ed i programmi informatici strumentali a tali fini.

3.5. Sui delitti contro il patrimonio mediante impossessamento, il legislatore interviene in modo congruo, effettuando le auspiccate modifiche. Da un

lato, infatti, conferisce la qualifica di «chiave falsa» a qualsivoglia strumento che abbia una efficacia simile a quelli indicati nell'art. 239 c.p.; dall'altro, crea la fattispecie criminosa, sino ad oggi assente, della rapina commessa nella casa abitata. Più discutibile risulta la riforma del furto, nel contesto della quale si torna ad insistere sulla bontà di un sistema che vede trasformata la contravvenzione in delitto, in ragione della scarsa efficacia deterrente che ha avuto sino ad ora la fattispecie.

Nell'ambito delle condotte fraudolente assume rilevanza la specifica descrizione della truffa processuale, così come la sanzione di condotte perpetrate attraverso le modalità fraudolente proprie dei nostri tempi, quali, ad esempio, quelle realizzate utilizzando la carta di credito altrui. Più controverso è l'aggravamento della pena relativo al reato di *alzamiento de bienes*⁴ in funzione della natura pubblica del creditore.

3.6. Sono state effettuate numerose modifiche, altresì, in relazione ai delitti contro l'economia, modifiche che si radicano nell'esigenza di dare una risposta – non sempre appropriata – ai problemi attuali. Ciò accade con riferimento alla tutela della proprietà intellettuale, posta in pericolo dal fenomeno, ormai di massa, della illegittima “copiatura” delle opere, le quali vengono commerciate ad un prezzo decisamente più basso.

In questo ambito si incrociano gli interessi degli organi di gestione del diritto di autore ed il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria di fronte a siffatti fenomeni.

In campo finanziario, vengono recepite le raccomandazioni imposte dalla UE in materia di informazione finanziaria concernenti le società emittenti valori negoziati e le attività orientate all'alterazione di prezzi o quotazioni. Nuovo nel nostro sistema, ma non certo in quello di diritto comparato, è il delitto di corruzione fra privati, specialmente di corruzione nel settore privato che parte della dottrina considerava non necessario, ritenendo sufficienti a contrastare il fenomeno le fattispecie relative alla concorrenza, sebbene opportunamente modificate. Tuttavia, in questo settore non ci si è potuti discostare dall'indirizzo comunitario. Nuove modifiche, certamente non le prime, sono state effettuate in relazione al delitto di riciclaggio, ai delitti contro l'erario, contro il sistema previdenziale, per far sì che i tribunali penali godano di una giu-

⁴ È possibile assimilare la figura delittuosa dell'*alzamiento de bienes* ex art. 257 c.p. spagnolo alla bancarotta semplice patrimoniale di cui all'art 217, 1 L. Fallimentare italiana. (N.d.T.).

risdizione autosufficiente, potendo determinare l'ammontare del debito tributario pendente senza devolvere la questione all'Amministrazione Tributaria. Nello stesso contesto, il legislatore è intervenuto su alcuni dettagli normativi concernenti i delitti di frode al bilancio e a quelli di frode nelle sovvenzioni della UE.

3.7. Il tempo trascorso ed il gran numero di abusi perpetrati ha condotto a riformare il diritto urbanistico, sul presupposto che il catalogo delle condotte tipiche e dei soggetti attivi fossero divenuti oggi palesemente insufficienti. Nell'ambito di questa riforma è latente la convinzione, della quale non si fa riferimento nel preambolo, che debba cessare al più presto quell'attitudine dell'amministrazione locale ad essere fin troppo permissiva nei confronti dell'abusivismo urbanistico. Lo dimostra l'ampio novero dei delitti propri a forma vincolata, perpetrabili dai funzionari responsabili. Per questo motivo è condivisibile il parere di coloro i quali ritengono che, forse, parimenti o ancora più importante, sarebbe stato riconsiderare i limiti della competenze dei comuni in siffatte materie.

L'intervento della legge penale nella tutela dell'ambiente era imposta da dettami sovranazionali. Le modifiche che ne scaturiscono trovano la loro collocazione all'interno dei capitoli III e IV del Titolo XVI e del capitolo I del Titolo XVII. Si tratta di delitti perpetrati in danno della flora, fauna, e degli animali domestici, così come delitti di rischio provocato da radiazioni ionizzanti, contaminazioni nucleari, detenzione e trasporto di sostanze tossiche infiammabili e corrosive. Nessuna obiezione può essere mossa agli obblighi di adattamento dell'ordinamento alle prescrizioni sovranazionali, ma non per questo possiamo astenerci dal segnalare che la tecnica di concentrazione delle fattispecie nel corpus del Codice penale (e non nelle corrispondenti leggi di settore) ne rende di difficile individuazione la linea di demarcazione con le molte sanzioni amministrative che ricorrono in questa materia.

3.8. Una volta ancora si riformano, pur con una diversa portata, i delitti relativi al traffico di stupefacenti ed alla sicurezza stradale. In materia di traffico di droga, le riforme si concentrano sul profilo sanzionatorio che si conforma ai criteri dettati dalla Decisione Quadro 2004/757/JAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004. Ne discende, secondo quanto affermato nel Preambolo, *una riconfigurazione* dei rapporti che intercorrono fra la fattispecie di base e quella aggravata del delitto di traffico di stupefacenti. L'altro aspetto della riforma che assume profili di grande rilievo risiede nell'accoglimento del principio di

diritto statuito dalla Sala II del Tribunal Supremo all'interno del Acuerdo de Pleno, non giurisdizionale, del 25 ottobre del 2005, che vede la possibilità di ridurre la pena nei casi di scarse quantità.

Quanto alla sicurezza stradale, è d'obbligo sottolineare come le modifiche si succedano ad un ritmo certamente poco rispettoso dell'importanza che ricopre il Codice penale, che non può essere modificato come se si trattasse di un regolamento sul traffico automobilistico: l'ultima riforma era stata infatti introdotta con la legge 15 del 30 novembre del 2007 (sebbene comunque il paragrafo II dell'art. 348 sia entrato in vigore solo il 1 maggio del 2008). C'è da supporre che il Codice penale stia contribuendo efficacemente alla riduzione del tragico bilancio delle vittime stradali. La riforma si giustifica con la necessità di conseguire una maggiore proporzionalità nella commisurazione delle pene e delle sanzioni alternative, realizzata attraverso la concessione, al giudice, di un maggior arbitrio in sede di irrogazione di una delle pene previste. All'organo giurisdizionale è infatti possibile attenuare la pena in funzione dell'entità del rischio provocato. Altresì, riveste enorme importanza pratica ai fini del sequestro, l'assunto secondo il quale il veicolo possa essere considerato elemento strumentale del reato.

3.9. Molte sono le riforme nel campo del falso, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie relative all'indebito utilizzo di carta di credito e di strumenti affini che si differenziano dal denaro liquido. Si amplia inoltre il novero delle condotte punibili in relazione alle falsità perpetrate su documenti di identità e certificati; si sanziona altresì l'utilizzo dei documenti altrui. Il tono comune a tutte queste riforme è il rigore punitivo ad esse riservato.

3.10. La capillare presenza della corruzione all'interno della società come problema permanente, che provoca il discredito degli amministratori pubblici e lo scoraggiamento della società civile, ha indotto ad apportare modifiche al delitto di corruzione e di compimento di quegli atti negoziali preclusi ai funzionari.

3.11. Il terrorismo continua ad essere un fenomeno attuale e tale rimarrà, indipendentemente dal fatto che prima o poi si esaurisca quel fenomeno chiamato "terrorismo interno", perché il problema del terrorismo ammorba il mondo in modo crescente e le sue ramificazioni crescono continuamente. Questione diversa è il dibattito sulla opportunità di mantenere il tema nel seno del Codice penale, come "parte eccezionale", invece di traslarlo in una leg-

ge penale speciale. In questa materia, come sappiamo, si confrontano tre posizioni: quella di coloro i quali credono che i crimini terroristici non debbono recare “specializzazioni” perché un omicidio comune è tanto terribile quanto quello perpetrato a scopo terroristico. Altri ritengono che sia ammissibile una disciplina speciale, ma all’interno del Codice penale. Altri, infine, reputano che il complesso di norme ad hoc che esige la lotta al terrorismo (penali, processuali, giurisdizionali, di cooperazione internazionale), necessiti di una legge speciale, come del resto accade in Francia, in Belgio o in altri Stati. In realtà, in questo ambito, la priorità risiede nel dare attuazione agli accordi internazionali e specialmente alla Risoluzione dell’Unione Europea (la Decisione Quadro 2002/475/JAI sulla lotta contro il terrorismo) evocata espressamente dalla riforma come fonte delle modifiche. Avere o meno una legislazione speciale per contrastare il terrorismo non dipende dalla circostanza che essa sia collocata o meno nel Codice penale. In Spagna si trova nel Codice penale ed oggi, soprattutto dopo l’attentato alle Torri Gemelle, non vi è uno Stato europeo sprovvisto di una legge antiterrorismo più o meno organica al Codice penale. La verità è che molte delle disposizioni comportano significative limitazioni all’esercizio dei diritti fondamentali e delle garanzie processuali, limiti censurati in molti contesti giudiziari. Tuttavia, non è giusto estendere siffatte critiche alla Spagna dove, a seguito delle censure operate dal Tribunal Supremo su alcune leggi, oggi le disposizioni codicistiche riservate al terrorismo non possono certo essere tacciate di incostituzionalità. Se si dovesse optare per una legislazione speciale, sarebbe solo per ragioni tecnico-legislative, fondate su un maggior bisogno di specializzazione delle disposizioni. E non sembrerebbe questa davvero una buona ragione per muovere alcuna censura.

3.12. Alcune riforme concrete erano senza dubbio necessarie, ma la loro efficacia non è scontata, come nel caso del nuovo delitto di pirateria. La norma suscita conflitti complessi, perché se l’atto di pirateria ha luogo nelle acque territoriali di un altro Stato che è, come accaduto in relazione ai casi che hanno dato luogo alla riforma, uno Stato *fallito*⁵, oltre alla quasi totale impunità, non è possibile qualificare questo come atto di pirateria perché la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare riserva questa qualifica alle ag-

⁵ Il termine Estado fallido, è utilizzato nel linguaggio giornalistico e politico per indicare uno stato nel quale il governo esercita un controllo inefficace del territori, uno stato che non fornisce i servizi di base e presenta alti livelli di corruzione e criminalità e versa in una grave situazione economico-finanziaria. (N.d.T.).

gressioni che assumano la forma del sequestro, attacco, rapina che hanno luogo nelle acque internazionali.

Solo nei casi tassativi – e salvo quanto dispone la nostra LOPJ – gli Stati hanno la libertà di acciuffare e mettere sotto giudizio gli autori di siffatti crimini. Alla luce di queste considerazioni, staremo a vedere che efficacia avrà la nuova incriminazione.

4. Che dire di tanti cambiamenti? La prima cosa è accettare il fatto che la maggioranza delle novità introdotte erano necessarie. Altra cosa è la facoltà, per ciascuno, di individuare la mancanza di qualche incriminazione o la superfluità di altre. Quest'ultima considerazione viene riservata, da una parte della dottrina spagnola, alla regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, che è senza dubbio uno dei temi centrali della riforma. Altri plaudono all'idea ma contestano, a ragione, la mancanza di norme processuali sufficienti a regolare tutti i problemi che possono sorgere con riferimento alla comparizione dell'ente in giudizio ed alla sua partecipazione processuale.

Allo stesso modo, ma per motivi diversi, altri esprimono censure con riferimento ai profili nei quali viene esclusa l'operatività di tale disciplina ed infine, altri stigmatizzano la scelta di selezionare le fattispecie di reato in relazione alle quali è configurabile siffatta forma di responsabilità.

4.1. Tralasciando il tema delle persone giuridiche, altre critiche sono indirizzate ad alcune decisioni del legislatore e, in primo luogo, nei confronti di quelle che trovano un diretto riscontro nell'antecedente immediato della riforma, ovvero il progetto preliminare del 2006, migliorato – si dice – dalla riforma che avrebbe tenuto conto delle critiche contenute nei rapporti del Consejo General del Poder Judicial, della Fiscalía del Estado e in generale, della dottrina. Questo miglioramento, però, non può dirsi pacifico perché, ed è solo un esempio, la dottrina aveva applaudito alla regolamentazione che quel testo offriva del delitto di *concurso*⁶ o fallimento, che sono poi state escluse dalla riforma senza alcun motivo plausibile.

4.2. Parimenti, si modifica in modo significativo il regime del c.d. «*periodo*

⁶ Di cui alla Ley Concursal n. 22 del 9 luglio 2003 (N.d.T.).

de seguridad»⁷ – e qui compare un buon esempio delle conseguenze che portano con sé le norme che obbediscono a problemi concreti e ne generalizzano le conseguenze – modifica che fu introdotta a suo tempo per contrastare la portata di alcune concessioni relative al terzo grado di esecuzione eccessivamente premature e che era divenuta una delle cause significative della rigidità del sistema di esecuzione penitenziaria, con il conseguente incremento continuo della popolazione carceraria.

4.3. Un altro problema urgente, che avrebbe potuto ricevere finalmente un trattamento normativo adeguato, è quello della professionalità e della tendenza al delitto. Sarebbe stato auspicabile che il legislatore fosse intervenuto attraverso formule che andassero oltre gli aumenti di pena previsti per la recidiva, espunti ormai da quasi tutti i codici penali dell'Europa occidentale. Il sistema penale spagnolo continuerà ad essere carente di un trattamento specifico per la delinquenza abituale, che includa l'abitualità nel delitto colposo o la

⁷ Il periodo de *seguridad*, coincide con la metà della condanna inflitta ed è regolato dall'art. 36, comma 2, c.p. il quale, nella versione oggi novellata, afferma “ Quando la durata della pena detentiva inflitta è superiore a 5 anni il Giudice o il Tribunale potrà ordinare che il condannato al regime non possa essere ammesso al terzo grado del trattamento penitenziario, fino al compimento della metà della pena inflitta.

In ogni caso, quando la durata della pena detentiva, sia superiore ai 5 anni e si tratti di delitti di seguito elencati, l'ammissione del condannato al terzo grado del trattamento penitenziario non potrà effettuarsi se non dopo che questi abbia scontato la metà della pena inflitta: a) delitti che fanno riferimento a organizzazioni e gruppi terroristici di cui al Capitolo VII del Titolo XXII del Libro II di questo Codice.; b) delitti commessi in seno all'appartenenza ad una organizzazione o gruppo criminale; c) delitti di cui all'art. 183; d) delitti di cui al Capitolo V del Titolo VIII del Libro II di questo Codice, quando la vittima sia minore di 13 anni.

Il Giudice di Vigilanza, previa prognosi personalizzata e favorevole di reinserimento sociale e valorizzando, se del caso, le circostanze personali del reo e l'evoluzione conseguita nella rieducazione, potrà concedere, sentito il Pubblico Ministero, le Istituzioni penitenziarie e le altre parti, l'applicazione del regime generale dell'esecuzione della pena, tranne nei casi enumerati al precedente paragrafo.”

Per regime generale di esecuzione della pena (*règimen general de cumplimiento*) si intende dunque quel complesso di regole ordinarie di ammissione al terzo grado della esecuzione penitenziaria. Il terzo paragrafo del comma 2 dell'art 36 c.p. indica dunque la possibilità, al di fuori dei casi di cui al secondo periodo del suddetto comma, di non applicare il c.d. periodo de *seguridad* (ovvero l'espiazione della metà della condanna) al fine dell'ammissione al terzo grado della esecuzione penitenziaria.

In via meramente esemplificativa, si ricordano qui i quattro gradi dell'esecuzione penitenziaria in Spagna: 1) Isolamento; 2) regime carcerario ordinario, 3) regime di semilibertà; 4) regime di libertà condizionale. (N.d.T.).

possibilità che siffatta condizione di abitualità possa essere valutata direttamente, nonostante, invero, la molteplicità dei fatti di reato attribuiti ad uno stesso autore venga giudicata già oggi in un solo processo. Questa circostanza permetterebbe di superare l'attuale ed incomprensibile beneficio che deriva dalla restrizione della contumacia ai soli casi di reiterazione dei delitti che siano giudicati in processi separati, come se la mancata valutazione della connessione fra processi – che per il resto è aleatoria – serva a modificare la personalità criminale dell'accusato.

La recidiva non è una circostanza priva di rilievo, ma la sua incidenza – salvo che per i pochi che ritengono che il recidivo sia “maggiormente colpevole” – non può essere ridotta all'exasperazione della nuova pena, con il rischio di sfiorare i limiti del *bis in idem*. Le conseguenze sanzionatorie debbono invece concretizzarsi nella determinazione e nell'esecuzione della pena, attraverso la perdita della possibilità di sospensione dell'esecuzione o rendendo impossibile una sostituzione della pena, salvo i profili di specialità dell'esecuzione penitenziaria. Però niente di tutto questo, nonostante l'alto tasso di recidiva, è stato considerato urgente dal legislatore.

4.4. Altresì si sarebbe potuti intervenire sul regime della prescrizione, che certamente è stata oggetto di significativi miglioramenti, i quali, tuttavia, non ci esimono dal constatare come, anche in questa sede, vi sia una carenza di soluzioni puntuali a problemi complessi, soluzioni che invece venivano offerte in sede di progetto preliminare.

4.5. Venendo alle necessità professionali e dottrinali manifestate da molto tempo le quali, tuttavia, continuano a non far presa sul legislatore, è d'obbligo parlare della soppressione del libro III delle contravvenzioni. Innanzi tutto, questo ha subito profonde modifiche da quando si sono stabilite regole speciali per le contravvenzioni relative alla violenza contro le donne ed ai delitti contro l'integrità fisica e contro il patrimonio.

In secondo luogo, sebbene il numero delle tipologie contravvenzionali abbia subito una riduzione, quelle che rimangono, tuttavia, non cessano di dar luogo a centinaia di piccoli procedimenti che mandano al collasso l'attività giudiziaria, sia requirente che giudicante. Un sistema razionale di contravvenzioni e sanzioni amministrative, da un lato, ed un eventuale trasferimento delle stesse nel Libro II, permetterebbe di fare a meno del Libro III. Tuttavia, è rilevante constatare come – malgrado rappresenti uno dei pochi temi nel quale si percepisce un certo accordo unanime fra Giudici, Pubblici Ministeri,

Avvocati e Professori – non sia stato possibile conseguire una modifica del Codice, tanto semplice quanto opportuna. Forse, il timore che il collasso si trasferisse nel contenzioso amministrativo, ha determinato questa persistente tenacia del legislatore, sebbene questo timore sia davvero privo di fondamento, giacché le modalità di impugnazione delle sanzioni amministrative (per via giurisdizionale), non fanno certo correre il rischio di una “valanga” di processi.

4.6. Altra questione che la riforma non ha affrontato è quella di un generale ripensamento con riferimento alle condizioni di procedibilità previste per i singoli delitti, giacché il criterio della procedibilità d’ufficio e quello a denuncia di parte sono, in modo del tutto evidente, stabiliti in modo poco “ragionevole” in relazione alle singole fattispecie. Perché l’appropriazione indebita o il *concurso doloso* – e sono solo esempi –, sono perseguibili d’ufficio e non lo è il reato di amministrazione fraudolenta? L’elenco degli esempi potrebbe continuare ancora a lungo a dimostrazione del fatto che questa è una delle questioni *eternamente aperte* della legislazione spagnola, al pari dell’altra grande decisione politico criminale: stabilire nel *corpus* del *Codigo Penal*, al pari degli altri Codici europei, i casi nei quali il tentativo deve essere punito. La circostanza equivale ad introdurre un sistema di incriminazione specifica, cosicché non si tratta soltanto di analizzare se l’estensione del tentativo sia dogmaticamente possibile, ma anche di comprendere se sia utile e necessaria.

Il problema delle condizioni di procedibilità riguarda direttamente anche il dibattuto tema dell’esercizio dell’azione popolare⁸, sotto un duplice profilo. Pensiamo all’annunciata riforma della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁹ che, si dice, consoliderà il principio accusatorio e l’attribuzione della funzione investigativa al Pubblico Ministero: far coesistere il principio accusatorio, la potestà investigativa del Pubblico Ministero e la partecipazione dell’*acusador popular*, è davvero complicato. L’azione popolare nacque con la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882, la quale, a sua volta, disegnava un modello di processo il cui atto di impulso non proveniva da un Pubblico Ministero.

In secondo luogo, se si accetta la tesi secondo la quale l’azione popolare non è promuovibile in relazione né ai delitti perpetrati in danno ai privati, né a quelli plurioffensivi nei quali sia coinvolto un interesse privato – sebbene si discuta se in questi ultimi si possiede l’intervento del *actor popular* dopo l’ini-

⁸ L’azione popolare costituisce un mezzo di protezione di diritti ed interessi collettivi o diffusi e trova il fondamento nell’art. 125 della Costituzione Spagnola (N.d.T).

⁹ Codice di procedura Penale (N.d.T.).

zio del processo e se ciò sia possibile anche quando vi sia dissenso della vittima – è evidente come una decisione sul regime di procedibilità risolverebbe indirettamente, almeno con riferimento alla fase di inizio del processo, il dibattito incentrato sulle facoltà riconosciute all'*actor popular*, dibattito che ormai si trascina da molto tempo.

4.7. La Riforma introduce altresì nuove fattispecie delittuose, che non mancheranno di suscitare conflitti in fase applicativa. Fra esse, ricordiamo l'incriminazione delle "organizzazioni criminali", che potrà dar luogo a problemi non tanto per il concetto in sé, quanto per la facilità con la quale potrà configurarsi tale fattispecie. Ancora una volta, la lotta a problemi specifici dà luogo, invece, a un precetto generale il quale si sovrapporrà e amplierà le regole stabilite per l'incriminazione degli atti preparatori e per la correità. Ne discenderanno inevitabili casi di concorso di norme o di reati.

Alle riforme di difficile applicazione debbono aggiungersi quelle il cui risultato – buono o cattivo che sia – si vedrà, in ogni caso, fra qualche anno, come abbiamo già sottolineato con riferimento alla libertà vigilata quale misura postpenitenziaria. Altre, come la discrezionalità conferita ai Tribunali e volta a rendere maggiormente flessibile il rigore che fino ad ora ha connotato il *periodo de seguridad* dipenderà dall'uso che vorranno farne i Tribunali, incluso il fatto che possa, previa richiesta, applicarsi siffatto regime anche retroattivamente.

5. Sin qui si sono indicati i profili essenziali delle critiche che possono essere mosse alla Riforma, indipendentemente da quale Governo l'abbia promossa. Fra esse, non potrà passare in secondo piano quella rivolta alle occasioni perdute che porta con sé questa legge. Se è vero che il Codice penale deve essere caratterizzato dalla maggiore stabilità possibile e che non può esser trattato come una valigia che non si chiude mai, parimenti, ove sussista una opportunità di riforma, non è corretto privare d'importanza tutto ciò che non è stato ritenuto degno di modifica da parte del legislatore.

Ci saranno nuove riforme? La risposta non può che essere affermativa e la circostanza non costituisce motivo di scandalo. Tutti desideriamo che le grandi leggi, fra le quali si annovera il Codice penale, godano di stabilità. Tuttavia, questo processo di continua modifica non riguarda solo il Codice penale né, tanto meno, è circoscritto alla Spagna. La sola necessità di adeguare il diritto interno ai precetti dettati dal Diritto Comunitario, è in sé fonte di continue

modifiche le quali, forse, sarebbero meno visibili se non avessimo un sistema penale concentrato nel Codice, come lo vuole mantenere il legislatore. Questo accade nonostante vi siano molti delitti il cui fondamento giuridico si radica in sistemi normativi extrapenali e complessi, soggetti anch'essi a cambiamenti costanti (come accade con il diritto dell'ambiente), che finiscono per imporre continue riforme al Codice Penale, il quale soffre, in tal modo, di una instabilità che diversamente potrebbe essere evitata.

Diritto giurisprudenziale

RENATO BRICCHETTI

NULLITÀ DEGLI ATTI: IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ
ALL'ESAME DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

1. Il sistema della nullità degli atti è fondato – come è noto – sul principio di tassatività (art. 177): l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge.

E i “casi previsti dalla legge” sono quelli di cui all'art. 178 ed alle varie disposizioni, disseminate nel codice ed in alcune leggi speciali.

Da qui la prima statica classificazione che caratterizza il sistema, quella tra *nullità a previsione (o di ordine) generale (art. 178)* e *nullità a previsione speciale*; ad una previsione per categorie (e le categorie di nullità di ordine generale si prestano sia a letture estensive sia ad approcci restrittivi) si contrappone, dunque, una tipizzazione per ipotesi specifiche.

Il sistema è imperniato, poi, su una seconda classificazione fondata sul regime normativo previsto per le anzidette categorie di nullità.

Le nullità di ordine generale possono, sotto tale profilo, essere *assolute (art. 179)* o *a regime intermedio (art. 180)*.

Non è possibile, invece, alla luce del combinato disposto degli artt. 179.1 e 180, che le nullità di ordine generale siano *relative*, sottoposte cioè al diverso regime di cui all'art. 181.

Soltanto la nullità a previsione speciale può dunque essere relativa, ma non è detto, naturalmente, che lo sia, non potendo escludersi che la disposizione sia riconducibile ad una delle tre classi normative generali di cui all'art. 178, soggiacenti agli altri diversi regimi ed essendo inoltre, dall'art. 179.2, espressamente prevista la possibilità di “nullità definite assolute da specifiche disposizioni di legge”.

Il sistema si fonda poi su un regime di preclusioni e sanatorie che non riguarda le nullità assolute.

In particolare, l'art. 182 – come spiega la rubrica – disciplina la *deducibilità*; non contempla, dunque, cause di sanatoria ma indica i requisiti affinché una parte sia legittimata a dedurre una nullità intermedia o ad eccepire una nullità relativa, a pena di inefficacia della deduzione o della eccezione. Le *sanatorie* trovano, invece, collocazione negli artt. 183 e 184.

2. L'esame della giurisprudenza formatasi in relazione alle disposizioni fin qui ricordate consente di affermare che l'approccio dei giudici alla materia è per lo più corretto.

Esistono, peraltro, aspetti del sistema che schiudono rischi interpretativi.

Si pensi in primo luogo alle *nullità a previsione speciale*, che costringono l'interprete ad una opera (talora) ardua di individuazione del regime normativo da applicarsi.

La verifica delle pronunce in argomento conduce, peraltro, a risultati abbastanza tranquillizzanti nel senso che, salvo pochi casi (errori naturalmente da evitare), l'approccio metodologico, quindi il processo di individuazione, è corretto.

2.1. Tra le nullità a previsione speciale si sono, ad esempio, *correttamente ritenute a regime intermedio* quelle derivanti:

- dall'omesso avviso *ex art. 103.3*, da parte dell'autorità giudiziaria, al consiglio dell'ordine forense del luogo (affinché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere) allorquando si tratti di eseguire una ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore (cfr. Cass. III 4 ottobre 1994, Bellantoni, RV 200719, in motivazione);
- dall'inosservanza delle disposizioni di cui all'*art. 109* sulla lingua degli atti del procedimento penale (v. Cass. VI 15 febbraio 2006, Primoz, RV 233490); la giurisprudenza ha individuato, peraltro, un'ipotesi di nullità relativa in un caso di mancata traduzione, nella lingua del cittadino appartenente alla minoranza linguistica slovena, che ne abbia fatto richiesta, della sentenza conclusiva del giudizio di appello (Cass. VI 6 ottobre 1998, Pahor, RV 213326);
- dall'indecifrabilità grafica della sentenza, quando non sia limitata ad alcune parole e non dia luogo a una difficoltà di lettura agevolmente superabile "perché non solo si risolve nella sostanziale mancanza della motivazione ma in più determina una violazione del diritto al contraddittorio delle parti, pregiudicando la possibilità di ragionata determinazione in vista dell'impugnazione e di un'efficace difesa" (Cass. S.U. 28 novembre 2006, Giuffrida, RV 234916; Cass. S.U. 27 novembre 2008, R., RV 244118) ha, tuttavia, affermato che la mancanza assoluta di motivazione della sentenza non rientra tra i casi, tassativamente previsti dall'art. 604 c.p.p., per i quali il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza appellata e trasmettere gli atti al giudice di primo grado, ben potendo lo stesso provvedere, in forza dei poteri di piena cognizione e valutazione del fatto, a redigere, anche

- integralmente, la motivazione mancante; tuttora, peraltro, ci si imbatte in decisioni che considerano la mancanza di motivazione della sentenza *ex artt. 125.3 e 546.3* fonte di nullità assoluta della medesima: v. da ultimo Cass. I 24 settembre 2008, p.m. in proc. Cascarano, RV 241132);
- dall'omessa motivazione (si ricordi che i decreti – come detto nell'*art. 125.3* – sono motivati, a pena di nullità, nei casi in cui la motivazione è espressamente prescritta dalla legge: cfr. *artt. 104.3, 127.8, 132, 244.1, 247.2, 253.1, 267.1, 321.3, 359-bis.2, 409.1, 414.1*) in ordine alle specifiche esigenze di cautela che ne hanno determinato l'adozione del decreto *ex art. 104* di differimento del colloquio con il difensore in vista della celebrazione dell'interrogatorio di garanzia (cfr., *ex plurimis*, Cass. VI 8 gennaio 2009, Motta, RV 242912);
 - dall'inosservanza dell'*art. 127.1* (in relazione all'*art. 127.5*) che disciplina gli atti introduttivi dell'udienza camerale ed il termine a comparire prevedendo che “quando si deve procedere in camera di consiglio, della data dell'udienza fissata va dato avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori almeno dieci giorni prima” (v. Cass. I 6 aprile 2000, De Nardi, RV 216198); lo stesso principio vale, nel procedimento di riesame, per l'inosservanza del termine di tre giorni liberi *ex art. 309.8* che deve intercorrere tra la data di comunicazione o notificazione dell'avviso di udienza e quella dell'udienza stessa (v. Cass. S.U. 17 aprile 1996, Pagnozzi, RV 205254);
 - dall'omessa notificazione, in tema di procedimento per la riparazione per l'ingiusta detenzione (v. *art. 315.3 in relazione agli artt. 646.1 e 127*), della domanda al Ministero dell'economia e delle finanze presso la competente sede distrettuale dell'Avvocatura dello Stato (Cass. S.U. 9 luglio 2003, Min. Economia in proc. Azgejui, RV 225471);
 - dall'inosservanza dell'*art. 127.3, primo periodo* (in relazione all'*art. 127.5*) che prevede, nel procedimento instauratosi a seguito di opposizione alla richiesta di archiviazione (*artt. 409.2 e 410.3*) che il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso e i difensori siano sentiti se compaiono (v., *ex plurimis*, Cass. V 25 gennaio 2008, p.o. in proc. Molinari, RV 239039);
 - dall'inosservanza della disposizione (*artt. 409.3 e 6 in relazione all'art. 127.1 e 5*) che prescrive di dare avviso al Procuratore generale della data della udienza in camera di consiglio fissata dal G.I.P. *ex art. 409.2*, nel caso in cui non ritiene di accogliere la richiesta di archiviazione presentata dal p.m. (Cass. VI 29 maggio 2002, p.m. in proc. Barigazzi, RV 222627);
 - dalla violazione dei principi del contraddittorio *ex artt. 309.8 e 127.3* (in relazione all'*art. 127.5*), segnatamente del diritto delle parti di interloquire,

- in caso di acquisizione fuori udienza, da parte del tribunale del riesame, di informative di polizia giudiziaria integranti il contenuto di decreti di autorizzazione delle intercettazioni, motivati *per relationem* (Cass. IV 17 giugno 2003, Cadri, RV 226384; nello stesso senso, con riguardo al procedimento *de libertate* d'appello, Cass. VI 17 maggio 1995, Lucarelli, RV 202307; Cass. VI 12 febbraio 2003, Putignano, RV 227376);
- dall'inosservanza della procedura di cui all'art. 127 con la garanzia del contraddittorio (*art. 127.3* in relazione all'*art. 127.5*) nel caso in cui la decisione del giudice sull'opposizione proposta contro il decreto del p.m. che abbia disposto, nel corso delle indagini preliminari, la restituzione delle cose sequestrate sia assunta *de plano* (Cass. VI 10 marzo 2003, Cocco, RV 225972);
 - della disposizione dell'*art. 127.4* (in relazione all'*art. 127.5*) che prevede che l'udienza sia rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice (con riguardo ad un giudizio d'appello di camerale v. Cass. VI 14 ottobre 1996, Surace, RV 206890);
 - dalla violazione delle disposizioni circa la persona a cui deve essere consegnata la copia della citazione [*art. 171.1 d*)], sempre che non appaia in astratto o risulti in concreto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario (nel qual caso integra invece la nullità assoluta ed insanabile di cui all'art. 179.1: Cass. S.U. 27 ottobre 2004, Palumbo, RV 229540; Cass. S.U. 27 marzo 2008, Micciullo, RV 239396);
 - dall'inosservanza delle modalità prescritte dal giudice nel decreto previsto dall'*art. 150* [*art. 171.1 h*)] (Cass. III 4 dicembre 2007, Rossi, RV 239467);
 - dal difetto di tempestiva notifica *ex art. 369-bis.1*, alla persona sottoposta alle indagini della comunicazione della nomina del difensore d'ufficio (v., tra le altre, Cass. II 26 gennaio 2006, Squarcia, RV 233803);
 - dall'inosservanza delle prescrizioni concernenti l'avviso di conclusione delle indagini preliminari – come fissate all'*art. 415-bis* in relazione all'*art. 416.1* (v., ad esempio, Cass. I 2 dicembre 2008, p.m. in proc. Barcellona, RV 242075) e all'*art. 552* (Cass. I 10 febbraio 2010, p.m. in proc. Ly, RV 246249) (non sono condivisibili le, in verità poche, decisioni che qualificano detta nullità come relativa: v. da ultimo Cass. II 11 giugno 2010, Sica, RV 248302);
 - dal mancato rispetto del termine di dieci giorni (*art. 419.2* e 7) entro il quale deve essere notificato all'imputato ed alla persona offesa dal reato l'avvi-

- so di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. I 5 dicembre 2001, Zuccaro, RV 220440);
- dalla dichiarazione di contumacia pronunciata in presenza della prova che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento (*art. 420-quater.4*) (v. Cass. III 20 dicembre 2006, Hodaj, RV 236176);
 - dall'insufficiente indicazione nel decreto che dispone il giudizio (*art. 429.2*) degli elementi atti ad identificare l'imputato (Cass. VI 7 maggio 1999, Lucini, RV 214540) ;
 - dal difetto di correlazione, in sentenza, tra imputazione e fatto accertato dal giudice (cfr., fra molte, Cass. VI 25 marzo 2010, Tommasi, RV 246740); più in generale dall'inosservanza, ex *art. 522.1*, delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato;
 - dalla mancanza o erroneità nel decreto di citazione diretta a giudizio dell'avviso di cui all'*art. 552.1 f*) (Cass. VI 25 marzo 2004, Cipriano, RV 228228).

2.2. L'elencazione – sia chiaro – non pretende di essere esaustiva.

In taluni casi, tra l'altro, il regime della nullità speciale è così evidente da non avere mai richiesto pronunce degne di massimazione.

Si pensi, ad esempio, alla nullità ex *art. 83.5* della citazione del responsabile civile o della sua notificazione, che, attenendo all'intervento di detta parte, è certamente a regime intermedio; e lo stesso è a dirsi della nullità per l'inosservanza dei termini di notificazione per l'udienza preliminare ex *art. 419.2 e 7* della citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, nonché, riguardando l'assistenza dell'indagato, della nullità di cui all'*art. 364.6* derivante dall'omessa specifica indicazione da parte del pubblico ministero dei motivi della deroga e delle modalità dell'avviso relative all'anticipazione di interrogatorio, ispezione o confronto nei casi di assoluta urgenza.

Spesso, inoltre, la previsione è di conio recente e quindi di essa la giurisprudenza di legittimità non è ancora stata chiamata ad occuparsi: si pensi all'*art. 224-bis.7* che prevede la nullità dell'atto di esecuzione coattiva del prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato, altra indiscutibile nullità di ordine generale ex *art. 178.1 c*), a regime intermedio.

Talora, infine, la previsione contiene indicazioni inequivocabili come nel

caso dell'*art. 274.1a*) (che impone che le “specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova” siano fondate su circostanze di fatto che devono essere “espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio”, rilevabilità d’ufficio che rappresenta, non trattandosi di nullità assoluta perché non rientrante nella previsione dell’*art. 179*, sicuro indicatore del regime intermedio della nullità) ed analoghe considerazioni valgono per la disposizione di cui all’*art. 292.2* (che detta, a pena di nullità “rilevabile anche d’ufficio” il contenuto che deve avere l’ordinanza che dispone la misura cautelare; si veda, in ogni caso, Cass. I 3 febbraio 2005, Abbruzzese, RV 231082).

2.3. Tra le nullità a previsione speciale sono state *correttamente ritenute relative* quelle derivanti:

- dalla mancata sottoscrizione del verbale da parte del pubblico ufficiale che lo ha redatto (v. Cass. IV 9 dicembre 1997, Di Pinto, RV 210637); non vi è totale chiarezza, invece, in ordine all’inosservanza dell’altra disposizione di cui all’*art. 142*, quella che prevede “salve particolari disposizioni di legge” che il verbale è nullo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute (Cass. IV 11 novembre 2004, Mastronardi, RV 231846, ad esempio, sembra non considerarla relativa; in senso affermativo, invece, si pronuncia la sopra citata Cass. IV 9 dicembre 1997, Di Pinto, oltre che Cass. I 18 giugno 1993, Turiano, RV 194620);
- da situazioni di incapacità e incompatibilità dell’interprete *ex art. 144* (cfr. Cass. I 14 aprile 2010, Mailat, RV 247406) e del perito *ex art. 222.1* (v. Cass. I 27 ottobre 2009, Blefari Melazzi, RV 245938);
- dall’omissione dell’avvertimento riguardante la facoltà di astensione dal deporre (*art. 199.2*; o rendere sommarie informazioni al p.m. *ex art. 362* o alla polizia giudiziaria, *ex art. 351.1*) per i prossimi congiunti dell’imputato e dell’indagato (v., *ex multis*, Cass. V 12 marzo 2010, D’E., RV 246715; Cass. I 19 marzo 2009, P.G. in proc. Patitucci, RV 243574);
- dall’omessa citazione (*art. 324.6* in relazione all’*art. 127.3 e 5*) del terzo proprietario del bene sequestrato per l’udienza di riesame del provvedimento impositivo della misura impugnato dall’indagato (Cass. S.U. 30 giugno 1999, Lotto, RV 213935);
- dall’omessa notificazione (*art. 419.1 e 7*) alla persona offesa dal reato dell’avviso di fissazione dell’udienza preliminare (v. Cass. IV 7 febbraio 2008, p.o. in proc. Pancin, RV 238938);

- dall'inosservanza della disposizione (*art. 471.1*) che prevede che l'udienza dibattimentale sia pubblica (Cass. S.U. 21 aprile 1995, Zoccoli, RV 201378);
- dal mancato invito in dibattimento al testimone a rendere la dichiarazione sacramentale di cui all'*art. 497.2* (v., *ex plurimis*, Cass. VI 27 novembre 2008, Verderame, RV 241661) o a fornire le proprie generalità (cfr. Cass. IV 23 marzo 1994, Cerqua, RV 199211);
- dalla violazione del diritto di replica spettante nell'udienza dibattimentale all'imputato ed al difensore ai sensi dell'*art. 523.5* (Cass. III 14 luglio 2010, Lavia, RV 248630) ;
- dalla mancata o incompleta sottoscrizione della sentenza (*art. 546.3*; si veda altresì l'*art. 426.3*) da parte del giudice che l'ha emessa (cfr. Cass. IV 20 maggio 2010, Frati, RV 247821; Cass. III 14 ottobre 2008, Ruà, RV 241432).

2.4. In questo settore si incontrano, peraltro, anche significative cadute di attenzione.

È stata, ad esempio, *erroneamente ritenuta relativa* la nullità a previsione speciale derivante dalla mancata o insufficiente enunciazione del fatto oggetto dell'imputazione nel decreto che dispone il giudizio [*art. 429.2 in relazione all'art. 429.1c*].

Non può condividersi, invero, l'affermazione secondo cui la predetta omissione non atterrebbe né all'intervento dell'imputato né alla sua assistenza o rappresentanza [v., ad esempio, Cass. V 25 marzo 2010, Di Bella, RV 247590; Cass. V 20 novembre 2009, L., RV 245374; analoghe affermazioni si riscontrano con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio di cui all'*art. 552.2 in relazione all'art. 552.1 f*): v. Cass. I 3 marzo 2000, Tancredi, RV 217123; Cass. I 30 marzo 2000, p.m. in proc. Hamidovic, RV 217123; Cass. I 11 novembre 1998, p.m. in proc. Cuciniello, RV 212357], né può sostenersi – come si legge in Cass. S.U. 20 dicembre 2007, p.m. in proc. Battistella – che l'*art. 181.3* qualifichi “espressamente” come relative tutte le nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio.

L'*art. 181* non attribuisce il regime delle nullità relative alle classi di nullità che prende in considerazione, ma si limita a “dividere” le nullità relative concernenti gli atti delle indagini preliminari, gli atti compiuti nell'incidente probatorio e gli atti dell'udienza preliminare (comma 2) da quelle concernenti il decreto che dispone il giudizio e gli atti preliminari al dibattimento (comma 3) al solo fine di diversificare il termine entro il quale devono essere eccepite.

L'interprete, dunque, in presenza di una speciale previsione di nullità, concernente gli atti delle indagini preliminari, gli atti compiuti nell'incidente probatorio, gli atti dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio e gli atti preliminari al dibattimento, deve sempre verificare, per individuarne l'eventuale regime intermedio o assoluto se essa sia riconducibile a quelle di ordine generale (ed a conferma si vedano in proposito anche le decisioni concernenti l'art. 429 di cui si tratta nel successivo paragrafo).

Un contrasto interpretativo sembra essersi creato in ordine alla natura della nullità derivante dalla violazione sia del termine a comparire "che non può essere inferiore di venti giorni" stabilito dall'art. 601, comma 3, c.p.p. (in tal senso cfr., per tutte, Cass. V, 10 novembre 2009, Maggiolini, RV 245844 che la considera a regime intermedio e Cass. VI 10 marzo 2009, Biagioni, RV 244174 che ritiene trattarsi di nullità relativa) sia del termine per la notificazione dell'avviso ai difensori di cui al comma 5 "almeno venti giorni prima della data fissata per il giudizio di appello" (Cass. V 18 giugno 2010, Mallia, RV 247908 ritiene trattarsi di nullità relativa; Cass. II 13 ottobre 1994, Manca, RV 200336 propende per il regime intermedio)

Non è certo tranquillizzante l'affermazione secondo cui darebbe luogo ad una nulla relativa, anziché a regime intermedio, l'assenza nella citazione dinanzi al giudice di pace dell'indicazione delle fonti di prova di cui si chiede l'ammissione (art. 20, comma 6, in relazione a comma 2, lett. e. del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) (Cass. V 13 aprile 2010, Di Gioia, RV 247591; Cass. II 13 gennaio 2009, La Barbera, RV 243949).

2.5. Tra le nullità a previsione speciale sono state, infine, *correttamente ritenute assolute* quelle derivanti:

- dall'omessa notificazione (*art. 419.1 e 7*) all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. S.U. 9 luglio 2003, Ferrara, RV 225361);
- dall'inesatta indicazione, nel provvedimento con cui l'interessato viene citato a giudizio [*art. 429.2 in relazione all'art. 429.1 f*], ma si tratta di considerazioni che valgono per ogni decreto contenente citazione a giudizio: *artt. 552, 601*, ecc.], della data di udienza (determinando un'incertezza sulla data in cui l'imputato avrebbe dovuto presentarsi equivale ad omessa citazione: v. Cass. I 30.9.2010, p.m. in proc. Osetskyy, RV 248575; Cass. III 3.12.2009, Sasso, RV 246228), del luogo di celebrazione dell'udienza (valgono le stesse considerazioni di cui sopra: Cass. VI 8 luglio 2010, Grasso, RV 248617; cfr. altresì Cass. VI 7 luglio 1998, Gabrini, RV 213051 secondo la quale qualora nell'atto che dispone il giudizio sia indicata un'aula specifi-

ca per la trattazione del processo, mentre questo è poi celebrato in aula diversa, si determina una situazione obiettivamente idonea a pregiudicare la possibilità di partecipazione dell'imputato al giudizio), della sezione davanti alla quale le parti devono comparire (naturalmente quando la Corte d'assise o il Tribunale, e per l'effetto del rinvio operato dall'art. 598 anche la Corte d'appello e la Corte d'assise d'appello, sono divisi in sezioni): Cass. V 19 settembre 1995, Branchi, RV 203005; Cass. III 24 febbraio 2000, Evola, RV 215830, che precisa che nullità assoluta si ha solo allorché la mancata indicazione della sezione giudicante è tale, in rapporto alla situazione concreta, da provocare un'incertezza assoluta sul luogo di comparizione e da pregiudicare, in termini effettivi, il diritto di intervento dell'imputato); in senso contrario (nel senso cioè dell'insussistenza di qualsivoglia nullità) vanno altre più recenti decisioni (Cass. V 23 novembre 1999, La Porta, RV 215195; Cass. VI 16 luglio 2009, Piccinini e altro, RV 244776 con riguardo all'art. 601.6); assai discutibilmente si è, poi, ritenuto che la mancata indicazione, nel decreto di citazione a giudizio, dell'ora di convocazione integri nullità relativa (Cass. I 1 dicembre 1999, Tropea, RV 215025).

3. Venendo alle *nullità di ordine generale*, deve convenirsi che esse pongono all'interprete un compito meno arduo (nella maggior parte dei casi), trattandosi soltanto di distinguere tra nullità assolute, nullità a regime intermedio ed inosservanze non rientranti nelle classi indicate dall'art. 178 o nelle ipotesi specificate dall'art. 179.1.

L'attività intesa a stabilire se l'inosservanza sia riconducibile ad una delle categorie anzidette va compiuta con grande attenzione, ma anche la verifica delle sterminate pronunce sul punto è abbastanza rassicurante.

3.1. Di regola l'opera di qualificazione è correttamente compiuta. Nondimeno gli errori rilevati non sono pochi.

In primis l'errore di ritenere "relativa" una nullità non prevista specificamente dalla legge.

Relative sono state ritenute, ad esempio, le nullità derivanti:

- dalla circostanza che la dilazione dei colloqui ex art. 104 fra l'indagato detenuto e il suo difensore sia stata disposta nel corso delle indagini preliminari dal p.m., anziché dal G.I.P. (Cass. I 2 giugno 1994, Caponnetto, RV 198902);

- dalla mancata traduzione, nella lingua dell'imputato, dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. I 2 novembre 1995, Marino, RV 203492), dell'ordinanza con la quale il G.I.P. dispone, all'esito dell'udienza di convalida dell'arresto in flagranza, la custodia cautelare in carcere (Cass. III 6 aprile 2005, Lin Ge, RV 231387); dal rifiuto del giudice di nominare un interprete qualora il difensore dell'imputato ne chieda la nomina ai sensi dell'*art. 143.2*, per la traduzione di scritti compilati in lingua straniera (Cass. V 11 dicembre 1997, Tassinari, RV 209810);
- dal rilascio di delega da parte del perito ad un terzo dell'incarico affidatogli dal giudice per le indagini preliminari di accertare la eventuale identità di reperti ematici, qualora tale delega non sia stata autorizzata ai sensi dell'*art. 228.2* (Cass. I 29 dicembre 1993, Cimei, RV 197471);
- dall'omesso avviso di deposito, previsto dall'*art. 366*, del verbale contenente i risultati dell'alcooltest (Cass. IV 16 settembre 2003, p.m. in c. Della Luna, RV 227294; Cass. V 22 febbraio 1996, p.m. in proc. Maccari, RV 205122);
- dal mancato rispetto, in tema di incidente probatorio, del termine previsto dall'*art. 398.2c* per lo svolgimento dell'udienza (Cass. V 22 novembre 2005, Bratti, RV 233389);
- dalla "irrituale compressione" ad opera del giudice dei tempi di svolgimento dell'esame e del controesame di una prova testimoniale assunta in incidente probatorio (Cass. III 9 gennaio 2009, Osaigbovo, RV 243094);
- dall'omessa preliminare audizione, da parte del giudice, delle parti sulla regolare costituzione del rapporto processuale, prevista dall'*art. 420-quater.1*, che deve precedere la dichiarazione di contumacia (Cass. V 27 gennaio 2005, Grazia, RV 231489; correttamente la considerano a regime intermedio Cass. III 7 maggio 1998, Di Leo, RV 211530; Cass. III 18 gennaio 2008, Quarrella, RV 238943);
- dall'inosservanza, nel giudizio abbreviato, della disciplina della perizia, disposta dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi (*art. 441.5*), prevista per il dibattimento, segnatamente dall'omessa effettuazione, dopo il deposito della relazione scritta, dell'esame del perito (Cass. IV 29 novembre 2004, Castelli, RV 230784);
- dall'instaurazione del giudizio direttissimo fuori dei casi previsti dalla legge (Cass. V 4 novembre 2008, Bigini, RV 241943);
- dall'inosservanza da parte del giudice dell'obbligo di sentire le parti prima di adottare la decisione di procedere "a porte chiuse" ex *art. 472* (Cass. III 5 marzo 2009, Sampech, RV 243407);

- dall'omessa citazione del perito per essere esaminato a dibattimento (violazione degli *artt. 508, 511 e 501 c.p.p.* perché il perito non è stato esaminato e la difesa non ha potuto porre domande) in caso di conferimento di incarico peritale, ove il perito abbia chiesto di poter rispondere con relazione scritta, e la relazione sia stata depositata (Cass. III 22 aprile 1999, Pilati, RV 214222);
- dalla violazione della norma di cui all'*art. 512* (lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione) sotto il profilo della inesatta, illegittima o illogica valutazione delle situazioni in essa disciplinate (Cass. I 11 novembre 1992, Betancor, RV 193436);
- dall'omessa acquisizione, nel procedimento di esecuzione, del parere del p.m. nel caso di dichiarazione di inammissibilità della richiesta *ex art. 666.2* [Cass. III 22 marzo 2007, Adornato, RV 236603; a regime intermedio *ex art. 178.1b*) l'aveva giustamente ritenuta Cass. I 3 aprile 2000, Pischedda, RV 216032, erroneamente catalogata nel massimario come "conforme" alla precedente];
- dalla mancata indicazione, in tema di procedimento di sorveglianza, del provvedimento oggetto di reclamo nel decreto di fissazione della udienza destinata alla trattazione del reclamo medesimo, ai sensi degli *artt. 69.6 e 14-ter legge 26 luglio 1975, n. 354* (Cass. I 9 dicembre 1994, Dallera, RV 200347).

3.2. Destano, inoltre, perplessità alcune *affermazioni che negano la sussistenza di nullità di ordine generale.*

Si pensi:

- all'inosservanza della normativa di cui all'*art. 134.3* in materia di riproduzione fonografica degli atti la cui verbalizzazione sia stata effettuata (v. Cass. II 1° luglio 1992, Gargiulo, RV 192510) e, più specificamente, dell'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva dell'esame protetto di minori di anni sedici nelle forme dell'incidente probatorio (Cass. III 9 luglio 2008, Valentino, RV 240746);
- alla violazione del dovere di tempestiva iscrizione *ex art. 335* nel registro delle notizie di reato, pur integrante eventuali responsabilità disciplinari o addirittura penali a carico del pubblico ministero negligente (recentemente ribadito da Cass. S.U. 24 settembre 2009, Lattanzi);
- alla già menzionata insussistenza di nullità della richiesta di rinvio a giudizio con imputazione mancante o insufficiente (cfr. Cass. S.U. 20 dicembre 2007, p.m. in proc. Battistella, cit.);

- all'inosservanza delle regole, per l'esame dei testimoni, che prescrivono che le domande siano rivolte direttamente dalle parti processuali e non dal giudice (*art. 498.1*), che impongono domande su fatti specifici (*art. 499.1*), che vietano domande nocive (*art. 499.2*) o suggestive (*art. 499.3*) (cfr. Cass. V 17 luglio 2008, Cutone, RV 242025; Cass. III 25 giugno 2008, Ouertatani, RV 241090; Cass. I 6 maggio 2008, Sapone, RV 241227; Cass. II 5 febbraio 2008, Chiara, RV 239547; Cass. I 14 luglio 2005, Grancini, RV 232941; Cass. II 8 luglio 2002, Natalotto, RV 227360; Cass. III 14 maggio 1999, Lorenzoni, RV 214282; Cass. I 11 maggio 1992, Cannarozzo, RV 190574);
- alla ritenuta insussistenza, nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza e, in genere, nei procedimenti camerati, dell'obbligo di rinviare l'udienza in caso di non comparizione del difensore per documentato impedimento legittimo ritualmente manifestato (Cass. S.U. 27 giugno 2006, Passamani, RV 234146).

3.3. Esistono anche *situazioni di davvero ardua decifrabilità*.

Provo a fare un esempio: il decreto di citazione diretta a giudizio che risulti privo della sottoscrizione del pubblico ministero.

L'*art. 552.1h* prevede che il decreto debba contenere la sottoscrizione del pubblico ministero e dell'ausiliario che lo assiste. Per la mancanza di detto requisito, tuttavia, non è specificamente prevista alcuna nullità.

Coesistono nella giurisprudenza di legittimità, affermazioni di segno opposto: da una parte, la Corte ha ipotizzato l'inesistenza giuridica del decreto, ritenendo la sottoscrizione del pubblico ministero elemento essenziale ai fini del perfezionamento del decreto in funzione dell'esercizio dell'azione penale (Cass. III 10 novembre 1999, p.m. in proc. Sguazzo, RV 214902; Cass. V 7 febbraio 2000, p.m. in proc. Pollio, in motivazione); l'inesistenza è stata, invece, implicitamente esclusa in altra pronuncia (Cass. VI 4 gennaio 2000, p.m. in proc. Rizzo, RV 215844) in cui si è, in termini generali, affermato la non configurabilità, in relazione a detto decreto, della categoria dell'inesistenza, spiegando che i vizi del medesimo "sono espressamente specificati nel codice di modo che ritenere un tale atto inesistente significherebbe anche interferire arbitrariamente nella volontà del legislatore, ponendosi in contrasto con la stessa, con conseguente violazione del principio di legalità".

Io sarei propenso a ritenere condivisibile quest'ultima affermazione (recentemente proposta da Cass. I 11 febbraio 2010, Fardella, RV 246121): il decreto di citazione a giudizio privo della sottoscrizione del pubblico ministero non è, in altre parole, atto giuridicamente inesistente.

La giurisprudenza ha, invero, avuto modo di chiarire che “l’inesistenza è configurabile in tutti quei casi in cui l’atto, per difetto di alcuni elementi strutturali essenziali che devono contraddistinguere, si pone totalmente al di fuori del sistema, non è comunque ad esso riferibile e non è riconoscibile all’esterno, nel senso che è assolutamente inidoneo a produrre un qualunque effetto sia nell’ambito che al di fuori del processo” (cfr. Cass. VI 4 gennaio 2000, p.m. in proc. Rizzo, *cit.*, in motivazione); che “l’inesistenza viene dalla più autorevole dottrina fatta discendere dalla mancanza dei presupposti identificativi dell’atto o dalla non riferibilità di esso ad alcuno dei poteri dello Stato abilitati ad emanarlo” e che “essa deve quindi ritenersi caratterizzata dalla mancanza assoluta degli elementi formali e sostanziali correlati alla natura stessa dell’atto, sicché ne rimanga impossibile la sua identificazione come atto giuridicamente rilevante in base ai principi fondamentali dell’ordinamento” (così Cass. III 11 aprile 2000, P.G. in proc. Rio, in motivazione).

Mi sembra che dette osservazioni (che in sostanza parlano di una difformità tra atto e modello tale da imporre il disconoscimento di qualsiasi rilevanza, anche precaria, dell’atto) consentano di escludere che il decreto di citazione a giudizio non sottoscritto dal pubblico ministero sia atto inesistente e di affermare, per contro, che si tratti di atto esistente seppur incompleto: esso non è, invero, mancante “degli elementi formali e sostanziali correlati alla natura stessa dell’atto”; basti rilevare in proposito la presenza di tutti gli elementi del contenuto imposto a pena di nullità dall’art. 552; né può sostenersi che la mancata sottoscrizione impedisca la riferibilità di esso al pubblico ministero, *id est*, nel linguaggio delle citate decisioni, al “potere dello Stato abilitato ad emanarlo”.

La sottoscrizione dell’ausiliario attesta, invero, il deposito dell’atto dal parte del pubblico ministero redigente nella segreteria del medesimo; si aggiunga che il contenuto imputativo del decreto si pone in necessaria correlazione con altro atto promanante dal medesimo organo, cioè con l’avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all’art. 415-*bis*, che deve, a pena di nullità, precederlo.

Siffatta incompletezza del decreto non è – come si è detto – prevista dall’art. 552 (né da altra specifica disposizione) a pena di nullità.

Le conseguenze di essa restano, pertanto, affidate ad un’alternativa: o dà luogo a mera irregolarità dell’atto (vale a dire ad una difformità dal modello insuscettibile di condizionare l’andamento del processo) oppure integra una “nullità di ordine generale” ex art. 178 che soggiace al regime “intermedio” di cui all’art. 180 (non potrebbe trattarsi, invero, di nullità – art. 179 – perché,

una volta riconosciuta l'esistenza dell'atto e, di riflesso, l'idoneità del medesimo a produrre i propri effetti, non possono dirsi violate disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale).

E sciogliere l'alternativa è arduo.

Mi limito a ricordare, per concludere sul punto, che, con riferimento alla sottoscrizione dell'ausiliario, è costante l'affermazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. III 20 aprile 2006, Harrada, RV 234332) che la sua mancanza rientri tra le mere irregolarità improduttive di effetti invalidanti, atteso che essa non adempie ad alcuna funzione di verifica del contenuto dell'atto, ma ne attesta soltanto il deposito.

3.4. Attenzione infine alle *massime che contengono imprecisioni*.

Ad esempio:

- la mancata assunzione dell'esame dell'imputato, che ne ha fatto richiesta, determina una *nullità assoluta ma non insanabile* e, pertanto, non è più deducibile nel giudizio d'impugnazione se la parte interessata non la eccepisce subito dopo l'assunzione dei testi di accusa, nel momento in cui l'esame deve essere eseguito (Cass. VI 8 giugno 2004, Alessandro, RV 230324);
- la celebrazione del giudizio di primo grado con il rito abbreviato, malgrado la carenza del consenso dell'imputato, non comparso, ed in assenza della procura speciale di cui all'art. 438, comma 3, configura *una causa di nullità del procedimento, che se pur assoluta, per la riduzione delle garanzie della difesa derivanti dalla scelta del rito speciale, è di ordine generale, non rientrando nelle ipotesi di cui all'art. 179*. Ne consegue che la relativa eccezione deve essere formulata ai sensi dell'art. 180 nei motivi di appello o comunque essere rilevata, anche di ufficio, nel corso del giudizio di secondo grado, verificandosi altrimenti la preclusione prevista dalla disposizione citata (Cass. 5 maggio 2004, Mignano, RV 229456);
- in tema di dichiarazione di contumacia (art. 420-quater), qualora la prova dell'assenza dell'imputato, costituita da certificato medico attestante l'impossibilità a comparire in udienza, pervenga dopo la pronuncia dell'ordinanza di contumacia e la chiusura dell'istruttoria dibattimentale ma prima della chiusura della discussione o della deliberazione, ed il tribunale ometta di valutarla, l'ordinanza di contumacia è *viziata da nullità assoluta ex art. 178, lett. c), per violazione del diritto di intervento dell'imputato* (Cass. V 13 aprile 2004, p.m. in c. Nicolini, RV 229198);
- è viziata da *nullità assoluta per violazione del diritto di intervento dell'imputato (art. 178, lett. c)* l'ordinanza dichiarativa della contumacia se la docu-

- mentazione attestante l'impossibilità a comparire dell'imputato in udienza, pervenuta in cancelleria prima della pronuncia dell'ordinanza contumaciale, non sia stata valutata dal giudice (Cass. V 13 aprile 2004, Restivo, RV 229323);
- la sentenza con la quale la Corte d'appello dichiara *de plano* prima del dibattimento l'estinzione del reato è affetta da *nullità assoluta di ordine generale in quanto incidente sull'intervento e assistenza dell'imputato* (Cass. II 25 novembre 2009, Mazza, RV 246796).

4. Si diceva: il sistema è retto dal principio di tassatività; ciò che rileva, in altre parole, è la statuizione legale e la natura del vizio entra in gioco allorché si tratti di individuare il regime della nullità.

Per il verificarsi di una nullità dovrebbe, dunque, essere irrilevante che ricorra un concreto pregiudizio all'interesse protetto dalla disposizione non osservata.

Il che è come dire che, se si diagnostica l'inosservanza di una norma prevista a pena di nullità, se l'atto è inficiato a causa della difformità rispetto al suo modello legale, l'interprete deve trarne le conseguenze che la legge gli indica.

Non può cioè evitare di dichiarare la nullità sul presupposto che l'inosservanza non abbia in concreto leso l'interesse protetto (nella maggior parte dei casi, il diritto di difesa).

Il sistema non sembra offrire questa possibilità.

I temperamenti messi a disposizione sono altri e appartengono al mondo delle ineducibilità (preclusioni) e delle sanatorie (oltre che, naturalmente, della carenza dell'interesse ad impugnare).

Un ruolo significativo riveste, ad esempio, la causa di sanatoria nota come raggiungimento dello scopo [art. 183.1 b)]: essa dipende, peraltro, dal realizzarsi di un atto di esercizio della facoltà successivo ed ulteriore rispetto all'atto omesso o nullo; non opera, in altre parole, nel momento stesso in cui si verifica la nullità o l'omissione.

Ciò nondimeno, è piuttosto frequente imbattersi in decisioni che ricorrono, per riconoscere o escludere la sussistenza di nullità, al *criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (di regola, il diritto di difesa)*.

Al criterio logico – formale che sembra emergere dalla normativa la giurisprudenza tende, dunque, talora a sostituirla con uno di tipo valutativo, che passa attraverso l'individuazione dell'interesse anzidetto e la verifica della sussistenza di un concreto pregiudizio del medesimo, che utilizza, in altre parole, un

metodo diagnostico legato a “valutazioni” empiriche.

4.1. Un esempio lo troviamo in relazione ad alcune disposizioni che si sono già menzionate.

L'art. 522.1 stabilisce che l'inosservanza delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato è prevista a pena di nullità e si tratta – come si è detto – di nullità a regime intermedio.

La disciplina dei mutamenti del fatto enunciato e dei poteri del giudice di definizione giuridica del medesimo impone – inutile ricordarlo – un approccio rigoroso, dato il coinvolgimento di valori costituzionali (potere – dovere del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale e diritto di difesa).

Il giudice può soltanto dare al fatto una diversa definizione (nei limiti di cui all'art. 521.1).

La diversa definizione giuridica del fatto presuppone che esso resti identico o che sia “ridotto” (ad esempio, data la contestazione di un reato complesso, si riconosca la sussistenza di un reato semplice che di quello sia elemento costitutivo o circostanza aggravante; ovvero, data la contestazione di un reato consumato, si ritenga sussistere il mero tentativo; o ancora, data la contestazione di un reato circostanziato non si riconosca sussistente la circostanza aggravante e si decida sul reato semplice); in questa ipotesi, invero, al fatto contestato non si sostituisce e non si aggiunge nulla.

Soltanto in tali casi (fatto immutato o ristretto), dunque, il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella data dal pubblico ministero o da altro giudice.

Fuori da questi casi si dovrebbe entrare nel mondo della modificazione (mutamento) del fatto, nell'area del fatto diverso, interdetta al giudice.

Questi è tenuto, invero, a rispettare il principio dell'immutabilità della contestazione, in assenza di modificazioni ritualmente effettuate dal pubblico ministero.

Il giudice non può modificare il fatto oggetto dell'imputazione, ossia pronunciarsi, senza che vi sia stata rituale modificazione, su un fatto “diverso” da quello addebitato (oltre che, naturalmente, su un fatto nuovo o su una nuova circostanza aggravante mai contestata).

E si ha un fatto “diverso” quando, dato un addebito determinato, risulta che il fatto, pur nella persistente identità dei suoi profili essenziali e, quindi, della regiodicanda, consiste in un'ipotesi storica incompatibile con la precedente (in tal senso, vi è, ad esempio, diversità del fatto quando, contestata

una fattispecie colposa, emerge che l'ipotesi è dolosa; quando, contestato un fatto come corruzione, emerge trattarsi di concussione e via dicendo).

L'inosservanza delle disposizioni dettate in tema di modificazioni dell'imputazione determina – come si è detto – la nullità della sentenza.

Qui si innesta, però, l'orientamento giurisprudenziale di cui si diceva, imperniato sul criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata.

Alla nozione strutturale di fatto si tende a sovrapporre un pragmatico concetto funzionale, fondato sull'esigenza di reprimere soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa.

In altre parole, i concetti di identità e diversità (oltre che di alterità) del fatto rivelerebbero il loro contenuto in funzione del principio di necessaria correlazione tra accusa (oggetto di potere del pubblico ministero) e decisione (oggetto del potere del giudice), posto essenzialmente a tutela del diritto di difesa.

In tal senso la giurisprudenza è solita affermare che per aversi “mutamento del fatto” occorre sì una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, ma essa deve essere tale da condurre ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione dalla quale scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Si afferma comunemente, per fare un esempio, che, nei procedimenti per reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza.

Non si prospetta – in casi siffatti – una diversa definizione giuridica del fatto o una sua riduzione (è facile piuttosto che la questione nasconda problemi di genericità della contestazione e l'intreccio meriterebbe forse una trattazione a sé stante); pur tuttavia il giudice può legittimamente pronunciare la propria decisione su un profilo di colpa sostituito o aggiunto.

Si restringe in tal modo l'ambito della “diversità”, che esige l'attivazione da parte del pubblico ministero dei propri poteri “contestativi”, e l'osservanza di disposizioni previste a pena di nullità, in favore della “identità” che autorizza l'intervento del giudice.

4.2. Altro esempio si è avuto fino a poco tempo fa in materia di patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato.

Con le modifiche apportate dalla legge 29 marzo 2001, n. 134 al testo originario dell'art. 6 della legge 30 luglio 1990, n. 217, *l'inosservanza del termine di dieci giorni per la decisione sull'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato* era stata sanzionata, ai sensi dell'art. 179 comma 2, con la nullità assoluta degli atti compresi tra la scadenza del termine e la data di effettiva adozione del provvedimento sull'istanza.

La legge 24 luglio 2008, n. 125 ha ora modificato l'art. 96 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, nel quale era stata trasfusa la disposizione del menzionato art. 6.

È stato, in particolare, soppresso l'obbligo di provvedere "immediatamente" se l'istanza è presentata in udienza; inoltre, l'obbligo di provvedere nei termini non è più previsto a pena di nullità assoluta.

La menzionata modifica normativa ha in sostanza offerto un sostegno "postumo" all'indirizzo esegetico, sviluppatosi nella vigore della precedente disposizione, che aveva introdotto il criterio di offensività concreta del vizio quale condizione per la sua rilevanza, escludendo in altre parole che la nullità sussistesse indipendentemente dal concreto pregiudizio dell'interesse tutelato dalla norma violata (cfr., *ex plurimis*, Cass. VI 10 maggio 2006, Cavalera, RV 234725).

In altre parole, la nullità non era correlata alla mera intempestività, ma era integrata soltanto qualora dal ritardo fosse derivata un'effettiva lesione del diritto di difesa.

E le prerogative della difesa non erano, di regola, mai lese nei contesti, come quelli dibattimentali, in cui è prevista la partecipazione necessaria del difensore, nominato di fiducia o designato d'ufficio.

4.3. Anche talune recenti decisioni in materia di *notificazioni all'imputato* possono essere collocate nel filone in esame.

Si è affermato, ad esempio, che è nulla la notificazione eseguita a norma dell'art. 157.8-bis presso il difensore di fiducia, qualora l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni (Cass. S.U. 27 marzo 2008, Micciullo, cit.).

Si tratta – si è aggiunto – di nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa e che è, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente, essendo soggetta alla sanatoria speciale di cui all'art. 184.1, alle sanatorie generali di cui

all'art. 183, alle regole di deducibilità di cui all'art. 182, oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180,

In altre parole il vizio di notificazione, difforme dal modello legale, che non abbia provocato lesioni del diritto di conoscenza e di intervento è "sanato" [il riferimento è all'art. 183.1b) ed all'art. 184.1].

Alla stregua di dette disposizioni, peraltro, soltanto l'esercizio della facoltà a cui l'atto nullo era preordinato [art. 183.1b)] e la comparizione della parte (art. 184.1), pur in presenza di nullità della citazione o dell'avviso ovvero delle relative comunicazioni e notificazioni, possono sanare il vizio (nella specie, il vizio riguardava la citazione per il giudizio di appello, l'imputata non era comparsa ed era stata dichiarata contumace e l'estratto contumaciale della sentenza era stato notificato ancora al suo difensore di fiducia ai sensi dell'art. 157.8-*bis*).

In un sistema governato, come detto, dal principio di cui all'art. 177, che esclude interpretazioni estensive o analogiche, il raggiungimento dello scopo dell'atto può servire, al più, come criterio di comprensione di scelte normative tassativamente regolamentate ma non come elaborazione di un principio generale cui ricorrere per motivare sanatorie non previste dalla legge.

4.4. Ci si imbatte, poi, in qualche altra isolata affermazione.

Si è detto, ad esempio, che la nomina di altro difensore di ufficio immediatamente reperibile (art. 97.4), ma non iscritto nell'elenco predisposto dal Consiglio dell'ordine forense, per il caso di assenza del difensore di ufficio originariamente designato, non è causa di nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178,1c) e può configurare una nullità generale solo se la parte che la deduce dimostri che tale inosservanza abbia cagionato in concreto una lesione o menomazione del diritto di difesa (Cass. III 2 dicembre 2008, Vergati, RV 242475).

5. Per concludere, alcune parole sui citati *artt. 182, 183 e 184*, applicabili soltanto alle nullità a regime intermedio e a quelle relative.

5.1. Va notato, anzi tutto, che il campo di applicazione di dette disposizioni è stato di fatto ampliato dalle *pronunce che hanno delimitato la nozione di "omessa citazione dell'imputato"*, così riducendo l'area della correlata nullità assoluta ex art. 179.1.

Si è in proposito affermato – come già si è avuto modo di dire – che detta

nullità assoluta ricorre soltanto nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata omessa o quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, sia risultata inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato (Cass. S.U. 27 ottobre 2004, Palumbo, cit.).

La medesima nullità – si è aggiunto – non ricorre invece nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione, alla quale consegue la applicabilità della sanatoria delle citazioni, degli avvisi e delle notificazioni di cui all'art. 184 (si reputa, dunque, implicitamente che la sanatoria di cui all'art. 184 non riguardi – come già sopra si è detto – le nullità assolute).

Nella specie, si è chiarito che la notificazione del decreto che dispone il giudizio all'imputato effettuata presso il domicilio reale a mani di persona convivente, anziché presso il domicilio eletto, non integra necessariamente una ipotesi di "omissione" della notificazione ex art. 179, ma dà luogo, di regola, ad una nullità di ordine generale a norma dell'art. 178.1c), soggetta alla sanatoria speciale di cui all'art. 184.1, alle sanatorie generali di cui all'art. 183 e alle regole di deducibilità di cui all'art. 182, oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180, sempre che non appaia in astratto o risulti in concreto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario, nel qual caso integra invece la nullità assoluta ed insanabile di cui all'art. 179.1, rilevabile dal giudice di ufficio in ogni stato e grado del processo (detta notificazione, che era stata seguita da una richiesta di rinvio della udienza per motivi di salute avanzata dal difensore dell'imputato contumace, non era stata equiparata ad una notificazione "omessa" ma era stata reputata idonea, in concreto, a determinare la conoscenza dell'atto da parte dell'imputato).

Va osservato che anche in tal caso il criterio di valutazione delle invalidità elaborato dalla Corte sembra ispirarsi al principio della conservazione degli effetti dell'atto nullo per conseguimento dello scopo.

Allo stesso filone appartiene anche altra recente decisione (Cass. S.U. 18 dicembre 2006, Clemenzi, RV 234905) che, prendendo spunto dalla pronuncia sopra citata, dopo aver affermato che la notifica delle citazioni effettuata all'imputato presso lo studio del difensore domiciliatario era invalida (avendo l'imputato dichiarato un diverso domicilio all'atto della scarcerazione), ha ritenuto che quella notifica non era inidonea a determinare la conoscenza effettiva degli atti da parte dell'imputato "considerato il rapporto fiduciario che lo legava al difensore" cui gli atti erano stati consegnati, il quale aveva "mantenuto il mandato fiduciario per tutti i gradi di giudizio di merito" e non aveva addotto "in ricorso, alcun elemento, se non una asserita assenza del patrocina-

to dal territorio nazionale” per avvalorare l’ipotesi che l’imputato, pur contumace, non avesse avuto “effettiva conoscenza del procedimento per il tramite appunto del difensore domiciliatario”.

5.2. Con specifico riguardo all’*art. 182.2, primo periodo* (“quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo”) merita, poi, di essere ricordata la pronuncia che ha definitivamente ribadito che la nullità a regime intermedio, derivante dall’omesso avviso dell’udienza a uno dei due difensori dell’imputato, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione a opera dell’altro difensore comparso, pur quando l’imputato non sia presente (Cass. S.U. 16 luglio 2009, Aprea, RV 244187; v. altresì Cass. VI 16 aprile 2010, Gabriele, RV 247086).

In motivazione la Corte ha precisato che è onere del difensore presente, anche se nominato d’ufficio in sostituzione di quello di fiducia regolarmente avvisato e non comparso, verificare se sia stato avvisato anche l’altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice.

La nullità – si è aggiunto – deve essere eccepita a opera dell’altro difensore al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, in quanto il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all’eccezione (Cass. S.U. 16 luglio 2009, Aprea, RV 244188).

Della sopra citata disposizione si fa ampio utilizzo soprattutto con riguardo alle nullità a regime intermedio.

Bastino questi esempi:

- la nullità derivante dall’omessa motivazione, in ordine alle specifiche esigenze di cautela che ne hanno determinato l’adozione, del decreto ex art. 104 di differimento del colloquio con il difensore in vista della celebrazione dell’interrogatorio di garanzia deve, per essere trasmessa a detto successivo interrogatorio, essere eccepita nei termini di cui all’art. 182 e cioè prima dell’espletamento delle formalità di apertura dell’atto (Cass. IV 12 luglio 2007, Recchia, RV 237845);
- la nullità dell’interrogatorio del collaboratore di giustizia tenutosi in assenza del suo difensore, non avvisato del suo compimento, può essere eccepita esclusivamente dall’interessato e non anche dal soggetto raggiunto dalle dichiarazioni accusatorie rese nel corso dell’atto. (Cass. IV 14 gennaio 2008, Di Domenico, RV 238754);

- nel procedimento di esecuzione, la mancata audizione dell'interessato presente, tradotto a seguito di espressa sua richiesta (art. 666, comma 4), determina nullità della deliberazione, inquadrabile tra quelle a regime intermedio, soggette alle preclusioni temporali stabilite dagli artt. 180 e 182. Detta nullità va, perciò, considerata sanata per inattività della parte, se questa ha omesso di eccepirla tempestivamente, cioè prima della deliberazione (Cass. VI 23 maggio 1995, Esposito, RV 202827).

5.3. Anche la sanatoria generale di cui all'*art. 183.1 a)* (accettazione degli effetti dell'atto ad opera della parte interessata) ha importanti applicazioni.

Si ricordi, ad esempio, che la richiesta di giudizio abbreviato ha efficacia sanante delle nullità a regime intermedio o relative inficianti gli atti a contenuto probatorio (in tal senso sono state, ad esempio, ritenute utilizzabili le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da un prossimo congiunto dell'imputato benché viziate da nullità relativa per l'omissione dell'avviso della facoltà di astensione previsto dall'art. 199, comma 2: Cass. I 8 gennaio 2002, Marchegiani, RV 220622) o propulsivo (si veda, per tutte, Cass. S.U. 26 settembre 2006, Cieslinsky, RV 234835, secondo cui "l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una lingua nota all'indagato, che non comprenda la lingua italiana, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio che non può essere dedotta a seguito della scelta del giudizio abbreviato, in quanto la richiesta del rito speciale opera un effetto sanante della nullità ai sensi dell'art. 183"; Cass. VI 4 maggio 2010, Leotta, RV 247777).

Affermazioni analoghe si rinvencono in materia di competenza per territorio.

La competenza per territorio presenta un regime modellato su quello delle nullità cd. intermedie.

La relativa eccezione è, pertanto, rinunciabile e, una volta richiesto ed ammesso il rito abbreviato, diventa inammissibile, anche se in precedenza proposta e già decisa in senso negativo (cfr. Cass. VI 4 maggio 2006, Acampora, RV 234392; Cass. VI 17 ottobre 2006, Cimino, RV 235600; Cass. I 17 settembre 2008, Confl. comp. in proc. Leuzzi, RV 241141).

6. La ricognizione effettuata giustifica una sintesi conclusiva.

L'idea di fondo del legislatore del 1988 era chiara.

Si voleva un sistema imperniato sul principio di tassatività, tendenzialmen-

te inibito ai poteri discrezionali del giudice (ferme restando le linee “larghe” lasciate da categorie munite di una certa elasticità, come quella delle nullità di ordine generale).

Con altrettanta chiarezza emerge, peraltro, il modo in cui il giudice si è attribuito il compito di trovare un equilibrio tra diritto di difesa e, in genere, garanzie della persona, economia processuale e ragionevole durata del processo.

E ha svolto il compito senza celare una sorta di fastidio istituzionale verso le sanzioni demolitorie, e più specificamente verso le nullità rilevabili in ogni stato e grado del processo, tra l'altro anche d'ufficio (con una sensazione di eccentricità rispetto ad un processo di parti), o, comunque, trascrinabili fino all'ultimo.

Lo ha svolto, con impeto *praeter legem*, mostrando assoluta predilezione per lo strumento rappresentato dal cd. principio di offensività.

Il legislatore, contrario alla codificazione di discrezionalità eccessive, non aveva offerto questo strumento al giudice; il giudice se lo è preso. E lo ha fatto certamente per ragioni importanti, ritenendo suo dovere porre rimedio a situazioni che leggeva come espressive di abusi dei diritti nel processo (tema tuttora assai controverso), di “giochi” perversi con i tempi del processo, quindi contro economia processuale e ragionevole durata, mirati a lucrare prescrizioni.

Altro strumento a lungo utilizzato e che ha assestato, con proliferazione non sempre coerente, colpi “mortalmente” al principio di tassatività è stato il ricorso alla categoria dell'atto abnorme, suscettibile di ricorso per cassazione e la cui sorte è l'annullamento senza rinvio (anche se, a ben vedere, lo scopo perseguito era forse più che altro quello di offrire al p.m., che si era visto togliere la possibilità di far uso dello strumento del conflitto di competenza, un congegno analogo). Ora, però, sembra (si veda in particolare, a Cass. S.U. 26 marzo 2009, p.m. in proc. Toni, RV 243590) che la tendenza sia quella di ridimensionare la categoria, esageratamente dilatata negli ultimi anni: ci si è anche ricordati, probabilmente, che l'atto abnorme è fonte di responsabilità disciplinare per il magistrato.

Non ultima, infine, seppur non riguardante le nullità assolute, va segnalata la tendenza ad interpretare con approccio estensivo le delicate disposizioni in tema di deducibilità contenute nell'art. 182; in proposito si attende, con una certa curiosità, il deposito della motivazione di Cass. S.U. 27 gennaio 2011, Scibé, che ha affermato il principio secondo cui la nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza del procedimento camerale (giudizio d'appello avverso la pronuncia di primo grado resa all'esito di

giudizio abbreviato) ad uno dei due difensori dell'imputato può essere dedotta (termine ultimo di deducibilità) soltanto nell'ambito del giudizio al quale si riferisce l'avviso, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente citato.

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

PROCESSO DI PARTI E PROVA DEL DOLO

SOMMARIO: 1. Rendere provabile l'improvabile. – 2. Il processo penale manipola un diritto penale manipolabile. – 3. La prova del dolo non può prescindere dal tipo di processo. – 4. Quando va provato il dolo. L'errore di vedere il dolo presunto laddove non c'è controversia sul dolo. – 5. A proposito di presunzioni. Le *presunzioni* della legge e gli *argomenti* del giudice. – 6. Le inferenze logiche del giudice: il *principio di normalità* e il *principio di razionalità*. – 7. I limiti probatori dei criteri di inferenza normalità-razionalità. Dal vecchio *onere di allegazione* al nuovo *onere di argomentazione*. – 8. Il dolo in cassazione: *quaestio facti* o *quaestio iuris*? – 9. *Dolus in re ipsa* e presunzione di dolo: come operano nel processo? Omessa motivazione o vizio logico? - 9.1. Il doppio significato della presunzione di dolo. – 10. La prova del dolo intenzionale. Il movente e la condotta. – 11. Movente e scopo. Gli argomenti per provare il dolo nell'abuso di ufficio. – 12. Il dolo dei capi dell'associazione mafiosa per i delitti-scopo c.d. eccellenti: provare il fatto (dolo) provando una regola. – 13. Il dolo di posizione nei reati economici. Ovvero: come salvare *il non poteva non sapere*. – 14. Strategie processuali: *“non c'è dolo se c'è colpa”*. – 15. Il reato omissivo puro. Ovvero: *“c'è dolo a meno che non mi provi la colpa”*. – 16. Il dolo eventuale. La magia di una formula ambigua. – 17. I punti processualmente deboli del dolo eventuale: l'accettazione del rischio e dell'evento. – 18. Accettare il rischio e accettare l'evento sono fatti davvero diversi sul piano probatorio? – 19. Il paradosso della “accettazione dell'evento”. Si premia l'ottimista e si punisce il pessimista. – 20. Il dolo eventuale e le credenze irrazionali. – 21. Il dolo eventuale: fatto psichico o funzione probatoria? Dolo eventuale come *argumentum* e dolo eventuale come *substantia*. – 22. Il dolo eventuale in funzione probatoria: una tecnica argomentativa per escludere il ragionevole dubbio. – 23. Dolo alternativo e dolo eventuale. Concetti diversi, identiche prove. – 24. Pistola e auto. Il dolo eventuale nel territorio della colpa. – 25. Tipicità e stereotipi sociali. Come nel processo ciò che prima era colpa diventa dolo. – 26. I criteri probatori del dolo eventuale. La deliberata violazione della regola cautelare. La gravità della violazione. L'elevata probabilità dell'evento. – 27. Informazioni rilevanti e prevedibilità. – 28. La *wilfull blindness*: il voler non conoscere ciò che è conoscibile. - 28.1. Prevedere che cosa? La specificità dell'evento. – 29. La probabilità dell'evento. Il dolo diretto. Ovvero: *il non potevi non volere*. - 29.1. Probabilità statistica o probabilità logica? Il confine indefinibile tra dolo diretto e dolo eventuale. – 30. Contesto lecito e contesto illecito di base: presupposto del reato o elemento di prova? – 31. Il dolo nei reati economici. Il dolo di posizione e i c.d. segnali di allarme. – 32. Il dolo eventuale in un processo di parti. – 33. In conclusione, il dolo. Come il diritto penale passa attraverso il processo penale.

1. *Rendere provabile l'improvabile*

Il dolo è un evento psichico. In un futuribile non lontano la *new scientific evidence* (pensiamo alla risonanza magnetica funzionale e alla *brain image*) permetterà di rilevare la traccia di questo evento nel cervello dell'accusato. E molte delle attuali discussioni diventeranno antiquariato giuridico (esempio di come la prova penale metta in discussione il diritto sostanziale!).

Per ora, non abbiamo a disposizione una *dolo-scopia*, una sonda che ci permetta di vedere nella psiche dell'individuo. Pertanto, dobbiamo inferire questo evento interno da informazioni esterne.

L'emersione del dolo nella struttura del reato è stato un progresso sensazionale per il diritto, ma ha messo a dura prova il processo penale. Per il diritto comune, in fondo, il problema era trovare *indicia ad inquisendum* e *ad torquendum*, il resto lo faceva la tortura. E per male che andava (per l'inquisitore) c'era la *poena extraordinaria*. E non dimentichiamo tecniche processuali sperimentate: le presunzioni e l'inversione dell'onere della prova¹.

Nel corso del tempo dolo e processo hanno percorso traiettorie diverse: il dolo si è arricchito sempre di più, il processo ha perso tortura, prove legali, presunzioni e inversioni dell'onere della prova. Ora il giudice lavora solo con indizi e motivazione.

L'indizio è una informazione probatoria, alla quale si applica un criterio di inferenza per giungere ad un'altra informazione prima sconosciuta (dal fatto noto al fatto ignoto). Senza criteri di inferenza, le informazioni sono irrilevanti. Ma quanti criteri di inferenza possiamo utilizzare per giungere alla prova del dolo? Sterminati sono gli indizi della condotta, pochi sono gli indizi del dolo. Ritorna l'interrogativo di Gandino: "*quomodo probatur dolus?*" E la risposta, ancora oggi, è: "*ex coniecturis*".

2. *Il processo penale manipola un diritto penale manipolabile*

Dove gli argini sono fragili il fiume straripa. Se il diritto penale costruisce categorie non provabili, succede che il processo penale bara al gioco: a parole applica il diritto penale, in realtà lo manipola. Ed ecco che saltano fuori nel processo *dolus in re ipsa*, *dolus eventualis*, callide inversioni della prova e scorciatoie probatorie del tipo: *provo la colpa per provare il dolo*.

¹ Un'accurata ricostruzione storica in DE MURO, *Il dolo*, Giuffrè.

Prendiamo le formule di Frank. Sono state improvvidamente rievocate da una dotta sentenza delle SS.UU (la n.12433 del 2009)², che – prudentemente – si guardano bene però dal porsi la domanda: “*come in pratica si provano quelle formule?*”. Dovremmo dedurre un evento psichico controfattuale da una situazione ricostruita *ex post*. Ma si possono distribuire condanne o assoluzioni basate sulle nuvole di situazioni ipotetiche?

Pensiamo al dolo alternativo. Figura pressoché sconosciuta quando nei processi si parla di delitti consumati. Se invece si tratta di tentativi, c'è una epidemia di doli alternativi. È evidente che il dolo alternativo serve per aggirare l'affermata incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo. Ma la cosa più curiosa è che dalla stessa base fattuale (cioè dalle stesse informazioni probatorie disponibili) il giudice conclude per il dolo eventuale o per il dolo alternativo, a seconda che si sia verificato o meno l'evento!

Pensiamo al “medesimo disegno criminoso”: la continuazione è tanto normale nel processo di cognizione quanto rara nel procedimento di esecuzione. Eppure le informazioni probatorie sono le stesse.

Teoria della volontà e teoria della rappresentazione dal punto di vista processuale portano ad esiti tendenzialmente opposti.

Se fondiamo il dolo su atteggiamenti interiori (consenso, speranza, approvazione, accettazione fiducia e simili) siamo al processualmente improbabile. Cioè non riusciremo nella normalità dei casi a superare la soglia del ragionevole dubbio. Dunque, costruiamo un dolo che porta all'assoluzione.

Se lo basiamo sulla rappresentazione (e quindi sul binomio prevedibilità-previsione) il rischio è quello dell'automatismo logico. Cioè il dolo c'è sempre, tranne casi eccezionali. Il che porta alla emarginazione processuale del dolo. (È quello che in pratica avviene. Nei processi penali quasi mai si discute di dolo. E se la difesa impugna sul dolo vuol dire che è proprio disperata).

Fino a quando il processo penale era *il regolamento di esecuzione del diritto penale*, la teoria della volontà ha dominato perché era processualmente innocua: pubblico ministero e giudice facevano quello che volevano. Un diritto penale illuminista ben poteva essere *sopportato* da un processo penale inquisitorio.

Quando si è cominciato a prendere sul serio il processo penale (partendo dall'inquisitorio garantito per giungere al processo di parti), fatalmente il pendolo si è spostato dal dolo come volontà al dolo come rappresentazione. Un processo penale garantito – in cui il dubbio pesa – non riusciva a funzionare

² Non meno dotto il commento alla sentenza di DONINI, in *Cass. pen.* 2010, 7-8.

con concetti penalistici *a prova difficile*.

Nella storia del diritto i costi si spostano dal diritto al processo e viceversa. Il problema è trovare l'equilibrio: un *giusto processo* per un *giusto diritto*.

Quindi, occorre costruire il dolo con categorie che possano funzionare nel processo, che evitino improvabilità e automatismi, che lascino aperto l'esito del confronto tra accusa e difesa.

3. *La prova del dolo non può prescindere dal tipo di processo*

Nel processo inquisitorio la prova del dolo non è mai stato un problema. Le parole dell'imputato valevano molto (la confessione regina delle prove si diceva!) se dette *contra se*, valevano nulla se dette a proprio favore.

Non solo. L'accusa doveva solo provare la propria ipotesi e costruirla in modo coerente. La struttura della motivazione era molto più semplificata perché non doveva dar conto delle ipotesi alternative. Una motivazione siffatta passava indenne il controllo in cassazione. Per due buone ragioni. La prima: l'accertamento del dolo era questione di merito. La seconda: la Cassazione non era tenuta a valutare l'esistenza di ipotesi alternative anche se plausibili, probabili e coerenti.

Le cose cambiano con un processo di parti. Qui c'è il punto di vista dell'accusa e quello della difesa. Ci sono prove da una parte e dall'altra. Il giudice deve motivare perché non ritiene attendibili le prove contrarie (art. 546 cpp) e non se la può cavare dicendo che quello che dice l'imputato è aria fritta proprio perché lo dice l'imputato.

Non basta costruire una ipotesi di accusa coerente e portare elementi a favore. Bisogna distruggere ogni plausibile controipotesi. La struttura della motivazione si complica: il giudice deve motivare su ipotesi e controipotesi. Il sindacato della Cassazione si amplia perché si espande il vizio logico e si restringe l'area del c.d. merito. Il dolo diventa sempre più *quaestio iuris* e sempre meno *quaestio facti*.

4. *Quando va provato il dolo. L'errore di vedere il dolo presunto laddove non c'è controversia sul dolo*

Nel processo va provata l'imputazione. Il capo di imputazione è una macro-ipotesi, che si divide in sub-ipotesi (la condotta, l'evento, il nesso di cau-

salità ecc.). Il dolo è una sub-ipotesi. Se inseriamo tutto questo nel contesto della presunzione di innocenza, del divieto di presunzioni legali, del divieto di inversione dell'onere della prova e del principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, sembra chiaro che tutto grava sull'accusa e nulla sulla difesa.

Il panorama appena delineato è però un resoconto incompleto di come vanno effettivamente le cose nel processo. È una immagine statica, che non dà conto della dinamica dell'accertamento probatorio.

Occorre considerare, infatti, anche un altro principio fondamentale del processo: il principio della ragionevole durata. Cioè un principio di efficienza processuale, riassumibile in uno slogan: "*nessuna attività processuale inutile*". Il che significa: nel processo va provato solo ciò che è controverso.

Ecco il legame tra il principio costituzionale di ragionevole durata e la struttura tipica del processo: la controversia.

In un agguato di mafia in cui sulla vittima viene scaricato un intero caricatore di kalashnikov, di tutto si può discutere tranne che di dolo. Ma a nessuno verrà in mente di dire che nell'omicidio il dolo è presunto o in re ipsa! C'è una rapina in banca. Qui l'accusa non deve provare il dolo semplicemente perché nessuno ne dubita. Non c'è nessuna presunzione di dolo. Semplicemente non c'è controversia sul dolo.

Nessuno ha mai sostenuto che l'imputabilità sia presunta, Ma nessun difensore pretenderà che il pubblico ministero all'inizio di ogni processo dimostri che l'imputato sia imputabile! E nessun difensore sarà così originale da impugnare per omessa motivazione quella sentenza che non dice una parola sull'imputabilità.

In un processo contumaciale non è certo tenuto il pm a dimostrare che l'imputato è in vita (e magari dare questa dimostrazione ad ogni udienza di rinvio: con un senso vagamente iettatorio). Non c'è nessuna presunzione legale. Semplicemente è inutile provare ciò che nessuno pone in discussione. Se qualcuno ha qualche dubbio lo dica, argomenti e il pm accerterà se l'imputato è vivo o no.

Va chiarito che i confini della controversia non sono stabiliti solo dalle parti ma anche dal giudice, che può indicare alle parti temi nuovi di prova (art. 506 cpp) e che ben può assolvere per mancanza di dolo (art. 129 cpp.) se tale mancanza emerge dagli atti. E il giudice può farlo indipendentemente dal fatto che la difesa abbia sollevato una controversia sul punto.

Quindi l'obbligo di provare il dolo sorge solo quando c'è controversia (sollevata dalle parti o di ufficio) sul dolo. Non c'è nessuna presunzione di dolo. C'è solo l'irrelevanza processuale del dolo come oggetto di prova (art. 187 cpp), fino a quando non si crei una controversia sul punto.

5. A proposito di presunzioni.

Le presunzioni della legge e gli argomenti del giudice

Il legislatore teoricamente può fare tre cose quando maneggia un elemento di difficile prova.

La prima cosa è quella di costruire la fattispecie penale lasciando fuori dalla sua struttura l'elemento difficile da provare. Per esempio, nelle fattispecie di pericolo astratto il legislatore solleva l'accusa dalla difficile prova del pericolo, ponendolo fuori dalla fattispecie. Fino a che punto il legislatore possa farlo, è discussione nota.

Una seconda possibilità teorica sarebbe quella di creare una presunzione *iuris et de iure* (che gli angloamericani chiamano *mandatory unrebuttable presumption*). Strada sbarrata: il legislatore non può costruire reati a dolo presunto *iuris et de iure*. Sarebbe peggio che costruire fattispecie a responsabilità oggettiva: perché al danno si aggiungerebbe la beffa.

Una terza possibilità teorica sarebbe quella di costruire fattispecie a dolo presunto *iuris tantum* (gli angloamericani parlerebbero di *mandatory rebuttable presumption*). Ma anche qui il percorso sarebbe incostituzionale perché si sposterebbe l'onere della prova dall'accusa alla difesa. Non l'accusa deve provare la colpevolezza (cioè il dolo), ma la difesa deve provare l'innocenza (cioè la mancanza di dolo).

Quindi nel processo penale non c'è spazio per presunzioni legali di nessun genere.

Ma il discorso non è finito. Passiamo dalle presunzioni legali a quelle del giudice. Da noi si chiamano presunzioni *hominis* o *iudicis*. Gli angloamericani molto efficacemente le chiamano *permissive inferences*. Qui la presunzione non ha nulla della presunzione. È un argomento basato su una inferenza: fatto noto-criterio di inferenza-fatto ignoto.

Il giudice non è tenuto a trarre questa inferenza. Può farlo, ma può anche non farlo. Nessuno glielo impone e nessuno glielo vieta. Tutto dipende dai criteri di inferenza disponibili. Data l'informazione probatoria x (fatto noto), il giudice applicherà il criterio di inferenza j che lo porterà alla conclusione y dell'esistenza del dolo (fatto ignoto), solo se il criterio di inferenza j è molto più plausibile di qualche altro criterio di inferenza che possa portare alla conclusione opposta.

Arriviamo così al centro del problema. Non si tratta di dolo presunto o *in re ipsa* o di inversione dell'onere della prova.

Si tratta di analizzare la struttura del ragionamento inferenziale del giudice e di valutarne la plausibilità razionale.

6. *Le inferenze logiche del giudice:*
il principio di normalità e il principio di razionalità

Nel provare l'ipotesi accusatoria il pubblico ministero si basa su due fondamentali criteri di inferenza: il *principio di normalità* e il *principio di razionalità*.

Il primo principio ci dice che occorre partire dalla ipotesi ricostruttiva del fatto che risponde – per usare l'espressione di Aristotele – a “*ciò che avviene per lo più*”. È un principio logico applicato costantemente in epistemologia: si parte da ciò che è normale, non da ciò che è eccezionale. In termini bayesiani diremmo: si parte dall'ipotesi che ha la più alta probabilità logica antecedente (in base alle nostre conoscenze del momento e prima dell'acquisizione di specifiche prove). Se ho febbre, mal di testa e vomito, qualsiasi medico penserà che io abbia l'influenza. Sarebbe stravagante sottopormi a costose analisi per escludere che io abbia una malattia tropicale. Le cose cambierebbero se dicesi al medico che da pochi giorni sono tornato da un paese equatoriale.

In questa prospettiva vanno visti i c.d. casi di dolo *in re ipsa*.

Prendiamo la diffamazione. Se *X* pubblicamente dice che *Y* è un imbecille, al pm basterà dimostrare che *X* pubblicamente ha usato quell'espressione parlando di *Y*. Nessuno chiederà mai al pm di dimostrare che per *X* essere chiamato imbecille è gratificante, per cui *X* non si rendeva conto di offendere *Y* (e oltretutto non basterebbe neppure: non conta quello che pensa *X*, conta se *X* sa che per il resto del mondo *imbecille* è una parola poco lusinghiera). Il principio di normalità ci dice che quella parola è offensiva e che tutti sanno che lo è.

Se invece *X* pubblicamente qualificasse *Y* come “gay”, allora immediatamente il problema del dolo diventerebbe centrale perché viene meno il criterio di normalità: oggi non è normale associare alla parola *gay* una carica offensiva.

Ecco dunque che non si può parlare di reati pregnanti in cui il dolo sarebbe *in re ipsa*. Occorre parlare di *fatti intrinseci di dolo* e non di *fattispecie astratte pregnanti*. Cioè si deve considerare il contesto storico, processualmente ricostruito.

Prendiamo un altro caso tipico di *dolus in re ipsa*: il falso ideologico.

Se un notaio attesta che *X* ha messo la firma in sua presenza e il pm dimostra che *X* in quel momento era a 10.000 km di distanza, c'è quanto basta per ritenere il dolo del falso. Il pm non deve sentire tutto il personale dell'ufficio per scoprire se per caso in quel momento il notaio stesse facendo più atti con-

temporaneamente o avesse un subitaneo stato crepuscolare o altre cose del genere, tali da escludere il dolo. Sarebbe una clamorosa perdita di tempo, di energie e di soldi.

Facciamo invece il caso che il notaio attesti che il rogitante è nel pieno possesso delle sue capacità mentali e qualcuno provi il contrario, accusando di falso il notaio. Subito scatta il problema del dolo, perché in questi casi non c'è un criterio di normalità che ci garantisca – al di là di ogni ragionevole dubbio – che il notaio si sia sbagliato e non sia piuttosto in mala fede.

Dunque, anche per il falso ideologico non può parlarsi di *dolus in re ipsa*. Si può parlare solo di casi in cui sorge controversia sul dolo e casi in cui tale controversia non c'è.

Veniamo al principio di razionalità. Esso ci dice che il giudice deve (si badi bene: *in linea di massima*) ricostruire e valutare i comportamenti umani come se fossero posti in essere da un agente razionale. Questo principio innerva tutto il sistema giuridico: c'è la razionalità del legislatore (art. 3 Cost.), la razionalità dell'imputato e del condannato (art. 27 Cost), la razionalità del giudice (art. 111 Cost., che prevede la motivazione).

Il principio di razionalità è particolarmente importante per l'accertamento del dolo.

Si è detto che il dolo si prova facendo una inferenza. Per fare inferenze occorrono criteri di inferenza (le vecchie, care massime di esperienza). Ma i criteri di inferenza devono essere generali. Devono valere cioè per una serie illimitata di casi, non solo per un caso singolo: non esistono criteri di inferenza *usa e getta*.

Ora, se il giudice puntasse sugli atteggiamenti emotivi-volitivi dell'imputato (desiderio, paura, speranza, fiducia e simili), non riuscirebbe mai a trovare un criterio di inferenza generalizzante. In uno stesso contesto di fatto, è più facile che le persone *prevedano* la stessa cosa che *desiderino* la stessa cosa. C'è tra gli esseri umani conformismo negli stati cognitivi ma non negli stati volitivi.

Ecco perché le teorie volutaristiche del dolo funzionano male processualmente. Non consentono criteri di inferenza sufficientemente generalizzanti e tali da superare la soglia del ragionevole dubbio.

Ma c'è di più. Tali teorie possono condurre anche a risultati iniqui *contra reum*. Facciamo il caso che l'inerte X urlando “*ti ammazzo*” si scagli a corpo morto contro quel bestione di Y, il quale perde l'equilibrio, sbatte la testa e muore. X ha manifestato *urbi et orbi* il suo desiderio-volontà. Anche se la probabilità di uccidere era minima, X probabilmente sarà ritenuto colpevole di omicidio intenzionale (dove la probabilità dell'evento è irrilevante, purché

l'azione sia idonea). Ora, quante volte si urlano frasi truculente senza che ad esse risponda una reale intenzione? Lo si fa per incutere paura, per farsi coraggio, per sfogare rabbia ecc. Secondo la teoria della volontà abbiamo quanto occorre per ritenere il dolo di omicidio...

Ecco perché il giudice punta sulla teoria della rappresentazione, che funziona meglio nel processo perché si lega al principio di razionalità. Date certe informazioni, un uomo razionale normalmente si rappresenta certe conseguenze derivanti dalla propria azione. È il principio di razionalità che rende *prevedibili* – e quindi *previsti* – certi eventi.

Alla fine, il problema non è oggettivizzare il dolo, si tratta semplicemente di razionalizzarlo.

Il dolo è volizione, ma è la rappresentazione a dare la prova di tale volizione.

7. I limiti probatori dei criteri di inferenza normalità-razionalità.

Dal vecchio onere di allegazione al nuovo onere di argomentazione

Il fatto è che i criteri di inferenza della razionalità-normalità sono criteri *generali*, ma non *universali*. Cioè si applicano alla stragrande maggioranza di casi, ma non a tutti i casi. Sono regole che ammettono eccezioni.

Vanno chiarito un punto. Qui non si sta parlando di prova *prima facie*, cioè di una prova minore data dall'accusa, necessaria per spostare l'onere della prova sulla difesa. L'accusa deve dare la prova di tutti gli elementi del fatto ogni oltre ragionevole dubbio. Ma questo standard probatorio ben può dirsi raggiunto quando si verificano due condizioni: a) viene applicato un criterio di inferenza, che – *nella generalità e normalità dei casi* – dimostra il dolo; b) non risulta che il caso concreto sia eccezione alla regola.

In sostanza, se dagli atti emerge un possibile elemento che potrebbe escludere il dolo, l'accusa è tenuta a provarlo e il giudice è tenuto a disporre dei suoi poteri integrativi di accertamento (artt. 506 e 507 cpp). Il processo di parti si basa sulla controversia. Se la controversia sul dolo non è sollevata di ufficio, tocca alla difesa sollevarla.

Questo onere di controversia è diverso dall'onere di allegazione del processo inquisitorio.

L'onere di allegazione era un onere giuridico, che nascondeva un vero e proprio onere di prova. Era un onere di dare nuove informazioni (che poi il pm avrebbe verificato). Aggravando il *quantum* di informazioni occorrenti

per ritenere soddisfatto l'onere, si poteva agevolmente sostenere che la difesa non avesse adempiuto l'onere.

La distribuzione dei compiti *allegazione (difesa)-prova (accusa)* in pratica era un inganno processuale. Infatti, per allegare fatti specifici la difesa deve cercare informazioni concrete, cioè deve svolgere una indagine per l'imputato. E se la difesa non trova queste informazioni, non ha adempiuto l'onere. Venuto meno l'onere di allegazione sul dolo, non scatta per il pubblico ministero l'onere di prova del dolo.

Nel processo di parti non c'è un onere di allegazione, ma un onere di argomentazione. La difesa deve presentare argomenti capaci di mettere in dubbio l'accusa. Normalmente tali argomenti si baseranno su nuove informazioni. Ma possono basarsi anche su una diversa interpretazione delle informazioni date dall'accusa.

La distinzione inquisitoria tra onere di prova per l'accusa e onere di allegazione per la difesa era netta, perché basata sul principio di tipicità processuale.

Col processo di parti le cose cambiano. Il principio di tipicità (come per il diritto sostanziale) va integrato col principio di bilanciamento: bilanciamento tra presunzione di innocenza e ragionevole durata, cioè il principio di efficienza processuale. Un bilanciamento che va fatto non in astratto, ma caso per caso.

Nel processo penale la prova ricade tutta sull'accusa. Il pm deve cercare anche le prove a favore della difesa. Ma se non le trova, è la difesa che deve darsi da fare, se può.

Il pm ti sequestra in casa un quadro d'autore rubato. Ti accusa di ricettazione e tu ti difendi dicendo semplicemente: *"l'ho avuto in buona fede"*. Cosa deve fare il pm? Verificare tra tutti i tuoi parenti e amici che ci sia qualcuno che ti abbia regalato il quadro? Verificare che tu non l'abbia trovato sul ciglio di una qualche strada nei giorni o nei mesi o negli anni scorsi? Verificare presso tutte le aste in Italia e all'estero che non ti abbiano venduto quel quadro? Se hai delle informazioni che ti scagionino tirale fuori e l'accusa le verificherà. Altrimenti peggio per te.

Qui non è che la difesa deve provare l'innocenza e non l'accusa la colpevolezza. Qui l'accusa ha provato la colpevolezza *in base a tutta l'evidenza disponibile*. E la difesa che – pur potendolo fare – non ha fornito ulteriori informazioni favorevoli in suo possesso. Le informazioni vanno date da chi è nelle migliori condizioni per farlo.

Quindi non *un onere di allegazione-prova* (come nel vecchio inquisitorio). Ma *un onere di controversia*. Però la controversia sorge non perché una parte

dice: “*contesto il dolo*”, punto e basta. La controversia sorge quando c’è un dubbio ragionevole attorno ad un elemento del reato. Non è ragionevole il dubbio immaginario, congetturale, teorico. È ragionevole il dubbio che nasca dai fatti. Quando il giudice o la difesa solleva una controversia, ci devono essere argomenti ed elementi di fatto specifici.

Due esempi chiariranno meglio questo aspetto. In un processo indiziario, una mossa formidabile dell’accusa è quella di provare non solo la propria ipotesi, ma anche quella di provare l’inesistenza di piste alternative. Facciamo il caso che il pm abbia provato il primo punto ma non il secondo.

Nessun giudice assolverà perché il pm non ha dimostrato l’inesistenza di ipotesi alternative, se negli atti non c’è una traccia significativa di tali piste. Un ricorso in cassazione del pm avrebbe moltissime probabilità di successo perché la motivazione del giudice sarebbe apodittica: quali piste?

Facciamo il caso che la difesa impugni la condanna perché non sono state sondate ipotesi alternative. Può farlo sotto il profilo dell’omessa acquisizione di prove decisive. Ma quali prove? La difesa deve addurre elementi concreti, altrimenti il ricorso è inammissibile per mancanza di specificità.

8. *Il dolo in cassazione: quaestio facti o quaestio iuris?*

In cassazione il dolo viene in rilievo o come *quaestio facti* (e cioè vizio di motivazione) o come *quaestio iuris* (e dunque violazione di legge).

X spara due colpi di pistola ad Y ferendolo ad un braccio. Il giudice di merito dice: tentato omicidio. La difesa impugna. E può farlo sotto due profili.

Il primo è il vizio di motivazione: non è vero che i colpi fossero due, era uno solo; oppure, la ricostruzione del giudice è incompleta perché non ha tenuto conto della traiettoria del proiettile, della distanza tra gli antagonisti e dell’abbassamento repentino della vittima.

Il secondo è la violazione di legge. Non si discute la ricostruzione storica del fatto: il fatto è quello e non c’è nulla da dire. Si discute la qualificazione normativa del fatto. Quello stesso fatto che il giudice qualifica come tentato omicidio io lo qualifico come lesioni volontarie.

In questo caso io non valuto le prove, valuto il fatto. Non mi chiedo se una prova è attendibile o no. Seleziono gli aspetti del fatto che mi sembrano rilevanti ai fini della sua qualificazione giuridica.

Anche nel fare questa operazione ci può essere un vizio logico: do rilievo ad un aspetto irrilevante (per esempio, la mancanza di un motivo serio per

uccidere) e trascurato aspetti decisivi (per esempio, numero e direzione dei colpi). Tale errore logico mi porta ad una diversa qualificazione normativa del fatto (ci ravviso un dolo di omicidio anziché di lesioni).

Questo vizio logico nel ragionamento del giudice è *quaestio facti* o è *quaestio iuris*? La Cassazione si mantiene le mani libere.

Se la Cassazione ha a disposizione tutte le informazioni rilevanti, opera la qualificazione normativa del fatto. Siamo sempre nella *quaestio iuris*.

Può darsi però che la Cassazione non sia in grado di fare tale operazione perché non ha informazioni sufficienti (per esempio, il giudice di merito non ha accertato la traiettoria del proiettile).

In questo caso c'è quello che i francesi chiamano *default de base légale*. Allora la Cassazione annulla con rinvio perché il giudice acquisisca l'informazione mancante.

La *quaestio iuris* si è trasformata in *quaestio facti*. Il che dimostra come nel processo il *fatto* possa diventare *diritto* e il *diritto* possa diventare *fatto*.

La *quaestio facti* è pregiudiziale alla *quaestio iuris*. Se non è correttamente risolta la prima, non può essere correttamente risolta la seconda.

9. *Dolus in re ipsa e presunzione di dolo:*

come operano nel processo? Omessa motivazione o vizio logico?

Se per *dolus in re ipsa* e presunzione di dolo intendiamo dire che sono le stesse fattispecie incriminatrici a contenere tali prescrizioni, allora è evidente che si tratterebbe di norme incostituzionali: nel caso di *dolus in re ipsa*, in pratica si eliminerebbe il dolo dalla fattispecie (e dunque saremmo nella responsabilità oggettiva); nel caso di presunzione di dolo (si suppone *iuris tantum*, altrimenti ricadremmo nel caso precedente) si creerebbe una inversione dell'onere della prova in patente violazione del principio costituzionale della presunzione di innocenza.

Possiamo invece pensare che sia il giudice a riscrivere arbitrariamente la fattispecie eliminandone il dolo: un giudice che, per esempio scrivesse in sentenza che il falso ideologico non richiede il dolo. Saremmo nella *quaestio iuris*, ma si tratterebbe di un caso improbabile. Nessun giudice si sognerebbe di dire una cosa del genere.

Allora *dolus in re ipsa* e presunzioni di dolo riguarderebbe la motivazione delle sentenze: cioè le tecniche decisorie e argomentative del giudice nel risolvere la *quaestio facti*.

In questo caso saremmo nel vizio di motivazione, ma con una diversità rilevante.

Dolus in re ipsa significa che il giudice trae automaticamente dalle modalità del fatto l'esistenza del dolo: qui una motivazione c'è anche se viziata.

Dolo presunto significa che il giudice trae la prova del dolo dal fatto che la difesa non ne ha dimostrato l'inesistenza: qui addirittura mancherebbe la motivazione.

Ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione in cassazione – sotto il profilo della specificità del motivo – non è la stessa cosa la mancanza di motivazione dalla illogicità della motivazione.

Dolus in re ipsa e dolo presunto sono formule fuorvianti, che rischiano di penalizzare la difesa nel processo. È facile per il giudice dell'impugnazione dire che una motivazione sul dolo comunque c'è e che la difesa non ha spiegato perché sarebbe illogica questa motivazione.

Dunque, se davvero si vuole garantire la difesa occorre agganciare dolo *in re ipsa* e dolo presunto al vizio logico della motivazione.

Allora arriviamo al vero problema del dolo nel processo: capire quale è la struttura logica dell'argomento usato dal giudice per provare il dolo. Una volta ricostruiti i passaggi logici dell'argomentazione, si tratta di individuare i punti deboli di questa catena inferenziale.

Solo così il dolo può avere valore nel processo e il processo può essere fedele al diritto penale. Altrimenti, dolo *in re ipsa* e dolo presunto processualmente portano in un vicolo cieco.

9.1. Il doppio significato della presunzione di dolo

Come il colesterolo, c'è una presunzione cattiva e una buona.

Quella cattiva è il significato classico che ci proviene dal diritto comune (*“semper presumitur abesse dolus, nisi probetur adesse”*). Qui il dolo si presume a meno che l'imputato provi il contrario. Non è con questo tipo di presunzione che si lavora nel processo. Scagliarsi contro questo tipo di presunzione è sparare alle ombre.

Ma c'è la presunzione buona: dai criteri di inferenza di normalità e razionalità noi giungiamo ad affermare la volontà. *Se e cosa* l'imputato ha veramente voluto, noi non lo sapremo mai e neppure ci interessa. Quel che conta è cosa una persona normale e razionale avrebbe pensato e voluto.

Alla volontà storica si sostituisce la volontà razionale ricostruita nel processo. Oltre, il processo non è – con i mezzi moderni di prova – in grado di andare.

La presunzione negativa pregiudica la difesa perché è una petizione di principio sostanziale che crea una regola processuale *contra reum*.

La presunzione positiva non è a monte, ma a valle del procedimento probatorio. Sta tutte sulle spalle dell'accusa. È un percorso accidentato che chiede inferenze e tante informazioni fattuali. Qui la difesa di carte da giocare ne ha tante.

10. *La prova del dolo intenzionale. Il movente e la condotta*

Singolare la parabola storica del dolo. Per secoli si è continuamente arricchito di contenuti (fino a giungere ad includere la volontà di violare la legge penale). Dalla seconda metà dell'Ottocento il dolo invece ha cominciato a perdere pezzi, che espulsi dalla sua struttura sono diventati indizi di esso.

Il dolo intenzionale è un ritorno alle origini: è *dolus malus, voluntas prava*. Ma quella pravità è ora diventato *motivo*, cioè un elemento di prova. Così la speranza, il desiderio, la paura non fanno più parte del dolo ma servono alla sua prova.

Per il movente i criteri di inferenza della normalità e dell'agente razionale valgono poco. Normalmente non c'è nessun movente per uccidere e nessun agente razionale lo farebbe. Pertanto, la ricerca del movente va individualizzata. Come diceva De Marsico, il movente è l'uomo stesso.

Qui non conta la probabilità dell'evento C'è dolo intenzionale anche quando la probabilità dell'evento è minima. L'intenzione è soverchiante rispetto alla probabilità. Provata l'idoneità della condotta e trovato il movente, c'è quanto basta per ritenere accertato il dolo intenzionale.

Dunque, per il dolo intenzionale non occorrono i passaggi logici *probabilità-prevedibilità-previsione-volizione* richiesti per il dolo eventuale.

Due sono le strade maestre di accertamento del dolo intenzionale: il movente e la condotta.

Quando la condotta è grondante di intenzionalità, è superfluo pure il movente: se io scarico un intero caricatore su Y, non è necessario accertare perché l'ho fatto.

Se io, senza avere il porto di arma, vengo sorpreso con una pistola in tasca, sarebbe davvero stravagante una difesa che sostenesse la mancanza di dolo.

Sotto questo profilo la teoria finalistica dell'azione rispecchia la realtà processuale: il dolo è nell'atto, ne impregna la struttura.

Ma anche qui non c'è presunzione, ma inferenza: il dolo è desunto *ex qualitate facti*, come si diceva nel diritto comune

11. *Movente e scopo.*

Gli argomenti per provare il dolo nell'abuso di ufficio

Occorre distinguere movente e scopo. Se sparo alla testa di Y, il mio scopo è uccidere. I motivi possono essere infiniti. Se provi il movente, hai provato lo scopo. Ma non è vero il contrario.

Questa distinzione è stata sottovalutata dal legislatore quando, per restringere la portata di una fattispecie, vi inserisce il dolo intenzionale. Il legislatore pensa in tal modo di inasprire la prova, dovendosi provare – oltre la condotta – anche il movente.

Ma nel processo, per provare il dolo intenzionale quando non è possibile provare il movente, si punta a provare lo scopo. E la prova dello scopo si trae di solito dalla condotta.

Prendiamo l'abuso di ufficio.

Il sindaco concede una concessione edilizia illegittima a suo fratello. L'atto è illegittimo, il sindaco avrebbe dovuto astenersi, c'è un vantaggio patrimoniale ingiusto per il beneficiario, c'è un chiaro movente. Per la difesa sostenere la mancanza di dolo è mossa disperata.

Facciamo una variante all'esempio. La concessione illegittima non viene rilasciata al fratello del sindaco ma ad un imprenditore. Cambia davvero qualcosa?

Il giudice potrebbe ragionare così: a) la concessione è palesemente illegittima (tanto è vero che in casi analoghi è stata rifiutata); b) qualsiasi sindaco di normale esperienza si sarebbe reso conto della illegittimità della concessione (ecco il criterio di inferenza della normalità); c) il sindaco X è una persona normale (nulla negli atti fa sorgere il ragionevole dubbio del contrario); d) dunque, il sindaco X si è reso conto della illegittimità della concessione; e) la concessione ha favorito l'imprenditore Y e qualsiasi persona normale avrebbe potuto prevedere tale risultato (trattandosi di effetto immediato e diretto dell'atto); f) dunque il sindaco X ha preveduto il vantaggio ingiusto per Y; g) qualsiasi persona razionale – che sa che l'atto è illegittimo e oggettivamente procura un vantaggio ingiusto al suo destinatario – se lo pone in essere, evidentemente vuole l'atto e vuole il risultato; h) il sindaco X è una persona razionale (nulla negli atti fa sorgere il ragionevole dubbio del contrario); i) dunque, il sindaco X ha posto in essere l'atto con l'intenzione di avvantaggiare Y.

Ecco il protocollo logico che il giudice può usare.

Ed è da qui (e non da astratte figure di dolo presunto o *in re ipsa*) che deve partire la difesa se vuole controvertere sul dolo.

Quali sono i punti deboli di tale ragionamento in cui potrebbe inserirsi la difesa?

Sono due: la coscienza dell'illegittimità dell'atto e la mancanza di un movente. Il sindaco poteva aver agito pensando di essere nel giusto e, del resto, non si vede perché avrebbe dovuto porre in essere un atto illegittimo se non aveva un movente per farlo.

Qui la difesa potrebbe contrapporre un criterio di inferenza efficace: nessuno compie scientemente un atto illegittimo (che lo esporrebbe a conseguenze di vario genere) se non ha un motivo per farlo.

Con questa mossa l'accusa è nell'angolo. Può reagire dando scacco alla difesa, solo dimostrando che in casi analoghi e verso altri soggetti il sindaco aveva agito diversamente, rifiutando la concessione edilizia. Così non si prova il movente, ma si prova lo scopo della condotta e quindi l'intenzionalità dell'agente.

Facciamo un altro esempio. Un sindaco intende perseguire l'efficienza di un servizio. A tal fine dà il posto ad una persona non legittimata ma competente, e lo sottrae a persona legittimata ma clamorosamente incapace.

C'è l'abuso? La difesa dirà: nessuna intenzione di favorire o danneggiare qualcuno, solo l'incrollabile determinazione di fare il bene della pubblica amministrazione.

Ma ecco il controargomento dell'accusa: scomponiamo gli eventi e le intenzioni e distinguiamo lo scopo dal movente.

In questa vicenda ci sono due eventi e due intenzioni concatenate. Un primo evento: hai favorito X, danneggiando Y. Hai intenzionalmente perseguito questo evento (che è l'unico evento previsto dalla struttura del reato)? Sì, perché questo evento intermedio era strumentale – nel tuo disegno – all'evento finale (estraneo alla fattispecie) del perseguimento del bene pubblico.

C'è un evento intermedio e un evento finale. Il primo è strumentale al secondo. Ci sono due intenzioni: c'è un'intenzione volta a realizzare l'evento intermedio e c'è l'intenzione finale volta al bene collettivo. Attraverso questa scomposizione ed espunzione di eventi ed intenzioni, si arriva a ritenere provato nel caso concreto il dolo intenzionale. Tu ponendo in essere l'atto illegittimo di nomina di X, volevi – dunque, *intendevi* – favorire X sia pura al fine di rendere efficiente il servizio amministrativo. Lo *scopo* era favorire X. Il *movente* era promuovere l'efficienza del servizio.

Un'ultima aggiunta: l'esempio dimostra come in questo caso il dolo intenzionale assorba il dolo diretto: l'atto amministrativo comporta causalmente (al 100%) il vantaggio per il vincitore di concorso non legittimato e la perdita (anche patrimoniale) per l'altro.

12. *Il dolo dei capi dell'associazione mafiosa per i delitti-scopo c.d. eccellenti: provare il fatto (dolo) provando una regola*

Siamo ai confini del diritto probatorio. C'è una invulnerabilità alla prova dei mandanti.

Per superare questo scoglio solitamente si prospetta il seguente argomento: a) premessa maggiore: "ogni omicidio strategico è deliberato dalla Commissione mafiosa"; b) premessa minore: è stato eseguito un omicidio strategico; c) conclusione: tale omicidio è stato deliberato dalla Commissione mafiosa.

Di qui l'ulteriore sillogismo: chi è membro della Commissione partecipa alla deliberazione dei delitti eccellenti; X è membro della Commissione; X partecipa alla deliberazione dei delitti eccellenti.

Dunque, i capi "non potevano non sapere" e "non potevano non volere".

Messo così l'argomento è davvero inaccettabile. Si punisce uno status, non una condotta: dalla posizione di garanzia del delitto colposo alla posizione di garanzia del delitto doloso (lì si *garantisce che non* avvenga un certo fatto; qui si *garantisce che*, se avviene un fatto, lo si è voluto).

Ma rendiamo l'argomento un po' più sofisticato.

Primo passaggio. Il pm deve provare al di là di ogni ragionevole dubbio che nell'associazione mafiosa vige una regola fondamentale: "solo la Commissione può deliberare gli omicidi strategici". Non c'è una raccolta delle leggi dell'ordinamento mafioso. Quindi, l'unico modo di provare l'esistenza della regola è la testimonianza dei legislatori (mafiosi) e dei destinatari (mafiosi).

Secondo passaggio. Il pm deve provare non solo che la regola esiste sulla carta (si fa per dire), ma viene rispettata nei fatti. Se ci sono delle eccezioni si deve dimostrare che esse non falsifichino la regola, ma la confermino: cioè le eccezioni devono trovare spiegazione in un fattore *eccezionale* (esempio, crisi dell'associazione mafiosa per lotte interne) in cui la regola stessa si *autolimita*, cioè non opera.

Terzo passaggio. Il pm deve dimostrare che *nel caso concreto* la regola è stata applicata.

E per farlo deve applicare il metodo ipotetico-deduttivo tipico della prova delle leggi scientifiche e cioè deve stabilire: 1) che cosa accade se la regola viene rispettata; 2) che cosa accade se la regola non viene rispettata.

Ora, il pm prova (sulla base delle medesime fonti e di precedenti storici mafiosi) che se la regola viene rispettata (e dunque un omicidio eccellente viene commesso su autorizzazione del vertice) si verificano certi fatti e non se ne verificano certi altri: a) partecipazione all'esecuzione dell'omicidio di più

mandamenti, l'aura di consenso prima e dopo l'omicidio, funzionalità dell'omicidio agli interessi di tutti i capi ecc.; b) non si verificano altre manifestazioni (dissidi e sanzioni verso mandanti ed esecutori dell'omicidio, *casus belli* di una guerra civile all'interno del sistema mafioso).

Ultimo passaggio. Il pm prova che – nel caso concreto – dopo la commissione dell'omicidio, si sono palesati proprio quei fatti che si possono spiegare solo con il rispetto della regola e sarebbero incompatibili con la sua violazione.

In questo modo il pm prova al di là di ogni ragionevole dubbio: a) che esiste ed è effettiva la regola; b) che nel caso concreto la regola è stata rispettata; c) che l'ipotesi alternativa (e cioè che nel caso concreto la regola è stata violata) è incompatibile con i fatti provati.

L'argomento – così messo – si sottrae a qualsiasi presunzione di dolo o inversione dell'onere probatorio e a qualsiasi obiezione di apoditticità logica.

Non c'è nessun corto circuito probatorio. Nessuna scatola nera. In realtà, l'unica particolarità è questa: in genere un fatto si prova (esempio: che X sapesse una certa cosa) o perché qualcuno lo ha visto o perché lui stesso lo ha detto. In questo caso si prova un fatto, provando che è stata applicata una regola che implica quel fatto.

Perché dobbiamo rifiutare questo percorso probatorio? In conclusione, la prova nel processo non è solo la traccia sensibile che il reato ha lasciato. È anche la prova logica basata sull'esistenza di regole dell'ordinamento mafioso, vigenti e applicate nel caso concreto.

La difesa può muovere tutta una serie di obiezioni, focalizzate intorno a due punti: a) che non esiste una regola siffatta; b) che tale regola nel caso in esame è stata violata. Quindi la difesa ha carte potenti da giocare. Dunque le sue garanzie non sono pregiudicate, perché non c'è né presunzione di dolo né inversione probatoria.

Ma non è finita. La difesa potrebbe obiettare e dire: "*La responsabilità penale è personale. L'imputato X è solo membro della Commissione. È ben possibile che X si sia opposto all'omicidio e sia stato messo in minoranza*". Questa è un'obiezione poco incisiva. Invero, se fai parte della Commissione mafiosa e non intendi dissociartene, vuol dire che ne accetti le regole, cioè accetti di uniformarti (e quindi di volere) anche le decisioni che non condividi.

13. *Il dolo di posizione nei reati economici.*

Oververo: come salvare il non poteva non sapere

Uno schema logico dello stesso tipo di quello applicato per i vertici mafiosi (*absit iniuria verbis!*) va applicato per la responsabilità degli amministratori operativi, in particolare nell'ambito del gruppo di imprese.

Il *non poteva non sapere* è formula scandalosa se la consideriamo come una presunzione *iuris tantum* con inversione probatoria o pensiamo ad essa come un automatismo concettuale.

Ma sviluppiamo la formula.

Se noi accertiamo i seguenti dati: 1) in quel gruppo societario c'era una regola di condotta per cui certe operazioni non potevano essere fatte senza il consenso dell'amministratore delegato (questa regola viene accertata con testimonianze, documenti, ordini di servizio, precedenti operazioni dello stesso tipo ecc.); 2) si accerta altresì che la regola è stata sempre rispettata fino ad allora; 3) si accerta altresì che in caso di violazione della regola, si verificherebbero determinate effetti (rilievi *dell'auditing* interno, annullamento dell'operazione, rettifica delle scritture contabili, richiami agli agenti, modifiche dei protocolli operativi con sanzioni ecc.); 4) si accerta che nessuno degli effetti ipotizzabili della violazione della regola si sono manifestati.

Allora abbiamo una regola operativa, che nulla fa pensare che non sia stata rispettata nel caso concreto.

Trasformiamo tutto in un argomento con premesse e conclusioni:

- a) premessa maggiore: nella società *S* il tipo di operazione *o* è sempre portata a conoscenza dell'amministratore delegato;
 - a1) in caso di violazione della regola si verificherebbero anche le conseguenze *c*;

premesse minori:

- b) *X* è amministratore delegato;
 - b1) è stata compiuta una operazione del tipo *o*;
 - b2) non vi sono state le reazioni previste in caso di violazione della regola;

Conclusione: la regola è stata rispettata, quindi *X* sapeva della operazione e l'ha approvata. Ecco come il *non poteva non sapere* e il *non poteva non volere* diventa razionale.

In altri termini, si applica alla regola operativa la stessa procedura di controllo che opera per la verifica delle teorie scientifiche.

Perché quella procedura valida per le teorie scientifiche non dovrebbe essere valida per le regole di condotta che governano l'interazione sociale all'interno dell'universo societario?

Ciò che c'è di sbagliato non è nella formula, ma nella mancata prova delle premesse. Cioè si dà per scontata una prassi e una regola che invece vanno provate.

Il problema è questo: che noi pensiamo che nel processo vadano provati soltanto i fatti. Nel processo vanno provate anche le regole di esperienza da cui dedurre i fatti.

Non è dalla qualifica di amministratore che si deduce il dolo. Ma dalle *consuetudini* societarie operanti anche nel caso concreto. Cioè dai fatti.

14. *Strategie processuali*: “non c'è dolo se c'è colpa”

La dottrina discute sull'assunto “*non c'è dolo senza colpa*”. Per il diritto penale probatorio è vero l'assunto opposto: “*non c'è dolo se c'è colpa*”. Ovvero sostenere l'ipotesi della colpa per escludere il dolo. Due sono le possibili linee di azione.

La prima: c'è la violazione di una regola cautelare (caso reale: un'auto investe un pedone e lo uccide; sembra un omicidio colposo, si scopre che era doloso). Tale violazione può essere dolosa o colposa. Dolo, dice l'accusa. Colpa, replica la difesa.

Qui la difesa è agevolata, perché lo stereotipo giuridico è che la violazione della regola cautelare sia colpa e non dolo (il criterio di normalità in questo caso gioca a favore della difesa).

È compito dell'accusa dimostrare che la violazione è talmente grave che non può spiegarsi con l'idea dell'*agente imprudente*, ma con quella dell'*agente doloso*.

Va aggiornato l'aforisma “*culpa lata dolo aequiparatur*”. La *culpa lata* è *in dizio grave* – anche se non univoco – del *dolo*.

La seconda: dalla prevedibilità alla previsione. L'accusa dice: “*l'evento era prevedibile, lo hai previsto, lo hai voluto*”.

Qui la difesa è in difficoltà perché deve spezzare l'implicazione logica *prevedibile-previsto*. Per farlo deve contrapporre al criterio di normalità-razionalità su cui fa leva l'accusa (ciò che è prevedibile viene anche previsto da un uomo normale e razionale) una eccezione nel caso specifico. Ma non può limitarsi ad una congettura, deve indicare fatti concreti.

Nel processo è proprio la logica del giudizio a rendere complicata questa strategia della difesa.

Invero, la colpa nel processo si presenta in una duplice veste: a) come elemento strutturale del reato, che deve essere provato dall'accusa; b) come *defense*, cioè come eccezione difensiva.

La colpa funziona diversamente nei due casi. Nel primo caso è il pubblico ministero che deve provare la colpa. Nel secondo caso è l'imputato che deve provare la propria colpa. Si parla di onere di allegazione e non di prova, ma questa distinzione spesso – lo si è visto – è nei fatti una ipocrisia. L'onere di allegazione deve essere specifico, cioè addurre fatti concreti, pertinenti e rilevanti. È qui il difficile.

Più è coerente e corroborata l'ipotesi del dolo sostenuta dall'accusa, più grave e urgente diventa l'onere della difesa di provare l'ipotesi alternativa della colpa.

Non può limitarsi a dire: *“l'imputato è stato imprudente”* o *“l'evento era prevedibile ma purtroppo l'imputato non lo ha previsto”*.

In un processo per colpa, la difesa può limitarsi a dire: provami la colpa.

Ma in un processo per dolo, la difesa non può limitarsi a dire: provami che non è in colpa. E magari aggiungere (garbatamente, per non offendere troppo il proprio assistito): l'imputato lo ha fatto perché è un rimbambito sbadato ignorante facilone.

L'accusa può replicare: come faccio ad indagare sull'atteggiamento imprudente, avventato dell'imputato se la difesa non mi dà alcuna informazione concreta, che io possa controllare?

A questo punto l'ipotesi dell'accusa (dolo) ha strada libera, perché la controipotesi della difesa (colpa) è meramente congetturale.

15. *Il reato omissivo puro.*

Ovvero: “c'è dolo a meno che non mi provi la colpa”

Questo è il caso in cui siamo più vicini al dolo presunto. L'accusa dice: *“avevi l'obbligo, lo sapevi, non lo hai adempiuto, sei in dolo”*. Pensiamo agli obblighi informativi mancanti o manchevoli alle varie *authorities*. Pensiamo agli omessi o ritardati versamenti di somme introitate da privati per conto di un ente pubblico.

Come schiva l'accusa l'obiezione difensiva della presunzione di dolo?

Lo fa con un ragionamento in tre mosse: a) se tu sai di avere un obbligo e

non lo adempi, normalmente lo fai volontariamente a meno che non ci sia qualcosa che te lo abbia impedito; b) dalle indagini svolte nulla è emerso e neppure la difesa ha allegato alcun impedimento specifico su cui io possa indagare: quindi è da ritenere che questo impedimento non ci sia stato; c) la violazione dell'obbligo ha giovato all'imputato, che dunque aveva un movente per l'omissione.

Ecco che quello che sembra un dolo presunto diventa la conclusione di un argomento che – coordinando l'omissione con criteri di inferenza della normalità e del movente e con la mancanza di informazioni dirimenti – porta alla prova del dolo.

Ecco che il diritto *processuale* al silenzio dell'imputato gli si rivolge *probatoriamente* contro. In questo modo non c'è una inversione dell'onere della prova, ma una distribuzione dell'onere della prova (l'accusa prova ciò che avviene di norma, la difesa deve allegare-provare l'eccezione).

Solo che si distribuisce *l'onere*, ma non il *rischio* della prova. Se non si prova l'eccezione, si afferma la regola. E chi paga è l'imputato.

16. *Il dolo eventuale. La magia di una formula ambigua*

È una formula potente, scandita in cinque tempi: probabilità, prevedibilità, previsione, accettazione del rischio, accettazione dell'evento.

L'evento è probabile, dunque è prevedibile. Tutto fa pensare che tu lo abbia previsto. Hai agito nonostante il rischio dell'evento, quindi hai accettato il rischio. La rappresentazione di questo evento possibile non ti ha trattenuto, quindi hai accettato l'evento.

Nel diritto sostanziale il dolo eventuale risolve un sacco di problemi.

Permette di schivare la responsabilità oggettiva, facendo entrare nell'oggetto della volontà le conseguenze prevedibili.

Permette di dilatare il dolo senza cadere nell'analogia *in malam partem*, creando una equivalenza logica tra intenzione (art. 43 c.p.) e accettazione dell'evento.

Sottrae terreno alla responsabilità oggettiva, ma non alla colpa (che è accettazione del rischio, ma non dell'evento)

Permette di coniugare teoria della rappresentazione (previsione dell'evento) con la teoria della volontà (accettazione dell'evento).

Dunque, dal punto di vista sostanziale, il dolo eventuale è una *garanzia*.

Lo scenario cambia drammaticamente se vediamo come il dolo eventuale

funziona nel processo: ha un successo sensazionale. È l'argomento più temuto dalle difese e più usato dai pubblici ministeri. Perché?

Perché il dolo eventuale rigira *contra reum* il dubbio sostanziale (quello nella testa dell'agente): infatti il dubbio sul rischio dell'evento non esclude il dolo.

Questo consente di neutralizzare sempre *contra reum* il dubbio processuale (cioè il ragionevole dubbio nella testa del giudice).

Insomma, all'accusa basta *provare il dubbio dell'imputato*.

Così la ricchezza sostanziale del dolo eventuale (previsione effettiva, accettazione del rischio, accettazione dell'evento) diventa povertà processuale: spesso la prova del dolo eventuale si riduce alla *prova di un rischio prevedibile*.

Infatti, la prevedibilità si prova provando la probabilità dell'evento. Un evento probabile (secondo le conoscenze disponibili) è sempre prevedibile.

Dalla prevedibilità alla previsione il passo è breve. Ciò che è prevedibile è di regola previsto da un agente normale e razionale. Il *prevedibile non previsto* è una evenienza eccezionale che – se non emerge per caso dagli atti – deve essere allegata e argomentata dalla difesa.

I passaggi logici ulteriori dalla previsione del rischio all'accettazione dell'evento sono perfino più agevoli. Basta calarsi nella concretezza del fatto: se agisci in una situazione di rischio concreto, incombente, come fai a dire che non hai accettato il rischio. E se il rischio è reale e palpabile, come fai a dire che hai rimosso l'evento, lo hai rifiutato?

In questo modo il dolo eventuale ti porta la prova su un piatto d'argento, perché permette di accertare il dolo, by-passando la volontà e puntando elusivamente sulla prevedibilità. Si semplifica la prova e quindi si dilata la provabilità del dolo anche nei territori più impervi come i reati omissivi o le zone di confine tra dolo e colpa.

Per la difesa non c'è scampo. Il dolo eventuale diventa automatismo logico. È la rivincita del processo inquisitorio sul processo di parti.

Allora dovremmo chiederci: come mai una garanzia sostanziale diventa uno strumento inquisitorio? E più in generale: quali sono i rapporti tra illuminismo giuridico e processo inquisitorio?

Viene il sospetto che l'illuminismo giuridico sia un pianeta luminoso. Ma disabitato.

17. *I punti processualmente deboli del dolo eventuale:
l'accettazione del rischio e dell'evento*

Il dolo eventuale deve la sua fortuna processuale a quello che è il nucleo del concetto: l'“*accettazione del rischio*”. Formula vaga, e quindi manipolabile.

Accettare il rischio significa voler correre un rischio, decidendo di agire in un certo modo. L'accettazione è un fenomeno psicologico e quindi rimaniamo nel campo del dolo come volontà, la definizione legislativa è rispettata. Ma è un dolo facilmente provabile: hai posto in essere una condotta che sapevi rischiosa? allora, come fai a dire che non hai accettato il rischio?

La vera fortuna della formula è qui, in questa parola evocativa: *rischio*. Perché il rischio è modulabile e consente di espandere o restringere la fattispecie, a seconda del disvalore sociale del fatto.

La giurisprudenza non dirà mai apertamente che il dolo eventuale muta di ampiezza a seconda del contesto di base lecito o illecito.

Ottiene però lo stesso risultato argomentando sul rischio.

Quando il rischio non è consentito, anche un livello medio-basso di rischio fa scattare il dolo. Se io gioco alla roulette russa e prima punto la pistola alla mia tempia e mi va bene e poi la punto alla tempia di Y e lo ammazzo, la percentuale di rischio è molto bassa (su 6 colpi è inferiore al 20 %). Nessuno dubita che il giudice ravviserà il dolo eventuale di omicidio, perché è socialmente intollerabile che si giochi con la vita umana.

Ma la dottrina muove una obiezione potente: perché il dolo eventuale sia dolo non basta accettare il rischio, è necessario accettare l'evento. Dunque, volere il rischio non significa accettare per forza l'evento.

Giustissimo. Ma cosa significa “*accettare l'evento*”? Nelle espressioni “*accettare il rischio*” e “*accettare l'evento*” il termine *accettazione* ha significati diversi.

“*Accettare il rischio*” significa dolo intenzionale di rischio: io ho l'intenzione di accettare il rischio, voglio correrlo.

“*Accettare l'evento*” significa che sono disposto a subire le conseguenze della mia azione: è un dolo di (eventuale) evento.

L'equivoco è semantico e riguarda la parola “*accettare*”. L'evento accade e non può essere accettato o rifiutato come un pacco postale. Prima che accade posso volere l'evento, dopo non posso farci niente, ne prendo atto e basta. Se io investo in borsa su *hedge funds* e perdo tutto, ho accettato il rischio di perdere. Questo non vuol dire che voglio perdere. Vuol dire che investo anche a costo di perdere. La perdita non l'ho voluta, me la sono cercata.

Si noti il passaggio semantico – sottile e cruciale – della teoria del dolo eventuale. Non si dice: “*vuoi l’evento*”. Si dice: “*accetti l’evento*”. Una equivalenza giuridica, cui non risponde però una equivalenza cognitiva. È difficile dire “*vuoi l’evento*” quando è chiaro che non lo desideri e ti auguri che non avvenga. Allora si dice “*accetti l’evento*” e questa accettazione, quasi fatalistica, è compatibile con il desiderio o l’auspicio che non si verifichi.

18. *Accettare il rischio e accettare l’evento sono fatti davvero diversi sul piano probatorio?*

Il diritto penale va costruito con concetti provabili. È inutile distinguere accettazione del rischio e accettazione dell’evento se poi bastano le stesse prove per provare tanto la prima quanto la seconda.

Se i concetti fossero realmente diversi dovremmo dire: ci sono prove che dimostrano solo l’accettazione del rischio, mentre ci vogliono prove ulteriori per dimostrare che, oltre al rischio, hai accettato anche l’evento. Quindi, ci sarebbero casi in cui si riesce a provare solo l’accettazione del rischio, ma non anche l’accettazione dell’evento.

Facciamo un caso non teorico: alcuni malviventi sequestrano un ostaggio in cattive condizioni di salute e lo buttano in una buca angusta sottoterra in pieno inverno. Dopo un po’ l’ostaggio rifiuta il cibo e vuole lasciarsi morire perché non tollera di vivere in quella situazione così degradata. Le sue condizioni peggiorano e i sequestratori a questo punto decidono: “*se muore sono guai seri, domani sera lo liberiamo; non lo facciamo subito perché è (per noi) troppo rischioso*”. Quando vanno per liberarlo, l’ostaggio è morto.

La Cassazione non ha dubbi: dolo eventuale, quindi ergastolo. Eppure qui abbiamo certamente la prova che i sequestratori hanno accettato il rischio, ma ci manca la prova (anzi, abbiamo la prova contraria) che i sequestratori hanno accettato l’evento. Ma le cose non stanno proprio così.

Se io agisco anche a costo di provocare l’evento, che significa “*anche a costo*”? Significa che – fatti i miei calcoli – sono disposto a correre il rischio che l’evento si verifichi, cioè sono disposto a provocare l’evento. Mi auguro di no, ma se accade, pazienza. Se io accetto il rischio, accetto l’evento.

Si replica: accettare il rischio e non l’evento significa che io ho agito nella convinzione che l’evento non si sarebbe verificato. E si aggiunge: nella colpa cosciente, c’è accettazione del rischio e non accettazione dell’evento.

Ma caliamo questa distinzione nella vita di tutti i giorni. Se io agisco nella

sicura convinzione che l'evento non si verificherà, io agisco nella consapevolezza di non correre alcun rischio. Io non voglio l'evento, perché a monte non voglio il rischio. Come posso dire di correre un rischio di provocare l'evento se sono convinto che l'evento non si verificherà?

Se io agisco in una situazione di dubbio (cioè spero che l'evento non si verifichi, ma c'è la probabilità concreta che invece accada), è ragionevole dire che io accetto il rischio ma non accetto l'evento?

È possibile distinguere concettualmente "*accettazione del rischio*" e "*accettazione dell'evento*" solo se nel primo caso intendiamo l'accettazione come volontà e nel secondo caso come desiderio: "*accetto il rischio, ma non desidero l'evento*".

Sul piano processuale *accettare l'evento* non aggiunge nulla all'*accettazione del rischio di evento*.

19. *Il paradosso della "accettazione dell'evento".*

Si premia l'ottimista e si punisce il pessimista

Il rapinatore, inseguito dalla polizia, che spara e uccide il poliziotto, l'ultima cosa che vuole è proprio uccidere. Vuole fuggire, non uccidere.

Si osserva: se ha agito nella sicura convinzione che l'evento non si sarebbe verificato, è in colpa. Se ha agito nel dubbio o addirittura nella convinzione che si sarebbe verificato, è in dolo.

La teoria della volontà "pura" porta nel processo alla prova di un atteggiamento interiore con esiti a volte paradossali.

Facciamo un caso, tutt'altro che ipotetico. C'è una microspia in un'auto di malviventi inseguita dalla polizia. Si sente X, uno degli occupanti, dire: "*oggi è il mio giorno fortunato, tutto mi va bene, mi sento in forma, ora scarico un intero caricatore sull'auto che ci insegue, sono sicuro che non ferisco nessuno e però li blocco*". È documentata l'incrollabile fiducia del delinquente che l'evento-morte non si verificherà. Purtroppo avviene una mattanza. Colpa.

Lo stesso scenario, ma cambia il discorso. Y dice: "*anche se ho una mira infallibile, oggi mi va tutto storto, sento che se sparo anche un solo colpo ne ammazzo due. Però devo farlo, se no questi ci prendono*". Spara e uccide. Ha agito nel dubbio dell'evento. Dolo.

È razionale tutto questo?

La difesa dice: l'imputato è un inguaribile ottimista, pensa sempre che le cose gli andranno per il meglio, anche in questo caso lo ha dominato l'ottimi-

smo: era sicuro al 101 % che l'evento non si sarebbe verificato, anzi ha accettato il rischio proprio nella sicura convinzione che gli sarebbe andata bene.

Cosa dovrebbe fare l'accusa, provare che l'imputato è un pessimista depresso? La "sicura fiducia" di scongiurare l'evento in questo caso premierebbe l'arrogante criminale. Processualmente la teoria della volontà premia l'ottimista e punisce il pessimista!

Nel processo tale teoria viene corretta dalla prova. Il giudice dirà che non ci sono prove di questa "sicura fiducia" o che le prove sono state artatamente costruite.

L'accettazione dell'evento come puro fenomeno psicologico non regge. Occorre introdurre un elemento normativo. Se non lo fa il diritto sostanziale, lo fa il processo.

20. *Il dolo eventuale e le credenze irrazionali*

X avvelena *Y* dandogli dell'arsenico e si difende: "Non immaginavo che tale sostanza avesse un effetto letale!". Sa benissimo che si tratta di arsenico, ma lui non crede alla scienza e crede ad un santone fondatore di una setta, secondo cui l'arsenico è sostanza salvifica. *X* mette una bomba incendiaria su un aereo, che esplose. Si difende dicendo che era convintissimo che gli aerei fossero a prova di bomba. E produce numerose testimonianze di amici e conoscenti (e-mail, pezzi di face book e cose varie) che testimoniano questa sua incrollabile credenza. Può portare tutte le prove che vuole, nessuno gli crederà mai.

Gli esempi possono essere più raffinati – fino ad arrivare alle omesse trasfusioni dei Testimoni di Geova – ma la sostanza non cambia.

Se diamo spazio alle credenze soggettive nel processo, la prova del dolo difficilmente supererebbe il ragionevole dubbio! L'imputato può sempre dire che era convinto che – anche se la probabilità era minima – l'evento non si sarebbe verificato. Se la credenza è un fatto puramente interiore e rilevano anche le credenze assurde, come facciamo a smentirlo?

La giurisprudenza in questi casi segue due sentieri.

Il primo punta sulla prova. Il giudice semplicemente non gli crede e lo liquida in due parole: è così assurda tale tesi difensiva che nessuna persona razionale ti crederebbe, ed io (giudice) sono una persona razionale e tu (imputato) fino a prova contraria sei una persona razionale.

Il secondo si dirige sul concetto di dolo: come sono irrilevanti gli stati d'a-

nimo (desiderio, speranza, timore ecc.) così sono irrilevanti le credenze che esorbitano dal patrimonio comune dell'uomo normale, dalla *everyday knowledge*.

Altrimenti, se la volontà è credenza soggettiva, allora anche la credenza irrazionale dovrebbe escludere il dolo.

Nel processo non conta la volontà soggettiva. Conta la volontà *presunta* dell'uomo normale e razionale.

21. *Il dolo eventuale: fatto psichico o funzione probatoria?*

Dolo eventuale come argumentum e dolo eventuale come substantia

Un esempio che capita abbastanza spesso nelle aule di giustizia: *X*, membro di una cosca mafiosa, viene incaricato di attirare *Y* – suo amico – con un tranello in un luogo isolato. Il capomafia vuole interrogare *Y* per sapere cosa sa di un certo omicidio. (Anche la mafia ha i suoi tribunali e il suo diritto sostanziale: solo che lì è meno avvertita la funzione probatoria del diritto sostanziale).

Tutti garantiscono a *X* che *Y* sarà rimandato a casa sulle sue gambe. *X* non vuole la morte di *Y*, anzi si augura con tutto il cuore che non avvenga. Puntualmente *Y* viene fatto fuori.

Quasi sicuramente *X* sarà condannato per omicidio doloso con dolo eventuale.

Qui non c'è nessun problema probatorio, perché abbiamo tutte le informazioni disponibili (abbiamo la fortuna di avere pentiti concordi che ci raccontano tutto nei dettagli). Si tratta di vedere se è configurabile il dolo o no: è *quaestio iuris*, non è *quaestio facti*.

Non è la prova che dilata il diritto penale, semmai è il *caso* (carico di disvalore sociale) che espande la *norma*.

Consideriamo ora un altro caso processualmente frequentissimo: scoppia una lite violenta, *X* aggredisce *Y* che muore. Dolo di morte, dice l'accusa. Dolo di lesione, dice la difesa.

Qui nasce un problema di prova, perché non sappiamo cosa ha veramente voluto *X*. Ecco che *l'argomento* del dolo eventuale serve a provare il dolo omicidiario.

Quindi c'è un dolo eventuale come fatto psichico reale e c'è un dolo eventuale come argomento per provare il dolo intenzionale nei casi dubbi.

Nel primo caso noi affermiamo: "*X ha voluto un evento molto probabile*".

Nel secondo caso noi concludiamo: “è molto probabile (al di là del ragionevole dubbio) che X abbia voluto l'evento”.

Il dolo eventuale come *argumentum* (funzione probatoria) pone una *quaestio facti*. Il dolo eventuale come *substantia* (elemento strutturale del reato) pone una *quaestio iuris*.

Il dolo eventuale come *argumentum* è un ragionamento che si nutre di informazioni fattuali e funziona o no, a seconda del contenuto di tali informazioni.

Il dolo eventuale come sostanza perde ogni contenuto informativo e ogni funzione logica: diventa un fatto da provare.

22. *Il dolo eventuale in funzione probatoria: una tecnica argomentativa per escludere il ragionevole dubbio*

Perché distinguere il dolo come argomento dal dolo come sostanza del reato? Per evitare una indiscriminata applicazione del dolo eventuale. Ogni argomento deve aderire al suo oggetto. Se si tratta di provare il dolo eventuale si userà l'argomento del dolo eventuale. Ma se il problema è provare il dolo intenzionale, non è corretto usare l'argomento del dolo eventuale.

Ripensiamo agli esempi di poco prima.

X ha colpito Y, che muore. In questo caso noi non sappiamo e non sapremo mai se veramente X volesse uccidere. Non ricostruiamo il ragionamento che ha fatto X. Ragioniamo nella nostra testa e trapiantiamo questo ragionamento nella testa di X. Spesso non c'è corrispondenza tra come ha pensato il giudice e come ha pensato l'imputato.

Se il dolo fosse solo dolo intenzionale, ci troveremmo in presenza di un ragionevole dubbio che ci impone di derubricare l'imputazione. Ma ecco che soccorre il dolo eventuale e ci permette di aggirare il ragionevole dubbio e di affermare l'omicidio.

Va aggiunto: *un dolo eventuale che X probabilmente non ha avuto perché non ha avuto materialmente il tempo di pensare.*

Un altro esempio, tratto dai reati societari e fallimentari: si sospetta un accordo tra amministratore di diritto e amministratore di fatto (dunque, dolo intenzionale), ma non si riesce a provarlo. Con la tecnica argomentativa del dolo eventuale riusciamo a superare il ragionevole dubbio sul dolo intenzionale. Certo, non diremo di aver provato il dolo intenzionale, cioè l'accordo. Abbiamo provato qualcosa di diverso, ma equivalente. Dal punto di vista del-

la realtà sostanziale, è un artificio: invero, o l'amministratore di diritto è in buona fede o è in malissima fede (cioè d'accordo con le malefatte dell'amministratore di fatto). La cosa veramente improbabile è proprio il dolo come accettazione del rischio e dell'evento.

Ultimo esempio: i reati omissivi propri. Pensiamo a tutti i reati che consistono in false informazioni rese da privati ad una autorità pubblica. X omette di dare una informazione. Per la condanna ci vuole il dolo e X si difende dicendo che le circolari ministeriali creavano dubbi interpretativi e che riteneva che l'informazione omessa fosse irrilevante. Può darsi che sia vero. Ma con la tecnica del dolo eventuale confutiamo la linea di difesa.

Questo è importante: il dolo eventuale è una tecnica micidiale per neutralizzare il dubbio, perché lavora con categorie – come prevedibilità e rischio – che sono flessibili e che assorbono facilmente il dubbio.

Così si verifica una singolarità: mentre nel diritto sostanziale il paradigma principale è il dolo intenzionale, nel diritto processuale lo è il dolo eventuale. In altri termini, nel processo avviene un vero e proprio *travisamento del fatto* sostanziale.

Come avviene nel processo il passaggio dal dolo eventuale come prova logica al dolo come elemento strutturale del reato?

Semplice: se per provare d (dolo del reato) è sufficiente che provi p (accettazione del rischio), allora ogni volta che ho provato p , posso concludere che ho provato d . Così la prova si sostituisce al suo oggetto: sul piano della fattispecie rimane d come elemento del reato, sul piano processuale d è sostituito da p . Il processo penale ha cambiato il diritto penale.

Ma, da Aristotele a Popper, la priorità di qualsiasi epistemologia (anche quella del processo) è "*salvare i fenomeni*".

23. *Dolo alternativo e dolo eventuale. Concetti diversi, identiche prove*

Nessuno dubita che siano – dal punto di vista sostanziale – nozioni diverse. Il dolo alternativo è un dolo intenzionale ad oggetto alternativo: io voglio indifferentemente uno dei due eventi probabili e non congiuntamente avverabili. Nel dolo eventuale manca l'intenzionalità e manca l'alternatività degli eventi.

Sembrerebbero concetti distantissimi tra loro e lo dimostrerebbe l'opinione corrente in giurisprudenza secondo cui l'uno è compatibile col tentativo e l'altro no.

Di qui una singolarità: la cifra dei delitti tentati non è diminuita dopo che

la giurisprudenza ha affermato l'incompatibilità del tentativo col dolo eventuale. Cosa è successo? È successo che quelli che prima venivano definiti doli eventuali ora vengono etichettati come doli alternativi.

Ma come è possibile? Se i due doli sono sostanzialmente diversi, ci si aspetterebbe allora che nel processo siano diversi anche i percorsi probatori.

Invece, il protocollo logico della prova è lo stesso. *X* colpisce *Y* che rimane ferito. *X* si difende: “*ho colpito alla cieca senza mirare*”. Se *Y* fosse morto, la giurisprudenza direbbe: “*X ha colpito accettando il rischio di uccidere Y*”. Ma *Y* non è morto e allora la giurisprudenza dice: “*X ha colpito volendo indifferentemente ledere o uccidere Y*”.

Le informazioni probatorie sono assolutamente identiche. Ma sulle stesse informazioni si posso costruire argomenti diversi.

Per il dolo eventuale: prevedibilità previsione, accettazione del rischio dell'evento. Per il dolo alternativo: dalla idoneità degli atti a provocare entrambi gli eventi ricavo la univocità degli atti verso eventi alternativi. *X* quando ha agito nella furia degli eventi non ha pensato. Ha pensato il giudice al posto suo, da uomo normale e razionale.

Ma si può davvero dire che è indifferente per un uomo normale-razionale provocare semplici lesioni o addirittura la morte?

Ancora una volta il processo manipola concetti manipolabili.

E la manipolazione avviene attraverso stereotipi sociali che si insinuano nella precomprensione del giudice. Ormai in giurisprudenza si è creata si una *guideline* tacita con rare eccezioni: se usi la pistola è tentato omicidio, se usi il coltello sono lesioni volontarie.

La prova del dolo si semplifica. È l'arma che prova il dolo.

24. Pistola e auto. Il dolo eventuale nel territorio della colpa

Omicidio e pistola: ecco l'ambiente del dolo eventuale. Che nasce senza scalpori, quasi fosse una ovvietà. La pistola serve ad uccidere e chi usa una pistola sa di usare un'arma mortale.

L'auto non è una pistola. Può uccidere, ma non serve ad uccidere. Se usi una pistola sei nel campo del dolo. Se usi un'auto sei nel campo della colpa. L'uomo con la pistola in mano è un *tipo* doloso. L'uomo al volante è un *tipo* colposo.

Io attraverso con il rosso ad altissima velocità un incrocio che so trafficatissimo. È solo colpa? Qui so che ho altissime probabilità di provocare un inci-

dente catastrofico e non faccio nulla per abbassare il livello di rischio. Cosa differenzia questo caso dal caso in cui da un palazzo sparo un colpo di pistola verso una piazza non molto affollata e uccido un passante? Le probabilità sono molto più elevate nel primo caso che nel secondo. L'atteggiamento mentale è lo stesso: "o la va o la spacca". Lascio che sia la sorte a decidere. Come alla roulette russa.

L'unica differenza è che nel primo caso ho usato un'auto e nel secondo una pistola.

Sono stereotipi sociali. Che hanno un peso cruciale quando si tratta di dare contenuto a nozioni indefinite. E il dolo eventuale è una nozione indefinita. La giurisprudenza attiva i sensori percettivi della realtà sociale. Recepisce il sentire comune. La categoria giuridica del dolo viene riempita dalla categoria sociale del dolo.

In questo modo essa individua territori propri del dolo e territori proprie della colpa.

Il settore degli infortuni sul lavoro è tradizionalmente un territorio della colpa e tutto ciò che lì avviene è quasi automaticamente rapportato alla dimensione della colpa. Lo stesso dicasi per gli incidenti stradali e per il campo medico.

Può apparire paradossale il territorio dell'azione imprenditoriale. Siamo alle due Coree: c'è una marcata propensione ad inquadrare l'attività societaria (bilanci, comunicazioni ad autorità indipendenti ecc.) nel territorio del dolo, mentre l'attività aziendale (infortuni, danni da prodotto ecc.) nel territorio della colpa³.

In entrambe le attività siamo in un contesto lecito di base. La propensione verso il dolo o la colpa è data dagli stereotipi sociali: per noi è più facile immaginare un *amministratore doloso* che un *datore di lavoro doloso*.

Quando l'imprenditore fallisce, ecco che il pendolo si sposta: si propende ad inquadrare ogni comportamento nell'ambito del dolo piuttosto che della colpa. Perché è più diffuso lo stereotipo dell'*imprenditore doloso* che quello dell'*imprenditore sfortunato imprudente*.

Finché dura la pre-comprensione dell'incidente stradale come tipico criminologico di delitto colposo, anche chi va a folle velocità contromano in una tangenziale super trafficata sarà in colpa e non in dolo. E così sarà omicidio colposo e non doloso il fatto dell'imprenditore che fa lavorare i dipendenti in

³ Pagine importanti scritte al riguardo da PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004.

ambienti sovraccarichi di amianto o di altre sostanze tossiche.

Il *tipo* criminologico determina il *tipo* doloso o colposo.

Ma questo cosa significa? Significa che finché non cambia la percezione sociale dei fenomeni, non cambia la qualificazione normativa degli stessi fatta dalla giurisprudenza.

E perché cambi la percezione sociale ci vogliono molti morti.

Se si verificano molti attraversamenti col rosso con tanti morti, la percezione sociale cambierà dalla colpa al dolo. E la giurisprudenza le terrà dietro. Se il contagio del virus hiv compiuto da partners consapevoli provocasse una sorta di epidemia sociale di morti, aumenterebbe molto la propensione verso il dolo.

C'è cinismo, ma non arbitrio in questo fatto. Un fenomeno sociale diffuso diventa notorio, accresce la consapevolezza della pericolosità della condotta e della probabilità dell'evento. All'agente tocca decidere: a favore o contro l'evento.

25. *Tipicità e stereotipi sociali.*

Come nel processo ciò che prima era colpa diventa dolo

La norma penale rimane la stessa. E in fondo anche i comportamenti rimangono gli stessi. Ma cambiando gli stereotipi sociali cambia la qualificazione normativa del fatto.

Come è possibile? Del resto che colpa e dolo non siano concetti incommensurabili è dimostrato dal loro intreccio ("non c'è dolo senza colpa") e dall'esistenza di una vasta zona di confine comune (pensiamo alla *recklessness*).

C'è una precomprensione del giudice derivante da stereotipi sociali. Per chiarire meglio il concetto di pre-comprensione potremmo applicare il concetto bayesiano di probabilità antecedente. Quando un fatto avviene nel campo del traffico stradale, l'ipotesi della colpa ha una probabilità logica antecedente – cioè iniziale, prima di qualsiasi prova – elevatissima. L'ipotesi del dolo ha invece una probabilità iniziale minima: congettualmente possibile, ma in concreto inverosimile.

Per trascorrere dalla colpa al dolo e rovesciare il rapporto tra le rispettive probabilità iniziali, ci vogliono allora prove fortissime a favore del dolo.

Questa precomprensione si traduce – processualmente – in una inversione delle operazioni cognitive del giudice.

Nei territori tradizionalmente presidiati dalla colpa esiste già uno schema

logico di inquadramento del fatto. La colpa è meno vaga del dolo, perché ci sono le regole di condotta dell'uomo prudente e razionale a delimitarla⁴. C'è già il *tipo* di imprudenza nella attività medica, nel traffico, negli ambienti di lavoro. Per giungere alla colpa cosciente si delinea il tipo dell'uomo imprudente; dalla condotta dell'uomo imprudente si passa alla mentalità dell'uomo imprudente: l'uomo imprudente è l'uomo sicuro di farcela nonostante l'alto rischio. Così si passa dalla probabilità oggettiva dell'evento (alta) alla probabilità soggettiva (bassissima: quella percepita dall'uomo imprudente).

Un giovane patentato beve un po' troppo e carica gli amici sulla sua potente auto. Va a folle velocità invade la corsia opposta e fa un massacro. Il giudice parte per la colpa e non si smuove dalla colpa. Come motiva? X ha tenuto il tipico comportamento della persona imprudente: inesperto, un po' sbruffone, esaltato dall'euforia dell'alcol e della auto aggressiva, vuole dimostrare agli amici la sua abilità, è sicuro di governare l'auto anche a velocità folle. Tutte queste cose sono indizi gravi univoci e concordanti della colpa. Se l'accusa la pensa diversamente, lo provi.

Il pm deve disarticolare questa ipotesi sul fatto e costruire l'ipotesi alternativa del dolo.

Nei territori non presidiati dalla colpa, si inverte la logica del procedimento probatorio. Il pm prima costruisce l'ipotesi dolosa del fatto e poi confuta l'ipotesi alternativa della colpa. Qui non si delinea il tipo di uomo doloso (sarebbe impossibile, il dolo è la figura tipica di reato), ma si parte dalla doloosità della condotta. Quell'azione è una azione che normalmente porta alla morte. È la tipica azione che compie chi agisce con dolo di morte. Il pm è avvantaggiato dal fatto che la colpa è una ipotesi congetturale che non risponde ad un preciso stereotipo sociale. Noi abbiamo lo stereotipo del medico imprudente, del guidatore imprudente, del direttore dei lavori imprudente. Ma non abbiamo lo stereotipo dell'amministratore imprudente o del sindaco negligente.

Il processo non lavora con presunzioni e inversioni probatorie. Invece lavora con assunzioni tacite (fatti incontrovertibili), stereotipi culturali e standards probatori.

La logica del giudizio è la logica del senso comune.

C'è colpa quando un uomo normale direbbe: *“quella condotta è tipica di un uomo imprudente”*.

C'è dolo eventuale quando una persona normale direbbe: *“solo un pazzo farebbe una cosa del genere”*.

⁴ Sulle regole cautelari preziose considerazioni si colgono nei lavori di Giunta.

In presenza di stereotipi diversi, lo stesso argomento porta a conclusioni opposte.

Per esempio, un argomento costante per escludere il dolo nel settore traffico stradale è il seguente: l'imputato non ha accettato l'evento, perché altrimenti avrebbe messo a repentaglio la propria vita. Ma anche il rapinatore che ingaggia un conflitto a fuoco con la polizia mette in gioco la propria vita.

Perché colpa nel primo caso e dolo nel secondo?

26. *I criteri probatori del dolo eventuale.*

La deliberata violazione della regola cautelare.

La gravità della violazione. L'elevata probabilità dell'evento

Sotto il profilo processuale la teoria dell'accettazione del rischio è una splendida incompiuta. Invero, quando si può dire che il pm ha provato oltre ogni ragionevole dubbio che l'imputato ha accettato il rischio?

Se consideriamo l'accettazione del rischio come fatto psichico individuale finiremmo col dare spazio nel processo a soglie soggettive di rischio accettabile. Sarebbe imbarazzante una difesa che dicesse: "*Il rischio era altissimo, ma il mio assistito non lo ha accettato!*"

Si tratta piuttosto di creare criteri probatori oggettivi, epistemologicamente condivisi, ma sufficientemente flessibili per aderire al caso concreto. Criteri probatori gravi, singolarmente non sufficienti, ma congiuntamente univoci.

Un protocollo logico di argomento probatorio potrebbe essere il seguente (dunque, il discorso da descrittivo diventa prescrittivo).

La prima cosa che il pm deve provare è la violazione della regola cautelare. Ma non basta: la violazione deve essere deliberata. Se la regola cautelare è violata per imperizia negligenza o imprudenza siamo nella colpa e non nel dolo.

In secondo luogo il pm deve provare la gravità della violazione. Una cosa è affrontare l'incrocio con il rosso ma a bassa velocità e con circospezione, altra cosa è attraversarlo con rosso a velocità sparata. Ai fini del virus HIV una cosa è avere un solo rapporto non protetto, altra cosa avere anni di rapporti non protetti. Qui la distinzione tra rischio schermato e non schermato può avere un peso probatorio⁵.

E veniamo al terzo *step*: il fondamentale criterio probatorio va individuato nell'elevata probabilità dell'evento.

⁵ Per un approfondimento della tematica si rinvia agli studi di Canestrari.

27. Informazioni rilevanti e prevedibilità

Se ti mancano le informazioni rilevanti, non puoi prevedere. Dolo e colpa non si distinguono sotto il profilo della prevedibilità. Una volta dimostrato il possesso di tali informazioni, si applica il criterio di inferenza dell'uomo normale e razionale e si prova la prevedibilità.

Dunque, la prima linea di difesa per escludere il dolo eventuale è la seguente: una cosa è che le informazioni rilevanti (da cui dedurre la prevedibilità dell'evento) fossero disponibili, altra cosa è che fossero effettivamente conosciute dall'imputato. Conoscenza e conoscibilità non sono sovrapponibili. Per la colpa basta quest'ultima, per il dolo serve la prima.

Se tu non hai acquisito informazioni conoscibili sei in colpa, non in dolo.

A questa obiezione nel processo solitamente si replica in due modi.

Il primo: occorre vedere il rapporto di immediatezza o meno dell'imputato con l'informazione: un rapporto di immediatezza rende oltremodo plausibile la percezione dell'informazione.

Esempio, un inseguimento in macchina tra polizia e rapinatori. L'informazione che il fondo stradale è sconnesso e che questo può influire sulla precisione della mira è immediatamente percepibile e, pertanto, è ragionevole pensare che tale informazione oltre che disponibile, sia stata effettivamente introiettata dai soggetti agenti.

Invece, l'informazione sul numero di occupanti dell'auto dei rapinatori, pur essendo acquisibile (attraverso contatti radio con la pg presente sul luogo della rapina che raccoglie informazioni dai testi presenti), non è immediatamente disponibile: può darsi che prima di sparare, il poliziotto non avesse tale informazione. E si tratta di informazione rilevante, che incide sulla prevedibilità-previsione dell'evento: altro è sparare contro un'auto con due persone a bordo, altro è sparare quando le persone a bordo sono quattro o cinque.

Altro esempio. Un automobilista passa col rosso ad un incrocio: incidente e morti. Egli potrà difendersi dicendo: non ci passo mai di lì, pensavo che ci fosse poco traffico, ero sicuro di farcela. Siamo nella colpa, non nel dolo.

Mettiamo però che proprio in quell'incrocio si siano verificati nel tempo incidenti mortali per passaggi con il rosso e che il nostro automobilista conoscesse questo dato e sapesse che per quell'incrocio passano anche alle 10 di sera decine di auto al minuto. Se attraversa a cento all'ora col rosso egli dunque sa che un impatto mortale è pressoché inevitabile. Molto più probabile di un colpo alla roulette russa. Possiamo dire che siamo ancora nella colpa? Una linea difensiva "*non immaginavo che ci fossero tante macchine*" non è più sostenibile.

Eppure si opta per la colpa e non per il dolo. Nonostante la deliberata violazione della regola cautelare, la gravità della violazione, l'altissima probabilità (conosciuta) dell'evento.

Lo stereotipo sociale è più forte di qualsiasi argomento.

Finché non cambia la percezione sociale del fenomeno (generando allarme sociale, bisogni di prevenzione e di pena) quel *fatto* rientra nel *tipo colposo*. Il resto è retorica.

28. *La wilfull blindness: il voler non conoscere ciò che è conoscibile*

Una efficacissima strategia di accusa è la seguente: deliberatamente non hai voluto acquisire informazioni rilevanti. È una imprevedibilità deliberata.

Un esempio: io ricevo un borsone da un amico che so trafficare in armi con l'incarico di custodirlo. Io non chiedo cosa ci sia nel borsone né provo ad aprirlo. Mi piomba addosso la pg e vengo incriminato. Mi difendo dicendo che non sapevo cosa c'era nel borsone: quindi è la tesi della leggerezza, della colpa, non del dolo.

L'accusa mi replica (e fondatamente): sei in dolo. Perché? Il ragionamento è semplice: potevi sapere, temevi di sapere, hai scelto di non sapere, ti sei posto volontariamente nella posizione di ignoranza o di dubbio e hai agito volontariamente in tale situazione. Quindi hai deliberatamente accettato il rischio che dentro ci fossero le armi.

Che ci fossero nel borsone armi, qualsiasi persona ragionevole lo avrebbe pensato, considerando che chi le dava era uno invischiato in tali traffici. Certo se nel borsone ci trovano un'arma chimica di distruzione di massa, non ne risponderò perché il salto logico è troppo forte dal trafficante di armi al possesso di arma chimica.

L'argomento della *wilfull blindness* permette di superare processualmente gli stati di dubbio e di ignoranza e di affermare il dolo (un po' come il principio dell'*actio libera in causa*).

Essa opera nel caso in cui l'imputato decide in situazioni di incertezza risolvibile. È lui che si è cacciato in questa situazione cognitiva di incertezza. È lui che ne poteva uscire, se solo avesse voluto. Invece ha deliberatamente deciso di non sapere e di agire non sapendo, perché temeva di sapere.

28.1. *Prevedere che cosa? La specificità dell'evento*

Non basta prevedere che *qualcosa di brutto* avverrà. Né basta prevedere

un *tipo* di evento. Il dolo richiede la rappresentazione dell'evento *hic et nunc*.

Obiezione seria, ma processualmente sfortunata. Nel processo si discute di un evento già avvenuto. Non è difficile passare dalla constatazione *ex post* dell'evento alla sua prevedibilità (e dunque, previsione) *ex antea*. Basta applicare il solito criterio di inferenza della normalità: quell'evento normalmente può accadere, date certe condizioni iniziali. Se tu possiedi sufficienti informazioni su tali condizioni, hai tutto ciò che ti occorre per prevedere l'evento. Tutto ciò che *normalmente* avviene è *normalmente* prevedibile.

Quanto alla specificità dell'evento, la tecnica argomentativa è quella solita, ben sperimentata in giurisprudenza: distinguere il nucleo essenziale dalle circostanze di contorno. Cioè si passa dalla *imputazione* – cioè la descrizione dell'accusa – alla *fattispecie astratta*.

Il *fatto di reato* è diverso nel diritto sostanziale e nel processo: stilizzato nelle linee essenziali nel primo, narrato in termini grondanti di storicità concreta nel secondo.

C'è una logica in tutto questo: ci sono informazioni rilevanti che mi permettono di prevedere il tipo di evento e ci sono informazioni aggiuntive (spesso successive alla condotta) che mi consentono una previsione più specifica.

Se io do le armi al gruppo di fuoco, sono in dolo anche se non so chi andranno ad ammazzare, dove e quando e perché. Per essere in dolo non devo sapere tutto. Mi basta sapere l'essenziale.

Altrimenti l'ignoranza sul fatto diventerebbe nel processo una *defense* generalizzata e inespugnabile.

29. *La probabilità dell'evento.*

Il dolo diretto. Ovvero: il non potevi non volere

Il dolo diretto è una figura veramente residuale nel processo, serve più a completare la teoria del dolo che a risolvere i processi.

Non puoi non volere un evento che tu sai deriverà necessariamente dalla tua azione. Qui non c'è nessun rischio, c'è la certezza o quasi. Il processo non consente schizofrenie. Se vuoi l'azione, vuoi anche l'inevitabile evento.

Piuttosto va rilevato che nel c.d. dolo diretto c'è una equivalenza funzionale: la certezza dell'evento equivale alla sua volizione. Si verifica una sostituzione processuale di un elemento della fattispecie sostanziale: si sostituisce alla volontà dell'evento, la sua certa previsione: "*non potevi non volere*" ..

È scorretto parlare di presunzione *iuris et de iure*. Qui l'accusa deve prova-

re un fatto: la certezza dell'evento e la sua consapevolezza da parte dell'imputato. Provato questo fatto, scatta la regola di esperienza: una regola rigorosa che non ammette eccezioni. Non c'è nessuna presunzione legale, c'è una regola logica senza eccezioni. Una regola che confina nell'irrelevante ogni strategia difensiva volta a dimostrare che l'imputato non desiderava l'evento, anzi lo aveva mentalmente rimosso.

Quindi nel dolo diretto lo stato cognitivo sostituisce lo stato volitivo. È il trionfo della teoria della rappresentazione.

Va aggiunto: il dolo eventuale disvela la sostanziale affinità col dolo diretto. C'è un *continuum* tra la quasi certezza del dolo diretto e l'alta probabilità del dolo eventuale. E questo *continuum* si proietta come diversità sul piano sostanziale, ma come affinità su quello processuale.

29.1. *Probabilità statistica o probabilità logica?*

Il confine indefinibile tra dolo diretto e dolo eventuale

Tra dolo diretto e dolo eventuale non c'è discontinuità nella scala delle probabilità.

Io mi rappresento la cosa come quasi certa (diciamo al 99 %) ma ho una piccolissima speranza che non accada. Ho accettato il rischio ma non l'evento: di cosa rispondo? di dolo diretto.

Se le percentuali si abbassano rispondo di dolo leggermente diretto, poi curvo, poi obliquo fino al dolo eventuale? Prima del dolo eventuale non scattava il criterio dell'accettazione,

dopo scatta. Ma a quale grado di probabilità? Il ragionevole dubbio, la *clear and convincing evidence*, la *preponderance of evidence* o cosa altro?

Se il dolo diretto si distingue dal dolo eventuale per il grado di probabilità (quasi certezza nel primo grado, cioè probabilità elevatissima; alta o media probabilità nel secondo caso), perché far derivare una differenza radicale (come per esempio, tra stato liquido e stato gassoso) quando è solo una differenza di probabilità, oltretutto non definibile?

Questo *continuum* tra certezza e alta probabilità si sperimenta quotidianamente nel processo.

Se io voglio sequestrare un uomo politico e prevedo un inevitabile conflitto a fuoco con la scorta, sono nel dolo diretto o nel dolo eventuale?

Una banda vuole rapinare un furgone portavalori. Secondo i piani, con un autocarro urta quasi frontalmente il furgone buttandolo fuori strada e provocando la morte del conducente del furgone. Siamo nel dolo diretto o nel dolo eventuale?

La probabilità è una scala che va da 1 (la certezza) a 0 (l'impossibilità). A quale livello collochiamo il dolo diretto e – sotto di esso – il dolo eventuale?

Il problema è che gli eventi della vita, nella maggioranza dei casi, non sono suscettibili di essere calcolati nella loro frequenza statistica. A seconda delle caratteristiche del singolo caso, l'uccisione della scorta può essere quasi certa o mediamente probabile.

Allora la probabilità nel dolo diretto e nel dolo eventuale non è una probabilità statistica, ma logica. Cioè: il giudice riterrà il dolo diretto se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, l'evento si prospetterà come praticamente certo. "*Praticamente certo*" vuol dire che quell'evento è il risultato che qualsiasi persona razionale si aspetterebbe da quella condotta.

Se passiamo dalla probabilità statistica alla probabilità logica, sfuma il confine probatorio tra dolo diretto e dolo eventuale.

Quando ci sono alternative equiprobabili o comunque plausibili, non c'è né dolo eventuale né tantomeno dolo diretto. Quando invece quell'evento specifico è l'unica cosa che c'era concretamente da aspettarsi, siamo nel dolo: ed è questione soggettiva (per non dire, di gusti) definirlo dolo diretto o dolo eventuale.

Quel che conta è l'alta probabilità logica dell'evento⁶, tale da escludere ragionevolmente ipotesi alternative ragionevolmente possibili.

Se ti prospetti l'evento come l'unica realistica conseguenza della tua azione, scatta il criterio di inferenza, che lega la rappresentazione alla volizione: "*non poteva non accadere, dunque non potevi non volere*".

30. *Contesto lecito e contesto illecito di base: presupposto del reato o elemento di prova?*

Spesso mettiamo nella struttura del dolo qualcosa che è soltanto prova di esso.

In pratica, ci sarebbe dolo eventuale quando l'agente si muove in un contesto illecito di base, colpa cosciente quando invece il contesto di base è lecito.

Se consideriamo queste categorie come sostanzialistiche (cioè come parte della struttura del dolo e della colpa) gli esiti processuali possono essere imbarazzanti.

⁶ A rigore: dell'ipotesi che l'evento accada: La probabilità statistica riguarda gli eventi, la probabilità logica le ipotesi.

Prendiamo l'esempio dell'inseguimento: guardie e ladri. Se spara il poliziotto e uccide, è colpa cosciente perché si muove in un contesto lecito. Se spara il rapinatore e uccide, è dolo eventuale perché si muove in un contesto illecito!

Le cose diventano più razionali se a contesto lecito-illecito diamo una dimensione non sostanziale, ma probatoria.

Il giudice ragiona così: il poliziotto vuole rispettare la legge (sta lì per questo), non vuole aggredire beni giuridici, ma difenderli; se spara, allora lo fa perché è convinto di non uccidere, se malauguratamente l'evento si verifica, è errore non dolo.

Il rapinatore invece ha violato la legge ed è ancora propenso a farlo. Questa sua attitudine lo rende indifferente o addirittura ostile ai beni giuridici; per lui sono in gioco anni di carcere, lui vuole evitare ad ogni costo di essere preso. Allora se sommiamo il fortissimo interesse alla fuga e la grande propensione alla violazione di beni giuridici, è razionale concludere che il rapinatore è disposto ad uccidere pur di fuggire. Ecco il dolo.

Il rischio socialmente intollerabile fa scendere il livello di probabilità, al di sopra del quale scatta il dolo. Ripensiamo ai casi della roulette russa, del partecipe di mafia che mette il suo amico nelle mani della cosca o dei sequestratori che decidono di liberare l'ostaggio malato il giorno dopo. In questi casi l'ipotesi dell'evento-morte è verosimile, plausibile, ma non è quella di gran lunga più probabile. Eppure, la giurisprudenza vi ravvisa il dolo eventuale.

Come il dolo intenzionale è *dolus malus*, così anche il dolo eventuale presenta una dimensione etico-sociale.

Ma è arbitrario far variare il livello di probabilità dell'evento dal grado di tollerabilità sociale del rischio? Direi di no. Il dolo è una nozione indefinita. E quando si tratta di nozioni indefinite, il contenuto della tipicità si determina attraverso una operazione di bilanciamento dei beni in conflitto.

31. *Il dolo nei reati economici.*

Il dolo di posizione e i c.d. segnali di allarme

A pensarci bene nei reati economici quello che dovrebbe avere meno spazio è proprio il dolo eventuale. O è dolo intenzionale o diretto, o non è nulla.

Per l'accusa l'ideale sarebbe puntare al dolo intenzionale. Ma per provarlo occorrerebbero informazioni cruciali (l'accordo di sindaci e amministratori non operativi con amministratore delegato e dirigenti) che solitamente man-

cano. Perciò si ripiega sul dolo eventuale. Processualmente il dolo eventuale è l'asso nella manica dell'accusa, che si tira fuori quando le carte sul banco non provano l'intenzionalità. Il dolo eventuale in questi casi fa il lavoro sporco: serve a dare una copertura processuale ai meri sospetti (frequentazioni amichevoli tra amministratori e sindaci, voci correnti all'interno della società, asimmetrie informative all'interno del gruppo ecc.).

Ma anche la difesa ha la sua carta da giocare: la controipotesi della colpa, che è il vero punto debole del dolo eventuale.

L'accusa allora deve compiere due operazioni logiche in successione: a) dimostrare la plausibilità logica dell'ipotesi del dolo; b) escludere il dubbio ragionevole sulla ipotesi alternativa della colpa. Dunque: l'ipotesi del dolo deve essere coerente in sè e congruente con le informazioni fattuali disponibili, inoltre l'ipotesi della colpa deve essere irragionevole e incongruente con l'evidenza disponibile.

I rischi per l'accusa sono almeno tre:

a) dedurre il dolo dalla qualifiche giuridiche dell'imputato (sindaco di società, amministratore di diritto). Si tratterebbe non di una motivazione illogica, ma una motivazione apparente basata su un automatismo logico. Il dolo dipende dal fatto. Non puoi accertare il dolo senza il fatto. C'è amministratore e amministratore, c'è sindaco e sindaco. Dalle qualifiche giuridiche tu costruisci dei modelli di comportamento sociale (cosa fa normalmente un amministratore? cosa fa normalmente il sindaco di una società?) ai quali parametrare la condotta dell'imputato.

b) fare di ogni erba un fascio, cioè mettere assieme tutti i sindaci e tutti gli amministratori della società senza distinzioni: è il rischio del dolo collettivo. Le informazioni che ha un sindaco possono essere diverse rispetto agli altri, diverse possono essere le percezioni e valutazioni.

c) sfocare l'evento, cioè togliergli ogni nota specifica. Come dire: qualcosa di illecito accadrà, *cosa come quando* è irrilevante. Qui non abbiamo né dolo indeterminato, né dolo generale né dolo alternativo. Qui abbiamo un *dolo in bianco*.

L'accusa deve schivare questi tre rischi. Un protocollo logico di argomentazione può essere articolato così.

Partiamo dallo schema tipico del dolo eventuale: a) dalla prevedibilità alla previsione; b) dalla previsione alla volizione. Il passaggio cruciale è il primo. Anche la dottrina più critica non nega che, una volta previsto come probabile l'evento (cioè il reato), è agevole inferire da tale previsione la volizione della condotta omissiva.

Il punto di partenza sono i c.d. *segnali d'allarme*: termine fortunato ma drammaticamente equivoco, perché rimanda all'ambiente della colpa (gli allarmi servono ad evitare condotte colpose).

Qualsiasi anomalia nella gestione societaria è un segnale d'allarme. Occorre restringerne la portata. Sono processualmente rilevanti solo quei segnali di allarme che sono *segnali premonitori dell'evento*. Non un qualsiasi allarme, ma l'allarme rosso.

Se a me sindaco vengono passate informazioni generiche o incomplete posso sospettare di tutto. Se me ne sto zitto e fermo, posso farlo o perché voglio favorire gli amministratori operativi o perché non mi interessa nulla dell'andamento societario. Le ipotesi del dolo e della colpa sono equiprobabili. L'arma del dolo eventuale – brandita dall'accusa – è spuntata.

Ma se io sindaco vedo che un credito verso una società in procedura concorsuale non viene svalutato e non si dà alcuna spiegazione, se noto che a fine anno viene fatto – senza alcuna logica economica – uno swap mostruoso per cui una società del gruppo che aveva un grosso utile lo perde e un'altra controllata che aveva una grossa perdita miracolosamente la appiana, i segnali di falso in bilancio sono gravi e univoci altroché!

Qui non c'è nessuna accettazione del rischio. Qui è proprio l'evento che si sta materializzando sotto i miei occhi.

Dunque, il primo passaggio argomentativo è dato dai segnali di allarme univoco.

L'imprudenza dell'imputato – secondo la difesa – potrebbe assumere due modalità: a) come imperizia, perché non ha saputo valutare i segnali di allarme rosso; b) come imprudenza (c'erano segnali di allarme che andavano approfonditi, l'imputato è stato negligente e imprudente perché non ha chiesto informazioni).

La prima linea di difesa normalmente non porta lontano. Ci fosse un elettrauto o un panettiere al posto dell'imputato, magari quei segnali gravi e univoci non li capirebbe. Ma l'imputato è un commercialista! Il ragionevole dubbio sarebbe "*poteva non capire*". Contrapposto al "*non poteva non capire*" dell'accusa è un'alternativa improponibile per un professionista.

Ma c'è una seconda linea di difesa, più raffinata: l'imputato è in colpa perché non ha chiesto informazioni aggiuntive; e, essendo in colpa, non ha potuto avere alcuna rappresentazione dell'evento. Conclusione: non poteva volerlo. In questo caso l'imputato ha deciso di tenere una condotta pericolosa, ma non ha accettato l'evento *hic et nunc* perché non poteva rappresentarselo.

A questo punto per abbandonare il terreno della colpa e virare verso il do-

lo il giudice deve valorizzare due elementi: a) la durata del comportamento dell'imputato: la colpa tipica normalmente è circoscritta in un momento, in un episodio (pensiamo alla colpa medica, alla colpa nel traffico stradale); qui invece il comportamento colposo diventa una costante, un modo di interpretare il proprio ruolo (l'amministratore testa di legno che si disinteressa, il sindaco che non controlla nulla), la colpa non è più un momento della condotta: è una regola di condotta.

Ed ecco il passaggio cruciale: b) ciò che rende veramente inattendibile l'ipotesi della colpa è che qui la colpa sarebbe interessata: è evidente interesse dell'imputato essere in colpa ed assumere un atteggiamento imprudente.

Se tu vieni pagato per fare la testa di legno e sei una persona di normale intelligenza, devi capire che sotto c'è qualcosa che non va. Ti fanno firmare documenti e ti dicono di non impicciarti negli affari dell'azienda. Più che il sospetto, ti viene il ragionevolissimo dubbio di avere una funzione di copertura e, nella peggiore delle ipotesi, di parafulmine. Però tu sai che se vuoi vederci chiaro negli affari aziendali, l'amministratore di fatto ti butta fuori e tu perdi funzione e soldi. Se a te sindaco balza in testa la sgradevole idea di controllare le carte, la società ti liquida immediatamente e tu ci rimetti parecchio.

Ed ecco la replica, che chiude il ragionamento del giudice: e) tu avevi una scelta: o cercare di capire cosa sta succedendo, acquisendo ulteriori informazioni; o lavarti le mani e continuare a fare lo struzzo, sperando nella buona sorte. Se acquisisci informazioni che aggravano i tuoi dubbi, sprofondi sempre più nel dolo. Se decidi di chiudere gli occhi, allora è evidente che non vuoi sapere perché hai paura di sapere. Tu vuoi non sapere: sei in piena *will-full blindness*.

Chiudere gli occhi per non vedere ciò che si sa e si teme di vedere è come vedere. Non è incuria, sventatezza, imprudenza: è l'alibi di chi sa e non vuole avere certezze. È l'alibi di chi sa e vuole rimuovere dalla spropria sfera cognitiva tale sapere. Dal punto di vista sociocriminale il disvalore è lo stesso tra chi agisce sapendo e tra chi agisce, rifiutandosi deliberatamente di sapere perché teme di guardare in faccia la realtà. Se dal dolo togliamo timori, speranze, e guardiamo all'atteggiamento cognitivo del soggetto verso l'evento e verso il bene giuridico, vediamo che le due situazioni sono identiche: indifferenza verso il bene giuridico, scelta contro il bene giuridico.

A questo punto non puoi neppure dire che non c'è dolo, perché il dolo deve investire l'evento *hic et nunc* con tutte le sue caratteristiche concrete, mentre tu non sai nulla dell'evento concreto. Non siamo nel dolo indeterminato: qui il dolo è determinabilissimo, solo che tu aprissi gli occhi.

Non è forse la stessa cosa sparare prendendo la mira e sparare chiudendo gli occhi ma sapendo che la pistola è puntata contro un gruppo di persone?

Diversamente dalla colpa classica, qui la colpa è voluta, è intenzionale. L'imputato sceglie una condotta colposa perché gli conviene.

Dolosamente sceglie di essere in colpa. C'è un movente per la colpa.

E così il cerchio si chiude intorno all'imputato.

32. *Il dolo eventuale in un processo di parti*

In conclusione, il dolo eventuale entra nel processo in due modi: o come fatto psichico reale (dolo come *substantia*) o come tecnica argomentativa (dolo come *argumentum*).

Le due nozioni non sono coestensive. La seconda è molto più ampia della prima perché serve a provare un *dolo qualsiasi* quando mancano prove sufficienti. È un caso non infrequente: una categoria penalistica che viene dilatata nel processo in funzione probatoria (pensiamo, per esempio, alla istigazione: è ormai un *file* processuale in cui si mettono tutte quelle condotte per le quali non si riesce a provare il contributo causale al fatto).

Questa estensione processuale del dolo eventuale urta contro la evidenza dei fatti. Così il processo non diventa accertamento della verità.

Per esempio, in moltissimi casi qualificati come dolo eventuale tutta l'azione si svolge in pochi attimi (reazioni impulsive o a corto circuito: pensiamo a fughe e conflitti a fuoco).

Il dolo eventuale – come fatto psichico reale – richiede un ragionamento complesso *psico-logico* (percezione delle informazioni, elaborazione delle stesse, calcolo della probabilità dell'evento, deliberazione dei pro e i contro, decisione di correre il rischio e di accettare l'evento) che è inimmaginabile possa avvenire in una frazione di tempo. Mancano i tempi tecnici.

Il giudice invece scompone le singole operazioni logiche, eliminando la dimensione del tempo. Ragiona come avrebbe dovuto o potuto ragionare l'agente, se avesse avuto tempo.

Nei reati economici avviene il contrario. Una decisione matura nel tempo, è frutto di informazioni aggiuntive che si susseguono, di opinioni provvisorie, di decisioni parziali prese da altri. È un *work in progress* di informazioni, pensieri, volontà di più persone. Se un difensore chiedesse al pm: “*mi provi quando è avvenuto quell'evento psichico definito dolo eventuale*” l'accusa non saprebbe cosa dire.

Molto spesso il dolo eventuale è un ragionamento *ex post* che viene trapiantato nel fatto. Non si tratta di qualificare giuridicamente un fatto (non siamo nella *quaestio iuris*) e non si tratta neppure di provare un fatto (psichico) realmente accaduto. Qui siamo nell'ascrizione di un fatto per effetto di un ragionamento svolto nel processo. Mentre la colpa è un concetto normativo, il dolo eventuale è un concetto logico.

Il destino del dolo eventuale era già scritto nel nome.

Eventuale – si legge nei dizionari – significa “*che può accadere*” ed è sinonimo di “*possibile*”. Dolo eventuale significherebbe un dolo possibile, una eventualità di dolo. E di fatti, in molte applicazioni giurisprudenziali, si deduce dalla possibilità di dolo l'esistenza del dolo. È nota la fallacia logica di inferire il dovere essere dall'essere. Qui abbiamo un'altra fallacia logica: inferire l'essere dal poter essere.

Il dolo eventuale è dolo necessario. Eventuale può essere l'evento, non il dolo.

Allora il dolo eventuale nel processo pone un primo problema: occorre costruire una nozione di dolo che sia *fedele ai fatti*, cioè un dolo reale vissuto dall'agente.

Ma il dolo eventuale pone nel processo un secondo problema. Ora come ora, il dolo eventuale è l'arma letale dell'accusa. In molti processi la teoria dell'accettazione del rischio e dell'evento è una copertura retorica, che nasconde un'affermazione indimostrata.

Allora è urgente costruire una nozione di dolo eventuale che sia congruente con un processo di parti: cioè sottrarre questa nozione a presunzioni o cortocircuiti probatori. Il dolo eventuale deve essere provato e argomentato.

Per funzionare come argomento, il dolo eventuale richiede *una quantità notevole di informazioni fattuali*. Cioè l'esatto contrario di ciò che ora avviene.

Il dolo eventuale non è petizione di principio, ma argomentazione complessa.

Sul dolo eventuale accusa e difesa si devono confrontare in una partita ad armi pari. Il cui esito non è scontato.

33. *In conclusione, il dolo.*

Come il diritto penale passa attraverso il processo penale

La vicenda del dolo ci amminisce che diritto sostanziale e processo devono essere l'uno in funzione dell'altro. Il diritto senza processo è accademia. Senza

diritto sostanziale, il processo – fosse anche il più garantista del mondo – sarebbe dispotico. Non c'è un diritto penale che va bene per ogni processo e un processo che va bene per ogni diritto penale.

Questa affermazione a volte viene vissuta con orrore. Ma è quasi una ovvietà. Per secoli il diritto penale nasceva dal processo (pensiamo alle *Practicae criminales* del diritto comune). Il *common law* vive di questo intreccio. L'illuminismo ha rotto l'incantesimo. Ma alla fine il prezzo è stata l'incomunicabilità tra diritto e processo.

Se apriamo un testo di *criminal law* troviamo il *defendent*, cioè colui che si difende nel processo: il diritto penale è visto nel processo. Apriamo i nostri manuali e ad ogni pagina troviamo "l'autore del reato". Come se il processo sia già concluso con una sentenza irrevocabile. Come se il diritto penale seguisse al processo penale. Così il diritto penale altro non è che l'autopsia del reato.

In realtà, la *provabilità del reato* è un aspetto della tutela dei beni giuridici e della funzione di prevenzione generale delle norme incriminatrici.

Il legislatore non deve solo selezionare le modalità di offesa del bene. Ma deve costruire la norma in termini provabili.

Certo, la norma penale può vivere e funzionare senza il processo, come – grazie a Dio – avviene nella normalità dei casi di ottemperanza spontanea. Ma la carica dissuasiva della norma è data dal processo. E se la fattispecie non è provabile, la norma diventa meramente simbolica.

Dunque, la tutela dei beni giuridici è data da un'azione integrata diritto-processo.

Se si rompe questa corrispondenza si genera ineffettività e arbitrio. Perché in questi casi l'ultima parola non c'è l'ha il diritto sostanziale. Ma il processo.

Il nuovo codice etico dei magistrati

CODICE ETICO DEI MAGISTRATI

Adottato dal Comitato direttivo centrale
dell'Associazione nazionale magistrati
lo scorso 13 novembre 2010

I. LE REGOLE GENERALI

1. Valori e principi fondamentali. – Nella vita sociale il magistrato si comporta con dignità, correttezza, sensibilità all'interesse pubblico.

Nello svolgimento delle sue funzioni, nell'esercizio di attività di autogoverno ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza, anche interna, e di imparzialità.

Il magistrato opera con spirito di servizio per garantire la piena effettività dei diritti delle persone; considera le garanzie e le prerogative del magistrato come funzionali al servizio da rendere alla collettività; presta ascolto ai soggetti che in diverse forme concorrono all'esercizio della giurisdizione e ne valorizza il contributo.

2. Rapporti con le istituzioni, con i cittadini e con gli utenti della giustizia. – Nei rapporti con i cittadini e con gli utenti della giustizia il magistrato tiene un comportamento disponibile e rispettoso della personalità e della dignità altrui e respinge ogni pressione, segnalazione o sollecitazione comunque diretta ad influire indebitamente sui tempi e sui modi di amministrazione della giustizia.

Nelle relazioni sociali ed istituzionali il magistrato non utilizza la sua qualifica al fine di trarne vantaggi personali di procurare vantaggi a sé o ad altre persone. Si astiene da ogni forma di intervento che possa indebitamente incidere sull'amministrazione della giustizia ovvero sulla posizione professionale propria o altrui.

3. Doveri di operosità e di aggiornamento professionale. – Il magistrato svolge le sue funzioni con diligenza ed operosità, impegnandosi affinché alla domanda di giustizia si corrisponda con efficienza, qualità ed efficacia.

Partecipa attivamente e con assiduità ai momenti organizzativi e di riflessione comune interni all'ufficio. Conserva ed accresce il proprio patrimonio professionale impegnandosi nell'aggiornamento e approfondimento delle sue

conoscenze nei settori in cui svolge la propria attività e partecipando alle iniziative di formazione, anche comuni agli altri operatori del diritto.

4. *Modalità di impiego delle risorse dell'amministrazione.* – Il magistrato cura che i mezzi, le dotazioni e le risorse d'ufficio disponibili siano impiegati secondo la loro destinazione istituzionale, evitando ogni forma di spreco o di cattiva utilizzazione, adotta iniziative organizzative che perseguano obiettivi di efficienza del servizio giudiziario.

5. *Informazioni di ufficio. Divieto di utilizzazione a fini non istituzionali.* – Il magistrato non utilizza indebitamente le informazioni di cui dispone per ragioni d'ufficio e non fornisce o richiede informazioni confidenziali su processi in corso, né effettua segnalazioni dirette ad influire sullo svolgimento o sull'esito di essi.

6. *Rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa.* – Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.

Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni per ragioni del suo ufficio concernenti l'attività del suo ufficio o conosciute per ragioni di esso e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.

Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione.

Evita di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica.

7. *Adesione ad associazioni* – Il magistrato non aderisce e non frequenta associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurano la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati.

II. INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ, CORRETTEZZA

8. *L'indipendenza del magistrato.* – Il magistrato garantisce e difende, all'esterno e all'interno dell'ordine giudiziario, l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e di indipendenza.

Nell'espletamento delle funzioni elettive in organi di autogoverno, centrale o periferico, opera senza vincolo di mandato rispetto all'elettorato e ai gruppi associativi.

Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine. Non permette che le relazioni dei suoi prossimi congiunti influenzino impropriamente il suo operato professionale.

Il magistrato continua ad operare con spirito di indipendenza e di imparzialità nello svolgimento di funzioni amministrative. Di esse limita comunque nel tempo la durata.

Non accetta incarichi né espleta attività che ostacolino il pieno e corretto svolgimento della propria funzione o che per la natura, la fonte e le modalità del conferimento, possano comunque condizionarne l'indipendenza.

In particolare, fermo il regime delle ineleggibilità e delle incompatibilità stabilite dalle normative in materia, nel territorio dove esercita la funzione giudiziaria il magistrato evita di accettare candidature e di assumere incarichi politico-amministrativi negli enti locali.

9. *L'imparzialità del magistrato.* – Il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione.

Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme.

Assicura inoltre che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità.

10. *Obblighi di correttezza del magistrato.* – Il magistrato non si serve del suo ruolo istituzionale o associativo per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri.

Il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, né accetta che altri lo facciano in suo favore.

Il magistrato si astiene da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e conferimento di incarichi.

Si comporta sempre con educazione e correttezza; mantiene rapporti formali, rispettosi della diversità del ruolo da ciascuno svolto; rispetta e riconosce il ruolo del personale amministrativo e di tutti i collaboratori.

III. LA CONDOTTA NELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI

11. *La condotta nel processo* – Nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio e programma lo svolgimento delle stesse anche al fine di evitare inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario.

Svolge il proprio ruolo con equilibrio e con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio.

Cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti, agisce con il massimo scrupolo, soprattutto quando sia in questione la libertà e la reputazione delle persone.

Fa tutto quanto è in suo potere per assicurare la ragionevole durata del processo.

12. *La condotta del giudice*. – Il giudice garantisce alle parti la possibilità di svolgere pienamente il proprio ruolo, anche prendendo in considerazione le loro esigenze pratiche.

Si comporta sempre con riserbo e garantisce la segretezza delle camere di consiglio, nonché l'ordinato e sereno svolgimento dei giudizi. Nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasione di arricchimento professionale e personale.

Nelle motivazioni dei provvedimenti e nella conduzione dell'udienza esamina i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni

sulla capacità professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero – quando non siano indispensabili ai fini della decisione – sui soggetti coinvolti nel processo.

Nel redigere la motivazione dei provvedimenti collegiali espone fedelmente le ragioni della decisione, elaborate nella camera di consiglio.

Non sollecita né riceve notizie informali nei procedimenti da lui trattati.

13. *La condotta del pubblico ministero.* – Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo.

Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato.

Evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti, dei testimoni e dei terzi, che non sia conferenti rispetto alla decisione del giudice, e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori.

Partecipa attivamente alle iniziative di coordinamento e ne cura opportunamente la promozione.

Non chiede al giudice anticipazioni sulle sue decisioni, né gli comunica in via informale conoscenze sul processo in corso.

14. *I doveri dei dirigenti.* – Il magistrato dirigente dell'ufficio giudiziario cura al meglio l'organizzazione e l'utilizzo delle risorse personali e materiali disponibili. in modo da ottenere il miglior risultato possibile in vista del servizio pubblico che l'ufficio deve garantire.

Assicura la migliore collaborazione con gli altri uffici pubblici, nel rispetto delle specifiche competenze di ciascuna istituzione.

Garantisce l'indipendenza dei magistrati e la serenità del lavoro di tutti gli addetti all'ufficio assicurando trasparenza ed equanimità nella gestione dell'ufficio e respingendo ogni interferenza esterna. Cura in particolare l'inserimento dei giovani magistrati ai quali assicura un carico di lavoro equo.

Si attiva per essere a tempestiva conoscenza di ciò che si verifica nell'ambito dell'ufficio, in modo da assumerne la responsabilità e spiegarne le ragioni e si dà carico delle questioni organizzative generali e di quelle che si riflettono sul lavoro del singolo magistrato.

Esamina le lagnanze provenienti dai cittadini, dagli avvocati e dagli altri uffici giudiziari o amministrativi, vagliandone la fondatezza e assumendo i provvedimenti necessari ad evitare disservizi. Anche a tal fine deve essere disponibile in ufficio.

Vigila sul comportamento dei magistrati e del personale amministrativo intervenendo tempestivamente, nell'esercizio dei suoi poteri, per impedire comportamenti scorretti.

Sollecita pareri e confronti sulle questioni dell'ufficio da parte di tutti i magistrati, del personale amministrativo e, se del caso, degli avvocati.

Cura l'attuazione del principio del giudice naturale.

Redige con serenità, completezza e oggettività i pareri e le relazioni sui magistrati dell'ufficio, così lealmente collaborando con coloro cui è rimessa la vigilanza sui magistrati, con il Consiglio giudiziario e con il C.S.M.

Il dirigente non si avvale della propria posizione per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri.

MARGHERITA CASSANO

IL NUOVO CODICE ETICO: UTOPIA O REALTÀ?

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo. – 2. La natura giuridica del codice etico. – 3. Il rinnovato impegno per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato. – 4. *L'immagine* di indipendenza. – 5. L'attività giudiziaria quale strumento di effettività dei diritti. – 6. I rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa.

1. *Il contesto normativo*

L'Associazione Nazionale Magistrati ha approvato il 13 novembre 2010 alcune modifiche del codice etico, varato per la prima volta il 7 maggio 1994 all'esito di un complesso e peculiare *iter* che appare opportuno ripercorrere brevemente per delineare il quadro normativo in cui esso si colloca.

Con la legge n. 421 del 1992 il Parlamento conferiva al Governo la delega per l'emanazione di un decreto legislativo che affidava alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il compito di adottare, previa consultazione dei sindacati, un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, destinato ad essere poi recepito in sede di contrattazione collettiva.

L'art. 26 del decreto legislativo n. 546 del 1993, mediante l'introduzione dell'art. 58-*bis* nel decreto legislativo n. 29 del 1993 (successivamente sostituito dall'art. 27 del decreto legislativo n. 80 del 1998), stabiliva così, per la prima volta, l'adozione di "codici di comportamento".

I primi tre commi del predetto art. 58-*bis* attribuiscono al Dipartimento della funzione pubblica, con riferimento al personale della pubblica amministrazione, il compito di redigere il codice di comportamento, sentite le confederazioni sindacali abilitate alla contrattazione collettiva in base alla legge stessa. Il codice è destinato alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e alla consegna al dipendente al momento dell'assunzione. È, inoltre, recepito nei contratti di lavoro, cui è allegato, e i principi in esso contenuti devono essere coordinati con le previsioni contrattuali in tema di responsabilità disciplinare.

Per quanto riguarda "ciascuna magistratura" e l'avvocatura dello Stato, il quarto comma dell'art. 58-*bis* stabilisce che il "codice etico" deve essere adot-

tato dalle “associazioni di categoria” e va sottoposto “all’adesione degli appartenenti alla magistratura interessata”; in caso di “inerzia” delle associazioni, il compito di provvedere alla redazione del codice viene affidato all’organo di autogoverno.

In base al sesto e al settimo comma dell’art. 58 *bis* – applicabili, in virtù del richiamo generale ai “codici di cui al presente articolo” contenuto nell’*incipit* della norma, non solo ai codici di comportamento redatti per la generalità del personale della pubblica amministrazione, ma anche ai codici etici redatti per i magistrati e gli avvocati erariali – spetta ai “dirigenti responsabili di ciascuna struttura” il compito di vigilare sull’applicazione dei codici, mentre alla pubblica amministrazione compete l’organizzazione di attività di “formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici” stessi.

L’aver ricompreso il codice etico dei magistrati nel testo legislativo volto a disciplinare l’ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni pone due questioni di fondo.

Innanzitutto merita di essere segnalato un problema di eccesso di delega, in quanto la legge n. 421 del 1992 non prevedeva l’adozione di un codice etico per i magistrati, per i quali veniva ribadita l’applicazione della normativa vigente, contemplata dai rispettivi ordinamenti.

Inoltre, l’assimilazione dei magistrati ai pubblici funzionari mal si concilia con il quadro di riferimento costituzionale e, in particolare, con i principi enunciati dal titolo IV della parte seconda della Costituzione e, in particolare, con l’art. 108 che, in coerenza con la complessiva trama delineata nella Carta fondamentale, sancisce una riserva di legge in tema di norme sull’ordinamento giudiziario.

Questi rilievi non sono superati, bensì semmai accentuati dall’interpretazione letterale e logico-sistematica dell’art. 58-*bis* che, con riguardo alle diverse realtà professionali, delinea alcune distinzioni che, in questo contesto, non hanno valore dirimente. Si richiama, in proposito, la differente terminologia usata – “codici di comportamento” per i pubblici funzionari e “codice etico” per i magistrati – che pare assumere una valenza puramente formale, essendo indubitabile che pure l’attività svolta dai pubblici funzionari pone delicati problemi morali. Anche la diversa articolazione del procedimento finalizzato alla redazione dei codici non appare decisiva, atteso che, a fronte dell’autonomia attribuita ai magistrati e agli avvocati erariali nella elaborazione dei canoni etici, cui conformare le condotte professionali, anche ai funzionari pubblici è riconosciuto un ruolo nell’*iter* formativo mediante la formulazione del parere tramite le associazioni sindacali. Infine, appare quanto meno singolare la

previsione di un ruolo sussidiario di un organo di rilievo costituzionale, quale il Csm, nell'adozione del codice etico rispetto ad una semplice associazione di categoria, qual è, appunto, l'Anm, così come pure è tutta da chiarire la possibilità di attribuire (sia pure in via residuale) l'elaborazione di regole morali all'organo di autogoverno, cui è affidata, ai sensi dell'art. 105 Cost., anche la funzione disciplinare.

Quello sinora descritto è l'articolato contesto normativo in cui si collocano le disposizioni del codice etico approvato il 7 maggio 1994 dal Comitato direttivo centrale dell'Anm e le recenti modifiche varate il 13 novembre 2010 in attuazione dell'espressa previsione di un suo adeguamento nel tempo.

2. La natura giuridica del codice etico

Il "codice etico" è il complesso delle regole morali che, pur se prive del carattere di vincolatività proprio normalmente delle norme giuridiche, costituiscono l'espressione del comune sentire della magistratura, la quale, attraverso la loro enunciazione, indica i valori cui devono ispirarsi, in una continua tensione verso i livelli più elevati, lo svolgimento della funzione giudiziaria e la complessiva condotta professionale dei magistrati.

Si tratta di disposizioni dotate di valenza biunivoca, in quanto volte, da un lato, a fungere da canoni di riferimento per il corpo professionale, chiamato al perseguimento degli obiettivi fissati dal precetto etico – professionale e alla verifica di adeguatezza degli stessi rispetto alla continua evoluzione della sensibilità culturale e, dall'altro, a indicare agli utenti della giustizia e, più in generale, all'intera collettività i parametri cui conformare il giudizio e il controllo sociale sull'operato dei magistrati.

Il precetto etico – professionale è ontologicamente diverso, per funzione e per natura, dal precetto giuridico; pertanto, anche quando il piano etico e quello giuridico-disciplinare si intersecano, non sussiste necessaria coincidenza fra i due tipi di norme. In alcune fattispecie la violazione del codice etico può costituire l'indice o il riscontro di una violazione di regole disciplinari (si pensi ai precetti del codice etico in materia di indipendenza, imparzialità e correttezza), mentre in altre la violazione delle norme etiche si pone al di sotto della soglia dell'illecito disciplinare (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla prescrizione di comportamenti di disponibilità nei confronti degli utenti o di obblighi di aggiornamento professionale e di oculata utilizzazione delle risorse o all'obbligo del dirigente dell'ufficio di consultare il personale ammini-

strativo, gli avvocati e gli stessi magistrati sulle questioni d'ufficio).

La sanzione disciplinare è giustificata per la violazione, per così dire, del minimo etico, mentre il precetto etico – professionale indica agli associati obiettivi che comportano la tensione verso i livelli più elevati, appunto, di etica professionale (Sez. Un. 12 aprile 2005, n. 7443).

3. Il rinnovato impegno per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato

I principi di indipendenza e di autonomia costituiscono l'espressione dei valori fondamentali contenuti nella prima parte della Costituzione a cominciare da quello di uguaglianza. L'indipendenza sia del singolo che dell'intera magistratura è direttamente strumentale all'imparziale applicazione della legge, la quale, a sua volta, è il mezzo per assicurare in concreto l'uguale trattamento di tutti i cittadini. I magistrati, quindi, sono autonomi e liberi nella loro quotidiana attività di interpretazione e applicazione della legge, non possono essere sottoposti a influenze interne o esterne, hanno la potestà di organizzarsi al di là di ogni eventuale condizionamento. Il requisito essenziale posto dalla Costituzione a presidio del retto esercizio della funzione giurisdizionale è quello dell'indipendenza del giudice, la cui attività deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi e deve essere altresì libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Questo comporta che il principio dell'indipendenza sia il presupposto di quello dell'imparzialità. È il giudice indipendente quello che assolve in mancanza di prove, quando l'opinione comune vorrebbe la condanna, o condanna in presenza di prove, quando la medesima opinione pubblica invoca, invece, l'assoluzione.

Tali valori, la cui tutela rientra nelle attribuzioni del Csm, non riguardano solo l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità degli individui e costituiscono il presidio dei diritti dei cittadini. L'interesse pubblico in gioco riguarda il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, assistito dalla speciale garanzia di autonomia e indipendenza *ex art.* 101, comma secondo, Cost.

I valori dell'imparzialità e dell'indipendenza vanno tutelati come regola deontologica da osservare costantemente in ogni comportamento quale imprescindibile connotazione della funzione giudiziaria.

In tale ottica appare molto opportuna la modifica dell'art. 1 del codice etico che, nell'ambito dei valori e dei principi fondamentali cui il magistrato deve ispirare la sua vita sociale, ha espressamente esteso i valori di indipendenza e di imparzialità anche all'esercizio dell'attività di autogoverno. Si tratta di un'innovazione molto significativa sotto due profili.

In primis, appare coerente con i principi recentemente ribaditi dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 224 del 2009) che ha osservato che tali doveri gravano sul magistrato in ogni momento della sua vita professionale, anche quando sia stato temporaneamente collocato fuori ruolo, come avviene, appunto, in caso di elezione dei membri togati del Csm.

In secondo luogo rispecchia una nuova concezione del magistrato, inserito in un'articolata struttura di autogoverno che, muovendo dagli uffici quale prima e fondamentale esplicazione dell'esercizio della funzione giudiziaria, si esprime attraverso i Consigli giudiziari e trova, quindi, la sua sintesi nel Consiglio superiore. La disposizione in esame, richiamando genericamente l'*esercizio dell'attività di autogoverno*, ricomprende, infatti, ciascuno di questi momenti significativi di un rinnovato senso di responsabilità e, in relazione a ciascuno di essi, richiama al dovere di rigore morale.

La *ratio* della modifica dell'art. 1 del codice etico è da ricercare in una pluralità di fattori concomitanti.

A fronte di avvenimenti che hanno avuto ampia eco nell'opinione pubblica, si è voluta riaffermare una figura di magistrato che si legittima esclusivamente nello svolgimento della funzione giudiziaria esercitata con indipendenza e imparzialità, che non sollecita contatti, pressioni, procedure poco trasparenti per ottenere incarichi, non è soggetto a illeciti condizionamenti esterni derivanti dalla frequentazione di centri di potere politico, economico, affaristico. Su questo sfondo si collocano le vicende che, il 14 luglio 2010, hanno portato il Comitato direttivo centrale dell'Anm a sollecitare l'abbandono degli incarichi da parte dei magistrati interessati da tali accadimenti a prescindere dall'accertamento di eventuali responsabilità penali o disciplinari.

Si è, inoltre, inteso ribadire l'esigenza che le scelte dell'organo di autogoverno siano ispirate unicamente all'osservanza delle regole fissate dalla normativa primaria e secondaria e siano immediatamente comprensibili non solo da parte del corpo professionale, ma dall'intera collettività che in esse deve potere cogliere una logica ispirata unicamente al miglior funzionamento degli uffici, preconditione di un servizio idoneo a garantire l'effettività dei diritti dei cittadini.

Da ultimo, si è voluto sottolineare che l'assunzione di incarichi istituzionali

da parte del magistrato non determina una cesura rispetto ai valori etici che devono costantemente ispirare la sua attività, ma costituisce piuttosto un'occasione per inverarli ed esprimerli al massimo livello, atteso l'inscindibile nesso esistente tra *munus publicum* e responsabilità.

È in questo articolato contesto che, in tutte le sedi deputate, deve essere affrontato con la massima serenità e pacatezza il tema delle modalità di selezione dei membri togati del Csm, quale introdotto dalla legge del 2002. Come evidenziato nel parere all'epoca redatto ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, la predetta legge, introducendo collegi unici nazionali in sostituzione dei precedenti collegi distrettuali, ha creato i presupposti di un accentuato peso delle correnti con conseguente forte limitazione del diritto degli elettori di scegliere le persone più idonee a rappresentarli, essendo indubitabile che un magistrato – soprattutto se dedito con umiltà e passione al proprio impegnativo lavoro quotidiano – in assenza dell'apparato organizzativo del gruppo associativo di riferimento ha maggiori obiettive difficoltà ad illustrare il proprio percorso professionale e a confrontare dialetticamente con i colleghi le proprie idee sui vari temi ordinamentali; ciò in netto contrasto con il sistema previgente, il quale, mediante la creazione di collegi territoriali coincidenti con il distretto di appartenenza, dava il dovuto rilievo alla preparazione professionali e alle qualità etiche nell'esercizio della funzione giudiziaria.

4. *L'immagine di indipendenza*

I principi enunciati dall'art. 1 del codice etico trovano un naturale completamento nell'art. 8 che fa riferimento ad una serie di ipotesi che possono offuscare l'immagine di indipendenza del magistrato.

Come già in precedenza accennato, i magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica cui ispirarsi in ogni comportamento. Proprio in questa prospettiva, 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" (nonché per le altre categorie di funzionari pubblici ivi contemplate: "i militari di carriera in

servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero"). La Costituzione, quindi, se non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati: quindi, per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge e per evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni (Corte Cost. sent. n. 224 del 2009). Accanto al dato formale dell'iscrizione, 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.

L'art. 8 del codice etico, in armonia con i precetti costituzionali, si segnala per una tutela rafforzata e nuova del significato 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'immagine, derivanti dal coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario o in gruppi di potere (cfr. in proposito Corte Cost. sent. n. 224 del 2009).

Il precetto del codice etico è rivolto indistintamente a tutti i magistrati, compresi quelli destinati allo svolgimento di funzioni amministrative, di cui per la prima volta, molto opportunamente, si auspica una durata limitata nel tempo per scongiurare il fenomeno, purtroppo sempre più invalso, del ricorso al fuori ruolo quale occasione per improprie carriere parallele, per sottrarsi alla gravosità del quotidiano impegno in un ufficio giudiziario, per eludere la sempre più complessa disciplina in tema di tramutamenti in un momento in cui, invece, la scopertura degli organici, il ritardo nel reclutamento e il carico degli affari imporrebbero la massima razionalizzazione e un grande rigore nella concessione delle relative autorizzazioni.

Occorre, quindi, scongiurare qualsiasi forma di indebita commistione tra magistratura, politica e alta amministrazione così come pure è da evitare che, una volta cessata la loro attività, i magistrati ricevano incarichi che possano apparire collegati al pregresso esercizio delle funzioni giudiziarie. In tale prospettiva è urgente – come sottolineato dalla stessa Anm – un intervento legislativo che introduca il divieto per i magistrati di partecipare alle elezioni politiche o amministrative ovvero di assumere incarichi di governo nelle amministrazioni locali nei luoghi in cui hanno in precedenza svolto la loro attività professionale.

5. L'attività giudiziaria quale strumento di effettività dei diritti

Uno degli aspetti più innovativi del nuovo codice etico in conseguenza delle integrazioni ad esso apportate è rappresentato dalla valorizzazione della dimensione di servizio propria dell'attività giudiziaria, per rendere effettivi i diritti dei cittadini, e dallo sforzo di tradurre in regola etica i valori consacrati nella Costituzione e, quindi, di interpretare i principi di indipendenza e di imparzialità come strumentali all'inveramento di altri precetti fondamentali: l'uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini dinanzi alla legge; l'osservanza del metodo del contraddittorio quale valore fondante della ricerca della verità nel processo; il rispetto delle parti, protagoniste ineliminabili della dialettica processuale; la legalità e la razionalità quale indispensabile tessitura della decisione giudiziaria; l'attenzione a nuove forme partecipative di organizzazione interna, dirette all'attuazione concreta dei principi contenuti nell'art. 111 Cost, a partire da quello di ragionevole durata del processo.

È stata, quindi, definitivamente abbandonata l'idea del magistrato burocrate per dare, invece, spazio ad un magistrato che considera le garanzie come strumenti di un servizio da rendere alla collettività (art. 1, ultimo comma), che si impegna a rispondere alla domanda di giustizia con efficienza, qualità, efficacia (art. 3, comma 1), che concepisce l'organizzazione dell'ufficio come espressione di uno sforzo ideativo comune (art. 1, ultimo comma, art. 3, comma 2, art. 13, comma 3, art. 14, comma 4), che ricomprende tra i propri inderogabili doveri di ufficio la partecipazione ad iniziative formative comuni anche agli altri operatori del diritto (art. 3, ultima parte), che, pur nella scarsità dei mezzi e delle risorse, si sforza di elaborare prassi e iniziative idonee a fornire un servizio più efficiente (art. 4), che si prende cura di chi è agli inizi dell'attività giudiziaria anche mediante un'attenta valutazione dei carichi di lavoro (art. 14, comma 3)..

La novella apre, pertanto, la strada ad una nuova presa di coscienza del proprio ruolo, ad una maggiore apertura culturale in cui confluiscono curiosità intellettuale, dinamismo, disponibilità a dare risposta alle nuove domande di giustizia, ad una rinnovata passione per l'elaborazione di nuove prassi che siano il frutto di un ponderato lavoro comune alle diverse figure professionali.

Questa rinnovata tensione etica ha bisogno, però, per alimentarsi e vivere di un'approfondita analisi delle ragioni strutturali degli attuali tempi del processo civile e penale e deve essere accompagnata da una serie di modifiche della legge processuale e dell'organizzazione giudiziaria che ne consentano l'efficace funzionamento.

Per quanto riguarda, in particolare, il processo penale è sufficiente ricordare che, in conseguenza dei continui e asistematici interventi riformatori, lo stesso costituisce la risultante di modelli teorici tra loro confliggenti. La fase delle indagini, contrassegnata da complessi adempimenti spesso di valenza solo formale, è espressione di un sistema inquisitorio e mal si concilia con un processo tendenzialmente accusatorio quale il nostro, in cui essa dovrebbe assolvere ad una funzione meramente preparatoria del processo tecnicamente inteso. Il ridondante sistema delle notificazioni si traduce in una costosa e spesso inutile moltiplicazione degli adempimenti, qualora l'imputato sia assistito da un difensore di fiducia, mentre non garantisce l'effettività della conoscenza all'imputato irreperibile, assistito da un difensore d'ufficio. L'articolato sistema delle impugnazioni di tipo incidentale si sviluppa ormai parallelamente alla celebrazione del giudizio di cognizione e finisce per svuotare di significato la centralità del dibattimento. L'indistinta categoria della contumacia, comprensiva (unico caso in Europa) sia dei casi in cui l'imputato, per sua libera scelta, decida di non comparire in giudizio, pur avendone avuto una regolare *vocatio in iudicium*, sia delle ipotesi di irreperibilità dello stesso (significativa in proposito è l'esperienza delle migliaia di processi a carico di cittadini extracomunitari) vanifica l'utile celebrazione dei dibattimenti, esponendo il nostro Stato a innumerevoli condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e alla necessità di rinnovare i processi tutte le volte in cui l'imputato, soprattutto se assistito da un difensore d'ufficio, dimostri di non averne avuto effettiva conoscenza.

Sul versante organizzativo non è insufficiente il numero dei magistrati (sempre che il reclutamento avvenga con cadenze regolari), ma inadeguata la loro distribuzione sul territorio nazionale, che rispecchia realtà economiche e sociali ormai completamente trasformate dall'accelerazione della storia e rende indifferibile la rivisitazione della geografia giudiziaria con evidente razionalizzazione di spese e di energie e più equa distribuzione dei carichi di lavoro dei magistrati.

6. I rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa

L'art. 6 del codice etico, così come recentemente modificato, recepisce integralmente la complessa elaborazione svolta dalla Corte Costituzionale, dalla Sezione disciplinare del Csm e dalla giurisprudenza di legittimità in tema di

libertà di manifestazione del pensiero e di esercizio del diritto di critica da parte del magistrato. Esso costituisce l'efficace sintesi di un complesso di principi, la rigorosa ricerca di un equilibrio tra diversi valori costituzionali in gioco in un difficile momento storico, caratterizzato da gravi tensioni istituzionali e dal sempre più accentratissimo isolamento culturale degli organi deputati a garantire i controlli di legalità

I magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni cittadino, pur se le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetti per l'ordinamento costituzionale (cfr. Corte Cost. cost., sentenza 7 maggio 1981 n. 100). Come per la generalità dei cittadini, anche per i magistrati, quindi, la libertà di manifestazione del pensiero non è senza limiti, purché questi siano fissati dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta fondamentale (cfr. Corte Cost. cost., sent. 9 del 1965).

Per i magistrati tali limiti si rinvergono negli artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, della Costituzione, che, nello stabilire (come in precedenza accennato) le regole fondamentali dell'imparzialità e dell'indipendenza della magistratura, hanno introdotto nell'ordinamento veri e propri principi di valore assoluto cui deve ispirarsi non solo l'esercizio dell'attività giurisdizionale, ma ogni comportamento posto in essere dai singoli. Tali principi sono, tra l'altro, funzionali ad assicurare la fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e la sua complessiva credibilità. La necessità di un equilibrato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati non comprime il diritto del magistrato alla libera manifestazione delle proprie opinioni, ma ne vieta solo l'esercizio "anomalo", che si configura quando risultino lesi altri valori di rilievo costituzionale, come, ad esempio, diritti e libertà altrui o i valori di imparzialità e indipendenza (Sez. Un. civ. 20 novembre 1998, n. 11732; Sez. Un. civ. 12 aprile 2005, n. 7443).

Poiché la libertà di manifestazione del pensiero si caratterizza per il fatto di essere controvertibile, di produrre discussione, dissenso, dialettica delle idee e la tutela di cui all'art. 21 Cost. è posta proprio a salvaguardia delle espressioni sgradite ai più, si è argomentato che non sono sindacabili il contenuto delle manifestazioni del pensiero, bensì esclusivamente la forma, il tempo e le modalità di estrinsecazione. Pertanto sono lecite anche valutazioni fondate su argomenti discutibili, purché non siano lesi i valori di indipendenza e di imparzialità della giurisdizione e i giudizi critici attengano a fatti e vicende di rilievo pubblico e, come tali, oggetto di dibattito culturale e politico.

Quanto alla forma delle esternazioni è stato più volte sottolineato che la cri-

tica, sia pure estremamente dura e senza appello o anche ingenerosa e sicuramente inopportuna, è lecita se sia rispettato il dovere di riferire fatti veri e di non ledere l'onorabilità dei singoli o la credibilità della funzione giudiziaria.

Nell'ambito di tale quadro di riferimento, l'art. 6 del codice etico indica alcune regole generali cui il magistrato deve uniformare il suo comportamento, regole che tengono all'evidenza presenti i principi fissati anche in plurime risoluzioni del Csm sul tema dei rapporti tra magistratura e mezzi di informazione.

È inopportuno rilasciare alla stampa dichiarazioni su processi nei quali il magistrato stesso sia, a qualunque titolo, chiamato a svolgere le proprie funzioni, salvo che ciò non sia imposto dall'esigenza di fornire le doverose precisazioni, di dissipare equivoci o di impedire distorsioni della realtà.

È richiesta cautela nel formulare valutazioni, anche critiche, su processi trattati da altri magistrati, essendo, comunque, imprescindibile il rispetto della verità storica e dell'altrui onorabilità.

Occorre prudenza nel segnalare all'opinione pubblica situazioni di particolare disfunzione o di difficoltà al fine di scongiurare interpretazioni inesatte e strumentali alterazioni della realtà.

Non deve essere sollecitata alcuna forma di pubblicità di notizie attinenti ad attività di ufficio e deve essere evitata la costituzione di canali informativi riservati o privilegiati, qualora il fornire notizie alla stampa serva a garantire la corretta informazione.

Il rilascio di dichiarazioni o interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di comunicazione di massa, così come pure la stesura di scritti, devono essere contraddistinti da equilibrio, dignità, misura.

L'evoluzione delle modalità dell'informazione ha, infine, reso necessario l'inserimento, nell'art. 6 del codice etico, di un ultimo comma con il quale viene sancita l'inopportunità della partecipazione a trasmissioni nelle quali procedimenti giudiziari in corso siano oggetto di rappresentazione in forma scenica. Si tratta di una previsione molto opportuna cui è sotteso un forte richiamo al magistrato a non contribuire in alcun modo alla celebrazione di pseudo processi mediatici paralleli a quelli in corso di trattazione nell'unica sede deputata che, oltre ad alimentare una morbosa ed esasperata attenzione verso i fatti di cronaca più clamorosi, determinano un'impropria sovrapposizione tra la realtà e la dimensione virtuale, producono un'innegabile assuefazione emotiva con conseguente annullamento di ogni forma di *pietas*, che pure è uno dei pilastri della convivenza civile, non contribuiscono alla comprensione delle problematiche umane e sociali sottese ai vari accadimenti, calpestanto la

presunzione costituzionale di non colpevolezza creando dei veri e propri “mostri mediatici”, vanificano il principio di pari dignità di ogni persona, solennemente affermato dall’art. 2 della Costituzione.

GIUSEPPE CONTI

IL CODICE ETICO DEI MAGISTRATI
UN PASSO IN AVANTI O UN'OCCASIONE PERDUTA?

1. Correva l'anno 1994 quando l'Associazione nazionale magistrati, in esecuzione delle prescrizioni legislative per il pubblico impiego, pur con qualche riserva di carattere tecnico-giuridico e nella convinzione che si trattasse comunque di semplici indicazioni di principio e di mera condotta, adottava il primo "codice etico" della categoria, curando di impartire direttive alle quali il comportamento dei magistrati avrebbe dovuto ispirarsi. Tale complesso di regole, naturalmente, andava oltre quelle dettate dalla legge in materia di responsabilità disciplinare.

Il complesso di regole deontologiche dei magistrati, dunque, veniva elaborato dal sindacato di riferimento all'indomani della rivoluzione dei primi anni 90 del secolo scorso che ha visto protagonista l'ormai famoso "pool" della Procura milanese che come un'onda in piena travolgeva la maggior parte della discussa classe politica dell'epoca.

Ancorché di ispirazione legislativa, la elaborazione e l'adozione del "codice" segnava un momento importante, costituendo non soltanto un punto di condivisione di alti valori culturali e professionali, ma anche una significativa espressione di autonomia del corpo giudiziario, capace di regolare da sé termini e modalità di condotta e scongiurando in tal modo interventi esterni.

Per tutti questi anni, dal 1994 ai tempi nostri, la magistratura ha potuto riferirsi a quel codice deontologico che individuava regole di comportamento per la gran parte mirate a fornire all'esterno una immagine di forte credibilità conseguente la sua totale autonomia e forte dignità professionale.

2. Fra i diversi valori e principi fondamentali di carattere generale quali la correttezza, la imparzialità e la indipendenza vengono individuati una serie di doveri che dovrebbero guidare l'attività e il comportamento del "bravo" magistrato, come la sensibilità verso l'utente del servizio, la cura dei rapporti con gli altri operatori del settore, l'aggiornamento e la cura della preparazione.

Principi tutti certamente importanti ma di carattere talmente generale da apparire quasi vaghi e, considerato che si rivolgono ad una categoria culturalmente raffinata e di sicuro la più qualificata dell'impiego pubblico, riferibili

tutt'al più ad elementari regole di buon senso se non addirittura di buona educazione. Così a proposito delle regole di comportamento nell'esercizio della professione che dovevano ispirarsi a criteri di assoluto disinteresse personale, indipendenza ed imparzialità, ovvero quando veniva raccomandato che il rapporto con gli utenti del servizio giustizia e con i comuni cittadini fosse improntato a disponibilità e rispetto dell'altrui dignità.

A ben vedere, regole destinate non solo a rappresentare il presupposto essenziale della professione, ma utili a caratterizzare il comportamento dell'uomo prima ancora del magistrato in termini eticamente positivi e leciti rispetto a quella che diversamente verrebbe bollata come condotta moralmente inappropriata.

3. Si entra invece in un campo minato quando vengono disciplinati i criteri che dovrebbero regolare i rapporti con i diversi mezzi di informazione e la inevitabile importante ricaduta sul dovere di riserbo che dovrebbe caratterizzare l'attività del magistrato.

La delicatezza dell'argomento non può sfuggire neppure al più distratto degli osservatori, se solo si rammenta quale fosse il clima immediatamente precedente il 1994. Una magistratura improvvisamente fuori dal "palazzo", ben visibile e riconoscibile dall'uomo della strada (resta scolpita nella memoria dei meno giovani l'immagine del "pool" con il fiero Francesco Saverio Borrelli fra i suoi valorosi sostituti che riproduceva quella già famosa de "The Untouchables" di Braian de Palma con Kevin Kostner e Sean Connery). Un canale diretto e immediato fra le stanze di quel palazzo ed i cronisti che per mesi hanno recitato il rosario degli avvisi di garanzia con l'On.le Craxi che contendeva il triste primato al povero Severino Citaristi, raggiunto dalla cifra record di 72 avvisi. Una magistratura che inevitabilmente, con l'essenziale contributo dei mezzi di informazione, catturava il consenso di una moltitudine osannante e di quella parte politica risparmiata, chissà quanto giustamente, dal cataclisma giudiziario.

Di sicuro avvertendo la sensibilità del tema, forse sull'onda della emozione procurata dalla catena di suicidi da Gabriele Cagliari a Raul Gardini per citare i più noti, o forse per avere avvertito i pericoli che una popolarità abnorme e fuori luogo della figura del "bravo" magistrato, quello riservato e distaccato rispetto ai conflitti che vedevano le forze politiche contrapposte (il 6 dicembre 1994 il Dr. Antonio Di Pietro dismetteva la toga e forte proprio di quell'inquietante consenso decideva di entrare in politica diventando ministro dei Lavori Pubblici con il Governo Prodi) l'Associazione nazionale magistrati

curava di disciplinare con particolare cura l'aspetto relativo ai rapporti con il mondo della informazione.

Il codice deontologico si premurava, in particolare, di raccomandare che il magistrato non sollecitasse la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività; salvo i casi in cui fosse tenuto al segreto, prevedeva che gli venisse consentito di fornire notizie sulla sua attività giudiziaria solo per una corretta informazione dei cittadini. Tutto ciò curando di evitare la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati. Naturalmente, salvo il principio di libertà di manifestazione del pensiero, al magistrato veniva raccomandato equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni e interviste ai giornalisti e agli altri mezzi di comunicazione di massa. In sintesi si può affermare che l'obiettivo fosse quello di curare il bilanciamento fra diversi interessi meritevoli di tutela, scongiurando l'abuso della citata libertà di manifestare le proprie opinioni. Una deroga al generale principio di riservatezza al fine di fornire una corretta informazione, consentire l'esercizio del diritto di cronaca ed evitare pregiudizi per la reputazione e l'onorabilità dei cittadini.

Nella consapevolezza che non fosse ipotizzabile un distacco totale dalla realtà circostante sempre più caratterizzata e condizionata dal mondo dei media, deve ritenersi che l'obiettivo fosse quello di assicurare una informazione corretta sul contenuto di atti giudiziari che in qualche misura avessero un rilievo apprezzabile per la pubblica opinione, evitando nel contempo ogni tentativo di strumentalizzazione politica dell'attività giudiziaria, sempre più mirata a guadagnare un facile consenso.

4. Se può essere arbitrario ritenere che l'adozione del codice deontologico del 1994 fosse diretta conseguenza dei gravi e tumultuosi fatti che sconvolsero la vita politica italiana in quei primi anni novanta, appare certamente ragionevole ritenere che gli stessi accadimenti hanno di sicuro influito sui termini di realizzazione di un punto di riferimento etico capace di indicare autorevolmente, perché condivisi, i principi ispiratori fondamentali nel campo della condotta professionale.

All'ombra del delicatissimo ed irrisolto problema dei rapporti fra magistratura e mezzi di informazione cresceva in rapida ed impressionante progressione quello che ormai condiziona, paralizzandola, la vita sociale del Paese in questi ultimi anni: il rapporto conflittuale con il mondo della politica con la pesante messa in discussione dell'indispensabile equilibrio fra i poteri dello Stato.

Tutto questo non poteva passare inosservato per la parte più accorta e

responsabile della magistratura che alla vigilia del XXX Congresso, attraverso il Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale magistrati, approvava il nuovo "codice etico" della categoria. Anche a seguito del dibattito interno dedicato al tema della questione morale conseguente varie vicende che in qualche modo hanno pesantemente inciso sulla immagine della magistratura (e non ultima la necessità di prevedere un impegno ad evitare il passaggio da incarichi istituzionali ad incarichi politici) non si poteva non avvertire la necessità di un richiamo forte all'intera categoria anche e soprattutto attraverso una seria e consapevole autocritica utile alla rimozione di tutti gli errori che in qualche misura hanno contribuito ad offuscarne l'immagine di fronte ad una parte non trascurabile della opinione pubblica. Ed in tal senso depono la relazione del Presidente Palamara in occasione del citato Congresso allorché richiama l'attenzione sulla necessità di una forte autocritica, unica valida premessa per una efficace autoriforma, senza per questo rinunciare al confronto costruttivo e serio con le forze della politica. Allo stesso modo, in maniera altrettanto schietta, veniva affrontato l'annoso problema delle correnti, inesorabilmente dominate da logiche spartitorie che pongono un'ipoteca seria sulla reale indipendenza interna del singolo magistrato.

La decisa autocritica, unitamente al richiamo all'etica della responsabilità in un momento che vede la categoria oggetto quotidiano delle pesanti "attenzioni" da parte del governo in carica, dev'essere apprezzata come atto coraggioso e tentativo serio di reale rinnovamento contro un improduttivo arroccamento, contro il protagonismo di quanti non riescono a rinunciare alla ribalta televisiva e mediatica in genere, contro l'idea che fare giustizia significhi catturare facili consensi della piazza, contro la tentazione di costruire mediaticamente carriere che nulla hanno a che fare con l'amministrare giustizia.

Per queste ragioni si deve guardare con favore al nuovo "codice etico" che, pur con qualche riserva, rappresenta probabilmente il massimo consentito dal pesante periodo storico e politico contemporaneo.

5. Nel confermare i tratti fondamentali, valori e principi ormai diffusamente acquisiti dalla categoria interessata ma non solo, la lettura del nuovo complesso di regole adottato dalla magistratura associata rivela come ai problemi principali, dei quali si è più sopra accennato, si è cercato di offrire soluzioni eticamente apprezzabili concedendo una evidente attenzione a quell'attività di amministrazione autonoma che dovrebbe ispirarsi a valori di disinteresse personale, di indipendenza e imparzialità, rimarcando il fatto che tale dev'essere anche quella interna.

Al fianco di un richiamo allo spirito di servizio che dovrebbe sempre animare il lavoro del magistrato, si pretende la massima attenzione alla effettività dei diritti delle persone con l'auspicio che venga prestato ascolto ai diversi soggetti che a titolo diverso concorrono all'esercizio della giurisdizione. Si raccomanda la correttezza dei rapporti con istituzioni, cittadini e utenti del servizio giustizia; si prevede il divieto di approfittare della propria qualifica per procurare vantaggi di qualsivoglia natura per sé o per altri ed ancora, indebiti interventi finalizzati ad incidere sulla amministrazione della giustizia ovvero sulla propria o altrui posizione in carriera. Operosità, aggiornamento professionale, oculato impiego delle risorse dell'amministrazione, insomma, c'è da augurarsi, tutto quanto prescriverebbe il buon padre di famiglia ad un giovane uditore giudiziario.

6. Un piccolo passo, forse insufficiente ma in ogni caso apprezzabile, è costituito dalla rivisitazione delle norme regolatrici i rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione. Al di là del preesistente e scontato dovere di riservatezza, al magistrato viene raccomandato di evitare "la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati" quando "ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini". La raccomandazione può apparire stravagante ma è rivelativa del fatto che ormai da troppo tempo si coltivano perniciosi e stabili collegamenti fra il magistrato e il mezzo di comunicazione che nulla hanno a che vedere con la necessità di garantire una corretta informazione da un lato ed il diritto di cronaca dall'altro. Curioso e vagamente velleitario appare quel finale richiamo alla tutela dell'onore e la reputazione dei cittadini che viene vanificato e quotidianamente prevaricato dall'abuso più che dal diritto di cronaca che inesorabilmente mortifica il fondamentale principio costituzionale di non colpevolezza.

Fermo il principio sacrosanto di libera manifestazione del pensiero, al magistrato è consentito di rilasciare dichiarazioni, interviste e quanto altro finalizzato alla diffusione solo se ispirato a criteri di equilibrio, dignità e misura. Ed infine allo stesso viene raccomandato di evitare la frequentazione di trasmissioni solo se consapevole del fatto che in quella sede vicende giudiziarie "saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica". Anche tale ultima previsione appare rivelatrice del disagio, per usare un eufemismo, che la presenza di un magistrato procura partecipando a trasmissioni televisive dove troppo spesso la tragica realtà si confonde con la fantasia che inevitabilmente

brutalizza le capacità critiche e di giudizio dello spettatore.

In riferimento alla disciplina dei delicati rapporti fra magistratura e mezzi di informazione, il nuovo codice etico ha sicuramente segnato un passo in avanti. Se una critica può essere proposta, va detto che si è rinunciato a scongiurare in maniera più decisa il pericolo dell'utilizzo strumentale dei mezzi di informazione a vantaggio di previsioni troppo generiche e come tali complessivamente inadeguate. La mancata tipizzazione dettagliata delle condotte deontologicamente scorrette contribuisce inesorabilmente al perpetuarsi del pericolo di strumentale ricerca delle funzioni di rilievo in organi istituzionali anche di amministrazione autonoma utile a legittimare incarichi di carattere politico. In definitiva, una diffusa - ancorché non generalizzata - sovraesposizione mediatica e l'inseguimento di incarichi istituzionali quali trampolini di lancio per candidature ed incarichi politici.

7. Significativo, anche se troppo ambizioso, l'intervento integratore che viene realizzato attraverso il richiamo forte alla indipendenza nell'esercizio delle funzioni sia all'esterno, com'è ovvio, sia all'interno dell'ordine giudiziario con particolare riguardo all'attività svolta in organi di gestione autonoma centrale o periferica con altrettanto significativa esclusione del vincolo di mandato rispetto all'elettorato e ai gruppi associativi. Un po' come quando si pretende dal politico-amministratore che una volta eletto resti indipendente da pretese ed aspettative di quanti ne hanno sostenuto l'elezione. Tanto questo è vero che a proposito dell'eventuale esercizio di funzioni amministrative, attraverso apposita norma, si raccomanda di limitarle nel tempo. In altre parole, è ragionevole sostenere che tanto più si realizza la temporaneità degli incarichi, tanto più verrebbe assicurata l'indipendenza e l'autonomia dal mandato ricevuto.

Restano immutate le prescrizioni relative alla generica imparzialità e all'obbligo di correttezza del magistrato così come rimane scolpito l'auspicio che il magistrato-aspirante a promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adoperi, neppure per via indiretta, al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione.

Sul piano processuale, poi, al di là del fatto che i buoni propositi si scontrano con una realtà difficile, segnata dall'enorme e irragionevole carico di lavoro, parrebbe recepito il frutto di accordi diffusi in gran parte degli uffici giudiziari relativamente alla programmazione dello svolgimento delle udienze attraverso protocolli e intese utili ad ottimizzare termini e modalità per assicurare la più corretta celebrazione dei processi in tempi ragionevoli, all'insegna del rispetto per la dignità delle funzioni di tutti i protagonisti del processo.

Un'ultima annotazione merita il capitolo dedicato alla condotta del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni. Quanto alla delicatissima funzione del giudicare, viene proposta la figura di un giudice equidistante che assicuri alle parti la possibilità di esercitare al meglio le rispettive funzioni; un giudice rispettoso delle opinioni altrui che tiene nella più attenta considerazione, pronto a rivedere in termini critici le proprie convinzioni; un giudice che esamini adeguatamente i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, che eviti di emettere giudizi o valutazioni sulla capacità di altri magistrati o dei difensori.

Se non fosse per un piccolissimo problema ordinamentale, quella disegnata dal "codice etico" rappresenterebbe una figura di giudice assolutamente adeguata nell'ambito di un processo di parti secondo il modello adottato nel sistema processuale vigente.

Il citato piccolissimo problema ordinamentale, per la verità, balza in tutta la sua evidenza con la disciplina prevista per la condotta del pubblico ministero. Il primo e principale precetto desta un sentimento misto di stupore e curiosità: "Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo". Non c'è chi non veda, come scriverebbe il mitico Aldo Sandulli, che pretendere imparzialità da una delle parti è frutto di una contraddizione palese ed insanabile anche quando si sostiene che la speciale pubblica funzione gli imporrebbe di stare dalla parte della legge e della verità, perché sempre parte resta, nella migliore delle ipotesi onesta ma non certo imparziale.

Neppure reclamare la doppia veste di parte pubblica nel giudizio e organo di giustizia nella fase delle indagini, attento alla ricerca della verità anche acquisendo elementi di prova a favore dell'indagato può militare a favore della reclamata imparzialità. Infatti, laddove lavorasse contro la verità o trascurasse di verificare la fondatezza della ipotesi accusatoria magari non considerando o peggio, celando quanto di favorevole emergesse a favore dell'indagato, ci troveremmo di fronte semplicemente ad una parte disonesta, ad un magistrato persecutore e traditore di tutti i principi etici ispiratori della sua funzione. Fortunatamente così non è ed il pubblico ministero resta una parte privilegiata che, al contrario del difensore, divide con il giudice i suoi destini professionali.

Non solo, ma ci sarebbe da domandarsi come può venire in mente di raccomandare al magistrato della Procura di essere imparziale. In altri termini, tale prescrizione nascerebbe dal pericolo che imparziale non sia. E ove mai non lo fosse, per chi o per che cosa potrebbe parteggiare se non per un corretto ed onesto esercizio della sua funzione che è e resta quella di valutare la sostenibilità dell'accusa in un giudizio che veda una leale e sana contrapposi-

zione dialettica fra le parti di fronte ad un giudice equidistante, disinteressato e libero da legami di qualsivoglia natura?

8. Per concludere questa breve rassegna senza pretese, si registra l'impressione che la rivisitazione del "codice etico", al di là delle ragioni immediate che l'hanno reclamata, risponda ad una esigenza di rinnovamento diffusa fra la maggior parte dei magistrati. La stessa maggior parte che ha sicuramente avvertito come quello attuale sia uno dei momenti più difficili per la vita del Paese, segnata da radicali e violente contrapposizioni fra magistratura e politica, esiziali per gli equilibri di una democrazia compiuta. Un passo avanti, dunque, ma si poteva fare di più.

La Magna Carta dei giudici europei

MAGNA CARTA DEI GIUDICI¹

Adottata in seduta plenaria dal
CONSIGLIO CONSULTIVO DEI GIUDICI EUROPEI²
in occasione del decimo anniversario della propria istituzione

PRINCIPI FONDAMENTALI

Stato di diritto e giustizia

1. La magistratura rappresenta uno dei tre poteri di ogni Stato democratico. La sua missione è garantire l'esistenza stessa dello Stato di diritto e garan-

¹ Traduzione del testo inglese a cura del dott. Francesco Macrì.

² Lo stato di diritto rappresenta uno dei valori-cardine garantito dal Consiglio d'Europa ed il potere giudiziario ne costituisce il suo pilastro fondamentale. In quest'ottica, nel 2000, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha istituito, al suo interno, un organo *ad hoc*, il *Conseil Consultatif de Juges Européens* (CCJE), competente in materia di indipendenza, imparzialità e ruolo dei giudici negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il CCJE costituisce la prima, e ad oggi unica, istanza europea in seno ad un'organizzazione internazionale composta esclusivamente da giudici. La sua attività si realizza sostanzialmente nella formulazione di proposte e pareri all'attenzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sancisce il diritto di ogni soggetto ad un tribunale indipendente ed imparziale: in questa prospettiva l'azione del CCJE è impegnata nell'attuazione di tali affermazioni di principio onde assicurare, al meglio, la garanzia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sempre nell'ambito delle problematiche legate al settore della giustizia, anche per ottenere quale risultato mediato il rafforzamento della fiducia dei cittadini nella giustizia. La Presidenza del CCJE, per l'anno 2006, è stata affidata al dott. Raffaele Sabato, giudice presso il Tribunale di Napoli e già Presidente del Gruppo di lavoro CCJE-GT per l'anno 2005, il quale è stato confermato anche per l'anno 2007. I responsabili per il Segretariato sono il dott. Stéphane Leyenberger (Segretario) e la dott.ssa Muriel Décot (Vice-segretario). Nel primi mesi del 2006 il Segretariato del CCJE e quello della *Commission pour l'efficacité de la Justice* (CEPEJ) - che collabora attivamente con il CCJE) si sono fusi in un unico organo divenuto quindi comune. In seno al CCJE hanno facoltà di essere rappresentati tutti i 46 Stati membri del Consiglio d'Europa, unitamente agli Stati osservatori presso detto Consiglio (ovvero la Santa Sede, gli Stati Uniti d'America, il Canada, il Giappone ed Messico). Beneficiano altresì del ruolo di osservatori del CCJE l'Associazione europea dei Magistrati, MEDEL, la Federazione europea dei giudici amministrativi ed il Consiglio consultivo dei procuratori europei (CCPE). Infine, sia la Commissione europea sia il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea sono invitati a prendere parte alle riunioni del CCJE. Il CCJE, stante la specificità del suo mandato, collabora attivamente sia con la menzionata CEPEJ, sia con il *Comité européen de coopération juridique* (CDCJ), e con il *Comité européen pour les problèmes criminels* (CDPC) e la Rete dei Presidenti delle Corti supreme.

tire in tal modo un'appropriata applicazione del diritto in maniera imparziale, giusta, equa ed efficiente.

Indipendenza dei giudici

2. L'indipendenza e l'imparzialità degli organi giudicanti sono precondizioni imprescindibili per l'adeguato funzionamento della giustizia.

3. L'indipendenza della magistratura deve essere ordinamentale, funzionale e finanziaria. Essa deve essere garantita in riferimento agli altri poteri dello Stato, agli utenti della giustizia, agli altri giudici ed alla società in generale, mediante norme di diritto interno della fonte più elevata. È responsabilità dello Stato e di ciascun giudice promuovere e tutelare l'indipendenza della magistratura.

4. L'indipendenza degli organi giudicanti deve essere garantita relativamente all'attività giudiziaria, in particolare nel reclutamento, nella nomina a tempo indeterminato sino all'età pensionistica, nelle promozioni, nell'immovibilità, nella formazione, nell'immunità giudiziaria, nei procedimenti disciplinari, nella remunerazione e nel finanziamento della giustizia.

Garanzie di indipendenza

5. Le decisioni concernenti la selezione, la nomina e la carriera devono essere basate su criteri obiettivi ed adottate dall'organo cui spetta la tutela dell'indipendenza della magistratura.

6. I procedimenti disciplinari devono incardinarsi presso un organo indipendente, con possibilità di impugnare giudizialmente le decisioni di quest'ultimo.

7. Previa consultazione della magistratura, lo Stato deve assicurare le risorse umane, materiali e finanziarie necessarie per un corretto funzionamento del sistema giudiziario. Il giudice deve beneficiare di una remunerazione e di un sistema previdenziale adeguati e garantiti dalla legge, che lo mettano al riparo da ogni indebita influenza.

8. La formazione iniziale e permanente è, per il giudice, un diritto ed un dovere. Essa deve essere organizzata sotto la supervisione della magistratura.

La formazione è fondamentale per garantire l'indipendenza dei giudici, nonché la qualità e l'efficienza del sistema giudiziario.

9. La magistratura deve essere coinvolta in tutte le decisioni che incidono sull'esercizio delle funzioni giudiziarie (organizzazione dei tribunali, procedure, ulteriori norme rilevanti).

10. Nell'esercizio della giurisdizione, il giudice non può essere destinatario di alcun ordine o istruzione, né sottoposto ad alcuna pressione gerarchica ed è soggetto esclusivamente alla legge.

11. I giudici devono assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa. L'indipendenza dei pubblici ministeri è requisito essenziale dello Stato di diritto.

12. I giudici hanno il diritto di aderire ad associazioni nazionali o internazionali di magistrati aventi come finalità la tutela della missione della magistratura nella società.

Organo garante dell'indipendenza

13. Al fine di garantire l'indipendenza dei giudici, ciascuno Stato deve istituire un Consiglio superiore della magistratura o altro organismo specifico, anch'esso indipendente dai poteri esecutivo e legislativo, investito delle più ampie competenze concernenti ogni aspetto relativo allo statuto dei magistrati, e altresì all'organizzazione, al funzionamento e al prestigio delle istituzioni giudiziarie. Il Consiglio deve essere composto esclusivamente da giudici, oppure da un'ampia maggioranza di magistrati eletti dai loro pari. Il Consiglio superiore della magistratura è tenuto a rendicontare quanto alle sue attività e alle sue decisioni.

Accesso alla giustizia e trasparenza

14. La giustizia deve essere trasparente e occorre che siano divulgate informazioni sul funzionamento del sistema giudiziario.

15. Il giudice deve adoperarsi per assicurare l'accesso ad una soluzione delle controversie rapida, efficace ed economica; deve incentivare la promozione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie.

16. Gli atti e le decisioni giudiziari devono essere redatti con un linguaggio accessibile, semplice e chiaro. Il giudice deve pronunciare sentenze motivate, in pubblico, entro un termine ragionevole, all'esito di un'udienza equa e pubblica. Il giudice deve applicare metodologie funzionali di gestione del processo e del carico di lavoro.

17. L'esecuzione dei provvedimenti giudiziari è una componente essenziale del diritto ad un giusto processo ed una garanzia dell'efficienza della giustizia.

Etica e responsabilità

18. L'attività del magistrato deve ispirarsi ai principi di deontologia, distinti dalle norme disciplinari. Tali principi devono promanare dagli stessi giudici ed essere inclusi nei percorsi di formazione.

19. In ciascun Paese le violazioni suscettibili di dar luogo a sanzioni disciplinari e il procedimento disciplinare devono essere definiti nello statuto o nella legge di ordinamento giudiziario.

20. Il magistrato deve rispondere penalmente, secondo la legge ordinaria, per i reati commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni. La responsabilità penale del giudice deve essere esclusa relativamente a errori professionali non dolosi commessi nell'esercizio delle sue funzioni.

21. La tutela nei confronti degli errori giudiziari deve incentrarsi su di un appropriato sistema di impugnazioni. A fronti di qualunque altro tipo di carenza nell'amministrazione della giustizia si può procedere unicamente nei confronti dello Stato.

22. Non è corretto esporre il magistrato, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ad alcuna responsabilità personale, anche a titolo di rimborso dello Stato, salvo i casi di condotte volontarie.

Corti internazionali

23. Questi principi si applicano, *mutatis mutandis*, altresì ai giudici di tutte le corti europee ed internazionali.

ANTONIO BALSAMO

LA MAGNA CARTA DEI GIUDICI (E DEI PUBBLICI MINISTERI):
LA SEPARAZIONE DEI POTERI FRA TRADIZIONE E MODERNITÀ

1. *Solo soft law?* – In un periodo nel quale la distinzione qualitativa tra *soft law* e *hard law*, elaborata dalla tradizione post-vestfaliana, tende sempre più ad attenuarsi¹, la Magna Carta dei Giudici, adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei, istituito presso il Consiglio d'Europa, può svolgere un ruolo molto più pregnante di quello insito nella sua natura di atto non vincolante.

La lucida visione dell'essenza dello Stato costituzionale espressa nel pensiero di Montesquieu – secondo cui “non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo” – e nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – che esplicita che “ogni società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né è stabilita la separazione dei poteri non ha Costituzione” – acquista una intensa carica innovativa in una fase storica nella quale comincia a profilarsi con crescente energia, accanto all'Europa degli Stati e dei mercati, un'Europa dei cittadini e dei diritti umani.

Il binomio inscindibile tra la salvaguardia dei diritti fondamentali e la posizione di indipendenza assegnata alla magistratura rappresenta un passaggio essenziale del percorso di costruzione dell'identità e della cittadinanza europea. In questo momento storico, le ragioni che spinsero nel secolo XVIII i teorici dello Stato di diritto – da Montesquieu a Beccaria e a Kant – ad affermare il principio della separazione dei poteri sono attuali come non mai.

Come è stato efficacemente evidenziato da Luigi Ferrajoli², l'autonoma legittimazione delle istituzioni di garanzia, soggette soltanto alle legge, trova il suo fondamento non solo nella necessità di una reciproca limitazione dei poteri pubblici – quale presupposto indispensabile per la conservazione della democrazia – ma anche nella stessa natura della funzione giurisdizionale, finalizzata all'imparziale accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti, alla tutela

¹ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Il Mulino, 2008, p. 274 ss.

² L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, 2007, pp. 212-218.

di diritti fondamentali aventi carattere universale, al controllo sulle illegalità riscontrate nell'esercizio degli altri poteri politici ed economici. Vi è un rapporto biunivoco tra l'effettività del ruolo esterno della giurisdizione e l'effettività delle garanzie "interne" preposte al suo esercizio.

A ben vedere, è proprio questo il *background* ideale su cui viene oggi a collocarsi la Magna Carta, che rappresenta la sintesi e il coordinamento in un *corpus* organico delle più significative indicazioni espresse dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei, nel corso di dieci anni di attività, su molteplici questioni attinenti alla giurisdizione. La prospettiva sottesa a tutto il testo della Magna Carta si condensa nello stretto raccordo tra due valori – indipendenza dei magistrati e tutela dei diritti – visti come interdipendenti tra loro ed entrambi presi in considerazione essenzialmente nella dimensione dell'effettività.

La naturale conseguenza di questa impostazione è la possibilità di valorizzare le indicazioni contenute nella Magna Carta dei giudici sia sul piano della definizione degli *standard* internazionali ed europei in tema di giurisdizione e di Stato di diritto, sia sotto il profilo della verifica – anche in sede giudiziaria, davanti ad organi come la Corte di Strasburgo – della effettività della tutela dei diritti fondamentali.

2. *La Magna Carta dei giudici e l'indipendenza del pubblico ministero.* – Tra gli aspetti più qualificanti della Magna Carta dei Giudici, vi è senza dubbio l'affermazione – contenuta nell'art. 11 – che lo *status* di indipendenza del pubblico ministero è un requisito fondamentale dello Stato di diritto.

È questo il punto su cui si è focalizzata l'attenzione dedicata alla Magna Carta nella realtà francese³, dove è da tempo in corso un intenso dibattito politico sulla proposta governativa di sopprimere la figura del giudice istruttore, affidando la direzione delle indagini al pubblico ministero, al fine di superare il modello inquisitorio del processo penale. Tale progetto di riforma, lanciato nel 2009, è stato duramente criticato dall'opposizione, dalla magistratura e dall'avvocatura, che hanno sottolineato i rischi connessi al completo affidamento dell'attività investigativa ad organi dipendenti dal governo⁴.

Non è quindi indifferente il peso assunto, a sostegno di questo approccio critico, dalla Magna Carta, che costituisce espressione dello stesso orientamento culturale di fondo che ha condotto, pochi giorni dopo, la Corte euro-

³ V. *Le Monde* del 20 novembre 2010,

⁴ STASIO, *Italia-Francia: zero a zero sulla giustizia*, in *Il Sole-24 ore*, 19 dicembre 2010.

pea dei diritti dell'uomo ad emettere la fondamentale sentenza del 23 novembre 2010, relativa al caso *Moulin* contro Francia, la quale si è, per la prima volta, soffermata in modo approfondito sulle interrelazioni tra l'autorità governativa e gli organi del pubblico ministero nel sistema francese, giungendo alla conclusione che lo statuto differenziato di questi ultimi rispetto a quello dei giudici, segnatamente sotto i profili della mancanza di inamovibilità e della sottoposizione all'autorità del Ministro della Giustizia nel quadro di una struttura gerarchica, impedisce di ravvisare quel requisito della indipendenza rispetto al potere esecutivo, che rappresenta un connotato essenziale della nozione di "magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie". Ne discende che a tale organo, sebbene inquadrato dalla Costituzione francese nell'Ordine giudiziario al pari dei giudici, non può essere validamente demandato il primo controllo sulla legittimità della restrizione della libertà personale, che, secondo il disposto dell'art. 5 § 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, garantisce una protezione efficace contro i comportamenti arbitrari, le detenzioni segrete e i maltrattamenti.

L'importanza della pronuncia della Corte di Strasburgo non è sfuggita alla più autorevole dottrina francese, che ha immediatamente sottolineato come essa confermi che "la questione del pubblico ministero è assolutamente centrale nell'ambito della riforma della procedura penale", ed ha definito "inquietante per uno Stato di diritto" lo scenario rappresentato dalla progressiva marginalizzazione dei giudici con il correlativo rafforzamento sistematico dei poteri della polizia e del pubblico ministero. La questione essenziale è stata così sintetizzata nei suoi esatti termini: "più si trasferiscono poteri al pubblico ministero, più la sua indipendenza diviene necessaria"⁵.

L'impostazione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è stata subito seguita dalla Corte di Cassazione francese, che nella sentenza n. 7177 emessa il 15 dicembre 2010 nel caso *Creissen* ha escluso che il pubblico ministero possa qualificarsi come una "autorità giudiziaria" ai sensi dell'art. 5 § 3 della Convenzione, dato che esso non presenta le garanzie di indipendenza e di imparzialità richieste dalla normativa internazionale. Nello stesso giorno, la Conferenza nazionale dei Procuratori della Repubblica francese ha richiesto una riforma urgente dello statuto del pubblico ministero, segnatamente con riguardo alle condizioni per la nomina dei Procuratori, in modo da subordinare il potere del Ministro al parere conforme del Consiglio Superiore della Magistratura.

⁵ DELMAS-MARTY, intervista a *Le Monde* del 24 novembre 2010.

Le indicazioni contenute nella Magna Carta dei Giudici e nella sentenza Moulin, hanno dato un significativo sostegno, nel dibattito giuridico e politico francese, all'orientamento volto a garantire ai magistrati del pubblico ministero uno statuto assimilabile a quello dei giudici, secondo il modello italiano.

Si tratta di una evoluzione che contraddice con nettezza l'idea – perennemente raffiorante nel nostro paese – secondo cui le garanzie ordinamentali assicurate al pubblico ministero dalla Costituzione del 1948 rappresenterebbero una sorta di “anomalia italiana”, legata a valutazioni politiche contingenti.

Al contrario, la collocazione istituzionale del pubblico ministero italiano viene ad accreditarsi come una importante acquisizione sul piano della tutela dei diritti fondamentali, nata dalla visione prospettica di una Assemblea Costituente che aveva avuto la capacità “di collocare l'Italia nella grande corrente del costituzionalismo europeo e mondiale”⁶, contrapponendosi alla concezione fascista secondo cui “nell'ambito dello Stato ... il potere è unitario: non c'è più divisione di poteri, c'è divisione di funzioni”⁷, e rompendo ogni cinghia di trasmissione diretta tra il potere esecutivo e quello giudiziario, non solo attraverso la solenne proclamazione della autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 104 Cost.) e la estensione a tutti i magistrati della garanzia della inamovibilità (art. 107 Cost.) ma anche con la previsione dell'art. 109, secondo cui l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria. Una disposizione, questa, che rispecchia coerentemente la scelta di valorizzare la funzione di controllo imparziale che spetta alla magistratura, vista come la prima garanzia della libertà individuale, in coerenza con l'impostazione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Magna Carta dei Giudici⁸.

Particolarmente significativa è, peraltro, la collocazione, nella Magna Carta, della previsione in tema di indipendenza del pubblico ministero, inserita subito dopo l'affermazione del principio per cui “i giudici dovrebbero garantire la parità delle armi tra accusa e difesa”. Si tratta di una concatenazione di enunciati che suggerisce l'idea che, senza uno *status* di indipendenza del pubblico ministero, non è possibile realizzare pienamente non solo una autentica autonomia della magistratura giudicante, ma neppure una vera parità tra le parti

⁶ ONIDA, *I sessant'anni della Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2008, n. 1, pp. 1-2.

⁷ Erano queste le parole utilizzate da Benito Mussolini nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario del 1940.

⁸ In proposito, si rinvia a BALSAMO-TRIZZINO, *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011.

del processo penale ed una seria garanzia per l'efficace svolgimento dell'attività difensiva.

3. *Effettività delle garanzie di indipendenza e modello di autogoverno.* – Tutta la sezione della Magna Carta dedicata all'indipendenza della magistratura è contrassegnata da una accentuata valorizzazione della dimensione dell'effettività e da una coraggiosa riflessione sul tema della indipendenza interna.

È noto che la Costituzione italiana, la quale ha previsto un notevole accrescimento delle garanzie di indipendenza esterna della magistratura nel suo complesso nei confronti degli altri poteri, non contiene disposizioni che trattino esplicitamente del tema dell'indipendenza interna.

Eppure la centralità del problema dell'indipendenza del singolo magistrato rispetto ai condizionamenti provenienti dall'interno dell'ordine giudiziario era già stata sottolineata da lungo tempo nel dibattito giuridico-politico, proprio mentre era in atto quel modello burocratico di magistratura, affermatosi nel nostro paese nell'800, che poggiava sull'assenza di specializzazione e sulla suddivisione dei magistrati secondo una gerarchia di gradi, con al vertice la Cassazione che aveva la funzione determinante di mettere in connessione il sistema giudiziario con il sistema politico⁹. Era questo l'assetto che aveva indotto Piero Calamandrei a domandarsi, in un suo celebre discorso del 1921 su "Governo e magistratura", "se la vantata indipendenza dei giudici non sia nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo".

È chiaro che in un siffatto modello piramidale la indipendenza esterna della magistratura era intaccata dalla insufficiente indipendenza interna dei singoli magistrati. Giovanni Falcone, in una sua relazione letta a Milano il 5 novembre 1988 che appare oggi di estrema attualità, ricordava le battaglie condotte per eliminare quelle preveggenti forme di progressione in carriera che si risolvevano in un pesante condizionamento, autoritario e verticistico, dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura: secondo il suo giudizio, era ben chiaro a tutti che la lotta contro questo assetto dell'ordine giudiziario "non era diretta a creare inammissibili privilegi, ma a consentire l'attuazione nell'ordinamento dei valori di uguaglianza e solidarietà sanciti dalla Costituzione".

La Magna Carta già nella parte relativa ai principi fondamentali – subito

⁹ In questo senso GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di VIOLANTE, Einaudi, 1998

dopo avere espresso l'idea che "la magistratura è uno dei tre poteri di qualsiasi stato democratico" ed avere sottolineato che "l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura sono essenziali prerequisiti per l'operatività della giustizia" – analizza il concetto di indipendenza nella sua complessa articolazione (come indipendenza normativa, funzionale e finanziaria) e nella sua natura relazionale (operante rispetto agli altri poteri dello Stato, a coloro che cercano giustizia, agli altri giudici e alla società in generale). Non solo la titolarità, ma anche la responsabilità della tutela e promozione dell'indipendenza viene attribuita al singolo giudice (accomunato, in tale responsabilità, allo Stato nel suo complesso).

Dal testo della Magna Carta emerge quindi una pari considerazione dell'indipendenza esterna e di quella interna, dell'indipendenza istituzionale e di quella funzionale¹⁰. Si tratta di un approccio, al tempo stesso, globale e concreto, che prende in specifica considerazione una serie di possibili "settori critici" (reclutamento, nomina sino al pensionamento, promozioni, inamovibilità, formazione, immunità giudiziaria, procedimenti disciplinari, remunerazione e finanziamento della magistratura). Tra questi ultimi, ve ne sono diversi espressamente menzionati nella Costituzione italiana, ma anche alcuni – come, appunto, la retribuzione dei magistrati e il finanziamento della giustizia – che in tale sede non hanno formato oggetto di disciplina (a differenza di quanto è avvenuto in altre Carte costituzionali), pur incidendo in misura significativa sulla effettività del valore dell'indipendenza.

Un notevole interesse è riscontrabile nella successiva parte della Magna Carta dedicata alle garanzie di indipendenza. Da essa si trae una precisa legittimazione dell'attuale sistema italiano di autogoverno della magistratura, per quanto attiene alla composizione e alle competenze del CSM, che si pongono in indubbia coerenza con la previsione dell'art. 13, secondo cui "al fine di assicurare l'indipendenza dei giudici, ciascuno Stato dovrebbe creare un Consiglio della Magistratura o un altro specifico organismo, anch'esso indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo, dotato di ampie competenze su tutte le questioni concernenti lo stato della magistratura così come la sua organizzazione, il suo funzionamento e l'immagine delle istituzioni giudiziarie. Il Consiglio dovrebbe essere composto o esclusivamente da giudici o da una sostanziale maggioranza di giudici eletti dai loro colleghi".

¹⁰ Su queste distinzioni v. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in BIAVATI-GUARNIERI-ORLANDI-ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Il Mulino 2008

Al riconoscimento della validità di tale modello, anche con riguardo alla ampia sfera di operatività che esso ha assunto nel “diritto vivente”, si accompagnano, però, una serie di importanti precisazioni: anzitutto, la necessità che il Consiglio della Magistratura sia “responsabile per la sua attività e per le sue decisioni”; in secondo luogo, l’esigenza che le decisioni circa la selezione, la nomina e la carriera dei magistrati siano “basate su criteri obiettivi”; in terzo luogo, la previsione della garanzia del ricorso davanti a una corte avverso le decisioni prese in materia disciplinare dall’organo indipendente.

Secondo l’impostazione accolta dalla Magna Carta, dunque, la legittimazione del CSM, e la effettività del suo compito di tutela dell’indipendenza della magistratura, sono strettamente legate alla responsabilità dell’organo (non solo su un piano generale, ma anche per i singoli atti emessi); alla trasparenza ed oggettività dei criteri posti a fondamento delle determinazioni adottate in materia di nomina e carriera dei magistrati; alla impugnabilità in sede giudiziaria delle pronunce disciplinari.

Si tratta di tre profili sotto i quali la Magna Carta sollecita un intervento innovativo anche in rapporto al sistema italiano, nel quale una piena realizzazione del principio di indipendenza interna presuppone, tra l’altro, un nuovo impegno di riforma (e di autoriforma) diretto a imperniare su parametri uniformi le decisioni sulla carriera dei magistrati, in modo da evitare ogni rischio di arbitrio, e ad adeguare l’intero sistema disciplinare ai principi del “giusto processo” sanciti dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v. già la sentenza del 28 giugno 1978, caso König contro Germania, seguita da numerose pronunce successive).

4. *Le indicazioni sulla formazione iniziale e continua.* – Sempre nella parte dedicata alle garanzie di indipendenza, la Magna Carta prende in esame la tematica della formazione iniziale e continua, configurata come “un diritto e un obbligo per i giudici”. Alla base della previsione contenuta nell’art. 8 vi è la chiara consapevolezza che alla base della formazione dei magistrati vi sono problemi di carattere generale, come quelli della indipendenza del sistema giudiziario non soltanto dagli altri Poteri dello Stato, ma anche dai “poteri di fatto”, compresi quelli scientifico-tecnologici; dell’accesso alla giustizia; della legittimazione “esterna” della giustizia sul piano socio-politico.

Sul piano organizzativo, l’opzione prescelta dalla Magna Carta è quella del rifiuto netto di un sistema di formazione “eterodiretta” da organismi esterni alla magistratura, come accade nei paesi in cui tale attività è affidata ad un di-

partimento costituito nell'ambito del Ministero della Giustizia.

Sono invece coerenti con le indicazioni espresse dalla Magna Carta, secondo cui la formazione iniziale e continua deve essere sottoposta alla "supervisione della magistratura", gli ulteriori modelli organizzativi realizzati nei diversi ordinamenti, che possono essere classificati in tre categorie¹¹:

1. la istituzione di una Scuola giudiziale, finanziata dal governo ma controllata prevalentemente dalla magistratura, e competente sia per la formazione iniziale, sia per quella permanente; è questo il sistema adottato in Francia (*Ecole Nationale de la Magistrature*), Spagna (*Escuela Judicial*), Portogallo (*Centro de Estudos Judiciários*), nonché in Italia dopo la recente riforma, ed in numerosi paesi dell'Europa centro-orientale¹², sull'esempio francese;
2. l'affidamento della formazione ad organismi collegiali costituiti nell'ambito degli organi di autogoverno della magistratura: è questo il sistema sperimentato in Danimarca e, prima della riforma, in Italia; si tratta di un modello organizzativo meno strutturato e privo di una sede didattica ufficiale;
3. il modello "multiorganizzativo", fondato su una pluralità di organismi, solitamente operanti in stretto raccordo con istituzioni universitarie; è questo il sistema seguito in Canada, U.S.A., Australia.

Il primo modello è quello verso cui si indirizzano le principali linee di tendenza riscontrabili nel panorama europeo. Si tratta del sistema considerato preferibile dal parere sulla "formazione iniziale e continua appropriata dei giudici, a livello nazionale e europeo", approvato il 27 novembre 2003 dal Consiglio consultivo dei giudici europei, che raccomanda che la formazione – sotto la responsabilità generale del potere giudiziario o di un altro organo indipendente – sia assicurata da una specifica struttura, la quale goda di uno statuto di autonomia e sia dotata di un proprio bilancio, che consenta ad essa di definire, di concerto con i giudici, i programmi di formazione e di assicurarne l'attuazione.

A prima vista, la propensione della Magna Carta per uno statuto di obbligatorietà della formazione permanente sembrerebbe in contrasto con la linea di tendenza, assai diffusa a livello internazionale, che attribuisce carattere vo-

¹¹ Sul tema cfr. THOMAS, *Review of Judicial Training and Education in Other Jurisdictions*, 2006, p. 27 e ss.

¹² PIANA, *Unpacking policy transfer, discovering actors. The French model of judicial education between enlargement and judicial cooperation in the EU*, in *French Politics*, Vol. 5, n. 1, Aprile 2007.

lontario a tale tipo di formazione, ravvisando nell'obbligatorietà una limitazione dell'indipendenza della magistratura¹³.

Tuttavia, assumendo un approccio maggiormente orientato secondo parametri di effettività, si rileva che un obbligo "minimale" di formazione può divenire la base su cui costruire un diritto "pieno" alla formazione (secondo il disposto dell'art. 14 della Carta di Nizza, che attribuisce a ogni persona il diritto "all'accesso alla formazione professionale e continua"), attraverso il conferimento a ciascun magistrato della possibilità di fruire di un periodo a ciò dedicato ogni anno (come avviene in Francia) e lo sviluppo di una formazione "individualizzata". Tale ultimo obiettivo si ricollega strettamente al tema della rilevazione dei bisogni formativi, che è fortemente avvertito a livello internazionale e che può svilupparsi attraverso un sistema misto fatto di autovalutazione (cfr. le soluzioni accolte nei progetti internazionali), di richieste individuali e collettive, di valutazioni da parte di organismi esterni e di organi istituzionalmente competenti.

5. *Politiche sulla giustizia e leale collaborazione tra Poteri dello Stato.* – In alcune significative previsioni contenute nella parte relativa alle garanzie di indipendenza, la Magna Carta delinea un attivo coinvolgimento della magistratura nelle politiche pubbliche in materia di giustizia. L'art. 7 precisa che "a seguito di consultazione con la magistratura, lo Stato dovrebbe garantire le risorse umane, materiali e finanziarie necessarie per il corretto funzionamento del sistema giudiziario". Ancor più ampio è il campo di intervento delineato dall'art. 9, secondo cui "la magistratura dovrebbe essere coinvolta in tutte le decisioni che riguardano il concreto svolgimento delle funzioni giudiziarie (organizzazione dei tribunali, procedure, altra legislazione)".

Si tratta di indicazioni che respingono ogni visione univocamente conflittuale del principio di separazione dei Poteri e si ispirano, piuttosto, a un modello di democrazia partecipativa capace di far vivere ogni giorno, nelle dinamiche istituzionali, quello che la Corte Costituzionale italiana, nella sentenza n. 26 del 2008, ha definito come "il principio di leale collaborazione che deve sempre permeare di sé il rapporto tra poteri dello Stato". Un principio che presuppone certamente il reciproco rispetto e la salvaguardia dei rispettivi limiti costituzionali, ma non si esaurisce in questi aspetti e richiama, piuttosto, l'idea di una sinergia, di un esercizio coordinato delle competenze delle diver-

¹³ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 5 e ss. Solo in alcuni ordinamenti statali degli U.S.A. e in Francia sono state introdotte previsioni di obbligatorietà della formazione

se istituzioni per la realizzazione di obiettivi comuni.

Era questa la prospettiva in cui mostrava di credere, in uno dei momenti più difficili della storia del nostro paese, Giovanni Falcone, che alla fine del 1984 scriveva: “ritengo che anche questo tremendo banco di prova per le istituzioni democratiche potrà risolversi in un importante fattore di crescita per la società civile e per la stessa funzionalità complessiva dell’apparato statale. Dalla iniziale separatezza tra i diversi organismi preposti alla repressione del fenomeno mafioso si è passati in pochissimi anni, superando ostacoli e incomprendimenti di ogni genere, a un clima di collaborazione e di reciproca fiducia impensabile fino a poco tempo addietro. E tutto ciò è avvenuto nel pieno, rigoroso rispetto dei reciproci limiti costituzionali”.

Nelle parole di Giovanni Falcone non c’è solo la testimonianza di una straordinaria esperienza professionale nello specifico settore della lotta alla criminalità organizzata: c’è anche, e soprattutto, un importantissimo messaggio per il futuro, generalizzabile ad ogni ambito dell’attività giudiziaria. La estrema modernità, e la assoluta necessità, di un simile approccio si colgono con chiarezza se si adotta il punto di vista “esterno” che è proprio del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali. Non a caso, sul tema dell’eccessiva durata dei processi, che costituisce il più grave problema strutturale che il nostro paese è chiamato a risolvere per adeguarsi agli *standard* internazionali in materia di giustizia, la risoluzione RisDH(2007)2, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 14 febbraio 2007, nel segnalare l’urgenza della programmazione di una nuova strategia complessiva di riforma, ha invitato le autorità italiane ad intraprendere, a tale scopo, “azioni a carattere interdisciplinare, coinvolgendo i principali attori del sistema giudiziario”.

6. *La necessaria distinzione tra codici etici, responsabilità disciplinare e organizzazione della giustizia. I confini della responsabilità civile del giudice.* – Nella parte relativa all’etica e alla responsabilità, la Magna Carta sollecita la redazione, da parte della magistratura, di codici etici, che devono guidare le loro azioni ma devono, al contempo, restare distinti dalle regole disciplinari; afferma, inoltre, che “i rimedi avverso gli errori giudiziari dovrebbero risiedere in un appropriato sistema di impugnazioni” e che “qualunque altro rimedio rispetto a carenze nell’amministrazione della giustizia va esperito solo nei confronti dello Stato”.

Viene così tracciata una netta linea di demarcazione tra le rispettive aree dei codici etici, della responsabilità disciplinare e della individuazione dei rimedi per le carenze nell’amministrazione della giustizia.

Si tratta di una impostazione assai diversa rispetto a quella riscontrabile nella realtà italiana, dove sul sistema disciplinare convergono tre diverse domande, eterogenee tra loro, che non riescono a trovare validi sbocchi alternativi.

La prima è quella di reazione contro le violazioni deontologiche; il relativo giudizio è condotto con estremo rigore dal CSM, ma il problema si pone “a monte”, in quanto le inchieste amministrative non sempre riescono a rilevare tempestivamente i comportamenti meritevoli di sanzione, quando essi non si traducono in violazioni formali.

La seconda è quella di valutazione dei magistrati, sul piano del raggiungimento di determinati *standard* di attitudini e di merito, in vista dei successivi percorsi professionali; si tratta di una funzione che in altri paesi risulta completamente estranea al sistema disciplinare, essendo inquadrata in diversi meccanismi di selezione “in positivo”, senza risvolti sanzionatori.

La terza è quella di verifica della funzionalità degli uffici giudiziari e dell'organizzazione del lavoro giudiziario; si tratta di una funzione importantissima ma che avrebbe bisogno di un approccio “sistemico”, non limitato alla riduttiva analisi delle condotte dei singoli; in altri paesi, sono stati introdotti metodi di misurazione della *court performance*, incentrati sulla capacità dell'ufficio giudiziario di rispondere adeguatamente alle domande di giustizia presenti sul territorio.

Le eterogenee ma altrettanto importanti esigenze che oggi si concentrano sul sistema disciplinare richiedono un profondo ripensamento del ruolo dell'Ispettorato presso il Ministero della Giustizia, in termini coerenti con il ruolo costituzionale del Ministro, cui spettano “l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia” (art. 108 Cost.), senza alcuna sovrapposizione con le competenze del CSM.

Se si vogliono valorizzare sul serio le potenzialità dell'Ispettorato, occorre allontanarsi radicalmente da ogni riduzione della sua attività al formalistico riscontro di violazioni desumibili dalle “carte”.

La stessa composizione dell'Ispettorato, in cui sono presenti magistrati provenienti da esperienze giurisdizionali di alto livello, offre l'opportunità di ben diversi sviluppi. Il suo compito potrebbe comprendere:

- a) l'analisi del modello organizzativo effettivamente adottato nell'ufficio e della sua adeguatezza rispetto ai bisogni di giustizia presenti nel territorio di competenza;
- b) la proposta di soluzioni correttive, in modo da realizzare una circolazione di modelli organizzativi e di prassi virtuose tra diverse realtà giudiziarie;

- c) il rilievo di gravi violazioni deontologiche commesse da soggetti con tutte “le carte a posto” ma protagonisti di comportamenti fortemente discutibili sotto il profilo della effettiva indipendenza della funzione giudiziaria e della sua credibilità nel contesto sociale.

L'impostazione accolta dalla Magna Carta si ricollega alla consapevolezza che il tema della responsabilità del giudice non può essere eluso in una situazione storica caratterizzata da una vistosa espansione del potere giudiziario, ma non può neppure essere limitato alle forme di responsabilità di tipo giuridico (civile, penale, disciplinare), dovendosi piuttosto evolvere verso nuove forme di responsabilità sociale¹⁴.

La Magna Carta, peraltro, evidenzia la palese infondatezza dell'idea ricorrente secondo cui la estensione della responsabilità civile dello Stato nei confronti del cittadino per violazioni del diritto comunitario commesse da organi giudiziari di ultima istanza attraverso l'interpretazione delle norme giuridiche o la valutazione dei fatti e delle prove, richiesta dalla sentenza del 13 giugno 2006 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (caso Traghetti del Mediterraneo), implichi anche la introduzione dell'azione diretta nei confronti del singolo magistrato.

Si tratta, in realtà, di due piani per nulla sovrapponibili, in quanto ciò che la Corte di Giustizia ha inteso censurare è semplicemente la ridotta estensione della responsabilità dello Stato per danni arrecati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, senza imporre affatto un ampliamento della responsabilità civile del singolo giudice e, meno che mai, la previsione dell'azione risarcitoria diretta, la quale, anzi, si pone in netto contrasto con gli *standard* internazionali compendati nella Magna Carta e nella raccomandazione adottata nella stessa data del 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul tema: “i giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità”.

L'art. 22 della Magna Carta afferma che “non è corretto che il giudice sia esposto, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ad alcuna responsabilità personale, anche a titolo di rimborso dello Stato, tranne che in caso di dolo”. Dal canto suo, l'art. 22 della raccomandazione stabilisce che “soltanto lo stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale”.

¹⁴ Cfr. GUARNIERI, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in BIAVATI-GUARNIERI-ORLANDI-ZANON, *op. cit.*, pp. 65-66.

In sede internazionale, insomma, è ben presente la consapevolezza che nel 1984 induceva Rosario Livatino ad evidenziare “l’effetto perverso fondamentale che può annidarsi nella proposta di responsabilizzare civilmente il giudice: essa punisce l’azione e premia l’inazione, l’inerzia, l’indifferenza professionale. Chi ne trarrebbe beneficio sono proprio quelle categorie sociali che, avendo fino a pochi anni or sono goduto dell’omertà di un sistema di ricerca e di denuncia del reato che assicurava loro posizioni di netto privilegio, recupererebbero attraverso questa indiretta ma ancor più pesante forma di intimidazione del giudice la sostanziale garanzia della propria impunità”. Una condizione, questa, che risulterebbe sicuramente incompatibile con la evoluzione del ruolo del giudice e le domande che su di esso si addensano nel presente momento storico.

VINCENZO MAIELLO

IL 'POTERE' E I 'DIRITTI'
NEI CHIAROSCURI DELLA MAGNA CARTA DEI GIUDICI

1. La *Magna carta of Judges*, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) in occasione del 10° anniversario della sua costituzione, ambisce a definire – a livello comunitario – una sorta di statuto dei principi minimi a protezione dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, e di quanti la svolgono, entro una prospettiva di indirizzo programmatico espressamente inclusiva anche delle giurisdizioni costituzionali e di quelle previste dall'ordinamento dell'Unione.

La rilevanza della fonte da cui l'atto proviene e la sua stessa denominazione e tipologia formale concorrono a farne un 'manifesto', destinato ad ufficializzare le concezioni in tema di caratteri fondamentali della giurisdizione e ruolo dei giudici, dominanti nella magistratura europea e negli ambienti istituzionali della comunità.

È il caso di rilevare come la riferibilità a questi luoghi, di un documento che pure è prodotto della sola elaborazione di un gruppo ristretto di giudici, – sebbene possa generare perplessità in ragione dell'autocrazia della fonte – costituisce proprio quanto il Consiglio d'Europa ha inteso perseguire allorchè, istituendo quale suo organo il CCJE (unica struttura in ambito europeo composta esclusivamente da giudici), gli assegnò competenza in materia di indipendenza, imparzialità e ruolo dei giudici.

Questa assimilazione tra Charta e UE ha, peraltro, avuto uno sbocco anche sul piano formale. Nel giorno della pubblicazione dell'atto, infatti, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – in simmetria ai principi fissati dalla CCJE, ma temperandone talune forzature corporative – ha emanato la Raccomandazione CM/- Rec (2010) 12 “sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità”, con l'obiettivo di sostituire la previgente, e ben nota, Raccomandazione R(94)12 “sull'indipendenza, l'efficacia e ruolo dei giudici”, che, per oltre un quindicennio, aveva orientato le iniziative assunte in materia dal Consiglio.

Avendo, dunque, fatto ingresso nella vita politico-istituzionale dell'Unione, la Magna carta dei giudici si è consegnata allo spazio del confronto pubblico, ove ci si augura che torni ad essere protagonista una *ragione discorsiva*

capace di ricondurre la giustizia e le sue questioni nei binari di una plurale, ma rigorosa, cultura costituzionale.

Su queste basi, anche se solo nei confini limitati di un intervento circoscritto, rifletteremo sul senso della Carta nell'ottica del penalista: impegno per certi versi ostacolato dall'impostazione 'generalista' del documento e, dunque, dalla non automatica adattabilità delle sue *guidelines* ai paradigmi concettuali ed alle logiche di azione della giustizia penale.

2. Spiace rilevarlo, ma il bisogno di parlar franco, che è parte costitutiva di un'etica del discorso critico orientato a predicare la centralità dei diritti e l'effettività dei suoi meccanismi di tutela nella cornice dello Stato costituzionale, non ci consente di intravedere nell'impianto e nei contenuti del documento una tappa progressiva del dibattito in tema di giustizia, compiti della magistratura e qualità della giurisdizione.

L'impressione è che ciò rappresenti conseguenza di due fattori: da un lato, la de-contestualizzazione della Carta dal livello di complessità raggiunto dalla discussione pubblica sui problemi di legittimazione e funzionamento della giustizia a cui non hanno mancato di contribuire i pareri dello stesso CCJE, tra i quali vorremmo qui rammentare, per la profondità e l'ampiezza che lo denota, quello n. 11 del 18 dicembre 2008 sul tema della "qualità delle decisioni giudiziarie". Dall'altro, la collocazione delle questioni dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici entro una prospettiva condizionata da pre-comprensioni corporativo/istituzionali, oltre che da una idea di giurisdizione non compiutamente armonica alla realtà della *democrazia costituzionale* ed alla configurazione *multilevel* del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Solo su queste premesse, riteniamo possano spiegarsi i *topoi* della Carta che appaiono espressione di cultura conservatrice. Tra essi, segnaliamo la mancanza di riferimenti sia al contesto costituzionale ove trova oggi posto il modello dello stato di diritto, sia al rango comunitario dei diritti fondamentali e del *due processo of law*; ma anche la dissimmetria quantitativa tra principi dedicati alla dimensione *soggettiva* dell'ordine giudiziario (così come alla tutela della proiezione solo *istituzionale* della sua indipendenza *esterna*) ed enunciati riferiti alla *funzione* giurisdizionale.

2.1. Il primo dato emerge dalla proclamazione di esordio del documento: "Il giudiziario è uno dei tre poteri di ogni stato democratico. Il suo compito consiste nel garantire la vera essenza dello stato di diritto e conseguentemente

assicurare l'applicazione della legge in una imparziale, corretta, giusta ed efficiente maniera".

Omettendo il necessario richiamo alla dimensione dello Stato costituzionale ed ai diritti fondamentali concepiti quali *apriori* degli apparati istituzionali, specie delle loro articolazioni 'autoritarie', gli estensori della Carta hanno perso un'occasione utile: *a*) per ribadire le ragioni profonde che situano il 'giudiziario' al crocevia delle dinamiche di funzionamento degli odierni ordinamenti di cultura occidentale; *b*) per inquadrare nei termini di una moderna teoria dello stato l'annosa *actio finium regundorum* tra politica e giurisdizione.

Se la Carta avesse delineato la propria architettura, muovendo dai caratteri effettivamente distintivi dello Stato di diritto (*diffusione* del potere e *differenziazione* del giuridico rispetto agli altri universi normativi¹) – e dall'evoluzione che essi hanno registrato in esito alla integrazione del costituzionalismo continentale di ascendenza giacobina con quello di matrice anglosassone – avrebbe, con consequenzialità conforme allo *Zeitgeist* contemporaneo, individuato la peculiarità funzionale del giudice nella sua soggezione alla legge 'conforme a costituzione' e al catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo.

Ove prescelta, tale prospettiva avrebbe lasciato affiorare, ad un livello ampio di generalizzazione, il carattere dialettico della funzione giurisdizionale, il suo essere, cioè, strumento di stabilizzazione della legge in armonia col quadro dei principi di rango sovraordinato: per un verso, motore che può attivare strumenti di neutralizzazione o correzione della legge (articolando, così, *discorsi sul diritto*²); per l'altro, esercizio di attività 'vincolata', nelle 'forme' e nei 'limiti' della Legge fondamentale.

È noto come, nell'orizzonte semantico del penalista, l'adesione a questa 'narrazione' resti subordinata all'orientamento *in bonam partem* del ricorso alle chiavi dell'interpretazione adeguatrice e della *quaestio legitimatis*: entrambi arnesi di sterilizzazione degli slittamenti autoritari del sistema, segnatamente di ridimensionamento degli eccessi punitivi, secondo una logica orientata a riaffermare il carattere giuridico della *lotta al delitto* (vincolato da regole ispirate alla cultura della 'proporzionalità' e dell'*umanismo* penale)³.

Senonché, quel carattere ancipite dell'attività giudiziaria appare occultato

¹ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, pp. 17 e ss., spec. 37 e ss., 41 e ss.

² L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 35

³ Fa eccezione, ben vero, l'ipotesi della sindacabilità delle *norme penali di favore*, nei termini chiariti da Corte Cost. n. 394/06.

nella trama precettiva della Carta, che ripiega, invece, su una definizione del rapporto tra legge e giurisdizione ‘buona per tutte le stagioni’ e, perciò, oggettivamente conservatrice. Sorprende che la CCJE non si sia fatta cassa di risonanza del processo di metamorfosi del diritto, in fase di pieno svolgimento nella temperie del nostro tempo. Un processo che ha già segnato l’eclissi del paradigma *neoclassico* di diritto – fondato sul nesso hobbesiano tra *ius* e sfera sovrana della decisione politica e sull’armonia stilistico/gerarchica del *Rechtsstaat*, nella configurazione datane dalla giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento – trasformandolo in un sistema *barocco*, ove l’intreccio multilivello delle fonti e la correlata espansione della giuridicità (*Verrechtlichung*) fanno assumere all’*applicazione giuridica* i tratti di autentica *Rechtsfindung* e mettono fuori gioco la metafora baconiana del giudice ‘leone seduto sotto il trono del principe’.

Dichiarare che compito del potere giudiziario è “*l’applicazione della legge in una imparziale, corretta, giusta ed efficiente maniera*” significa rispolverare quella antica ambiguità operativo/funzionale che ha permesso alla *iurisdictio*, nel corso della sua lunga storia pre-costituzionale, di ritagliarsi uno spazio all’ombra della legge, “dimostrando ad essa il più devoto degli ossequi” ma agendo “anche per discostarsi dalle scelte del potere politico quando non le consentono di svolgere a pieno quei compiti che nel sistema sociale le sono demandati”⁴.

Tralasciando valutazioni di portata teorico-generale e abbozzando, invece, un punto di vista interno alla *situazione spirituale* del penalista, reputiamo che quella concezione si lasci criticare per il suo mancato condizionamento da una effettiva ‘cultura del limite’, unica proiezione di *etica della giurisdizione* idonea a propiziare le prestazioni garantistiche (ma con risvolti anche ordinanti) del diritto penale, nella sua duplice funzione di *Magna Charta* e di strumento di concretizzazione di politica criminale.

Un giudice penale che non incorpori nei propri programmi d’azione tale coscienza metodologica non potrà concorrere all’ottimizzazione – quantunque solo tendenziale – del progetto penalistico della modernità, la cui cifra identitaria è data, per l’appunto, dalla sottoposizione della violenza istituzionale a criteri di *giustizia* ed a principi *materiali* di marcata selettività.

Sul piano della *law in action* e del suo *enforcement*, quella esigenza è progredita parallelamente alla accresciuta consapevolezza della struttura intrinsecamente ermeneutica dell’applicazione giudiziale del diritto: ipotecata da *pre-comprensioni* e contrassegnata da una conformazione a spirale che, nel segui-

⁴ Così, sia pure in riferimento ad altro contesto ricostruttivo, relativo al funzionamento della Cassazione durante il fascismo, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, Milano, 2003, p. 262

re un andamento analogico-circolare, conduce a continui e reciproci rimandi tra *fatto* e *norma*, esponendo quest’ultima a sempre nuovi tentativi di generalizzazione semantica.

Si tratta di un dato epistemologico che alcuna professione di fede giuspositivista e/o alcun atto di autorità possono esorcizzare o rimuovere e con cui, quindi, sono obbligati a confrontarsi anche i cultori di una disciplina *legicentrica*, quale il diritto penale.

Come conciliare, allora, l’irriducibile tasso di *costruttività con-formativa* della decisione giudiziale – sbocco inesorabile di un diritto a *giustiziabilità necessaria* – col patrimonio delle garanzie penalistiche, legate a quella razionalità idealtipica di matrice weberiana che assegna alla funzione orientativa della legge il compito di legittimare rimproveri *personali* ed implementare scopi di prevenzione?

Al quesito, Giovanni Fiandaca ha dato una risposta che corrisponde ad un programma (ad ampia articolazione) di difesa della legalità penale. In esso – oltre alla rifondazione del sistema nel segno dell’*extrema ratio*, e di una spiccata accuratezza denotativa della dimensione linguistico/espressiva dei tipi criminosi, ed in aggiunta ad una accentuata funzionalizzazione dei costrutti dogmatici alle esigenze della prassi – viene auspicata la riappropriazione da parte della giurisprudenza di una “cultura del limite”, o dell’autocontenimento: “*interiorizzando più profondamente il principio della divisione dei poteri* – aggiunge l’insigne maestro – *e, di conseguenza, sottoponendo a vaglio critico e problematizzando le sue crescenti vocazioni “sostanzialistiche”*”⁵.

Il carattere virtuoso della prospettiva sta, da un canto, nel raccordo che si verrebbe a realizzare tra piano epistemologico dell’applicazione normativa e rango deontologico della *lex parlamentaria*; dall’altro, nel protagonismo implicitamente riconosciuto alla *ragione democratica*: la legalità penale si ‘scopre’ traguardo raggiungibile tramite un’impresa collettiva, ove dottrina e giurisprudenza (non dovrebbero essere messe all’indice) se svolgono funzioni *fisiologiche* di precisazione integrativa del programma politico criminale puntualizzato nella legge.

Ci saremmo, allora, attesi – memori dell’elevata qualità di precedenti elaborazioni del CCJE – che la Magna Carta del giudice europeo avesse rivolto uno sguardo alla (questione della) effettività della legalità penale, vale a dire ad un tema in cui si riflette la perdurante attualità del monito jheringhiano a ‘lottare per il diritto’.

⁵ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 63

2.2. Come accennato, numerose sono le enunciazioni della Carta relative allo *status* di autonomia e all'indipendenza *esterna istituzionale* della magistratura, mentre oggettivamente 'povera' è la parte riservata al funzionamento della giurisdizione, nelle declinazioni di qualità scandite dai doverosi parametri costituzionali.

Nel documento il termine *independence* viene impiegato sia come sinonimo di autonomia (predicato, cioè, dell'organizzazione della funzione giurisdizionale), sia in una accezione ampia che ricomprende tanto l'indipendenza *esterna* dell'apparato giudiziario, quanto quella *interna* del singolo giudice⁶. L'una espressione della separazione dei poteri, l'altra manifestazione del principio di uguaglianza dei cittadini.

La preponderante attenzione dedicata ai profili dell'autonomia e dell'indipendenza esterna di tipo *istituzionale*, nonché l'assenza di ogni richiamo all'indipendenza esterna funzionale tradiscono una certa venatura corporativa del documento o, quanto meno, la preoccupazione – di stampo soprattutto ideologico – di salvaguardare un assetto complessivo e generale dei poteri, piuttosto che il piano – storicamente condizionato – dei fattori da cui dipende il grado di contiguità del singolo pronunciamento giudiziario ai livelli, assiologicamente 'garantiti', di verità e giustizia.

In particolare, la Carta insiste affinché l'indipendenza sia "*garantita dagli altri poteri dello Stato, da coloro che cercano giustizia, dagli altri giudici e dalla società in generale*", affermando, a tal fine, che lo "*Stato e ciascun giudice sono responsabili per la promozione e la tutela dell'indipendenza della magistratura*". Specifica, poi, che l'impegno a proteggere l'indipendenza della magistratura dovrebbe riguardare gli aspetti del reclutamento, nomina, pensionamento, promozioni, inamovibilità, formazione, immunità, remunerazione e finanziamento; segnatamente, avvertendo che allo scopo "*di evitare improprie influenze, i giudici dovrebbero ricevere una adeguata remunerazione e agli stessi dovrebbe essere assicurata un adeguato sistema pensionistico*".

Ferma l'assoluta condivisibilità di tali linee di azione – peraltro ampiamente implementate nell'ordinamento italiano – osserviamo come esse appartengano ad aspetti meramente *istituzionali* dell'indipendenza *esterna*, che attengono in prevalenza alle prerogative di *status*.

Nulla viene detto, invece, riguardo alla difesa dell'autonomia e dell'indipendenza *esterna funzionale* del potere giudiziario; esigenza viva ed attuale

⁶ In argomento, N. ZANON-F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2003, pp. 38 e ss.

specie in paesi, come il nostro, ove l'autonomia della potestà decisionale dei giudici in rapporto al contenzioso loro affidato (in altri termini, la *riserva di giurisdizione*) è stata di frequente scossa dal ricorso, da parte di legislativo ed esecutivo, a strumenti marcatamente invasivi quali: *a*) leggi che hanno introdotto fattispecie di *impunità retroattiva*, moltiplicando la panoplia delle figure atipiche di clemenza (sanatorie, condoni, scudi, regolarizzazioni) o utilizzando in chiave surrettizia le leggi interpretative, *b*) ispezioni ministeriali concernenti procedimenti penali *in itinere*.

Quanto all'assenza di riferimenti all'*indipendenza interna funzionale*, sarebbe ingenuo giustificarla⁷ con la considerazione che la sua tutela rappresenta il precipitato automatico di una ferrea salvaguardia dell'autonomia e dell'*indipendenza esterna istituzionale* della Magistratura.

In effetti, quest'ultima è solo condizione necessaria, ma non sufficiente della prima.

L'esempio italiano ancora una volta ne dà conferma.

Il nodo problematico si connette alla piaga del correntismo associativo ed all'influenza che esercita sulle dinamiche di funzionamento del CSM. Basti pensare ai risultati nefasti che produce la supremazia delle correnti e della connessa logica di appartenenza, tutte le volte che occorre decidere in materia di trasferimenti, destinazione dei magistrati alle varie funzioni e affidamento degli incarichi direttivi⁸.

2.3. Come già sottolineato, la Carta appare carente riguardo ai profili che concernono la relazione tra giudice ed esercizio della giurisdizione, con particolare riferimento alla qualità della decisione.

È questo il terreno di dominio dei principi di terzietà ed imparzialità, da un lato, e del giusto processo, dall'altro.

Quanto ai primi, ci saremmo aspettati, da penalisti, un riferimento alla questione dei rapporti interni ai soggetti pubblici della giurisdizione.

Negli ultimi anni, soprattutto grazie alle forti posizioni assunte dall'Unione delle Camere Penali ed al patrimonio di elaborazioni e proposte che le ha so-

⁷ Come sembrerebbe ricavarsi dal punto 4 della Raccomandazione CM/Rec (2010) 12, cit., ove è scritto che "*l'indipendenza del singolo giudice è salvaguardata dall'indipendenza della magistratura nel suo complesso e costituisce, in tal senso, un aspetto fondamentale dello Stato di diritto*".

⁸ In proposito, cfr. G. DI FEDERICO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: alcune delle sue più gravi disfunzioni*, Relazione alla Contro-inaugurazione dell'anno giudiziario dell'UCPI, L'Aquila, 28 gennaio 2010, pp. 5 e ss.

stenute, l'orizzonte riformistico della separazione ha acquisito uno spazio crescente di consenso, anche in ambienti della pubblica opinione che avevano espresso cautele e preoccupazioni.

Occorre convenire che in gioco è la legalità stessa del processo, misurata sul parametro di effettività delle sue garanzie: presunzione di non colpevolezza, diritto di difesa, contraddittorio per la prova configurano pezzi di una strategia orientata a realizzare le funzioni cognitive di garanzia del processo, la cui capacità di implementazione è legata in misura non trascurabile proprio a quei valori – quali l'eguaglianza delle armi tra accusa e difesa e l'imparzialità del giudice – che trarrebbero oggettivo giovamento da un regime di distinzione ed autonomia degli statuti organizzativi dei magistrati d'accusa e dei magistrati di decisione⁹.

Quanti hanno dimestichezza con i vissuti giudiziari sanno come l'unicità dell'ordine giudiziario favorisca prassi che traghettano il processo penale verso approdi autoritari.

Sanno, in particolare, come i condizionamenti che nascono dalla comunanza di *status*, dalla medesimezza delle forme di reclutamento, tirocinio, formazione, disciplina e dalla sottoposizione dei magistrati tutti agli identici organi di valutazione della loro professionalità e di avanzamento in carriera, favoriscano un'alterazione degli equilibri interni al rapporto tra le parti, sia nella fase delle indagini preliminari, sia nella gestione della prova dibattimentale.

Sanno, quindi, che i valori-cardine della terzietà e dell'imparzialità del giudice – pilastri del processo concepito quale istituzione di garanzia – rappresentano un modello normativo, che attende di essere ancora implementato nella pienezza delle sue implicazioni. Non è senza significato che di questa realtà si sia fatto interprete, all'inizio degli anni novanta del secolo passato, Giovanni Falcone il quale ascriveva agli impropri rapporti di parentela tra P.M. e Giudici la scarsa qualità del processo penale italiano¹⁰.

Colpisce, inoltre, che la Carta non contenga alcun rinvio alla CEDU laddove delinea il modello del giusto processo e non faccia neppure mai cenno alla figura del difensore; si manca, così, di sottolineare come la qualità della decisione sia il risultato di un procedimento a struttura dialettica, la cui capacità di prestazione è intimamente connessa ai saperi comunicati dalle parti antagoniste.

⁹ Sul punto *amplius*, O. DOMINIONI, *La separazione delle carriere*, in *questa rivista*, 2008, pp. 218 e ss.

¹⁰ G. FALCONE, Intervista a M. PIRANI, in *La Repubblica*, 3 ottobre 1991, p. 9.

Non è, allora, sufficiente proclamare che la formazione “è un importante elemento per garantire l'indipendenza dei giudici così come la qualità e l'efficienza del sistema giudiziario” (punto 8 della Carta), dovendosi avere necessaria consapevolezza che la capacità del processo di servire le esigenze della giustizia e del diritto sono funzioni anche dell'elevato livello di professionalità di ciascuno degli attori di quella vicenda.

Nella medesima prospettiva, sarebbe stato opportuno anche richiamare l'importanza che riveste la qualità della legislazione sull'agibilità del modello *equitable* di processo e ai fini della pronuncia di una decisione conforme agli *standards* della civiltà costituzionale¹¹.

La questione è nota e largamente frequentata ne è la modulazione argomentativa di supporto: non vi potrà essere alcun diritto giudiziario che sia *razionale rispetto agli scopi ed ai valori*, se tali predicati difettano nei programmi legislativi.

Ed allora, prima ed accanto agli appelli al potenziamento delle risorse organizzativo/materiali/strutturali dell'apparato, occorre una svolta radicale nelle politiche del diritto penale: arrestandone la bulimia e sforzandosi di costruire le figure di reato nell'ottica delle connotazioni garantistiche del processo e delle sue pretese atletico/cognitive.

3. Da ultimo, la nostra attenzione è stata colpita da talune affermazioni della Carta che sembrano scandire un discorso eccessivamente orientato in termini autoreferenziali o, se si vuole, di ‘patriottismo magistratuale’.

Pensiamo all'auspicio affinché si creino CSM composti “*esclusivamente da giudici o da una sostanziale maggioranza di giudici eletti dai loro colleghi*” (enunciato a cui la Raccomandazione CM/- Rec (2010) 12, ha, nel punto 3, opposto una versione meno corporativa) ed a quello secondo cui i principi deontologici, cui sottostanno le azioni dei giudici, “*dovrebbero essere redatti dagli stessi giudici*”.

Parimenti, reputiamo che sintomatiche di una certa ‘timidezza’ nella edificazione di una solida cultura della responsabilità siano le previsioni racchiuse ai punti 21 e 22.

¹¹ Si sofferma su questo aspetto, il parere n. 11 del 18 dicembre 2008 del CCJE.

Interviste

INTERVISTA A ERNESTO LUPO
PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di ETTORE RANDAZZO

L'intervista si è svolta il 17 dicembre 2010 presso l'Ufficio del Primo Presidente della Corte di cassazione. Ha presenziato, per volontà del Presidente Lupo, il Consigliere Francesco Ippolito, Segretario Generale della Corte di cassazione e magistrato della sesta sezione penale. L'intervista dà conto anche dei suoi preziosi interventi.

DOMANDA: *La Corte di cassazione, soprattutto a causa del sovraccarico di ricorsi, soffre di una serie di problemi. Quali sono i più gravi? Quali iniziative si adotteranno per farvi fronte?*

RISPOSTA: Il sovraccarico di ricorsi c'è, ed è indiscutibile, perché sono tanti i ricorsi che vengono presentati sia in penale che in civile. I problemi sono diversi per la cassazione civile rispetto a quella penale, e quindi le iniziative sono un po' differenziate. Per il penale, in sintesi, non abbiamo problemi di tardività rilevante della giustizia; abbiamo più problemi di qualità. Allora su questa linea credo che uno sforzo sia quello di rendere più incisivo il ruolo delle sezioni unite penali. Sotto un duplice aspetto: innanzitutto, farle intervenire in un maggior numero di casi; e soprattutto le stesse sezioni unite dovrebbero farsi carico di rilevare quali siano i contrasti più rilevanti e di maggiore frequenza e muoversi di propria iniziativa sollecitando alla sezione competente il loro intervento appena si presenta la questione in un ricorso. Secondo aspetto: occorre una maggiore uniformità non tanto delle singole soluzioni, quanto dei ragionamenti che portano alle soluzioni stesse; e questo secondo obiettivo ritengo che si possa raggiungere con una maggiore costanza nelle presidenze delle sezioni unite penali. Salvo impedimenti, cercherò di presiederle tutte.

D.: *I tempi della nostra giustizia sono notoriamente lunghi. La produttività della Suprema Corte muta da sezione a sezione. Quali ne sono le ragioni?*

R.: La produttività muta da sezione a sezione? Questo era vero l'anno scorso.

Indubbiamente la seconda penale aveva una pendenza molto accentuata rispetto ad altre sezioni. Debbo dire che, guardando la situazione al 30 novembre (ho davanti a me i dati aggiornati al 30/11/2010), la pendenza delle diverse sezioni non è molto differenziata, perché ci muoviamo tra i 2138 procedimenti della sezione quarta, che a quella data è la meno oberata, ed i 3186 della quinta sezione, che è la più oberata; quindi, non c'è una grossa diversità da sezione a sezione. Tenuto conto della capacità di smaltimento di ogni sezione, che è per lo più di 400 ricorsi esauriti al mese, la pendenza è tale da esaurirsi in sei-sette mesi, escluso il periodo feriale. Questi tempi non mi sembrano critici, né mi pare rilevante la diversa produttività delle sezioni; la terza, prima della mia presidenza, toccava i punti più bassi; adesso è aumentata la sua competenza, e ha registrato una criticità in relazione al ridotto numero dei magistrati presenti; per questa ragione si trova all'estremo opposto. Però, mi pare che la differenza non sia rilevante rispetto ai tempi: nel settore penale la Cassazione può vantare una situazione positiva (che non mancherò di rilevare nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario); mi pare che ciò debba essere segnalato perché in genere l'opinione pubblica accomuna tutto nei ritardi della cassazione, cioè addebita al penale la realtà esistente sul versante civile. Bisogna riconoscere che i colleghi penalisti lavorano con tale efficienza da non avere pendenze.

D.: *Ritiene che per favorire lo smaltimento delle pendenze debba intervenire anche il Legislatore? Come?*

R.: Indubbiamente noi abbiamo un numero di ricorsi spaventoso, perché quarantacinquemila ricorsi (penali soltanto) all'anno sono un'enormità per una suprema Corte. Quando riferiamo questi numeri ai colleghi stranieri delle altre Corti supreme, non ci credono. E allora cosa fare per lo smaltimento delle pendenze? Tenendo conto dell'art. 111 della Costituzione che certo lo consente, si potrebbe eliminare la possibilità dell'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione. È chiaro, infatti, che non lo propone l'imputato, bensì il difensore non abilitato. Ed è certo che un afflusso maggiore di ricorsi deriva proprio da questa possibilità. Ad esempio, in Francia, dove sono consentiti i ricorsi civili anche in materia di lavoro, hanno recentemente precluso alla singola parte priva di difensore di accedere in cassazione per controversie nella materia civile; e vi sono meno di cento studi di avvocati abilitati a proporre ricorso civile per cassazione.

D.: *Per la sua esperienza, presidente, questi ricorsi a firma dell'interessato sono redatti in buona parte dall'interessato o gli autori sono sempre avvocati che non possono firmare? Si capisce o no?*

R. Secondo me gli autori dei ricorsi sottoscritti dalla parte sono per lo più difensori non abilitati a difendere in cassazione.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Si tratta di un numero consistente del totale dei ricorsi iscritti, all'incirca il 20 per cento. Sono impugnazioni in gran parte definite con rigetto o dichiarazione di inammissibilità, prospettando doglianze di merito senza individuare vizi di legittimità. L'esperienza consente di capire facilmente se il ricorso è fatto da un avvocato non abilitato oppure dalla parte personalmente, anche se le soggettive impressioni non possono trasformarsi in dato statistico. La mia sensazione è che i due terzi dei ricorsi cosiddetti personali sono fatti da avvocati non abilitati. È una questione rilevante, perché concorre ad accrescere inutilmente il carico della Corte, ma anche perché costituisce un fenomeno di concorrenza sleale e di evasione di imposta a danno degli avvocati cassazionisti. Sarebbe necessario un sollecito intervento del legislatore.

Ma il Presidente Lupo ci stava parlando dell'esperienza francese ...

PRESIDENTE LUPO: Sì, in civile gli studi di avvocati abilitati a proporre ricorso per cassazione sono meno di cento; però in penale ogni imputato può presentare ricorso di persona. Nondimeno, anziché avere i 45.000 ricorsi che abbiamo noi (oltre 51.000 nel 2010), loro ne hanno 8000 l'anno, come ci diceva recentemente il Presidente Lamanda della Corte di cassazione francese.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Un dato rilevante è che un ricorso penale viene definito dalla cassazione francese mediamente in quattro mesi, da noi in sette. Già questa accelerazione dei tempi scoraggia chi vuole soltanto dilazionare il passaggio in giudicato delle sentenze.

AVV. RANDAZZO: Per la verità, sappiamo bene che in Corte di cassazione è molto difficile che i reati si prescrivano ...

CONSIGLIERE IPPOLITO: Cerchiamo di capire quali possono essere le cause di questa differenza. Poiché anche in Francia il ricorso può essere fatto dalla parte personalmente, occorre individuare qualche altra spiegazione. In primo luogo, contumaci e irreperibili in Francia non ricorrono. È già una consistente fetta percentuale che viene tagliata in radice. In secondo luogo, il ricorso alla Corte di cassazione penale francese sospende la prescrizione. Il che significa che non si può contare sui tempi del processo di cassazione per lucrare il tempo utile alla prescrizione. C'è un altro aspetto da considerare: in Francia come in Italia i ricorsi personali delle parti sono la minoranza (per quanto non irrilevante, come dicevo prima). Ciò significa che la gran parte dei ricorrenti ha bisogno di un avvocato cassazionista. Qui interviene la selezione del mercato. Quanto costa uno dei circa 100 avvocati francesi abilitati all'esercizio delle corti supreme? Noi abbiamo 40.000 avvocati iscritti; ammettiamo pure che non più di 10.000 esercitino nel settore penale, rimane una abissale differenza tra Francia e Italia. E c'è una rilevante differenza tra l'onorario medio di quei cento avvocati cassazionisti francesi e quello medio dei 10.000 cassazionisti italiani. In Francia c'è dunque una selezione di tipo economico che scoraggia moltissimo i possibili ricorrenti. In sintesi: la sospensione della prescrizione, i tempi (relativamente) più veloci della giustizia penale francese, il maggior costo economico del difensore fanno la differenza tra la situazione italiana e quella francese. La conseguenza è che in Francia ci sono 8.000 ricorsi, in Italia oltre 50.000!

PRESIDENTE LUPO: E a proposito di numeri, nella statistica di novembre, facendo un confronto fra il 2009 e il 2010 a fine novembre, considerando quindi lo stesso periodo temporale, risulta che, con riferimento alla situazione del penale, l'anno scorso eravamo arrivati a 43.619 ricorsi, mentre quest'anno siamo a 46.918, quindi quasi 3.330 in più. A fine anno i ricorsi presentati sono stati 51.137 (47.000 nel 2009).

D.: *Come valuta il contributo offerto alla giurisprudenza della Suprema Corte dai giudici che provengono dall'avvocatura e dall'università?*

R.: Nel settore penale non abbiamo quasi consiglieri che provengano dall'avvocatura e siano stati nominati per meriti insigni. I consiglieri che provengono dall'avvocatura (che poi non sono tanti, a dire la verità) sono addetti al civile; qui abbiamo avuto casi estremi: c'è stato un consigliere addi-

rittura dispensato dal servizio, seppure con valutazione che poi il T.A.R. ed il Consiglio di Stato hanno annullato. Comunque, alcuni valgono poco mentre altri danno un grosso apporto alla Cassazione. Qualcuno nella sezione tributaria, nella sezione lavoro; anche alla terza civile abbiamo avuto avvocati divenuti consiglieri per meriti insigni che sono stati molto utili. C'è stato un avvocato di Messina che è stato destinato al penale dal mio predecessore dopo che aveva fatto per trent'anni l'avvocato civilista: si è adattato al penale e adesso sta alla terza penale. Quanto all'università, in prevalenza gli avvocati nominati sono docenti universitari nelle materie civilistiche.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Forse si può aprire una parentesi in questo discorso per aggiungere qualche altra considerazione. Ha poco senso affidare il controllo di legittimità in penale (ché questo è poi il compito principale della Cassazione) a chi nei trent'anni precedenti s'è occupato di diritto civile (e viceversa ovviamente). E questo vale sia per gli avvocati e i professori, nominati consiglieri per meriti insigni, sia per i magistrati. Tant'è che nell'ultima assegnazione fatta nell'autunno scorso dalla prima presidenza dei 43 magistrati che sono stati selezionati (stavolta prima dalla commissione tecnica e poi dal CSM) per la stragrande maggioranza è stata valorizzata l'esperienza pregressa: i civilisti che chiedevano di andare a fare giurisdizione civile sono stati assecondati e questo criterio, utilizzato per i magistrati, credo che diventerà per la presidenza il criterio per l'assegnazione degli avvocati nominati per meriti insigni.

D.: *Ci sono in programma iniziative che tengano conto dei disagi evitabili a cui vanno incontro i difensori (ad esempio, il divieto di entrare in aula prima che inizi l'udienza, quale che sia la temperatura esterna e a differenza del sostituto Procuratore Generale; l'attesa che la Corte celebri anche i processi in cui non sono presenti difensori, ciò che avviene frequentemente in udienza camerale, che spesso viene ultimata anche in assenza degli avvocati interessati prima di iniziare l'udienza pubblica)?*

R.: I disagi degli avvocati. Per la mia esperienza nella terza penale, gli avvocati in aula potevano entrare nel momento in cui l'aula si apriva; l'ingresso non era riservato solo al Procuratore Generale, entravano tutti insieme. Alla terza mi pare che sia ancora così: entrano insieme avvocati e Procuratore Generale al momento in cui si apre l'aula. Quello che, inve-

ce, avviene frequentemente è che le udienze in camera di consiglio, per disposizioni interne, si fanno prima di quelle pubbliche. Si esaurisce la camera di consiglio e poi si fa l'udienza pubblica. Io ho provato, stimolato da questa domanda e da un avvocato che mi ha scritto una mail in cui si lamentava di questa precedenza, ma i presidenti delle singole sezioni mi dicono che, per ragioni di ordine dell'udienza, preferiscono finire la camera di consiglio. Certo, il problema è accentuato dal fatto che non abbiamo sale d'aspetto.

CONSIGLIERE IPPOLITO: È doveroso trovare una soluzione, ma per farlo bisogna affrontare gravi problemi logistici. Lei, che frequenta questo palazzo di giustizia da tanti anni, vede i consiglieri sempre tutti assieme nei collegi, perché nessun magistrato – eccettuati taluni incaricati di un particolare ruolo organizzativo – ha un luogo, dove andare a svolgere il suo lavoro, diverso dall'aula di udienza. Ogni sezione ha poi dei cameroni, dove a volte un otto-dieci magistrati cercano di arrabattarsi, contendendosi armadi o qualche scrivania. Gli uomini di governo che sollecitano una maggiore presenza di magistrati in questo palazzo dovrebbero avvertire il dovere di assicurare non dico una stanza, ma almeno una scrivania ad ogni consigliere. L'esigenza di trovare i locali c'è, per tutti, e noi abbiamo da decenni un contenzioso per i locali utilizzati dal Consiglio dell'Ordine Forense di Roma, contenzioso risolto da una sentenza del Consiglio di Stato, che oggi rischia di essere travolta da una legge. Se il Governo, invece di dare parere favorevole all'emendamento che cancella la sentenza del Consiglio di Stato, si preoccupasse di trovare una soluzione (cioè una sede adeguata per il Consiglio dell'Ordine, fuori da questo edificio, ma in luogo altrettanto centrale), si potrebbe non solo risolvere tutti i problemi degli avvocati che attendono nei corridoi, ma tanti altri problemi. Per intanto, però, credo che la soluzione di buonsenso da lei prima invocata (e che riguarda l'uso dell'auletta di camera di consiglio da parte delle sezioni che ne dispongono, con la conseguente accoglienza in aula degli avvocati che attendono il loro turno) sia da realizzare in tutti i casi in cui ciò è concretamente possibile.

AVV. RANDAZZO: Si potrebbero sollecitare i presidenti a tener conto di esigenze logiche, almeno quando è possibile. Ad esempio, fare prima tutte le camere di consiglio, anche quelle relative a ricorsi per cui non sono presenti gli avvocati, non mi sembra ragionevole. Rimaniamo per ore fuori dall'au-

la, che – tra l'altro – d'inverno è l'unico locale riscaldato. Peraltro, è anche la dignità della nostra funzione ad esigere ...

PRESIDENTE LUPO: Bisognerebbe attrezzare un ambiente per l'attesa dei difensori.

CONSIGLIERE IPPOLITO: La cosa non è semplicissima, perché bisognerebbe attrezzare più ambienti in luoghi diversi. Non è agevole chiamare prontamente dalla prima sezione penale l'avvocato che si trova magari in una stanza dalla parte opposta, nei presi alla sesta sezione.

AVV. RANDAZZO: basterebbe un usciere che avverta l'avvocato che sta per essere chiamata la sua causa

CONSIGLIERE IPPOLITO: Soluzione in teoria agevole! Ma dal 15 ottobre scorso non abbiamo più neppure gli ufficiali giudiziari per chiamare le cause.

PRESIDENTE LUPO: Comunque lei segnala un problema che esiste, non posso negarlo. Tenteremo di risolverlo.

D.: *La maggior parte dei ricorsi, in sede penale, viene dichiarata inammissibile dalla settima sezione. Tantissimi altri subiscono la stessa sorte all'esito del giudizio nelle altre sezioni. Indubbiamente, troppi ricorsi sono redatti in maniera poco professionale, se non sciatta. Ciò contribuisce ad elevare in maniera abnorme la pendenza, e dunque ad appesantirne lo smaltimento. Di certo, s'impone una maggiore professionalità degli avvocati, e le rappresentanze forensi si stanno battendo da tempo per ottenere, con la riforma della legge professionale, anche una seria specializzazione. Capita, d'altra parte, di leggere decisioni della Corte afflitte da palese superficialità: le impugnazioni vengono non di rado liquidate con scarse formule di stile. Inoltre, è davvero difficile capire quale sia nell'applicazione giurisprudenziale la differenza tra rigetto e inammissibilità del ricorso. Naturalmente (salvi i casi eccezionali di cui all'art. 625 bis) le decisioni non possono esser censurate. Ritiene che una valutazione qualitativa dei ricorsi e delle sentenze, anche da parte degli organi disciplinari competenti, sarebbe praticabile? E utile? Un'eventuale segnalazione in tal senso da parte del difensore sarebbe presa in considerazione? In quali casi e con quali limiti?*

R.: Il livello delle sentenze è una cosa estremamente opinabile. Che ci sia qualche caso estremo di sentenza non motivata in maniera adeguata, questo sono prontissimo a riconoscerlo. Però, se inseriamo la possibilità di intervento da parte degli organi disciplinari, credo che andiamo ad innescare un meccanismo che produrrà falconi di esposti contro i magistrati. Se c'è qualche errore, l'art. 625 bis c.p.p. serve a questo.

Mi sono stati segnalati due casi di sentenze civili in cui l'avvocato lamentava la mancanza di professionalità. Un certo meccanismo di richiamo nei confronti del collegio, del presidente, del relatore, l'ho innescato. Ma se siamo al di fuori del 625 bis segnalare che c'è una sentenza al di sotto del livello minimo di professionalità può dare adito ad una mole di proteste il cui esame determina un lavoro aggiuntivo per la Corte. I problemi vanno soprattutto prevenuti. Io credo che se si fa una selezione dei consiglieri di cassazione più attenta (come quella che è stata fatta con l'ultimo concorso in cui si è attuata l'innovazione legislativa, di una commissione ad hoc) al livello tecnico di chi fa la domanda, ciò poi consente di prevenire questi problemi. Altrimenti, prevedere un meccanismo disciplinare su tutti i casi in cui un avvocato ritiene che la sentenza non raggiunga il livello, secondo me significa veramente prevedere una quantità di lavoro a cui non possiamo far fronte.

CONSIGLIERE IPPOLITO: A parte la quantità di lavoro, temo che sarebbe un meccanismo istituzionalmente scorretto. Per un verso, rischierebbe di trasformare il giudizio disciplinare in quarto grado di giudizio. Per altro verso, innescherebbe una valutazione tendenzialmente autoritaria da parte di un organo estraneo al circuito delle impugnazioni. Occorre invece puntare sulla prevenzione, sulla selezione, sulla cultura, sulla formazione. L'esercizio del diritto di critica (quella che avviene da parte degli avvocati, dei giuristi, delle riviste, dell'opinione pubblica informata) mette in moto un meccanismo di ripensamento, di autocoscienza, di consapevolezza. Un magistrato deve sapere che se "tira via", la collettività dei giuristi, fatta dagli avvocati, dai professori, dagli altri magistrati, e da tutti quelli che leggono e scrivono le riviste giuridiche, perviene a conclusioni che involgono anche la professionalità dell'autore delle sentenze e la credibilità della stessa giurisdizione.

PRESIDENTE LUPO: Anche qui il numero non si deve perdere di vista. Quando io ho fatto il penale (e non l'avevo mai fatto in Cassazione, se non negli

ultimi cinque anni) ho constatato che ogni consigliere va in udienza con 10/12 ricorsi, e certi magistrati bravi, non tutti sono così, facevano alcune volte sentenze davvero ammirevoli. Se ci fossero pochi ricorsi, si potrebbe allora pretendere un livello qualitativo elevato.

AVV. RANDAZZO: Se si componessero i collegi con tre magistrati anziché cinque, dato che in realtà quasi sempre soltanto in due conoscono la causa, Presidente e Relatore ...

CONSIGLIERE IPPOLITO: Se a decidere fossero tre magistrati anziché cinque, si realizzerebbe soltanto un spreco di risorse personali e materiali. Avremmo meno magistrati che scrivono sentenze, e ci sarebbe bisogno di più presidenti, di più aule, di più cancellieri, mentre già oggi scarseggiano le risorse per pagare lo straordinario al personale amministrativo che supera l'orario giornaliero ordinario.

PRESIDENTE LUPO: Io credo di essere un presidente che lavora normalmente, ed occupo tutto il tempo lavorativo nello studiarli i ricorsi, facendo anche le ricerche, e nel leggere le sentenze (e me le leggo rifacendo qualche sentenza che non va). Se prevediamo un altro presidente, esso è un'unità sprecata perché oggi in un collegio quattro lavorano e uno prepara, controlla e rivede. Sostanzialmente, invece, se facciamo due collegi sono sempre quattro consiglieri che lavorano, non più di quattro. Abbiamo 2 presidenti che rivedono. Quindi qual è il vantaggio? È uno svantaggio.

AVV. RANDAZZO: Il vantaggio potrebbe essere che normalmente, salvo in casi di puro diritto la cui questione appassioni tutti, io credo che si finisca poi con il seguire la discussione e discutere a propria volta in camera di consiglio solo in due; gli altri forse sono sprecati.

PRESIDENTE LUPO: Io farei sentire all'esterno, non dico tutte ma parecchie camere di consiglio. Peccato che non si può, perché non potete immaginare voi avvocati l'approfondimento che, secondo la mia esperienza, si fa sui ricorsi. Anche sui vizi di motivazione. Anzi tante volte gioca il parere di un consigliere che è più favorevole all'accoglimento, mentre un altro è meno favorevole; e allora sul vizio di motivazione si va a vedere in concreto qual è questo vizio. C'è una partecipazione davvero collegiale alla decisione, almeno in via normale.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Avvocato Randazzo, ci conosciamo da tanti anni; pur avendo avuto ruoli diversi, ci siamo sempre reciprocamente stimati. La prego di credermi, parlo per esperienza della mia sezione (sono alla sesta penale dal 1992): il collegio è cosa reale, effettiva, chiunque sia il presidente. La discussione e la decisione sono collegiali anche per processi che talvolta non appassionano intellettualmente a causa, per usare un eufemismo, del livello giuridico delle questioni sollevate. Si discute e si decide collegialmente, mi creda. La riprova è nel fatto che mediamente il dibattimento con gli avvocati si chiude verso le ore 13-14. La lettura dei dispositivi avviene mediamente verso le 19-20, dopo 6-7 ore di camera di consiglio.

PRESIDENTE LUPO: Ma lo sa qual è invece il caso in cui si discute di meno? Può sembrare strano, l'ho visto alla terza. Quando si applica una legge speciale anomala e non conosciuta. Allora bisogna conoscere tanti dati normativi: il relatore si è studiata la questione, che è stata studiata anche dal presidente; gli altri tre componenti si limitano a seguire il ragionamento senza possibilità di un apporto costruttivo. Ecco, questi sono i casi in cui c'è meno apporto del collegio; però anche lì se si è in cinque è più facile che si trovi qualcuno che quella legge l'ha applicata in un altro caso e che quindi conosce la legge ed è capace di intervenire attivamente e controllare il ragionamento che fa il relatore. La valutazione dei vizi di motivazione è molto seria in penale, ove molte volte (come nei reati sessuali) è da fare soprattutto una valutazione della motivazione. Si verifica quali sono gli elementi per cui è stato condannato o per cui è stato assolto. Se l'avvocato ha toccato dei punti critici, magari uno dei cinque dice: "che gli rispondiamo a questo avvocato se accogliendo la proposta del relatore e del presidente, rigettiamo il ricorso?". Quindi davvero si ha un apporto dell'intero collegio.

D.: *Come mai, a fronte dell'elevato numero delle sentenze a sezioni unite civili, quelle a sezioni unite penali sono assai meno?*

R.: Dipende dalle competenze diverse. Le sezioni unite civili hanno competenze proprie: i ricorsi contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per motivi di giurisdizione, le impugnative dei Tribunali regionali delle acque, le impugnative in materia disciplinare di magistrati e avvocati, quindi avverso le decisioni del Consiglio Superiore e del Consiglio Nazionale Forense. Invece, in penale ci sono solo i contrasti. Cercherò di portare più processi alle sezioni unite penali, stimolandone l'intervento su qualche questione, tenendo conto di quelle in cui c'è un con-

trasto piuttosto vivo da risolvere. Però oggettivamente la situazione è diversa per le diverse competenze: ecco perché i numeri delle sezioni unite civili sono elevati e quelli delle sezioni unite penali sono bassi.

D.: *Sul piano del diritto penale sostanziale la giurisprudenza della Corte sembra orientata ad avallare sistematicamente interpretazioni estensive se non analogiche. C'è il rischio che la giurisprudenza, nell'assecondare la domanda di giustizia, si ponga in tensione con il principio della separazione dei poteri?*

R.: Non posso non dire che la domanda tocca un punto reale. Guardi, senza violare il segreto della camera di consiglio, alle sezioni unite penali di ieri che ho presieduto c'era una questione di penale sostanziale. C'era una tesi legata all'applicazione della norma nella sua lettera, e un'altra tesi si muoveva verso un'applicazione estensiva, perché l'applicazione letterale avrebbe determinato disparità di trattamento: un caso meno grave verrebbe trattato con una sanzione più elevata. Quindi alternativa: o solleviamo una questione di legittimità costituzionale oppure interpretiamo estensivamente la norma. Si è votato cinque a quattro. In definitiva, il problema c'è, non posso dire che non ci sia.

CONSIGLIERE IPPOLITO: È un problema reale. Si confrontano e a volte si scontrano esigenze altrettanto reali, che dipendono da complicazioni legislative, dal linguaggio normativo che sembra, a volte, aver perso la bussola dei principi fondamentali, a cominciare da quelli di tipicità e tassatività, i principi fondamentali di un diritto penale da stato di diritto democratico liberale. A volte la necessità della tipicità e della tassatività (e quindi il divieto di analogia, ma anche la doverosa cautela verso certe interpretazioni estensive che possono lambire l'analogia, qualche volta valicandola) si scontra con l'esigenza – come diceva il presidente Lupo – di interpretazioni che non vadano a finire in paradossi per lo stesso soggetto o in interpretazioni discriminatorie. Perché non sempre il problema è: questo fatto, a seconda di come interpreti, restrittivamente o estensivamente, è reato o non è reato. Questo è il dilemma più semplice. Il problema è complicato quando, a seconda dell'interpretazione, restrittiva o estensiva, un determinato fatto integra un certo reato oppure un altro reato. Non si tratta di decidere tra “bianco o nero”, ma di valutare il “grigio”: il fatto non integra il reato A, bensì il reato B. A volte il criterio restrittivo, quello più ancorato alla lettera della legge, paradossalmente è quello che rischia

di determinare ingiustizia. Recentemente la Corte è stata criticata perché ha ritenuto non estensibile al direttore dei siti internet la responsabilità dei direttori del giornale stampato. Dietro un *nome de plûme*, un direttore, che probabilmente ha scarsa dimestichezza con la cultura liberale e costituzionale, di un autorevole quotidiano ci ha irriso come gente dell'800, che non sa che il giornalismo non si fa più con la penna e la carta, ma con internet. La Corte, negando l'estensione della responsabilità del direttore della carta stampata al direttore del sito internet, ha mantenuto fermo il principio sacrosanto di tipicità della fattispecie penale. Estendere quella responsabilità è compito del legislatore.

PRESIDENTE LUPO: Al contrario, per l'inquinamento elettromagnetico, alla cui problematica ho partecipato da protagonista, dato che la sentenza l'ho firmata io, si è fatta una lettura evolutiva dell'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose), norma chiaramente legata al vaso di fiori etc., quando ancora non c'era l'elettromagnetismo. La si è, ora, applicata all'inquinamento elettromagnetico.

AVV. RANDAZZO: Un'analogia *in malam partem* ...

PRESIDENTE LUPO: La sentenza parla di interpretazione estensiva, ovviamente. Si è fatta un'operazione opposta, criticabile nel senso opposto, rispetto a quella della diffamazione a mezzo internet. Il problema esiste tantissime volte e non lo si risolve neanche in maniera uniforme: è un discorso legato alla situazione dei vari collegi.

CONSIGLIERE IPPOLITO: È un problema legato a questioni più profonde di cultura, non solo nostra di giuristi, ma di cultura generale. Certe derive sono effetti del panpenalismo imperante, non ostante si continui, a parole, a invocare diritto penale minimo e la depenalizzazione. Sono la conseguenza di una cultura (o forse di un'incultura) diffusa, secondo cui per punire o rimediare a un danno c'è solo la sanzione penale: quando la fattispecie penale non è esattamente delimitata e specificata, la pressione sociale e la tendenza panpenalistica, a volte emergenziale e repressiva, si fanno sentire con maggior forza. Basti pensare alla spinta dei mass-media a trasformare l'omicidio colposo da incidente stradale in omicidio doloso. Quel che è peggio, è che la stessa incultura mass-mediatica preme anche sulle regole del gioco, sugli strumenti processuali, al punto che trasforma la presunzione d'innocenza in presunzione di colpevolezza (nei telegior-

nali si parla sempre di *presunto terrorista, presunto assassino...*) e chiede ai giudici di farsi carico, nel decidere sulle misure cautelari personali, di esigenze di ordine pubblico o di allarme sociale.

PRESIDENTE LUPO: Nel caso dell'inquinamento elettromagnetico c'era la questione di applicare la sanzione amministrativa o invece la sanzione penale; e anche nel caso di cui si sono occupate le sezioni unite ieri si è applicata solo quella amministrativa e non quella penale. Le pronunzie che devono occuparsi di questo problema reale vengono spesso criticate.

AVV. RANDAZZO: Io temo che però a volte, anche per risolvere problemi "pratici", dalla ragionevole durata all'insufficienza degli organici, si sconfini. Secondo una decisione a sezioni unite ormai datata e secondo la giurisprudenza ormai costante, il tribunale della libertà deve depositare soltanto il dispositivo entro i dieci giorni previsti dal comma 10 dell'art. 309 c.p.p. (la cui violazione rende inefficace l'ordinanza custodiale); la motivazione potrà depositarsi senza limiti temporali, e a volte passano parecchi mesi. Come ben sapete, il sacrosanto diritto di impugnare il provvedimento dell'organo del riesame viene così sospeso fino al deposito della motivazione, e ciò anche quando l'interessato si trova in stato detentivo. Qui non si tratta più di interpretare; per risolvere un problema reale, è noto che i tribunali della libertà sono oberati, non si possono pregiudicare le garanzie della persona ...

PRESIDENTE LUPO: Nel caso che lei fa potremmo pure accettare che il termine di dieci giorni vale per tutto il provvedimento, non solo per il dispositivo, ma dovremmo accontentarci di motivazioni un po' alla francese. La Cassazione esige però una motivazione accurata e completa e in dieci giorni che motivazione può avere? Forse i dieci giorni sono pochi: meglio prevederne trenta, essere più realistici. Io vedo provvedimenti del tribunale del riesame di trenta pagine. D'altra parte, se l'ordinanza motiva in una pagina viene annullata dalla Corte per difetto di motivazione, secondo i nostri parametri. Il problema è di compatibilità. Bisognerebbe parlarne. Io sono un sostenitore della collaborazione con gli avvocati.

D.: *Quale sarà a suo giudizio l'impatto del diritto comunitario nel campo del diritto penale, tradizionalmente ancorato alla legalità nazionale?*

R.: È chiaro che il diritto comunitario ha un impatto notevolissimo e quindi il suo apporto sarà sempre maggiore.

D.: *In che misura vivono nella giurisprudenza della Corte di cassazione i principi affermati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*

R.: Secondo me vivono sempre di più. La sentenza Dorigo, la sentenza Drassic stanno dimostrando che tali principi hanno sempre più rilevanza. Prima non avevano effettivamente nessuna incidenza; adesso cominciano ad averla e secondo me l'avranno sempre più. Su questo non c'è dubbio.

D.: *Non può dirsi pienamente conseguita la preventivabilità dell'esito dell'interpretazione, ossia dell'applicazione del diritto. Cosa si può fare per conseguirla?*

R.: Dobbiamo rassegnarci a una cassazione di trecento/trecentotrenta tra magistrati e presidenti, di cui centocinquanta al penale. Centocinquanta persone che si pronunziano. Come si può pretendere che ci sia una nomofilachia piena? Noi pretendiamo l'impossibile. È come il discorso del termine di dieci giorni e della motivazione completa: le due cose non sono compatibili. È chiaro che con una tecnica legislativa fatta male – dicevamo prima – e quindi con l'interprete che ha molto spazio, come si può pretendere la uniformità assoluta della interpretazione? Anzi, secondo me possiamo accontentarci; le cose potrebbero andare ancora peggio, perché la Corte suprema è fatta da un numero enorme di magistrati, il che è necessario per smaltire i ricorsi, per assicurare il rispetto del 111. Inevitabilmente, la prevedibilità è abbastanza opinabile.

D.: *È mutata, ed eventualmente come, la funzione di nomofilachia negli ultimi anni?*

R.: La funzione della nomofilachia indubbiamente è cambiata; nel senso che ci sono una maggiore esigenza e un sempre maggiore rilievo dell'interpretazione, perché c'è l'incertezza, originata da una tecnica legislativa non perfetta. Richiamo la sentenza delle sezioni unite n. 18288 del 2010, stesa dal collega Milo, che a proposito del condono ha riconosciuto come la cassazione abbia una funzione di fonte del diritto: una sentenza culturalmente elaboratissima, relativa all'interpretazione innovativa come *jus superveniens* e quindi ai suoi effetti nel giudizio di rinvio.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Fino a quella sentenza si era sostenuto che nel giudizio di annullamento può valere semplicemente lo *jus superveniens* e non il mutamento di giurisprudenza. Le sezioni unite, in questo caso, hanno

parificato il cambiamento di giurisprudenza ad una modifica normativa. Si tratta di un'applicazione, magari implicita, della categoria del "diritto vivente", quello che vige attraverso l'interpretazione del giudice di legittimità. Se il diritto vivente è quello, un mutamento di giurisprudenza per il cittadino finisce per equivalere ad un mutamento del testo normativo, naturalmente in *bonam partem*.

PRESIDENTE LUPO: È quello che ho detto a Genova (al congresso nazionale dell'Avvocatura, ndr) a proposito dell'opposizione a decreto ingiuntivo: se riduciamo i termini, per effetto dell'interpretazione, da dieci a cinque giorni, termine decadenziale, è chiaro che si applica per il futuro non per il passato. Dopo l'intervento del direttore del Massimario sul Sole 24 ore so che si è fermata l'applicazione dei giudici di merito, che era iniziata con pronunzie di decadenza.

D.: *Anche grazie alla tecnologia le sentenze della Suprema Corte sono più conosciute oggi di quanto accadesse in passato. Per converso si è attenuato l'atteggiamento di osservazione critica della giurisprudenza. Trova che un atteggiamento più critico, da parte dell'avvocatura e della stessa dottrina, potrebbe giovare al diritto vivente?*

R.: La critica motivata è utile. Al di là dalla valutazione dell'attenuazione o meno dell'atteggiamento (su cui non mi sento di esprimermi), riconosco che la critica motivata è utile, mentre non credo nei procedimenti disciplinari in questi casi. Io per primo mi leggo le critiche; e poi ne teniamo conto, quando si fa una ricerca per le sez unite c'è tutta un'elaborazione completa.

CONSIGLIERE IPPOLITO: Dice il Presidente: la critica motivata è utile. Purtroppo constatiamo che l'attenuazione e l'affievolimento delle critiche motivate e argomentate va di pari passo con l'aumento delle aggressioni verbali e scritte e degli insulti. Tanto più aumentano le aggressioni e gli insulti, tanto più si appanna l'esercizio critico. Le critiche – che segnalano errori, stimolano riflessioni, sollecitano ripensamenti – sono cose serie e vengono prese sul serio; ma stanno diminuendo progressivamente, mentre purtroppo stanno aumentando le contrapposizioni, le delegittimazioni. Forse è anche l'effetto di un clima più generale, di una *koinè* culturale e giuridica che si è frantumata ...

PRESIDENTE LUPO: Ieri c'erano tre questioni alle sezioni unite, su tutte e tre la ricerca di dottrina – nonostante vi fossero contrasti e almeno due erano questioni di sistema, non di dettaglio – era scarsissima. Quasi non c'erano contributi dottrinali. Forse questo conferma la valutazione di Franco Ippolito. Comunque, la mia opinione è che critiche motivate ben vengano; anzi, ce ne siano di più, ché è sempre una cosa positiva.

D.: Il 27 novembre scorso, al Congresso Nazionale dell'Avvocatura, il Suo intervento è stato molto apprezzato e lungamente applaudito. Anche – forse soprattutto – quando Lei ha sostenuto la necessità di una collaborazione tra magistrati e avvocati che in effetti non sembra differibile. Oltre che necessaria, ritiene che una proficua collaborazione sia possibile? A quali condizioni?

R.: Della collaborazione fra magistrati e avvocati sono convinto da sempre, sin da quando sono entrato in magistratura, che è utile. L'ho sempre ritenuto in concreto utilissima come reale collaborazione. Noi abbiamo nel Consiglio direttivo della Corte di cassazione il professor Alpa, Presidente del Consiglio nazionale forense, insieme ad altri avvocati, purtroppo civilisti e non penalisti. Con lui c'è una collaborazione piena. Io sono a disposizione. Sono disponibilissimo, ai convegni cerco di andarci. Sono attento all'aspetto della funzionalità ovviamente senza rinunciare alle garanzie.

AVV. RANDAZZO: Il Presidente Lupo è stato applaudito in piedi al Congresso nazionale di Genova, è stato apprezzatissimo.

PRESIDENTE LUPO: Magari a volte non ci siamo trovati in sintonia piena; ma ciò non mi sorprende. Quello che ha detto prima lei sul tribunale del riesame è la migliore esemplificazione di due logiche diverse. Il problema esiste ...

AVV. RANDAZZO: Quello dovrebbe essere un problema del legislatore ...

PRESIDENTE LUPO: Ma intanto ce l'abbiamo noi. Non possono scarcerarsi tutti perché passano i dieci giorni. A volte, in casi elementari, il Tribunale se la può cavare decentemente con una pagina di motivazioni; ma poi il provvedimento va in Cassazione e viene annullato.

INTERVISTA A VALERIO SPIGARELLI
PRESIDENTE DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE

di GIOVANNI CANZIO

Abbiamo chiesto all'Avv. Valerio Spigarelli, recentemente eletto Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane, di rispondere ad alcune domande sullo stato e sulle prospettive della giustizia penale, oggi, in Italia.

DOMANDA: *Tutti gli osservatori, nazionali e internazionali, definiscono lo stato di crisi della giustizia penale (e non solo!), oggi in Italia, "drammatico" o addirittura prossimo al "collasso". Le cause e le responsabilità sono molteplici, risalenti e ormai indagate in profondità. Esiste, o non, piena consapevolezza dell'attuale situazione da parte dei protagonisti del processo penale, Avvocatura e Magistratura?*

RISPOSTA: Esiste la consapevolezza, questo è indubbio, ma purtroppo non l'identità di vedute sulle reali cause del fenomeno. Noi avvocati abbiamo sempre ascoltato giaculatorie sulla durata dei processi che partono dal semplicistico postulato secondo il quale ciò dipende dall'eccesso di garanzie, dalla struttura del codice di procedura e soprattutto da un atteggiamento dell'avvocatura tutto teso a sfruttare qualsiasi maglia del sistema per allungare i tempi al fine di far prescrivere i reati. "Difendersi nel processo e non dal processo" è lo slogan efficace che si è coniato, per identificare prima e contrastare poi questo supposto malcostume. Andando ad analizzare questi punti bisogna chiarire alcuni aspetti. Quanto alla struttura del processo intanto va sottolineato che il problema della durata non pare essere radicalmente cambiato tra il vecchio e il nuovo codice, senza le amnistie cicliche della prima Repubblica il codice inquisitorio sarebbe "scoppiato" né più né meno di quello accusatorio. In altri termini non pare che "l'accusatorio" sia più dispendioso dell'"inquisitorio", anzi se viene adeguatamente messo in grado di funzionare è sicuramente più efficiente. Se poi invece si vuole mettere in discussione il doppio grado di merito è bene che si sappia che noi siamo decisamente contrari, anche perché riteniamo che sia un diritto consacrato anche nella convenzione di

New York. Sull' abuso del processo per ottenere la prescrizione si dimentica che le innovazioni legislative, e prima ancora la giurisprudenza di legittimità che in certi casi le ha anticipate, hanno da tempo semplicemente vanificato queste tattiche dilatorie. Quando si chiede un rinvio per legittimo impedimento la prescrizione si sospende per un tempo più che congruo, identicamente è possibile fare in casi di ricusazione e di rimessione. Allorché, già alcuni anni fa, l'Unione delle Camere Penali volle indagare a fondo le cause della lunghezza dei processi nella fase in cui l'attività difensiva ha una reale incidenza, cioè nel dibattimento, scoprì che le richieste difensive, di qualsiasi genere, non avevano un rilievo percentuale così significativo. Perfino quella che veniva, e tuttora viene, ritenuta una delle pratiche dilatorie d'elezione, cioè la richiesta di rinnovazione degli atti in caso di mutamento del giudice, si dimostrò statisticamente ininfluenza. I risultati di quella ricerca, fatta prima a Roma e poi su tutto il territorio nazionale con la collaborazione dell'Eurispes, dimostrarono in realtà ciò che gli avvocati – e tutti gli operatori – già sapevano: il tempo si perde principalmente perché l'organizzazione fa acqua, come dimostra l'intervallo assurdamente lungo che passa tra la definizione di un grado di giudizio e l'altro. Tra il Tribunale e la Corte di Appello., a Roma, ci sono una ventina di metri in linea d'aria, un fascicolo per percorrerli ci mette mesi e mesi.

D.: *Uno dei più gravi problemi del nostro processo penale sono i c.d. tempi morti (il tempo processuale è scandito oggi da rinvii che, a tacer d'altro, non offrono un'immagine di buona organizzazione). Quali sono le cause e i possibili rimedi?*

R.: Le cause affondano da un lato in problemi di carattere strutturale e d'altro lato in disfunzioni dovute alla disorganizzazione. Prendendo ad esempio il tema delle notifiche proprio la ricerca che ho citato accertò che quelle fatte dai difensori con lettera raccomandata, dati alla mano, erano più efficaci di quelle effettuate dall'apparato statale; se i testimoni citati dai difensori compaiono in udienza in percentuale maggiore rispetto a quelli citati dagli ufficiali giudiziari o dalla PG, c'è da chiedersi come mai. Ancora quei dati riscontrarono che si rinviavano più processi per meri problemi logistici (indisponibilità di aule, di impianti di fonoregistrazione, di personale) di quanto non si pensi. Poi bisogna considerare che un buon giudice non è necessariamente un buon organizzatore del proprio

calendario, e spesso non è neppure un buon organizzatore tout court. Nei tribunali di grandi dimensioni l'introduzione di manager dotati di specifica professionalità in tema di organizzazione potrebbe migliorare la situazione, il fatto è che questa innovazione, che pure è stata proposta in sede di discussione della così detta riforma Castelli è stata fieramente avversata proprio dalla magistratura, io spero che questo atteggiamento cambi.

D.: *Indipendentemente dalle eventuali scelte di competenza del legislatore, ci sono autonomi spazi e tempi per i più urgenti interventi, mirati e di settore, che siano elaborati e gestiti congiuntamente, in una sinergica opera di "autorganizzazione", da parte dell'Avvocatura e della Magistratura? È lecito attendersi dal leale spirito di collaborazione la sperimentazione di nuovi moduli comportamentali, sul terreno, ad esempio, dello smaltimento dei numerosissimi processi pendenti (avvisi e notifiche ai difensori, protocolli di udienza, best practices, criteri di priorità, impugnazioni ecc.), ancor prima che l'inesorabile monito dell'Unione Europea induca il Parlamento italiano ad adottare soluzioni straordinarie ad hoc?*

R.: Quando esiste una concreta volontà di dialogo tra i dirigenti degli uffici e le rappresentanze dell'Avvocatura si possono stabilire circuiti virtuosi per quel che concerne l'organizzazione del lavoro. Protocolli di udienza e criteri di priorità per lo smaltimento degli affari sono i terreni d'elezioni di questi incontri, che possono riguardare anche gli orari e le modalità di accesso a taluni uffici, il ricevimento da parte dei magistrati, insomma tutto quel che incide sugli ingranaggi della macchina. Lo spirito di collaborazione, sotto questo profilo, non è in discussione da parte dell'Avvocatura, anche perché è nell'interesse degli avvocati muoversi in un ambiente in cui il "pensiero burocratico", spesso impermeabile al buon senso, non complichino inutilmente le cose. E ciò, si badi, è proprio quel che avviene in molti uffici giudiziari dove l'avvocatura, che in definitiva non dovrebbe essere distinta sotto questo profilo dai cittadini che rappresenta nel giudizio, a volte viene trattata come una fonte di complicazione. Va detto, però, che oggi in molte sedi si registrano rapporti più collaborativi tra la magistratura e le rappresentanze dell'avvocatura e ciò avviene là dove si abbandonano visioni paternalistiche, quando va bene, o "proprietarie", quando va peggio, da parte dei capi degli uffici. Altro terreno in cui, al di là delle modifiche legislative, si può utilmente sperimentare, soprattutto

nei Tribunali di minori dimensioni, è anche quello delle notifiche per via elettronica, la posta certificata su questo può essere di grande aiuto. Di più ancora potremmo fare, ma in questo caso l'intervento legislativo è necessario, intervenendo sul rito contumaciale e su quello degli irreperibili. In ordine a quest'ultimo la proposta è secca quanto lineare: sospendiamo processo e prescrizione nei confronti dell'imputato una volta che lo si ritiene irreperibile. Non c'è alcun senso a gettare tempo e risorse per ottenere una condanna virtuale, o magari destinata ad essere travolta nel momento in cui finalmente l'imputato viene individuato dalla constatazione che poteva essere raggiunto e non lo è stato. Anche in tema di notificazioni si può intervenire, pure eliminando doppie notifiche nel corso delle indagini preliminari per un certo tipo di atti. L'Unione delle camere Penali, fin dal 2008, ha avanzato una proposta in questo senso. Tutto ciò premesso va sottolineato che il difensore tutela in primo luogo il diritto di libertà del suo assistito e che il suo ruolo è anche quello, se ne ricorrono i presupposti, di garantirgli di non essere condannato e sottoposto ad una pena senza ruolo quale quella che può intervenire a distanza di tempo così rilevante da non avere più alcun senso. Se il fine del difensore non può essere quello di lavorare per la prescrizione del reato, non si può neppure pretendere che sottoscriva protocolli che lo impegnino a non far maturare la prescrizione.

D.: *Quale giudizio ritiene di dare sull'esperienza della partecipazione dei rappresentanti del Foro ai Consigli Giudiziari e, sulla falsariga di questa, come giudica l'idea di costituire, in ogni distretto, "tavoli tecnici" cui partecipino periodicamente i capi degli uffici giudiziari e le rappresentanze dell'Avvocatura per l'analisi dei problemi e per la scelta delle soluzioni migliori?*

R.: Al recente congresso dell'ANM ho ascoltato diverse relazioni che lamentavano una sorta di disimpegno dell'avvocatura all'interno dei Consigli Giudiziari, è un dato che mi colpì ma che mi pare spiegabile attraverso una considerazione che nasce prima di tutto una personale testimonianza. Quando, dieci anni fa, si iniziò a parlare dell'ingresso dell'avvocatura nei consigli, la cosa venne fortemente avversata da parte della magistratura, associata e non. L'allora Presidente del Tribunale di Roma, in un dibattito organizzato dalla Camera Penale, si spinse a dire che inserire gli avvocati nella sede dove si discute della carriera di un magistrato avrebbe permes-

so la realizzazione di trasversali “vendette” da parte degli stessi avvocati rispetto agli esiti dell’attività giudiziaria. Questo atteggiamento proseguì anche durante la discussione della riforma Castelli, tanto che la presenza degli avvocati fu ridimensionata, direi in maniera assai significativa già in quella fase, Mastella fece il resto subito dopo. Ora si scopre quel che in fondo era del tutto ovvio: nulla come l’avvocatura può contribuire a fotografare il comportamento professionale di un magistrato. Solo che l’avvocatura ritiene che la presenza nei consigli giudiziari, attualmente, sia poco incisiva proprio perché sfornita di un reale potere di incidere sulle questioni più delicate. Se non proprio “abusivi” gli avvocati si sentono, e non senza ragioni, perlomeno degli “intrusi”. Ciò posto, accanto ai “tavoli tecnici”, e ad un rapporto - come si diceva prima - finalmente non paternalistico da parte dei capi degli uffici nei confronti delle rappresentanze dell’avvocatura, ciò che si dovrebbe rimeditare è anche il ruolo degli avvocati nei consigli giudiziari: se si vuole una maggiore assunzione di responsabilità da parte degli avvocati è necessario, oltre che logico, riconoscergli anche maggior potere.

D.: *Non sembra giunto il momento di contrarre drasticamente l'accesso alla professione forense, prescriverne la specializzazione e allargare le occasioni e gli spazi della formazione “comune” e “specializzata” di Avvocati e Magistrati?*

R.: Come è noto quella sulla riforma dell’ordinamento forense, in particolare per il riconoscimento della necessità di una programmazione già a livello universitario, di una maggiore selezione qualitativa al momento dell’accesso ed infine della introduzione della specializzazione in campo forense, è una delle battaglie politiche che l’avvocatura, Unione delle Camere Penali in primis, sta combattendo in questi ultimi anni. E non è una iniziativa priva di contrasti, anche all’interno. L’eccessivo numero degli avvocati nel nostro Paese, va però sottolineato, è uno dei problemi che incidono sul funzionamento della macchina complessiva, ma nel campo penale questo non è legato alla strumentale proliferazione degli affari, ché il sistema mi pare smaltisca assai velocemente le notizie criminis infondate, quando provengono da un privato. Piuttosto la cattiva preparazione dei difensori, e peggio ancora la eventuale mancanza di consapevolezza del delicato ruolo che essi sono chiamati a svolgere nel campo penale, finiscono per danneggiare non solo il singolo processo in cui questo si mani-

fešta ma anche il sistema nel suo complesso. Insomma, un avvocato non alla altezza della situazione legittima prassi distorte da parte dei magistrati, requirenti o giudicanti, che modificano in senso peggiorativo il sistema della procedura. Un esempio tipico di questo fenomeno si registra sulle modalità di acquisizione della prova dichiarativa: le regole dell'esame incrociato vengono sottoposte ad una costante e generalizzata disapplicazione che l'avvocatura non contrasta con la dovuta fermezza e anche questo – accanto alla svalutazione della importanza e della cogenza di quella regole che la giurisprudenza di legittimità ha avallato fin qui – rende la cross-examination all'italiana un caricatura dell'originale. Le Camere Penali sono impegnate da venti anni nella costruzione di un circuito culturale, attraverso le scuole territoriali, che garantisce aggiornamento costante e specialistico, ed oggi questo vera e propria struttura si è arricchito della scuola di Alta Formazione. I penalisti devono essere specialisti non solo perché lo è il loro sapere, ma perché la specializzazione garantisce la qualità della prestazione professionale nei confronti degli assistiti. Ed i primi a dover essere specialisti dovranno essere i difensori di ufficio, poiché in quel caso è onere dello Stato di garantire un avvocato preparato, visto che è lo Stato che lo sceglie per l'imputato.

D.: *Quali riforme del sistema processuale a breve, medio e lungo termine suggerirebbe al legislatore, tenuto conto tuttavia della scarsità delle risorse umane e materiali disponibili? Al di là di interventi legislativi sull'azione (obbligatorietà, obbligatorietà temperata, discrezionalità, opportunità) e sul processo penale, cioè sulla "risposta" ai flussi della domanda di giustizia penale, non sarebbe più saggio e proficuo intervenire ancor prima sulla "domanda", ridisegnando le fattispecie di effettivo rilievo criminoso, allargando il novero dei delitti procedibili a querela e innovando sul terreno della mediazione e della conciliazione? Per altro verso, quali potrebbero essere i rimedi contro un ricorso eccessivo alla tutela penale, non di rado invocata con denunce prive della necessaria serietà?*

R.: In un passaggio del programma che ho presentato al Congresso di Palermo ho testualmente scritto “..Interventi deflattivi pur sottoposti a controllo giurisdizionale, come l'irrelevanza del fatto, l'estensione della perseguibilità a querela, le condotte riparatorie produttive di estinzione del reato, devono essere introdotti parallelamente alla riforma dei riti alternativi per raggiungere lo scopo della riduzione del numero dei procedimen-

ti destinati a passare alla fase dibattimentale.”. Quanto poi alla depenalizzazione siamo tutti d'accordo e, perlomeno a parole, lo è anche il legislatore, salvo poi dimenticarsene ogni qualvolta una qualche emergenza, più o meno mediaticamente creata o comunque gonfiata, spinge inesorabilmente verso la ricerca del consenso di piazza. In Italia una bella sanzione penale è un irresistibile ornamento legislativo buono per qualsiasi precetto, questo a prescindere dal bene tutelato dalle norma, purché sia invocato da quel complesso mediatico-politico che fa spesso le veci della pubblica opinione. La risposta penale rassicura e funziona, come calamita del consenso, peccato che poi finisca per intasare un sistema già di suo inflazionato rendendo la sanzione penale del tutto inefficace, se non addirittura virtuale. Bisogna avere il coraggio di dire che una reazione razionale non consiste sempre e comunque nella sanzione penale, e che quando alla sanzione penale si deve ricorrere è bene che il carcere sia una extrema ratio, la riforma del sistema delle sanzioni penali dovrebbe essere una priorità. Per le querele temerarie, invece, i rimedi sono già previsti, solo che non vengono mai applicati. Come già accennato, viceversa, sono contrario a riforme di altro genere, come la eliminazione dell'appello, ovvero la esecutività della sentenza penale di primo grado. In sede di apertura dell'anno giudiziario in alcune relazioni, proprio per dimostrare la terzietà della magistratura giudicante, si è fatto riferimento alla percentuale di modifiche delle sentenze che in grado di appello si registrano, oltre il 50 per cento: mi sembra il miglior argomento per evitare di modificare il sistema sul punto.

D.: *Non ravvisa il rischio che, in difetto di significativi investimenti di tipo finanziario e di un'ampia diffusione delle più avanzate applicazioni informatiche e telematiche, e in mancanza di un pronto ed efficace impegno di autorganizzazione – pure pubblicamente assunto dall'Avvocatura e dalla Magistratura nei più recenti Congressi di categoria –, le tante criticità accumulate nel corso dell'ultimo ventennio possano rimanere irrisolte a causa delle gravi disfunzioni derivanti dalla cronica e irragionevole durata del processo penale italiano?*

R.: Dirò una cosa che non farà piacere a molta parte dei magistrati, ma perlomeno mi trovo in buona compagnia visto che recentemente l'ho sentita ripetere anche da esperti ed osservatori certamente “neutrali”, come Luciano Violante: non è vero che le risorse italiane siano percentualmente

inferiori rispetto a quelle di altri grandi paesi europei, è vero che vengono impiegate male. Fatta questa premessa il resto appartiene al campo dell'ovvio: è certo che un maggiore impiego della telematica, ed una maggiore dotazione economica aiuterebbero a risolvere la crisi. L'ufficio del giudice, cioè una delle proposte che erano state avanzate a suo tempo, e che tanto inciderebbe non solo sulla quantità ma anche sulla qualità dei processi, abbisogna di denaro per essere realizzata. Anche in punto di tecnologie però mi sembra necessaria una puntualizzazione: la tecnologia non è "neutra" ma va sempre adottata alla luce dei principi. Il processo telematico, ad esempio, va bene per il civile, non per il penale, dove il contatto tra il testimone e il giudice è necessario. La scannerizzazione degli atti, che serve ed è necessaria, deve essere fatta in maniera tale da renderli facilmente accessibili ai difensori e non come avviene oggi, dove in processi di grandi dimensioni si rivela un fattore di complicazione piuttosto che un aiuto. Insomma viva la tecnologia "giusta" del processo giusto.

D.: *Se è vero, infine, che i "mestieri" dei protagonisti del processo penale, Avvocati e Magistrati, si radicano su una cultura giuridica comune, quale contributo possono offrire e quale ruolo possono svolgere, in questo drammatico contesto di crisi, l'Università e la Dottrina?*

R.: Mi riporto a quel che da sempre l'Unione delle Camere Penali sostiene quando invoca l'attuazione del principio di terzietà del giudice scritto nell'articolo 111 della Costituzione: una comune cultura della legalità si costruisce fin dalla formazione universitaria enucleando percorsi comuni per i protagonisti del processo ed istituendo luoghi di formazione congiunta in cui i tre soggetti che ne sono gli attori possano coltivare, oltre al sapere specialistico, anche una comune appartenenza ad sistema di valori. Il tutto ovviamente tutelando le specifiche posizioni delle diverse posizioni del giudice, del pm e del difensore. Il che significa che queste tre funzioni, che sono ontologicamente diverse, debbono essere inquadrare, dal punto di vista ordinamentale, in maniera differente l'una dall'altra ma lasciando spazio ad una comune cultura della osservanza delle regole. In questo l'accademia può giocare un ruolo fondamentale, e rinnovato.

Antologia

ELIO ROMANO BELFIORE

“LA MAFIA SI COMBATTE CON LE LEGGI”
DIRITTO E POTERE, VERITÀ E GIUSTIZIA NEL PENSIERO
DI LEONARDO SCIASCIA

1. Un recente volume di Emanuele Macaluso – *Leonardo Sciascia e i comunisti*, Feltrinelli, 2010 – conferma un dato emerso con assoluta chiarezza dalle celebrazioni del ventennale dalla scomparsa del grande scrittore. Mi riferisco alla nostalgia “struggente”, in senso non retorico, per l’“eretico” Leonardo Sciascia¹ e per la sua figura di grande intellettuale illuminista: testimone scomodo e libero non solo del suo tempo, ma di ogni tempo, per richiamare le parole di Matteo Collura; insofferente alle verità ufficiali e contestatore di tutte le Chiese, compresa quella comunista.

Il momento storico e sociale che viviamo ci impone di recuperare le due direttrici del pensiero di Sciascia, sulle quali sarà necessario soffermarsi: verità e giustizia. Ma bisogna anche rifuggire dalla tentazione di strumentalizzare le sue parole, trascinandolo, a seconda delle convenienze, da una parte e dall’altra; a destra, a sinistra, al centro.

Così, seguendo il ragionamento di Emanuele Macaluso, tenterò di proporre, in base alla mia ottica personale, una possibile interpretazione del rapporto tra Sciascia e i comunisti, e più in generale del rapporto tra Sciascia e la politica, con particolare riferimento ai problemi del potere (o dei poteri), della giustizia e del diritto.

2. Un punto di partenza sembra difficilmente contestabile, sul piano innanzi tutto della analisi letteraria, e del filo rosso che attraversa tutta la produzione di Sciascia: l’impegno ad indagare “meccanismi e segreti del potere”, soprattutto del potere in Sicilia, sui quali scrive *A futura memoria* (1989), anche se, da fine coltivatore del dubbio come fonte prima di conoscenza, aggiunge “(se la memoria ha un futuro)”.

Sciascia affronta la questione senza fare sconti nemmeno ai “miti” nati attorno a icone quali “l’antimafia”, come si legge in una serie di articoli apparsi principalmente sul *Corriere della sera* nel gennaio 1987. “L’antimafia come strumento di potere. Che può benissimo accadere anche in un sistema democratico, retorica aiutando e spirito critico mancando”². È una affermazione che trae origine dalla constatazione che, a

¹ Nell’articolo del *Corriere della Sera*, 26 gennaio 1987, in *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Bompiani, 1989, 145, Sciascia afferma, a proposito del contrasto insanabile tra processo istruttorio e processo dibattimentale che in certi casi si risolve a vantaggio dei colpevoli e a danno della giustizia: “preferirò sempre che la giustizia venga danneggiata piuttosto che negata. Questa è la mia eresia”.

² *Corriere della sera*, 10 gennaio 1987, in *A futura memoria*, cit., 128.

quanto sembra emergere da una nota vicenda relativa alla assegnazione – da parte del CSM – del posto di Procuratore della Repubblica in una città della Trinacria, “nulla vale di più, in Sicilia, per fare carriera nella magistratura, del prendere parte a processi di stampo mafioso”³. Questo potere, secondo Sciascia, “non consente dubbio, dissenso, critica”⁴, poiché è frutto di una stortura che si manifesta quando si commette “l’errore di incalcolate conseguenze” di “respingere quello che con disprezzo viene chiamato ‘garantismo’ (e che è poi un richiamo alle regole, al diritto, alla Costituzione) come elemento debilitante nella lotta alla mafia”⁵.

Scrivendo Emanuele Macaluso a pag. 76: “proprio sui temi della mafia, dell’antimafia e della giustizia la tempesta scoppierà nel gennaio del 1987, quando il *Corriere della sera* pubblica un articolo di Sciascia al quale la direzione del giornale⁶ dette un titolo che resterà nel lessico politico-giudiziario: *I professionisti dell’antimafia*”.

Si rimprovera a Sciascia di avere l’autorità, in quanto scrittore, di “innescare un largo, e carico di conseguenze, movimento d’opinione”: una accusa che, oltre a incentrarsi su una asserzione infondata, non riconosce la vera inquietudine che opprime il Nostro, ovvero quel rendere i magistrati dell’antimafia “acriticamente, (...) intoccabili”, quel sostituire una regola per la promozione con un criterio rivelatosi *ad personam* in quanto disatteso nei casi successivi⁷.

Attaccato ed insultato da un compatto schieramento che metteva in dubbio la saldezza del rifiuto e della lotta alla mafia (a cui ha finito tardivamente con l’accodarsi, in tempi più recenti, anche Andrea Camilleri)⁸, l’Autore trovò sostegno nell’articolo del vecchio amico Macaluso, che su *L’Unità* scrisse che la mafia può essere battuta solo con la legge, il garantismo e la democrazia.

“La terribilità delle pene (compresa quella di morte) – afferma Sciascia – la repressione violenta e indiscriminata, l’abolizione dei diritti dei singoli” non sono “gli strumenti migliori per combattere certi tipi di delitti e (...) associazioni criminali come mafia, ‘ndrangheta, camorra”⁹. E ancora: “la soluzione dei problemi passerà attraverso

³ *Corriere della sera*, 10 gennaio 1987, *ivi*, 130.

⁴ *Corriere della sera*, 14 gennaio 1987, *ivi*, 131.

⁵ *Corriere della sera*, 26 gennaio 1987, *ivi*, 138.

⁶ *Corriere della sera*, 26 gennaio 1987, *ivi*, 140.

⁷ *La stampa*, 6 agosto 1988, *ivi*, 153.

⁸ Nell’intervista di S. Tuzzi, apparsa in *Il Fatto Quotidiano* del 20 novembre 2009, Andrea Camilleri, dopo aver precisato che la sua amicizia con Sciascia “non era tranquilla”, afferma che *Il giorno della civetta* è “uno di quei libri che non avrei voluto fossero mai stati scritti” in quanto “non si può fare di un mafioso un protagonista, perché diventa eroe e viene nobilitato dalla scrittura”. La nota classificazione degli uomini dichiarata da Don Mariano Arena “finisce con l’essere indirettamente una sorta di illustrazione positiva del mafioso e ci fa dimenticare che è il mandante di omicidi e fatti di sangue”. Sennonché, è curioso che Camilleri trascuri il fatto che Don Mariano ascriva alla categoria degli “omini” non se stesso bensì il capitano Bellodi, che nel romanzo è sconfitto dall’intreccio politico-mafioso che gli impone il trasferimento di sede.

⁹ L. Sciascia, *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, cit., *Introduzione*, p. 10.

so il diritto o non ci sarà. Opporre alla mafia un'altra mafia non porterebbe a niente, porterebbe a un fallimento completo”.

Il motivo conduttore al riguardo è chiarissimo: la giustizia penale non costituisce (né storicamente ha mai costituito) uno strumento di rinnovamento della società e della politica. I principi fondamentali dello Stato di diritto (*in primis* il principio di uguaglianza davanti alla legge) rappresentano un presupposto imprescindibile da cui muovere per garantire la convivenza civile.

3. Nel suo volume, Emanuele Macaluso coglie a pieno i fondamenti del pensiero di Sciascia che hanno a che fare con le eterne problematiche concernenti, da un lato, i rapporti tra giustizia e verità; dall'altro, la contestazione del potere.

Mi piace in proposito evidenziare quanto il lessico di entrambi sia “preciso, essenziale, efficace”, segno di una moralità intellettuale anche sul piano stilistico, che il genere del romanzo giallo esalta (mescolando, come si è scritto, il *thrilling* al *cabier de dolèances*).

Come bene mette in evidenza anche Matteo Collura nell'*Alfabeto* recentemente dedicatogli, Sciascia ricostruisce i complessi meccanismi del potere, evidenziando soprattutto un aspetto, e cioè che ogni mistificazione produce impostura, e questa serve ad esercitare o a consentire a chi la perpetra un potere: politico, culturale, scientifico, filosofico, economico, persino artistico.

La difficoltà di distinzione tra vero e falso, tra realtà ed impostura, che ossessiona, ma al tempo stesso attrae l'intelligenza di Sciascia, è un problema connaturato al diritto ed alla giustizia, e che si drammatizza soprattutto nell'ambito della giustizia penale: diritto e giustizia che però – beninteso – sono e restano concetti distinti.

Nella risposta ad una delle 14 domande di Claude Ambroise contenute nel primo volume dell'edizione Bombiani delle *Opere* si legge: “Tutto è legato, per me, al problema della giustizia: in cui si involge quello della libertà, della dignità umana, del rispetto tra uomo e uomo. Un rapporto che si assomma nella scrittura, che nella scrittura trova strazio o riscatto”.

5. Il tema dei rapporti tra diritto e giustizia continua – non a caso – a sollecitare anche la riflessione dei giuristi, in particolare di quei giuristi capaci di porsi in orizzonti di più ampio respiro. Così, ad esempio, nel recente *Le insidie del linguaggio giuridico*¹⁰ Francesco Galgano, anche attraverso una acuta analisi dell'iconografia in materia, ricorda che l'immagine classica della Dea Temi, dea della Giustizia, rappresenta una donna che regge nella mano sinistra la spada (il diritto) e nella destra la bilancia (la giustizia): sorreggendole entrambe, la dea garantisce che il diritto sia giusto. La storia della bilancia e della spada attraversa alterne vicende. La “caduta degli dei”

¹⁰ Il Mulino, 2010, 163 ss.

comporta una metamorfosi linguistica per cui il *directum ius*, in ogni lingua, si trasforma in aggettivo sostantivato (diritto, *Recht*, *right*, *droit*). Nel corso dei secoli la ragione perde il ruolo di madre del diritto, mentre la giustizia si tramuta nell'irrazionale. È così che nelle raffigurazioni la bilancia è sostituita dalle tavole della legge (poi soppiantate dallo scettro, simbolo del potere assoluto, nell'epoca delle dittature del Novecento). Quindi, di nuovo, con Locke, Hobbes e Coke, nulla che sia contro la ragione può essere diritto.

Ma l'equilibrio tra spada e bilancia continua ad essere precario, come intuito da Sciascia, che rimprovera ad alcuni "fanatici dell'antimafia" di avere sostituito il simbolo della bilancia della giustizia con quello delle manette¹¹.

Questa recente riflessione di Galgano indirettamente avvalorata la tendenza sciasciana a elevare il nodo diritto-giustizia a tema dominante della sua opera letteraria, muovendo dalla presa d'atto che diritto e giustizia sono sentimenti profondi prima ancora che concetti di ragione, corrispondenti ad una aspirazione umana.

Parlo, non a caso, di diritto e di giustizia come problematiche entità distinte e distinguibili, più che come sinonimi.

Non che si debba contrapporre una sorta di giustizia sostanziale, assoluta ed eterna, al relativo e mutevole diritto positivo; la possibile divaricazione – a volte assai evidente – tra l'uno e l'altra, è una costante ineliminabile dell'esperienza storica: solo che, storicamente, ne mutano i termini contenutistici di riferimento.

Da questo punto di vista, quello di giustizia è un ideale tendenziale: una stella polare cui ogni diritto deve tendere anche se non può mai avvicinarsi compiutamente. Tra diritto e giustizia vi sarà sempre uno scarto, più o meno rilevante a seconda dei contesti; ma un diritto che rinunci in partenza a tendere alla giustizia, ad essere percepito socialmente come giusto, si delegittimerebbe come diritto, e si ridurrebbe ad espressione di mera forza e di puro potere.

Sciascia sottolinea che il diritto deve mirare alla giustizia, anche se egli è ben consapevole da diagnosta pessimista dell'essere umano – e qui sta il paradosso insuperabile – che questa resta una aspirazione irrealizzabile non solo, appunto, a causa delle debolezze umane, ma soprattutto a causa delle lusinghe del potere.

Una cosa è certa. Per lo stesso Sciascia la parola *giustizia* appartiene al campo del sentimento, prima ancora che a quello della ragione: il giudice avanti al quale è portato Candido "restò assorto davanti alla bellezza di quelle due parole, di quelle due idee: la legge, la giustizia".

A Sciascia non interessa la speculazione astratta di tipo filosofico o i concetti che si insegnano nelle Università. Egli mette la propria sensibilità di scrittore al servizio dell'idea che l'aspirazione fondamentale dell'essere umano è il bisogno di giustizia.

Diritto e Giustizia restano parole distinte, ma unite nel contrasto al dominio del potere e dei poteri, degli interessi di parte e delle passioni degli uomini in carne e ossa.

¹¹ *Corriere della sera*, 26 gennaio 1987, in L. Sciascia, *A futura memoria*, cit., 139.

6. L’ambigua ed oscura relazione – ricorrente nella storia italiana – tra verità e finzione consente a Sciascia di scandagliare i rapporti conflittuali e di tensione tra potere e diritto, tra politica e diritto.

Il potere non è solo quello che si esercita tramite la forza materiale: più spesso opera subdolamente seducendo e deviando le coscienze, condizionando i comportamenti, l’esistenza individuale e collettiva. È la grande lezione dell’Abate Vella de *Il consiglio d’Egitto*.

La ricerca della verità, quella “effettuale” delle cose che “sono sempre semplici”, quella che impone a Candido Munafò di nominare le cose col proprio nome, è il grimaldello per smascherare le mistificazioni di cui si avvale il Potere.

Sciascia, quindi, non ama la verità in astratto (cioè la verità dei sistemi filosofici o delle grandi teorizzazioni); ama la verità concreta, reale, empirica, storica, riferita all’esperienza, al comportamento concreto degli uomini. Basta pensare ad *Una storia semplice*, che poi non è semplice affatto. O meglio, lo è, se si ricorre alla ragione, al ragionamento, alla razionalità.

La questione sta allora nel percorso da seguire per raggiungere la verità e realizzare la giustizia. Percorso difficile, impervio: e ciò non solo a causa dei concreti interessi e delle contraddittorie passioni che muovono gli uomini e che ne ostacolano l’atteggiamento di razionale distacco; impegnativo, complesso è in realtà lo stesso concetto di verità.

Data la mutevolezza dell’uomo, delle sue passioni e dei suoi umori, non si può pensare che esista una verità unica, stabile ed eterna: “La verità è verità, ma può avere nella realtà mille volti”.

Lungi dal rappresentare una resa incondizionata al Relativismo, questa affermazione è la chiave di lettura per comprendere quale, secondo Sciascia, debba essere il suo ruolo, o meglio, il ruolo di qualunque intellettuale, intendendosi per tale (non l’appartenente ad una categoria o ad una corporazione, bensì) “ogni persona in grado di intendere, di avere intelligenza della realtà”¹²: si può scrivere “per null’altro che per amore della verità”¹³. L’intellettuale deve essere eretico: “l’eresia è di per sé una grande cosa, e colui che difende la propria eresia è sempre un uomo che tiene alta la dignità dell’uomo. Bisogna essere eretici, se no è finita. C’è sempre nel potere che si costituisce in fanatismo questa paura dell’eresia ...”¹⁴.

Se il compito dell’intellettuale è quello di indagare la verità, l’intellettuale – ma a maggior ragione, direi, il magistrato, il giudice – non possono avere certezze dogmatiche o precostituite, anche se politicamente o socialmente utili: bisogna cercare di valutare ogni aspetto, esaminare ogni profilo; rinunciare ai propri pre-giudizi ed alle

¹² L’Espresso, 20 febbraio 1983, e in *A futura memoria*, cit., 55.

¹³ La Stampa, 6 agosto 1988, e in *A futura memoria*, cit., 153.

¹⁴ Il pensiero è espresso da Sciascia nella sua veste di parlamentare radicale dopo la rottura con il Pci (1979), ed è citato da M. Teodori, *Un comunista eretico*, in *Il Sole-24 Ore*, 24 ottobre 2010.

personali convinzioni politiche o ideologiche.

Esemplare, in tal senso, la splendida figura del “piccolo giudice” di *Porte aperte* (1987), ispirata a quella del giudice racalmutese, e quindi compaesano di Sciascia, Salvatore Petrone. “Il suo principale difetto: il credere, fino a contraria e diretta evidenza, e anche all’evidenza guardando con indulgente giudizio, che in ogni uomo il bene sovrastasse il male e che in ogni uomo il male fosse suscettibile di insorgere e prevalere come per una distrazione, per un inciampo, per una caduta di più o meno vaste e micidiali conseguenze, e per sé e per gli altri. Difetto per cui si era sentito vocato a fare il giudice, e che gli permetteva di farlo”.

Proprio l’aspirazione spasmodica alla verità è alla base della “questione comunista”: qui si manifesta nel modo più esplicito l’amore per la verità – non suscettibile di compromessi – di Sciascia, il quale, in una intervista a James Dauphiné (1987), ha esplicitamente dichiarato di non essere mai stato comunista, pur avendo “subito l’attrazione del Pci”¹⁵. Nella trasposizione cinematografica di Francesco Rosi (*Cadaveri eccellenti*, 1976), quel “le ragioni di Partito (...) La menzogna, la verità (...)”, e quel “non potevamo correre il rischio che scoppiasse una rivoluzione (...) Non in questo momento” (pronunciato dal vice segretario del Partito Rivoluzionario ne *Il contesto*, 1971), diventano “la verità non è sempre rivoluzionaria”¹⁶. Sul punto particolarmente significativo appare anche lo scambio epistolare tra Candido e Don Antonio (1977)¹⁷; il primo scrive: “ci sono tante verità, e così contrastanti, che un uomo non può contenerle tutte, né un partito”. Il secondo risponde: “Un partito non può contenerle tutte: e difatti il Partito Comunista va trascogliendo le peggiori. Ma la sinistra e l’uomo di sinistra sì ... Queste tante verità che debbono necessariamente stare assie-

¹⁵ Nelle *Parrocchie di Regalpetra* – ricorda Macaluso – Sciascia ripensa a quegli anni giovanili: “Mai più avrò nella vita sentimenti così intensi, così puri. Mai più ritroverò così tersa misura d’amore e di odio, né l’amicizia, la serenità e la fiducia avranno così viva luce nel mio cuore” (P. Franchi, *Sciascia, l’impolitico impegnato*, in *Corriere della sera*, 18 ottobre 2010). Il concetto è ribadito da Macaluso in un’altra intervista (quella di A. Rapisarda, pubblicata in *Il Secolo d’Italia*, 20 ottobre 2010), in cui spiega: “Quello che portò sia Leonardo Sciascia, il quale non aderì mai ufficialmente, sia me al Pci fu soprattutto questo: che in Sicilia c’erano da un canto una questione sociale enorme con gli zolfatari e i contadini che vivevano in una condizione terribile, dall’altro proprio per questo in questa terra c’era una grande aspirazione alla libertà. Poi tutto cambia dopo la fine della guerra: adesso ci sono i partiti, c’è la Dc soprattutto, c’è l’impegno della chiesa, c’è la mafia che sta diventando protagonista”.

¹⁶ “E al giornalista che, in occasione dell’uscita del film, gli chiede che cosa sceglierebbe lui tra verità e rivoluzione, Sciascia risponde: ‘La verità, è ovvio. Posso dire anzi che *Il contesto* l’ho scritto in omaggio alla verità’” (cfr. M. COLLURA, *Il Maestro di Regalpetra*, Longanesi, 1996, 213). Del resto, proprio con questo romanzo comincia la polemica tra Sciascia ed il Pci; secondo Macaluso, “lì dentro c’era una metafora in particolare ed era quella che individuava il compromesso storico in anticipo. È quello il momento in cui inizia la sua critica diretta e la reazione nostra fu quella di stoppare il tentativo. Ma Sciascia intravide quello che poi accadde davvero...” (intervista di A. Rapisarda, pubblicata in *Il Secolo d’Italia*, 20 ottobre 2010).

¹⁷ *Candido ovvero Un sogno fatto in Sicilia*, Adelphi, 1990, 125.

me, costituiscono il dramma dell'uomo di sinistra e della sinistra. E il Partito Comunista deve tornare a viverle tutte, se non vuole uscire dalla sinistra”.

Sciascia non disconosce gli insuccessi cui lo espone questa ricerca, e come nel caso della Giustizia, anche la Verità rappresenta per lui un ideale tendenziale, cui protendersi con tenacia, senza però illudersi di raggiungerlo compiutamente. È e resta scettico (gli scettici, del resto, sono i filosofi che predilige). “E se l'insieme di tante verità fosse una grande menzogna?” fa dire a Candido; “è una domanda semplice che potrebbe trovare una risposta semplice”. Ma la risposta – semplice o complessa che sia – non arriverà.

7. Questo è il messaggio dell'opera di Sciascia che suona attualissimo anche ai nostri giorni, e questi sono i temi ineludibili su cui si interroga e ci interroga con la sua riflessione Emanuele Macaluso, il compagno di tante battaglie, che rimpiange “la combattività ‘illuminista’” dell'amico “che non si piegò di fronte alle critiche aspre di Scalfari, di Pansa e di altri grandi, perché aveva un'idea forte. Pensava che la mafia si combatte con le leggi, non violando le leggi. E su questo ha speso tutta la sua vita”¹⁸.

¹⁸ Così Emanuele Macaluso nell'intervista di A. Rapisarda, pubblicata in *Il Secolo d'Italia*, 20 ottobre 2010.

GIULIO DE SIMONE

PERSONE GIURIDICHE, RESPONSABILITÀ PENALE
E PRINCIPI COSTITUZIONALI^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'art. 27 cost. e la responsabilità penale delle *societates*. – 2. L'evoluzione del dibattito in Italia negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione. – 3. Un rapido sguardo alla giurisprudenza di talune Corti costituzionali europee. – 4. I principi costituzionali che entrano in gioco nel discorso giuspenalistico quando si parla di responsabilità penale delle persone giuridiche. – 5. Compatibilità coi principi costituzionali dei diversi paradigmi ascrittivi. – 6. Uno sguardo al “modello italiano” di responsabilità: i profili normativi maggiormente indiziati di illegittimità costituzionale. – 7. Conclusioni: le possibili vie d'uscita sul versante dell'ermeneutica dei principi.

1. *Introduzione: l'art. 27 cost.
e la responsabilità penale delle societates*

Ogni penalista italiano che intenda confrontarsi con la questione della responsabilità penale delle persone giuridiche non può fare a meno di porsi l'interrogativo circa la sua compatibilità con i principi affermati nell'art. 27 (co. 1 e 3) cost., che, stando a un'opinione ancor oggi non da pochi condivisa, rappresenterebbe un ostacolo insormontabile sulla via del superamento del *societas delinquere non potest*¹. «*En Italie*

* È il testo, integrato e corredato di note, della relazione tenuta in occasione del I Seminario italo-spagnolo di diritto penale (*L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto*), svoltosi l'8 e 9 ottobre 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Vd. A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 44 s.; ID., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 36 s.; ID., *Commento all'art. 27 comma 1 cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art. 27-28)*, Zanichelli-Ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1991, p. 160 s. (sempre con specifico riferimento all'art. 27, co. 3, cost. e al finalismo rieducativo della pena. Più in generale, paventando un *vulnus* del volto personalistico dell'illecito penale delineato dai commi 1 e 3 dell'art. 27 cost., ID., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 58); G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 979 ss.; A.M. CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione europea e principio «societas delinquere non potest»*, *ivi*, 1996, p. 790 ss.; A. FIORELLA, *Premesse sulla responsabilità amministrativa dell'ente collettivo per reati commessi nel suo interesse*, in G. LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 7 s.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 887 ss., 893 ss., 897 s.;

– è stato scritto – *c'est la Constitution qui bâtit les murailles; en Allemagne, c'est la doctrine*².

«La responsabilità penale è *personale*», sancisce il primo comma: con ciò – per dirla con il Bettiol – si è voluto escludere che tale responsabilità possa “rimbalzare” dal vero responsabile su chi responsabile non è³: si tratta, appunto, di vedere, se, e a quali condizioni, un soggetto metaindividuale possa ritenersi il “vero responsabile” del reato commesso o di un accadimento lesivo (che potrebbe anche essere impersonale).

2. *L'evoluzione del dibattito in Italia negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione*

Ma facciamo un passo indietro e riandiamo con la mente al periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Appare evidente, nel dibattito penalistico di quegli anni, una scarsa consapevolezza della dimensione costituzionale della questione. E così sarà, all'incirca, fino alla fine degli anni Sessanta. Se si guardano i Manuali più diffusi e accreditati del tempo, ci si accorge, in effetti, che tale questione veniva pressoché immancabilmente affrontata e risolta solo sul piano astratto della speculazione teorica, ponendo l'accento, ad esempio, sull'incapacità di azione (per mancanza di una volontà in senso psicologico) delle persone giuridiche e sulla insensibilità alla pena, intesa come mera “retribuzione afflittiva”⁴, o affermando apodit-

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pt. gen., 6ª ediz., Cedam, Padova, 2009, p. 113 s.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 17 s. (che giunge ad escludere, al più presto, la compatibilità dell'assetto normativo delineato dal d.lgs. 231 con il principio di responsabilità per fatto proprio); ID., *Diritto penale*, 9ª ediz., Giuffrè, Milano, 2008, p. 91; M. ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1036 s.; ID., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 400 ss. Ritiene, invece, che non si tratti di un ostacolo insormontabile (con riferimento sia al primo che al terzo comma dell'art. 27 cost.) F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 37 s. Nel senso che né la dogmatica né la Costituzione si opporrebbero all'introduzione di un'autentica responsabilità penale delle persone giuridiche, vd., del resto, già G. FLORA, *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1991, p. 547 (meno univoca la sua posizione in ID., *L'attualità del principio «societas delinquere non potest»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 18, dove alla fine sembra condividere piuttosto la contraria opinione dell'Alessandri).

² R. ROTH, *L'entreprise, nouvel acteur pénal*, in F. BERTHOUD (éd. par), *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Cedidac, Lausanne, 2002, p. 78.

³ G. BETTIOL/L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ediz., Cedam, Padova, 1986, p. 290.

⁴ Vd. G. BETTIOL, *Diritto penale*, pt. gen., 2ª ediz., Priulla, Palermo, 1950, p. 173 s. È quanto l'illustre A. aveva già sostenuto anche nella prima edizione, antecedente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (cfr. ID., *Diritto penale*, pt. gen., Priulla, Palermo, 1945, p. 159 s.). Una

ticamente che soggetto attivo, per il diritto penale, può essere soltanto la persona fisica⁵. Oppure ci si limitava all'ovvia constatazione che, «comunque si risolve la questione in astratto, è indubitato che il nostro diritto positivo non ammette la responsabilità penale delle persone giuridiche»⁶ o che «i precetti e le sanzioni penali sono dettati esclusivamente per le persone fisiche»⁷. Né, d'altra parte, questa conclusione poteva essere smentita, *de jure condito*, dalla presenza nel codice penale di una disposizione come quella di cui all'art. 197, che, anzi, si riteneva ne rappresentasse un'implicita conferma⁸.

E anche quando si evidenziava l'inconciliabilità con il principio dell'individualità della pena⁹, o si evocava il fantasma della responsabilità collettiva¹⁰, non si faceva mai riferimento al principio di personalità come principio costituzionale a contenuto dimostrativo o assiomatico¹¹. Una delle poche voci fuori dal coro fu quella autorevole di *Giuseppe Bettiol*, che volle vedere nell'art. 27, co. 1, cost. un implicito riconoscimento del *societas delinquere non potest* (piuttosto che del *nullum crimen sine*

tesi rimasta poi sostanzialmente invariata nelle successive edizioni. Solo in un saggio risalente alla fine degli anni Sessanta – come appresso di vedrà – il Bettiol fece esplicito riferimento all'art. 27, co. 1, cost., dimostrando una piena consapevolezza della rilevanza costituzionale della questione [cfr. ID., *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in ID., *Scritti giuridici* (1966-1980), Cedam, Padova, 1980, p. 83]. Ponevano l'accento sull'asserita incapacità di azione delle persone giuridiche anche G. MUSOTTO (*Corso di diritto penale*, vol. I, pt. gen., Palumbo, Palermo, 1960, p. 123) e S. RANIERI (*Manuale di diritto penale*, vol. I, pt. gen., Cedam, Padova, 1952, p. 431 s.). È questa, com'è noto, una delle classiche obiezioni sollevate, sul piano dogmatico, per negare alle persone giuridiche cittadinanza nel diritto penale (vd., in tal senso, già E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906, p. 8 nt. 2; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., Mohr, Tübingen, 1930, p. 12 s.). Nel dibattito attuale l'argomento è riproposto, tra gli altri, da T. PADOVANI, *Il nome*, cit., p. 17 s.; e da M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I (Art. 1-84), 3^a ediz., Giuffrè, Milano, 2004, sub art. 42, p. 423, n. marg. 16. Vd. altresì, per la dottrina tedesca, C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006, p. 262 s., n. marg. 59.

⁵ A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Utet, Torino, 1958, p. 286.

⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 2^a ediz., Giuffrè, Milano, 1949, p. 317.

⁷ R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, pt. gen., Utet, Torino, 1950, p. 153 s. Talvolta è esplicito il richiamo – oltre che agli artt. 196 e 197 c.p. – alle norme in materia di imputabilità, al particolare regime delle pene e alla disciplina del concorso di persone nel reato: cfr. S. RANIERI, *Manuale*, cit., p. 431. Sulla *non imputabilità* delle persone giuridiche (antico *leit Motiv* bindinghiano) vd. già G. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, vol. I, pt. gen., 2^a ediz., Foro italiano, Roma, 1935, p. 145.

⁸ Si faceva leva, in particolare, sul fatto che l'art. 197 c.p. non contiene l'inciso “e delle quali non debba rispondere penalmente”, che invece figura nell'art. 196 c.p., cosa che invece sarebbe stata necessaria ove fosse stata configurabile, nei confronti delle persone giuridiche, una qualche ipotesi di responsabilità penale (cfr., ad es., M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 77).

⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 317, che però riferiva al riguardo opinioni altrui.

¹⁰ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, pt. gen., t. I, 5^a ediz., Zanichelli, Bologna, 1951, p. 357.

¹¹ Sui principi giuridici a contenuto dimostrativo o assiomatico (e sulle altre tipologie di principi) vd., in particolare, M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 1996, p. 27 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1998, p. 14 ss.

culpa): «io non penso affatto – Egli scrisse – che con il richiamo alla personalità della responsabilità penale il costituente abbia voluto escludere la responsabilità penale per fatto di terzi solo per differenziare una posizione e interpretazione civilistica da una penalistica della responsabilità. [...] Tale richiamo può avere un significato apprezzabile solo se riferito innanzi tutto alla impossibilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche»¹². La stessa opinione, d'altronde, era già stata espressa, anni prima, dal Guarneri¹³ e in Germania anche lo Jescheck, in un notissimo saggio risalente alla metà degli anni Cinquanta¹⁴, facendo esplicito riferimento all'art. 27, co. 1, cost., osservò che da noi il divieto di una responsabilità penale degli enti era addirittura considerato un principio di rango costituzionale. E Rudolf Schmitt, qualche tempo dopo, affermò essere l'irresponsabilità penale dei *Verbände una componente essenziale del diritto costituzionale italiano*¹⁵. Un'opinione, questa, poi condivisa anche da altri penalisti di lingua tedesca¹⁶.

Essa sembrava, però, dettata più che altro da un atteggiamento culturale pregiudizialmente ostile all'idea di un diritto penale che interloquisca anche con le persone

¹² G. BETTIOL, *Dolo*, cit., p. 83 (corsivi aggiunti). Singolarmente, però, come si è visto, tale opinione non venne trasfusa dallo stesso Bettiol nelle pagine del suo Manuale, dove piuttosto il principio di personalità è reinterpretato nell'ottica di un diritto penale orientato alla *Gesinnung* (e cioè all'atteggiamento interiore), come affermazione dell'esigenza che «il fatto appartenga personalisticamente e quindi *spiritualmente* al soggetto» (così ID./L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 60. Corsivi in originale). Le linee fondamentali di questo *Gesinnungsstrafrecht* sono state tracciate dall'A. nel notissimo saggio *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in ID., *Scritti giuridici (1966-1980)*, Cedam, Padova, 1980, p. 101 ss. L'idea è stata poi ripresa e puntualizzata in altri scritti successivi, anche in risposta alle diverse reazioni (più o meno critiche) che essa aveva nel frattempo suscitato: vd. ID., *Stato di diritto e «Gesinnungsstrafrecht»*, *ivi*, p. 129 ss.; ID., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, *ivi*, p. 203 ss. (e spec. 207 ss.); ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, in ID., *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Cedam, Padova, 1984, p. 93 ss. (e spec. p. 103 ss.).

¹³ G. GUARNERI, *La responsabilità anomala per i delitti commessi a mezzo della stampa e il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale*, in *Giur. it.*, 1950, II, c. 13. Anche altri Autori, in verità, nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta, si erano posti il problema, ritenendo tuttavia che l'art. 27, co. 1, cost. non comportasse l'illegittimità costituzionale di eventuali incriminazioni nei confronti di enti collettivi: vd. R.A. FROSALI, *La giustizia penale*, in P. CALAMANDREI/A. LEVI (dir.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. 222 s.; G. VASSALLI, *La confisca dei beni*, Cedam, Padova, 1951, p. 70 e nt. 7; ID., *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 219. Nel senso dell'ammissibilità di una responsabilità penale per contravvenzioni, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 8^a ediz., Giuffrè, Milano, 1965, p. 393. Si limitò a prospettare la questione, senza prendere però una chiara posizione al riguardo, P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Priulla, Palermo, 1954, p. 168 s.

¹⁴ H.H. JESCHECK, *Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht*, in *ZStrR* 70 (1955), p. 255 e nt. 4.

¹⁵ R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958, p. 29.

¹⁶ Cfr. W. SEILER, *Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Universitätsverlag, Freiburg (Schweiz), 1967, p. 20; nonché, in tempi più recenti, G. EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, Beck, München, 1997, p. 52.

giuridiche. Come ha scritto *Cristina de Maglie*, «parlando di responsabilità penale “personale” i Costituenti avevano dinnanzi agli occhi – e intesero vietare – la responsabilità “per fatto altrui”; era invece totalmente fuori dal loro orizzonte storico e ideologico la messa al bando della responsabilità penale delle persone giuridiche»¹⁷. Ed ancora: «dall’ermeticità della norma può solo dedursi che l’autore del reato e il destinatario della sanzione penale devono coincidere nella *stessa persona*, fisica o giuridica che sia»¹⁸.

Si è già detto dell’atteggiamento di pervicace agnosticismo costituzionale – e questo, all’incirca, fino alla fine degli anni Sessanta – di una parte non esigua della penalistica italiana. Ciò si spiega, probabilmente, con il fatto che, a quei tempi, non si era ancora aperta la grande stagione del ripensamento in chiave costituzionale del problema penale. Le cose cambiarono agli esordi degli anni Settanta, quando emerse, finalmente, la consapevolezza di dover fare i conti con la presenza, certo non poco “ingombrante”, dell’art. 27 cost.¹⁹.

Tale consapevolezza, naturalmente, non fece altro che dare più fiato alle trombe di quanti negavano alle *corporations* il diritto di cittadinanza nel sistema penale. Ma cominciarono già a manifestarsi, d’altra parte, alcune prese di posizione più possibiliste. Il *Bricola*, ad esempio, riteneva le persone giuridiche *capaci di azione* e quindi, eventualmente, *responsabili per fatto proprio*²⁰, anche se poi escludeva senza mezzi termini la possibilità di ricorrere all’immedesimazione organica per imputare alle stesse la colpevolezza dell’autore individuale del fatto di connessione²¹; e il *Palazzo* ammetteva l’applicabilità alle imprese economiche di risposte penali di stampo rieducativo, fondate sulla fattispecie di pericolosità criminale adombrata, a suo dire, dall’art. 41, co. 2, cost., che avrebbe potuto consentire eventuali interventi, per l’appunto “rieducativi”, sulla gestione economica per indirizzarla e coordinarla a fini sociali, secondo quanto dispone il comma 3 del medesimo art. 41 cost.²². Ci fu anche qualcuno che

¹⁷ C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 342.

¹⁸ C. DE MAGLIE, *L’etica*, cit., p. 344.

¹⁹ Di norma “ingombrante”, sotto questo profilo, parlava già C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell’ente nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1175.

²⁰ F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 958 s.; ID., *Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 241. Nel senso che la persona giuridica, in virtù del rapporto organico, debba giuridicamente configurarsi come l’autore del reato posto in essere dai suoi organi, vd., altresì, A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *ivi*, p. 160.

²¹ F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 1011; ID., *Il problema*, cit., p. 253: «è evidente [...] che la teoria “organicistica”, se può far considerare “proprio” della società un fatto realizzato dall’amministratore, non può “inventare” per la società i presupposti su cui si fonda il giudizio di colpevolezza (o di rimproverabilità)».

²² F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 440 s.

giunse a sostenere audacemente – siamo già nella seconda metà degli anni Settanta – la piena legittimità costituzionale di un'autentica (futuribile) responsabilità penale delle *societates*, e ciò anche a voler ritenere costituzionalizzato nell'art. 27 cost. il *nul-lum crimen sine culpa*²³.

Per molto tempo ha prevalso, tuttavia, un atteggiamento di sostanziale intransigenza e ancor oggi, come si è già detto, da una parte autorevole della dottrina si continua a vedere nell'art. 27 cost. una sorta di limite invalicabile, tanto che non manca chi sostiene che la soluzione del problema debba necessariamente passare da una sua riscrittura²⁴. È stato questo, d'altra parte, come ha osservato il *Paliero*, l'unico caso in cui *l'orientamento costituzionale del sistema italiano ha svolto un ruolo frenante e conservatore, anziché progressista*²⁵.

Tutto ciò, comunque, non ha impedito alla dinamica evolutiva del diritto penale di seguire il suo corso ed oggi si può ben dire che la responsabilità da reato delle *societates* rappresenta una sorta di denominatore comune dei sistemi giuridici (europei, ma non solo) e della cultura penalistica contemporanea.

3. *Un rapido sguardo alla giurisprudenza di talune Corti costituzionali europee*

Nessuna indicazione utile a tal proposito è dato rinvenire nella pluridecennale giurisprudenza della Corte costituzionale, che non ha avuto modo, finora, d'interloquire *ex professo* sulla questione²⁶. A quanto mi consta l'unica sentenza di una certa rilevanza (in verità più apparente che reale) è la n. 40 del 14 maggio 1966 (relatore Biagio Petrocelli)²⁷, con cui fu dichiarata l'infondatezza di una questione di legittimità costi-

²³ G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 367 (sul presupposto dell'esistenza di una "volontà" attribuibile alla *societas* e riprendendo una notissima affermazione del penalista francese Vitu).

²⁴ G. AMARELLI, *Mito*, cit., p. 987 ss.; L. CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, p. 866 s.; V. MAIELLO, *La natura*, cit., p. 913 s.; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, pt. gen., 2^a ediz., Cedam, Padova, 2000, p. 146 s. Non ha mancato, invece, di esprimere "qualche seria riserva" sull'opportunità di un'eventuale modifica dell'art. 27 cost. M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1037: «la destinazione di norme relative a comportamenti (che si postulino) intrisi di una connotazione particolarmente negativa sul piano etico-sociale alle sole persone fisiche – ha osservato l'Autore – ha il pregio di esaltare lo specifico della persona umana e quella libertà del singolo che sta alla base della sua responsabilità». Vd., altresì, ID., *La responsabilità*, cit., p. 402.

²⁵ C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 499.

²⁶ Sottolinea come la Corte costituzionale non abbia mai "esplicitamente recepito" il divieto di responsabilità penale delle persone giuridiche G. GRAZIANO, *La graduale erosione del principio «societas delinquere non potest»*, in *Soc.*, 1997, p. 1253.

²⁷ Corte cost., sentenza (3 maggio) 14 maggio 1966 n. 40, in *Giur. cost.*, 1966, p. 707 ss., con nota di G. VASSALLI, *Sull'obbligazione civile per le ammende inflitte a persona dipendente*, *ivi*, p. 709 ss.

tuzionale concernente l'art. 196 c.p. (una disposizione, dunque, riservata alle persone fisiche), sollevata con riferimento all'art. 27, co. 1, cost. Ritennero i giudici costituzionali che il pagamento della somma imposto al civilmente obbligato non fosse «una vera e propria pena conseguente ad una responsabilità penale per fatto altrui». Orbene, per argomentare la natura meramente civilistica dell'obbligazione, essi posero l'accento sul fatto che questa era prevista anche per le persone giuridiche²⁸ che, in quanto tali, erano prive di capacità di diritto penale. Non si capisce bene, in verità, se la Corte intendesse limitarsi a prendere atto della situazione normativa allora vigente oppure volesse dire che le persone giuridiche sono prive, sempre e comunque, di capacità giuridico-penale²⁹. Non veniva adombrato, comunque, alcun ipotetico profilo di incompatibilità con i principi costituzionali.

Di ben altro tenore il notissimo *Bertelsmann-Lesering-Beschluß* del *Bundesverfassungsgericht*, risalente al 1966³⁰. In quella decisione venne innanzi tutto riconosciuto rango costituzionale al principio di colpevolezza, sul fondamento del *Rechtsstaatsprinzip*, considerato a sua volta uno dei principi-cardine del *Grundgesetz*. La norma costituzionale di riferimento sarebbe, secondo i giudici tedeschi, l'art., 2, co. 1, GG, che sancisce il diritto al libero sviluppo della personalità. Lo *Schuldprinzip*, inoltre, dovrebbe valere allo stesso modo per la responsabilità autenticamente penale e per quella parapenale³¹.

Fu affermato, inoltre, che la persona giuridica, in quanto tale, è sprovvista della capacità di agire in senso penalistico e che quando viene chiamata a rispondere penalmente di un'azione colpevole può essere determinante soltanto la colpevolezza di quelle persone fisiche che hanno la responsabilità di agire per suo conto³². Fu ammessa, dunque, la possibilità di imputare alle persone giuridiche la colpevolezza dell'organo. Si trattò – come ebbe poi ad osservare lo *Schünemann*³³ – di una svolta davvero impreveduta e sorprendente, in quanto il deciso rifiuto di fare ricorso ad autentiche pene criminali nei confronti di persone giuridiche ed associazioni, che si

²⁸ Secondo G. VASSALLI (*Sull'obbligazione*, cit., p. 715), peraltro, il problema della compatibilità con l'art. 27, co. 1, cost. si poneva in modo assai diverso per l'art. 196 e per l'art. 197 c.p.: nel secondo caso, diversamente che nel primo, non sarebbe stata comunque ipotizzabile una responsabilità per fatto altrui, non potendo l'organo considerarsi terzo rispetto alla persona giuridica.

²⁹ Cfr. G. VASSALLI, *Sull'obbligazione*, cit., p. 714 s.

³⁰ BVerfGE 20, p. 323 ss.

³¹ BVerfGE 20, p. 331.

³² BVerfGE 20, p. 336. Per ulteriori ragguagli sui contenuti di questa decisione si rinvia ad A. HAEUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, Juscrim, Freiburg i.Br., 2003, p. 29 ss.

³³ B. SCHÜNEMANN, *Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?*, in The Taiwan/ROC Chapter, International Association of Criminal Law (ed.), *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 455 s.; ID., *Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht*, in ID./C. SUÁREZ GONZÁLEZ, (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann)*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, p. 282.

manifestò in occasione del 40° *Deutscher Juristentag*³⁴, tenutosi anni prima ad Amburgo, fu motivato essenzialmente proprio attraverso il richiamo alla violazione dello *Schuldprinzip*. Ha sorpreso, in particolare, «la disinvoltura con cui – anche se soltanto nella forma di un *obiter dictum* – [il *Bundesverfassungsgericht*] dichiarò ammissibile nei confronti delle persone giuridiche l'imputazione della colpevolezza dell'organo, giacché proprio tale possibilità, fino a quel momento, era stata in dottrina generalmente negata»³⁵.

La decisione ebbe comunque scarsa risonanza nella penalistica di quegli anni, che restò dichiaratamente ostile a qualunque tentativo di rimettere in discussione il *societas delinquere non potest*, preoccupata com'era di preservare l'intangibilità del patrimonio dogmatico dell'*Individualstrafrecht*. La maggior parte dei commentatori del codice penale rinunciò addirittura a farne menzione trattando il tema della responsabilità penale delle persone giuridiche. L'*input* fu invece recepito dal legislatore. Con questa sentenza, in effetti, il *Bundesverfassungsgericht* pose le premesse culturali per l'innesto della *Verbandsgeldbuße* nel sistema tedesco delle *Ordnungswidrigkeiten* (attuale § 30 dell'*OWiG*).

Dalla Germania alla Francia, dove non possono passare inosservati i chiari segnali di apertura provenienti dal *Conseil constitutionnel*, che già nel 1982 ebbe a dichiarare che «nessun principio costituzionale si oppone a che un'ammonizione possa essere inflitta ad una persona giuridica»³⁶. E anche dopo l'entrata in vigore del nuovo *code pénal* esso non ha perso l'occasione per ribadire la piena compatibilità col dettato costituzionale della responsabilità *penale* delle *personnes morales*³⁷. Non ha avuto, dunque,

³⁴ L'interrogativo posto era il seguente: *Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?* Vd., in particolare, il *Gutachten* di Ernst Heinitz, così come i *Referate* di Karl Engisch e di Fritz Hartung e la successiva discussione in *Verhandlungen des Vierzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. I, Mohr, Tübingen, 1954, p. 85 ss.; Bd. II, p. 23 ss., 44, 68 ss. La risoluzione finale fu nel senso che non era consigliabile «prevedere pene criminali contro persone giuridiche o altre associazioni di persone. Una tale punibilità non sarebbe in accordo con il significato e con l'essenza della pena, così come si sono profilati nel nostro ambito culturale sulla base di una oramai consolidata tradizione». Il relativo *Bericht* può leggersi in *JZ*, 1953, p. 613 ss.

³⁵ B. SCHÜNEMANN, *Ist eine direkte*, cit., p. 456; ID., *Die Strafbarkeit*, cit., p. 282. Secondo lo stesso A., argomentando in siffatto modo, il *Bundesverfassungsgericht* sarebbe incorso in un vizio logico, e cioè in una *quaternio terminorum* dello *Schuldbegriff*, poiché il rimprovero penalistico di colpevolezza, nella sua accezione classica, presupporrebbe la capacità individuale di agire altrimenti, e dunque una capacità empirica, che non potrebbe essere creata attraverso una mera imputazione normativa, ragion per cui l'imputazione alla persona giuridica della colpevolezza dell'organo non avrebbe, in realtà, nulla in comune con il concetto penalistico di colpevolezza. Vd. altresì, ancor prima, ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, p. 234 s.; nonché, più di recente, ID., *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, in U. SIEBER/G. DANNECKER/U. KINDHÄUSER/J. VOGEL/T. WALTER, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht (FS für Klaus Tiedemann)*, Heymann, Köln-München, 2008, p. 431 s.

³⁶ Décision n° 143 DC du 30 juillet 1982, in *J.O.* 31 juillet 1982, p. 2470.

³⁷ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, in *J.O.* 12 mai 1998, p. 7092. Nel senso che vi sarebbe una piena compatibilità tra la responsabilità penale delle persone giuridiche e i principi di responsa-

alcun problema il legislatore francese nell'affermare nel codice il principio di responsabilità per fatto proprio (art. 121-1) e nell'introdurre, al contempo, un'autentica responsabilità penale delle *personnes morales* (art. 121-2).

Quanto al sistema spagnolo, vi è un'importante (e citatissima) decisione del *Tribunal constitucional*, risalente agli esordi degli anni Novanta (STC 246/1991 del 19 dicembre³⁸), nella quale fu ribadito l'orientamento, già manifestato in altre occasioni, secondo cui i principi ispiratori del sistema penale dovrebbero trovare applicazione, sia pur con certe sfumature, anche nel campo del diritto sanzionatorio amministrativo, dato che entrambi sono manifestazioni dell'ordinamento punitivo dello Stato. E questo varrebbe anche per lo *Schuldprinzip*, nel cui raggio di azione non può non rientrare la disciplina delle violazioni amministrative, poiché, «nella misura in cui la sanzione di tale violazione è una delle manifestazioni dello *jus puniendi* dello Stato, risulta inammissibile [...] un regime di responsabilità oggettiva o senza colpa». Tutto ciò, comunque, non impedirebbe che si possa ammettere una diretta responsabilità delle persone giuridiche, riconoscendo, pertanto, alle stesse una capacità di contravvenire ai precetti. «Questo non significa affatto che per il caso delle violazioni amministrative commesse da persone giuridiche sia stato soppresso l'elemento soggettivo della colpa, ma solo che tale principio deve applicarsi in modo diverso da come si applica rispetto alle persone fisiche». Dal tenore della decisione, a dire il vero, non si comprende bene *in che modo debba intendersi la colpevolezza quando essa è riferita alle persone giuridiche*³⁹.

bilità per fatto proprio e di personalità delle pene vd., altresì, M. DELMAS-MARTY/CH. LAZERGES, *À propos du nouveau code pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 151.

³⁸ Sala 1^a, ponente Tomás y Valiente, in BOE 15 gennaio 1992. La sentenza può leggersi anche in J.M. TRAYTER JIMÉNEZ/V. AGUADO I CUDOLA, *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 699 ss. Per un'approfondita analisi della stessa decisione si rinvia a B. LOZANO, *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo*, in *RAP*, 1992, n. 129, p. 211 ss.

³⁹ Lo ha giustamente posto in rilievo M. BAJO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español*, in S. MIR PUIG/D.M. LUZÓN PEÑA, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 26; ID., *Culpabilidad y persona jurídica*, in C.M. BUJÁN PÉREZ (Dir.), *I Congreso Hispano-Italiano de derecho penal económico*, Universidad da Coruña, La Coruña, 1998, p. 15; ID., *Modelo para un derecho penal de las personas jurídicas*, in C. GARCÍA VALDÉS/A. CUERDA RIEZU/M. MARTÍNEZ ESCAMILLA/R. ALCÁZER GUIRAO/M. VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 722. Vd., altresì, L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 3^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 261. Sui diversi motivi per i quali il ragionamento seguito dal *Tribunal Constitucional* non potrebbe comunque, a suo dire, valere a fondare un'autentica colpevolezza penale dell'impresa (con specifico riferimento ai reati in materia ambientale), vd. B.J. FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, p. 62 s. Vi è anche chi – L. ARROYO ZAPATERO, *Persone giuridiche e responsabilità penale in Spagna*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest*, Cedam, Padova, 2003, p. 182; ID., *Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España*, in AA.VV., *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*,

4. I principi costituzionali che entrano in gioco nel discorso giuspenalistico quando si parla di responsabilità penale delle persone giuridiche

Sono cose dette e ridette più volte (e quindi risapute). Si procede qui soltanto ad un rapido inventario preliminare.

Cominciamo dal *principio di responsabilità per fatto proprio*⁴⁰. L'obiezione relativa alla supposta incompatibilità con questo principio riflette, com'è noto, un'esigenza di garanzia avvertita sia *nei confronti delle stesse persone giuridiche* – che, in quanto incapaci di azione, non potrebbero essere chiamate a rispondere di un fatto che sarebbe altrui – sia *nei confronti di certe persone fisiche*, che verrebbero a subire inevitabilmente le conseguenze pregiudizievoli di una pena applicata in prima battuta alla *societas*⁴¹ – è il c.d. “effetto ricaduta” sui terzi innocenti (soci, innanzi tutto, ma anche creditori e dipendenti della stessa)⁴².

Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 19 – ha voluto vedere nella sentenza del *Tribunal Constitucional* – e in particolare laddove si mette in relazione il giudizio di rimproverabilità con la necessità di “stimolare il rigoroso adempimento delle misure di sicurezza” – un primo, embrionale riconoscimento della colpevolezza di organizzazione e del paradigma di responsabilità per fatto proprio.

⁴⁰ Sul quale vd., per tutti, A. ALESSANDRI, *Commento*, cit., p. 1 ss. e spec. 27 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 13 ss., 85 ss.; ID., *Principio di responsabilità per fatto proprio*, in S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., Il Mulino, Bologna, 2007, p. 175 ss. Per la dottrina di lingua spagnola vd., in particolare, A. CUERDA RIEZU, *El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas*, in *ADPCP*, 2009, p. 157 ss.; ID., *El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas*, *ivi*, p. 211 ss. Va detto, peraltro, che il principio in questione non da tutti è collegato all'art. 27, co. 1, cost. Non manca, in dottrina, chi lo ricava piuttosto dall'art. 25, co. 2, cost., come corollario dell'irretroattività della legge penale; mentre il significato minimo della prima disposizione starebbe nell'affermazione del divieto di responsabilità oggettiva (G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 32 s. Vd. altresì ID., *Introduzione al diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 191 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 162 ss. – dove, però, l'A. si richiama, più in generale, alle “molteplici e puntuali articolazioni” del principio di legalità).

⁴¹ Questa duplice dimensione del problema era stata già evidenziata da F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 955 e 958 s. Vd. ora, tra gli altri, E.M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 184 s.; ID., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in ID./E. MEZZETTI/M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 2^a ediz., Zanichelli, Bologna, 2009, p. 36; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ediz., Giuffrè, Milano, 2010, p. 20 ss., 23 ss.; nonché B. SCHÜNEMANN, *Die Strafbarkeit*, cit., p. 279 s.

⁴² L'obiezione è il riflesso di un certo modo d'intendere la natura della persona giuridica, che poggia, evidentemente, su premesse di stampo finzionistico. Nella più recente dottrina di lingua tedesca, essa è stata ripresa e sviluppata soprattutto da F. VON FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 230 ss.

A questa duplice obiezione si è ritenuto di poter replicare, da un lato, facendo appello alla teoria dell'immedesimazione organica, per la quale sarebbe possibile considerare come *proprio della persona giuridica* il fatto posto in essere da certe persone fisiche (gli organi della società e, in una più lata accezione, tutti i soggetti posti in posizione apicale)⁴³; e, dall'altro, asserendo che si tratta, in definitiva, soltanto di effetti riflessi o mediati, che rilevano su di un piano meramente fattuale e che non si possono escludere neppure in relazione alle pene inflitte agli autori individuali (senza che mai a nessuno sia venuto in mente di lamentare, per ciò solo, la violazione del suddetto principio)⁴⁴. Per gli associati, in particolare, questa eventualità rientra nell'area del rischio d'impresa ed è da considerare piuttosto come una «semplice *questione di costi*, di perdita patrimoniale in ragione del decremento di valore dell'ente, non diversamente da quanto avviene ed è ammesso senza problemi nel caso di assoggettamento dell'ente a conseguenze civili pregiudizievoli»⁴⁵.

*Principio di colpevolezza*⁴⁶. Vi è una parte della dottrina penalistica che tuttora ritiene che una responsabilità autenticamente penale delle persone giuridiche si ponga in rotta di collisione con tale principio, in quanto le stesse non potrebbero essere destinatarie di un rimprovero giuridico-penale di colpevolezza⁴⁷. Ma vi è anche chi

⁴³ Vd. (oltre a Bricola e a Falzea, già citati in nota 20) C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 345; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 22 s.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, Palermo, 1960, p. 367; ID., *Principi di diritto penale*, pt. gen., 8^a ediz., Giuffrè, Milano, 2003, p. 170 s. Vd. inoltre C.E. PALIERO, *Problemi*, cit., p. 1180 s. Sottolinea, di recente, la persistente "capacità di prestazione" della teoria dell'immedesimazione organica G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 40 ss. *Contra*, tuttavia, nel senso che si tratta soltanto di metafore antropomorfe «[...] risibili per giustificare l'accollo di una responsabilità penale, che è affare di uomini la cui personale condotta si è, o non si è, manifestata secondo la prescrizione normativa», T. PADOVANI, *Il nome*, cit., p. 18. Nel senso che sarebbe possibile (e preferibile) costruire dogmaticamente un concetto diverso di azione (e anche di colpevolezza) per i soggetti metaindividuali, J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 128 s.

⁴⁴ Vd., per tutti, E. DOLCINI, *Principi*, cit., p. 21 s.; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 347 s.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 43 s.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 23 s.; A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 107 s.; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, cit., p. 163.

⁴⁵ D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 422; ID., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 956; ID., *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, Suppl. al n. 6, p. 11; ID., *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 267.

⁴⁶ Sul tema vd., da ultimo, M. BÖSE, *Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip*, in M. PAWLIK/R. ZACZYK (Hrsg.), *FS für Günther Jakobs*, Heymann, Köln-Berlin-München, 2007, p. 15 ss.; nonché A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 115 ss.

⁴⁷ È pressoché unanime il riconoscimento che sia questo, sul piano dogmatico, l'aspetto più controverso dell'intera questione e l'ostacolo più arduo sulla via del riconoscimento di un'autentica

osserva come l'argomento che fa leva sull'asserita *Schuldunfähigkeit* delle persone giuridiche, «lungi dal fungere da garanzia della certezza di azione, come il “principio di colpevolezza” intende essere», opera piuttosto come «*supporto ideologico di pretese di ingiustificato privilegio*»⁴⁸.

Si può dire che la storia della dogmatica della responsabilità *ex crimine* delle *societates* sia quella dei numerosi e reiterati tentativi, più o meno idonei, di trovare una via d'uscita per superare (o perlomeno aggirare) l'ostacolo e per sottrarsi alla tirannia dello *Schuldprinzip*.

Le soluzioni prospettate, nei corsi e ricorsi del dibattito penalistico, sono molteplici e si articolano su differenti piani. Quella più semplice e più ovvia è consistita, com'è noto, nel “prendere in prestito” la colpevolezza dell'autore individuale dell'*Anknüpfungstat* per attribuirla alla *societas*, all'uopo valendosi, il più delle volte, anche in tal caso, della “copertura dogmatica” offerta dall'*immedesimazione organica*⁴⁹. La colpe-

responsabilità penale delle *societates*. Vd., in tal senso, nella più recente dottrina, M.A. ABANTO VÁSQUEZ, *Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales*, in *Rev. pen.*, 2010, n. 26, p. 17; L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, cit., p. 298 e 299.

⁴⁸ D. PULITANÒ, *La responsabilità* (2002), cit., p. 423 (corsivi in originale); ID., voce *Responsabilità*, cit., p. 956; ID., *La responsabilità* (2003), cit., p. 12 (corsivi in originale); ID., *La responsabilità* (2007), cit., p. 269. Vd., altresì, M. RONCO, voce *Responsabilità delle persone giuridiche – I) Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XXVII, Roma, 2002, p. 1.

⁴⁹ Circa la possibilità di imputare alle persone giuridiche la colpevolezza di certe persone fisiche, le opinioni, in dottrina, com'è noto, non sono concordi e vi è chi l'ammette senza alcuna difficoltà (vd., ad es., B. ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Frankfurt a.M.-Bern-New York, 1984, p. 217 ss. e in part. 231; A. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 194 ss.; J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH, *Strafrecht*, AT, 10. Aufl., Gieseking, Bielefeld, 1995, p. 388, n. marg. 27; A. HAEUSERMANN, *Der Verband*, cit., p. 151 ss.; W. HETZER, *Verbandsstrafe: Dogma oder Defizit*, in *ZFIS*, 1999, p. 226 ss.; H.J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993, p. 197 ss. e in part. 209 s.). «Non si vede [...] ragione – rilevava già tempo addietro A. ALESSANDRI (*Reati*, cit., p. 56) – di limitare l'efficacia del meccanismo di imputazione al solo fatto materiale, lasciando fuori gli stati soggettivi. Dato che non è in gioco una riferibilità naturalistica, ma si tratta di una imputazione giuridica, non sussistono motivi convincenti per ritenere operante l'immedesimazione rispetto all'*actus reus* e non alla *mens rea*». A rigor di termini, ci sarebbe da distinguere tra *identificazione* e *imputazione*, come fa, ad esempio, K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 625; ID., *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, in *Rev. bras. ciênc. pen.*, 1995, p. 29; ID., *La Criminalisation du Comportement Collectif (Rapport général)*, in H. DE DOELDER/K. TIEDEMANN (prép. par), *La Criminalisation du Comportement Collectif*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, p. 22; ID., *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado*, in J.L. GÓMEZ COLOMER/J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. K. Tiedemann)*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, p. 36; ID., *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas*, in ID., *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Grifley, Lima, 2007, p. 102. L'imputazione è un meccanismo giuridico che presuppone una “vicenda a due soggetti”, un rapporto di alterità tra organo ed ente, mentre qui, per definizione, ci troviamo di fronte a un *unico soggetto*, la persona giuridi-

volezza della persona giuridica, in questa prospettiva, altro non sarebbe che *la stessa colpevolezza* della persona fisica che ha posto in essere la condotta tipica. Si continuerebbe ad operare, insomma, con il medesimo *Schuldbegriff* del diritto penale delle persone fisiche e questo potrebbe senza dubbio facilitare la soluzione del problema. C'è, però, un inconveniente da non sottovalutare: che, a voler essere coerenti fino in fondo, bisognerebbe giungere ad escludere la responsabilità della *societas* ogniqualvolta non possa muoversi all'autore individuale un rimprovero di colpevolezza⁵⁰.

La tendenza che, tuttavia, già da qualche tempo prevale in dottrina è quella di configurare una colpevolezza propria ed autonoma della stessa persona giuridica, che, com'è noto, si ritiene possa atteggiarsi in vario modo: come *Organisationsverschulden*⁵¹, come colpevolezza per la politica d'impresa o per la *corporate culture* e

ca, con la quale, per l'appunto, la persona fisica finisce per identificarsi. Naturalmente, questo non è molto importante poiché, in un modo o nell'altro, si giunge a considerare come (fatto e come) colpevolezza della persona giuridica (il fatto e) la colpevolezza dell'autore individuale. Negano, invece, tra gli altri, la possibilità di una *Schuldzurechnung*: M. BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble, Rheinfelden-Freiburg-Berlin, 1989, p. 59 s.; G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 143, 243 ss. e 310; E. MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Deubner, Köln, 1985, p. 20 ss.; H. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, de Gruyter, Berlin-New York, 1993, p. 15 ss.; ID., *Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen*, in *Jura*, 1998, p. 415 s.; A. QUANTE, *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005, p. 155 s.; R. SCHOLZ, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in *ZRP*, 2000, p. 439; G. STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, in K. GEPPERT/J. BOHNERT/R. RENGIER (Hrsg.), *FS für Rudolf Schmitt*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992, p. 302 ss.; W. WOHLERS, *Die Strafbarkeit des Unternehmens*, in *SJZ*, 2000, p. 385 ss. Nel senso che «non esiste una colpevolezza giuridico-penale trasferibile», G. JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in C. PRITZWITZ/M. BAURMANN/K. GÜNTHER/L. KUHLER/R. MERKEL/C. NESTLER/L. SCHULZ (Hrsg.), *FS für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 566. Vd. altresì, per la dottrina di lingua spagnola, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, cit., p. 56 ss. e 68; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, in AA.Vv., *Derecho penal económico*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 324, 326 e 329.

⁵⁰ Tale problema – come osserva J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad*, cit., p. 326 – «pone de relieve la inconveniencia de la mezcla que produce el modelo de responsabilidad transferida entre los niveles individual y supraindividual de imputación».

⁵¹ Chi, per primo, ha parlato di “colpevolezza di organizzazione” nel dibattito penalistico europeo è stato, com'è noto, sul finire degli anni Ottanta, Klaus Tiedemann. Vd., in particolare, ID., *Die „Beußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, p. 1172; ID., *Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen*, in A. ESER/J. THORMUNDSSON (eds.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, Max-Planck-Inst. für ausländ. u. internat. Strafrecht, Freiburg i.Br., 1989, p. 173. L'idea di Tiedemann, in realtà, nasceva non tanto da un'astratta speculazione teorica quanto piuttosto dalla necessità di confrontarsi con la realtà del diritto (tedesco) vigente. Essa aveva, in altri termini, un *ben preciso referente normativo*: il § 30 dell'*Ordnungswidrigkeitengesetz*. Era una chiave di lettura che serviva a spiegare il perché dell'iscrizione ai *Verbände* della responsabilità da reato (ma anche da illecito amministrativo). L'*Organisationsverschulden* era dunque pensata in origine allo scopo di trovare un fondamento adeguato alla responsabilità degli enti nell'ambito del penale amministrativo e funge-

come *reactive fault* (o colpevolezza di reazione)⁵².

Altra parte della dottrina, invece, ha cercato di eliminare alla radice il problema, proponendo come possibile soluzione l'utilizzo, nei confronti delle *societates*, di *measure di sicurezza*, che, in quanto tali, ricadono al di fuori del raggio di azione del *nulum crimen sine culpa*⁵³. Esse non presuppongono una colpevolezza individuale, non esprimono, almeno in linea teorica, alcun biasimo di natura etico-sociale e si caratterizzano soltanto per essere strumentali al raggiungimento di uno scopo, che coincide con la prevenzione speciale⁵⁴. Non sono orientate al passato e non servono a punire condotte illecite, ma piuttosto a contrastare il pericolo di futuri reati⁵⁵, e nei loro confronti dovrebbe applicarsi esclusivamente il *principio di proporzione*.

Vi è anche chi, per sottrarsi alla tirannia dello *Schuldprinzip*, non esita a prospettare un *principio alternativo di legittimazione* della risposta sanzionatoria, individuato nel c.d. *Rechtsgüter-notstand* (letteralmente: "stato di necessità per i beni giuridici")⁵⁶.

va, per così dire, da giustificazione culturale e da principio di legittimazione di un modello di responsabilità *per imputazione* (quello codificato, per l'appunto, nel § 30 dell'OWiG). Sulla colpevolezza di organizzazione vd., per tutti, C.E. PALIERO/C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, n. 3, p. 167 ss.; C.E. PALIERO, *Das Organisationsverschulden*, in U. SIEBER/G. DANNECKER/U. KINDHÄUSER/J. VOGEL/T. WALTER (Hrsg.), *Strafrecht*, cit., p. 503 ss. Nella dottrina di lingua spagnola, condivide l'idea di una colpevolezza di organizzazione come fondamento della responsabilità della *societas* J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, cit., p. 159 e 224.

⁵² Sulle diverse "forme di manifestazione" della *corporate culpability* vd., in particolare, C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 355 ss.; EAD., *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 351 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 58 ss. e 78 (il quale considera la colpevolezza di reazione come una sottospecie di quella di organizzazione); O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 75 ss.; A. GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *St. senesi*, vol. CVIII, 2006, p. 284 ss.; M.A. PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005, p. 176 s.

⁵³ È una vecchia idea, questa, che viene sistematicamente riproposta, sia pur con varietà di accenti e di sfumature, e che riscuote tuttora un certo seguito. Nella nostra dottrina è imprescindibile il riferimento a F. BRICOLA, *Il costo*, cit., 1010 ss.; ID., *Il problema*, cit., p. 235 ss. Molto singolare e interessante anche la (relativamente recente) presa di posizione di G. STRATENWERTH (*Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, cit., p. 304), il quale vorrebbe attribuire alle *Maßnahmen* una *prevalente finalità generalpreventiva*, giungendo a negare rilevanza, sul piano dei presupposti applicativi, alla concreta pericolosità dell'*Unternehmen*.

⁵⁴ Cfr. G. STRATENWERTH, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, cit., p. 303.

⁵⁵ W. WOHLERS, *Die Strafbarkeit*, cit., p. 388.

⁵⁶ B. SCHÜNEMANN, *Ist eine direkte*, cit., p. 462 ss.; ID., *Die Strafbarkeit*, cit., p. 286 s.; ID., *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., p. 440; ID., *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión europea*, in M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.)/S. BACIGALUPO/C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 151. Il *Rechtsgüternotstand* è posto dall'A. in relazione con il c.d. *Veranlassungsprinzip*, secondo cui gli *Anteilseigner*, sui quali alla fine si ripercuote per forza di cose la perdita patrimoniale determinata dalla sanzione pecuniaria applicata all'*Unternehmen*, non possono ritenersi trattati ingiustamente poiché essi, in qualche modo, hanno dato occasione all'attività d'impresa socialmente dannosa. Sulla scia del pensiero di Schünemann, individua nella necessità di protezione di beni giuri-

E chi ritiene che la questione vada comunque affrontata e risolta sul terreno, meno impervio, del penale-amministrativo, dove non si porrebbe neppure un problema di incompatibilità con l'art. 27 cost., il cui ambito di rilevanza dovrebbe ritenersi limitato al penale *stricto sensu*, e dove, pertanto, un paradigma di responsabilità da reato delle *corporations* potrebbe innestarsi senza soverchie difficoltà⁵⁷. «Una barriera di natura costituzionale – è stato osservato autorevolmente – qui non pare proprio sussistere: è infatti un penale che una legge ordinaria (la notissima “Modifiche al sistema penale” del 1981) ha modellato su quello propriamente penale in alcuni (pur importanti) principi, ma è al tempo stesso un diritto diverso, certamente “nuovo” rispetto a quello di sempre, affermatosi ormai in numerosi ordinamenti proprio anche per una tendenziale minore “gravità” o “consistenza” rispetto all’altro»⁵⁸.

Compatibilità o incompatibilità con il finalismo rieducativo della pena (e dunque eventuale contrasto con l'art. 27, co. 3, cost.). Anche qui continuano a fronteggiarsi diverse opinioni. C'è chi ancora pensa che le persone giuridiche siano del tutto impermeabili e refrattarie ad una pena orientata alla rieducazione del condannato⁵⁹. «Nessuno ha mai visto, o s'illude di vedere – ha osservato polemicamente Irti – una persona giuridica “rieducata”»⁶⁰. Ma ci sono anche molti che ritengono invece del tutto plausibile l'idea di una prevenzione speciale positiva riferita anche alle persone

dici il principio di legittimazione delle *consecuencias accesorias* previste nell'art. 129 c.p. spagnolo L. GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias accesorias*, in ID. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 554; ID., *Las consecuencias accesorias*, in ID. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 489.

⁵⁷ M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1037 s.

⁵⁸ M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1037. Sulla “soluzione amministrativa” cfr. tuttavia, con accenti critici, J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, cit., p. 105 ss. Riguardo alla trasferibilità di principi e garanzie penalistici nel sistema sanzionatorio amministrativo, vd. ora, con particolare approfondimento, L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, cit., p. 256 ss.

⁵⁹ A. ALESSANDRI, *Reati*, cit., p. 58 ss.; ID., *Commento*, cit., p. 160 s.; ID., *Note*, cit., p. 44 s.; ID., *Riflessioni*, cit., p. 36. Insiste ora sull'incompatibilità con il finalismo rieducativo (e con la prevenzione generale positiva), pur non mancando di puntualizzare come ciò non precluda affatto la possibilità di ricorrere a sanzioni di stampo repressivo, orientate alla prevenzione, sia generale che speciale, negativa, G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 50 ss., 257 s.; ID., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1161 ss., 1166 s.; ID., *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, p. 46 ss. e 54. Sostiene che la sanzione applicabile alle persone giuridiche ha carattere penale, in quanto «*cumple con las finalidades preventivas y retributivas que se predicán de las penas*», ma poi facendo riferimento soltanto alla prevenzione generale (negativa e positiva) e alla retribuzione, L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, cit., p. 305 s. Nel senso che le sanzioni previste per le persone giuridiche non potrebbero essere considerate penali in quanto farebbero loro difetto le finalità di afflizione e di emenda, caratteristiche della pena criminale, A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 171.

⁶⁰ N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 693.

giuridiche⁶¹. Vale la pena di ricordare quanto ha scritto *Cristina de Maglie* nel suo fondamentale contributo monografico del 2002: «la sanzione diretta all'impresa può permettersi quell'invasione, quella pervasività e anche la violenza che un diritto penale moderno e rispettoso della dignità umana respinge con forza qualora il destinatario sia una persona fisica. Nei confronti di un'impresa il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e di riformulazione completa della struttura; può ricostruire una "persona nuova", modificando il carattere e reimpostando la condotta di vita»⁶².

È stata inoltre paventata, soprattutto in passato⁶³, la violazione del principio del *ne bis in idem*, e ciò in tutti quei casi in cui l'autore del fatto sia, al tempo stesso, socio della società o membro della corporazione. Questi, in pratica, finirebbe con l'essere punito due volte, in ragione del duplice ruolo rivestito. Naturalmente, il problema si porrebbe soltanto in relazione ai sistemi giuridici che prevedono una responsabilità concorrente o cumulativa – che sono, invero, la stragrande maggioranza – mentre non avrebbe alcuna ragion d'essere laddove la responsabilità della *societas* sia configurata come sussidiaria o alternativa (come, ad es., nell'art. 102, co. 1, c.p. svizzero e nell'art. 5, co. 2, c.p. belga).

È stato comunque agevole replicare, da un lato, che si tratta pur sempre di due soggetti giuridicamente diversi (l'ente e la persona fisica) e, dall'altro, che l'autore individuale, in realtà, altro non verrebbe a subire – oltre alla "sua" pena – che gli effetti mediati e riflessi di quella applicata alla *societas*⁶⁴.

⁶¹ Ad es. G. CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 581; C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 291 e 379 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 28 s.; E. DOLCINI, *Principi*, cit., p. 23 s.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 47 s.; F. FOGLIA MANZILLO, *Verso la configurazione della responsabilità penale della persona giuridica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 107; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, p. 266; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1111 s. Nel senso che il problema neppure si pone in quanto finalità e caratteristiche attribuite alla pena dal dettato costituzionale potrebbero benissimo intendersi come limitate alle sole risposte sanzionatorie previste per le persone fisiche, «non come caratteristiche indefetibili della penalità, nel suo significato di genere, la cui individuazione peraltro non è univoca», F. GIUNTA, *La punizione*, cit., p. 38.

⁶² C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 291.

⁶³ Di recente l'obiezione è stata ripresa da F. VON FREIER, *Kritik*, cit., p. 258 ss.

⁶⁴ Cfr. A. EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz*, cit., p. 214 s.; G. EIDAM, *Straftäter*, cit., p. 125 ss.; Ch. SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1996, p. 106. Si ricordi che in Germania il principio del *ne bis in idem* è sancito espressamente dall'art. 103, co. 3, del *Grundgesetz* («Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden»). Maggiore consistenza sembra assumere la questione nell'ipotesi di reato commesso dal socio-amministratore di una società unipersonale, ma c'è chi (ad es., A. EHRHARDT, *op. cit.*, p. 215) ritiene che la si possa risolvere semplicemente tenendone conto in sede di commisurazione della risposta sanzionatoria. Vd. altresì, per ulteriori approfondimenti, con specifico riferimento alle ipotesi dell'impresa familiare e della società ad azionariato ristretto, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 110 ss.

Talvolta si riscontra *un uso strumentale in senso inverso di taluni principi costituzionali*, la cui piena attuazione – si afferma – richiederebbe di estendere anche alle persone giuridiche il controllo penale. Così, è stato detto che la limitazione del diritto penale alle sole persone fisiche si traduce in uno squilibrio inaccettabile tra imprenditore individuale e imprenditore societario, e ciò determinerebbe un evidente contrasto con *il principio di uguaglianza* (art. 3 cost)⁶⁵. Oppure è stato invocato *il principio di proporzione* tra reato e pena, per sostenere che solo una sanzione applicata all'impresa – date le sue maggiori capacità economiche – può essere davvero proporzionata “alla gravità del *corporate crime*, di solito esorbitante”⁶⁶. E spesse volte non si è mancato neppure di richiamare in chiave polemica lo stesso principio di personalità, osservandosi che, perlomeno in relazione a certe manifestazioni criminali, sarebbe piuttosto la società *il vero colpevole*, mentre il singolo autore appare più che altro come un mero strumento della volontà sociale o della politica d'impresa, sicché il far pagare a questo soltanto il prezzo di un illecito collettivo si porrebbe, per l'appunto, in rotta di collisione con quel principio⁶⁷.

5. *Compatibilità coi principi costituzionali dei diversi paradigmi ascrittivi*

Volgiamo ora l'attenzione ai tre paradigmi di responsabilità più conosciuti e più diffusi⁶⁸, per verificare se, ed in che misura, ciascuno di essi possa dirsi compatibile

⁶⁵ E. DOLCINI, *Principi*, cit., p. 23.

⁶⁶ C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 288 ss. Vd., altresì, M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 13^a ediz. a cura di C.F. Grosso, Giuffrè, Milano, 2007, p. 849.

⁶⁷ L'espressione risale a G. LEVASSEUR, *Les personnes morales victimes, auteurs ou complices d'infractions en droit français*, in *Rev. dr. pén. et crim.*, 1954-55, p. 841. Vd., altresì, ID., *Cours de droit pénal général complémentaire*, Les Cours de droit, Paris, 1960, p. 371; ID., *La responsabilité pénale des sociétés commerciales en droit positif français actuel et dans les Projets de réforme envisagés*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1987, p. 23. Una replica siffatta, peraltro, non è stata infrequente neppure nella nostra dottrina. Vd., ad es., A. ALESSANDRI, *Reati*, cit., p. 21 s.; F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 960; F.C. PALAZZO, *Associazioni*, cit., p. 439 s.; G. PECORELLA, *Societas*, cit., p. 367; L. STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1165 e nt. 10, 1172 e nt. 32. Le non improbabili tensioni tra una responsabilità esclusivamente individuale e il principio di personalità che, paradossalmente, «ha rappresentato la remora più sensibile all'adozione da parte dell'Italia di nuovi modelli sanzionatori» sono nitidamente poste in luce nella *Relazione allo schema definitivo del d.lgs. 8 giugno 2001*, in *D&G*, 2001, n. 20, p. 12 (§ 1.1). È questo, d'altra parte, un *topos* controargomentativo le cui tracce sono riscontrabili, sia pur con riferimento non a principi superiori positivizzati sibbene a un astratto ideale di *Gerichtigkeit*, già in F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18. Aufl., Guttentag, Berlin, 1911, p. 127, nt. 3.

⁶⁸ Sui diversi modelli normativi accolti nelle legislazioni europee vd. G. HEINE, *Kollektive*

con i principi costituzionali che delineano il volto dell'illecito penale.

Il primo modello da considerare è quello "per imputazione" (*Zurechnungs- o Repräsentationsmodell*)⁶⁹, che è detto anche *modello antropomorfo* di responsabilità, e questo perché viene sostanzialmente a equiparare la persona giuridica alla persona umana⁷⁰. Può anche dirsi *dogmaticamente subordinato*, dato che illecito e colpevolezza sono quelli della persona fisica; ma questo *non significa affatto* che la responsabilità della *societas* debba poi necessariamente dipendere dalla *punibilità in concreto* dell'autore individuale (sul piano normativo, può benissimo essere costruita come autonoma). Esso *non pone alcun problema sul piano della teoria del reato* proprio perché i concetti e le categorie penalistiche che si "maneggiano" sono ancora quelli ritagliati sulle fattezze della persona fisica.

La caratteristica essenziale di questo modello è che il suo baricentro sta *nel fatto di connessione* di un autore individuale (c.d. *Anknüpfungstat*), che viene poi, per l'appunto, imputato (al pari della *Schuld*)⁷¹ alla persona giuridica che è chiamata a risponderne. Orbene, nel momento stesso in cui si assume tale fatto come fondamento della responsabilità si pone subito un problema di responsabilità per fatto altrui⁷².

Per legittimare questo modello sul piano (dogmatico e) costituzionale, come già si è visto in precedenza, non si è trovato finora altro di meglio da fare che riproporre il ben noto *leit Motiv* dell'immedesimazione organica⁷³. Non ha mancato di farvi riferimento neppure la *Relazione allo schema definitivo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*⁷⁴, quando si è trattato di argomentare la compatibilità con il principio di responsabilità per fatto proprio del paradigma ascrittivo nello stesso codificato. Ed anche la Cassazione, in una recente pronuncia del 2010⁷⁵, ne ha preso atto e si è adeguata, dichiarando manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale che era stata posta con riferimento all'art. 5 d.lgs. 231, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 27

Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung, in D. DÖLLING (Hrsg.), *Jus humanum (FS für E.J. Lampe)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 579 ss.

⁶⁹ Nella dottrina di lingua spagnola si parla di *modelo de responsabilidad "por atribución"* (Silva Sánchez) o di *heterorresponsabilidad* (Gómez-Jara Díez) o *indirecto o accesorio* (Feijoo Sánchez), o ancora di *responsabilidad vicarial* (Nieto Martín).

⁷⁰ G. HEINE, *Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften*, in ZStrR 119 (2001), p. 35.

⁷¹ Anche se, come si è visto, non manca chi ammette l'imputabilità alla *societas* del fatto (e cioè della condotta tipica), ma non quella della colpevolezza dell'autore individuale.

⁷² C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 159.

⁷³ Vd. *supra*, par. 4.

⁷⁴ Cit., p. 15 s. (§ 3.2).

⁷⁵ Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Guida dir.*, 2010, n. 39, p. 98 (s.m.) e in *Giust. pen.*, 2010, II, c. 9 ss. Per un primo commento alla decisione vd. G. AMATO, *Le regole di giudizio nel procedimento a carico dell'ente escludono vizi di costituzionalità*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2010, n. 4, p. 163 ss.

cost. La Corte ha affermato che la disciplina dettata dal d.lgs. 231 non entra in rotta di collisione con i principi enunciati in quegli articoli della Costituzione. Il presupposto da cui è partito il legislatore – ritiene sempre la Cassazione – è che il fatto di reato compiuto da uno dei soggetti in posizione apicale sia fatto della società, di cui essa deve rispondere. E ciò in forza, per l'appunto, del rapporto di immedesimazione organica che la lega al suo dirigente. Nessuna violazione, pertanto, del divieto di responsabilità per fatto altrui.

Corsi e ricorsi della storia della legislazione penale. Durante i lavori preparatori per il nuovo codice, lo stesso Guardasigilli Rocco, nella sua Relazione, si preoccupò di giustificare in questo modo la maggior ampiezza del campo di applicazione dell'art. 203 (attuale art. 197 c.p.) rispetto all'art. 202 (attuale art. 196) del Progetto: essa «trova la sua spiegazione nel particolare rapporto, che intercede tra gli enti e gli amministratori e rappresentanti degli stessi, rapporti *così essenzialmente organici da far ritenere che per gli atti da essi compiuti nell'esercizio delle loro funzioni*, più che responsabilità indiretta, *debba riscontrarsi responsabilità diretta degli enti*, di cui sono organi»⁷⁶. In questo passaggio della Relazione, il Ministro si riferiva alla diversa configurazione dei presupposti dell'obbligazione civile per la pena pecuniaria prevista per le persone fisiche e, rispettivamente, per quelle giuridiche.

Più problematica risulta invece l'imputazione alla persona giuridica della colpevolezza individuale, che è quanto di più personalistico, finora, l'elaborazione dogmatica continentale sia riuscita ad esprimere. Lo stesso Bricola, come si è visto, ebbe ad escludere questa possibilità, cercando di risolvere il problema nel modo che tutti sappiamo: ricorso a misure di sicurezza fondate sul presupposto della *pericolosità oggettiva*. Ma vi è anche un'altra parte della dottrina che la pensa diversamente (e cioè che ammette una *Schuldfähigkeit* costruita sull'imputazione della colpevolezza individuale)⁷⁷.

La questione, dunque, continua ad essere abbastanza controversa. Ecco perché alcuni legislatori nazionali (compreso quello italiano) hanno preferito ricorrere ad una soluzione *intermedia di compromesso*, assemblando modelli normativi in cui al fatto di connessione si giustappone una colpevolezza d'impresa: un concetto riconducibile piuttosto al paradigma di responsabilità originaria o per fatto proprio (*originäre Verbandshaftung*).

Per quanto riguarda il modello per ascrizione allo stato puro, come si è detto, a voler essere coerenti fino in fondo bisognerebbe dire che *l'unica colpevolezza rilevante dovrebbe essere quella della persona fisica*, dalla quale, pertanto, non si potrebbe in nessun caso prescindere⁷⁸. Ma, se questo è vero, diverrebbe allora problematico am-

⁷⁶ In *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. I^a, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 242 (corsivi aggiunti).

⁷⁷ Vd. *supra*, par. 4 (e in part. nt. 49).

⁷⁸ Va ricordato, a questo proposito, un recente saggio di Kurt Schmoller, il quale tuttavia, sulle orme di Harro Otto, nega la necessità di ricorrere all'*escamotage* dell'imputazione: vd. ID., *Strafe ohne Schuld?*, in G. DANNECKER/W. LANGER/O. RANFT/R. SCHMITZ/J. BRAMMSEN (Hrsg.), *FS für Harro Otto*, Heymann, Köln-Berlin-München, 2007, p. 453 ss.

mettere ipotesi, come quelle previste nell'art. 8 d.lgs. 231, nelle quali, in realtà, poi da questa si prescinde (perlomeno, con riferimento al sistema italiano, nei casi di non imputabilità dell'autore individuale e di mancata identificazione dello stesso).

La critica che si muove a questo modello è che, nella sostanza, esso altro non sarebbe che una specie di *responsabilità per fatto altrui*⁷⁹, o perlomeno di una *responsabilità oggettiva*: il comportamento dell'autore individuale è imputato all'impresa senza alcuna possibilità, per questa, di difendersi allegando, per esempio, di aver fatto tutto il possibile per prevenire il reato⁸⁰. E c'è chi avanza forti dubbi circa la compatibilità di questo modello con il dettato costituzionale⁸¹.

Potrebbe anche ipotizzarsi una violazione dell'art. 3, co. 1, cost., perché si viene a punire irragionevolmente allo stesso modo l'impresa che adotta appropriate misure organizzative, volte a fronteggiare il rischio-reato e l'impresa che non le adotta.

Minori problemi di compatibilità coi principi costituzionali sembra invece porre il modello di *responsabilità originaria* o per fatto proprio (*originäre Verbandshaftung*), costruito su un'autentica colpevolezza d'impresa⁸².

Occorre, però, da un lato, che questa colpevolezza sia *concretamente accertata*: essa non può e non deve ridursi ad un *Haftungsprinzip*, ad una *culpa in re ipsa* presunta *juris et de jure* nel fatto di connessione realizzato, com'era, in definitiva, nell'originaria versione di *Tiedemann*⁸³. Bisognerebbe poi valutare, dall'altro, se essa possa esaurirsi in un mero *deficit* di organizzazione, che è piuttosto un *dato oggettivo*⁸⁴, o

⁷⁹ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, in ID. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 96 e 135; R. ROBLES PLANAS, *¿Delitos de personas jurídicas?*, in *InDret*, 2/2006, p. 5.

⁸⁰ Così, quasi testualmente, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 88 s.

⁸¹ Nella dottrina tedesca, lo ritiene, ad esempio, contrario alla costituzione F. ZIESCHANG, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland?*, in *ZStW* 115 (2003), p. 129. Nel senso che è ingiusto e sproporzionato dal punto di vista giuridico-costituzionale punire l'impresa quando questa, sul piano organizzativo, ha fatto quanto poteva per fronteggiare il rischio-reato vd. anche J. VOGEL, *Responsabilidad penal de los empresarios y las empresas*, in S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 135.

⁸² Si veda, in particolare, G. HEINE, *Modelle originärer (straf-)rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in M. HETTINGER (Hrsg.), *Reform des Sanktionsrechts*, 3. Bd., Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 121 ss. [ID., *Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*, in C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos*, cit., p. 25 ss.]. Colpevolezza d'impresa che può essere, come si è visto, colpevolezza di organizzazione, ma non solo.

⁸³ È questa, com'è noto, una delle critiche che più di frequente è stata rivolta alla costruzione di *Tiedemann*. Vd., per tutti, H. ACHENBACH, *Abnehmende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht*, in B. SCHÜNEMANN/J. FIGUEIREDO DIAS (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin)*, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 303. Nella nostra dottrina, non ha mancato di porre l'accento sull'esigenza che la colpevolezza di organizzazione sia concretamente provata M. ROMANO, *Societas*, cit., p. 1045.

⁸⁴ Come rileva J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad*, cit., p. 337. V'è da chiedersi, in effetti, se la "colpevolezza di organizzazione" non rappresenti, più che il *criterio* o il *fondamento*, l'*oggetto*

non sia necessario un *qualcosa di più*. Lo *Schlüsselbegriff*, ai fini dell'individuazione di un criterio soggettivo costituzionalmente accettabile, potrebbe essere quello dell'*impedibilità*, che però sembrerebbe doversi riferire, piuttosto che al verificarsi del reato, alla stessa struttura organizzativa deficitaria⁸⁵. Il che, tradotto in termini di "231", potrebbe significare *esigibilità* dell'adozione (e implementazione) di un modello organizzativo idoneo⁸⁶. In questo modo si potrebbe conferire uno spessore *più personalistico* alla *Schuld* del macroantropo.

Come parametro di valutazione si potrebbe utilizzare la figura dell'*impresa modello* del medesimo settore, che abbia le stesse dimensioni e capacità e si trovi ad operare in una situazione analoga⁸⁷.

Non sarà inutile rammentare, a questo proposito, che l'art. 102, co. 2, c.p. svizzero subordina la responsabilità dell'impresa alla condizione che *le si possa muovere il rimprovero* di non aver adottato tutte le misure organizzative *esigibili* e indispensabili per impedire il reato⁸⁸. Già, del resto, nel messaggio del Consiglio federale del 21 settembre 1998, concernente la riforma del Codice penale, si faceva riferimento a

del rimprovero (e dunque l'autentico "fatto" dell'ente) e non sia riconducibile, in quanto tale, all'*Unrecht* prima ancora che alla *Schuld*. È quanto di recente sostiene, ad esempio, F. MUCCIARELLI, *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 824 s., 828 s., 830 s.

⁸⁵ All'impedibilità come requisito imprescindibile, da accertare sul piano della *Schuld*, fa ora riferimento anche S. KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 248. Dubita, invece, che si possa assumere la "possibilità di organizzarsi altrimenti" della persona giuridica come fondamento della sua colpevolezza J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad*, cit., p. 337. Nella nostra dottrina, pone, in particolare, l'accento sull'evitabilità (da valutare, però, in relazione all'illecito penale) come requisito in grado di render compatibile la responsabilità della *societas* con l'art. 27, co. 1, cost., F. GIUNTA, *La punizione*, cit., p. 38. Vd. altresì ID., *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *A.G.E.*, 2009, 2, p. 243 s. Duplice la valenza attribuita da H.J. HIRSCH [*Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, in *ZStW* 107 (1995), p. 313] al requisito dell'evitabilità, che andrebbe riferita, a suo dire, sia al fatto di connessione sia alle carenze nella scelta e nella sorveglianza dei rappresentanti, ad altri deficit organizzativi, ad una politica d'impresa criminogena, etc.

⁸⁶ Cfr. M. ARENA, *L'inesigibilità dell'adozione e dell'attuazione del modello organizzativo*, reperibile nel sito www.filodiritto.com.

⁸⁷ Cfr. G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.)*, in *ZStrR* 121 (2003), p. 40, che invero parla soltanto, genericamente, di "capacità" dell'impresa.

⁸⁸ Nella versione tedesca, la norma suona così: «*wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern*». Nella versione italiana si parla di misure organizzative "ragionevoli e indispensabili". Ma è chiaro quale sia il significato della locuzione: occorre l'*esigibilità*, nella situazione concreta, delle misure organizzative. Vd., tra gli altri, A. MACALUSO, *La responsabilité pénale de l'entreprise*, Schulthess, Genève-Zurich-Bâle, 2004, p. 155; ID., *sub art. 102*, in R. ROTH/L. MOREILLON (éd.), *Commentaire Romand du Code pénal*, I, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009, p. 978, n. marg. 54. Nella dottrina di lingua spagnola, parla ora di misure precauzionali e di controllo *esigibili* per garantire uno sviluppo lecito (e non delittuoso) dell'attività d'impresa J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, cit., p. 224.

“deficit organizzativi impedibili” (*vermeidbare Organisationsdefizite*) come nucleo centrale del rimprovero di colpevolezza che si rivolge alla *societas*⁸⁹.

Sul c.d. *Maßnahmenmodell* c'è, in realtà, ben poco da aggiungere rispetto a quanto già in precedenza s'è detto⁹⁰. Qui, per ovvii motivi, la possibilità di un contrasto con lo *Schuldprinzip* è esclusa *a priori*. Potrebbe, invece, residuare un problema di compatibilità col principio di responsabilità per fatto proprio, se si dovesse partire dall'idea che la persona giuridica è incapace di porre in essere azioni penalmente rilevanti, a meno di non condividere la tesi bricoliana della *pericolosità oggettiva*⁹¹, la quale *potrebbe anche fare a meno del requisito dell'azione*⁹². Essa, in effetti, non sembra richiedere più, come premessa concettuale necessaria, il riconoscimento di un'*Handlungsfähigkeit* delle persone giuridiche. In questa prospettiva la *societas* andrebbe considerata non più come *soggetto*, ma come *oggetto* pericoloso⁹³.

6. Uno sguardo al “modello italiano” di responsabilità: i profili normativi maggiormente indiziati di illegittimità costituzionale

Il paradigma ascrittivo codificato dal legislatore italiano è un modello che potrebbe dirsi *misto*⁹⁴, *ibrido* o *eclettico* o *sincretistico*. Nella classificazione prospettata in

⁸⁹ *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht* vom 21. September 1998, BBl 1999, IV, p. 2141. La circostanza è posta in evidenza da G. HEINE, *Das kommende Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 36 e 39 s. Sull'impedibilità del *deficit* organizzativo come requisito essenziale del paradigma di responsabilità previsto nell'art. 102, co. 2, c.p. svizzero vd. anche K. SCHNEIDER, *Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation*, Stämpfli, Bern, 2009, p. 33 (il quale, peraltro, ritiene debba sussistere un legame eziologico con il fatto di connessione).

⁹⁰ Vd. *supra*, par. 4.

⁹¹ Va rilevato, a questo proposito, come il concetto di pericolosità oggettiva – forse troppo affrettatamente archiviato nella nostra dottrina – abbia trovato un più fertile terreno nel contesto culturale e normativo spagnolo, dove non di rado la dottrina se ne è servita come chiave di lettura per individuare il fondamento dogmatico delle *consecuencias accesorias* previste nell'art. 129 c.p. Vd., ad es., B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, cit., p. 106, 137 ss., 147 ss., 154 ss.; D.M. LUZÓN PEÑA, *Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales*, in E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (coord.), *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 549 s.; S. MIR PUIG, *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *ivi*, p. 743 ss., 748 e 749, 755, 756 s., 760.

⁹² Mentre il Bricola, come si è visto, comunque riconosceva una capacità di azione alle persone giuridiche.

⁹³ La differenza tra pericolosità oggettiva e pericolosità soggettiva è posta in risalto soprattutto da Feijoo Sánchez. L'impresa, secondo l'A., può essere considerata sotto tre diversi aspetti: come soggetto colpevole, come soggetto oppure come oggetto pericoloso (Id., *Sanciones*, cit., p. 50, 55 ss., 125 ss., 137 ss.).

⁹⁴ Cfr., in tal senso, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 86 e 88, 127, 177 ss. e 195.

Germania da *Haeusermann*, esso rientrerebbe tra i modelli c.d. *limitatamente individualistici*⁹⁵.

La struttura portante è sicuramente quella tipica del modello di responsabilità per imputazione. Il fatto di connessione resta l'elemento centrale e imprescindibile della fattispecie a struttura complessa su cui si fonda la responsabilità della *societas*. A questo fatto si aggiunge, però, una colpevolezza sua propria, configurata normativamente come *Organisationsverschulden* e riempita di contenuti attraverso il richiamo a modelli organizzativi "idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" (artt. 6 e 7 d.lgs. 231). Nella sentenza alla quale prima si è fatto riferimento⁹⁶, la Cassazione si è pronunciata anche nel senso della *piena compatibilità* di questo modello con lo *Schuldprinzip*, proprio in considerazione del fatto che, ai fini della responsabilità, è richiesta la sussistenza di una colpa di organizzazione della persona giuridica.

Non è mia intenzione soffermarmi analiticamente sui possibili profili d'illegittimità costituzionale della disciplina dettata nel d.lgs. 231. Solo un rapido inventario, senza alcuna pretesa di fornire risposte definitive ai diversi interrogativi emergenti.

Una prima questione potrebbe porsi con riferimento all'*inversione dell'onere della prova* stabilita nell'art. 6 d.lgs. 231 – con riferimento a tutta una serie di circostanze da cui, com'è noto, può dipendere l'esclusione della responsabilità dell'ente – che potrebbe anche entrare in rotta di collisione con il principio affermato nell'art. 27, co. 2, cost. La questione, comunque, potrebbe risolversi da sé ove venisse approvato un recente d.d.l. che prevede, tra l'altro, per l'appunto, una modifica del regime dell'onere della prova, che dovrebbe gravare, in futuro, sulla pubblica accusa⁹⁷.

Suscita qualche dubbio anche la *particolare disciplina dettata per l'archiviazione* (art. 58 d.lgs. 231) – la decisione del pubblico ministero non è sottoposta ad alcun controllo giurisdizionale; è solo prevista una comunicazione del decreto motivato al

⁹⁵ A. HAEUSERMANN, *Der Verband*, cit., p. 17.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, cit.

⁹⁷ Il d.d.l. in questione, presentato in occasione di un incontro promosso dall'Arel, tenutosi a Roma il 7 luglio 2010, è pubblicato in *Cass. pen.*, 2010, p. 4040 ss. ed è anche reperibile nel sito www.reatisocietari.it. Una delle novità più rilevanti e significative è rappresentata senza dubbio dalla prevista possibilità di certificazione di idoneità del modello preventivo (futuribile art. 7-bis d.lgs. 231), che è causa di esclusione della responsabilità dell'ente, «sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede». I contenuti del progetto di riforma sono analizzati nel dettaglio (e in chiave critica) da G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1137 ss.; da G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4032 ss.; e da F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Soc.*, 2010, p. 1247 ss. Analoga modifica del regime dell'onere della prova è prevista, peraltro, nell'art. 1 della proposta di legge C. 3640, presentata il 19 luglio 2010 dall'onorevole B. Della Vedova.

procuratore generale, che può svolgere gli accertamenti indispensabili ed eventualmente contestare all'ente l'illecito amministrativo entro sei mesi dall'anzidetta comunicazione – che potrebbe risultare incompatibile con l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 cost.)⁹⁸.

Potrebbe, inoltre, porsi un problema di compatibilità con il principio di responsabilità per fatto proprio della disciplina che concerne *le vicende modificative* dell'ente⁹⁹. Il che deve dirsi sia per la norma (art. 29 d.lgs. 231) relativa alla *fusione*, anche per incorporazione, ai sensi della quale l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione¹⁰⁰, sia per quella riguardante la scissione (art. 30, co. 2), che prevede un'obbligazione solidale a carico degli enti beneficiari della scissione per il pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi in epoca anteriore alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. Tale obbligazione, ove trattasi di ente al quale è stato trasferito, anche solo in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato, *non è limitata al valore effettivo del patrimonio netto trasferito*¹⁰¹. Ma i dubbi riguardano soprattutto il comma 3 dell'art. 30, il quale stabilisce che le sanzioni interdittive relative a quegli stessi reati di applichino anche agli enti a cui è rimasto, o è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso. «Tale norma – non si è mancato di osservare – dispone un trattamento ingiustificatamen-

⁹⁸ La dottrina, a dire il vero, sul punto appare divisa. Vd., per ulteriori ragguagli, M. GIGLIOLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in A. DI AMATO (dir.), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X (*La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro e A. Di Amato), Cedam, Padova, 2009, p. 722 ss.; E.M. MANCUSO, *Le indagini preliminari. L'udienza preliminare*, in A. GIARDA/E.M. MANCUSO/G. SPANGHER/G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 440 ss.

⁹⁹ Vd. A. ALESSANDRI, *Note*, cit., p. 56 (ID., *Riflessioni*, cit., p. 49), che parla, a tal proposito, di "evidente scollamento con il principio di personalità della pena". Di "incompatibilità con la disciplina penalistica" – in una prospettiva tesa ad argomentare la natura amministrativa della responsabilità – parla invece G. MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1202.

¹⁰⁰ Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 15, nt. 30. In Francia, la *Chambre criminelle* della Cassazione, nel silenzio della legge, ha escluso in due occasioni la responsabilità della società incorporante per i reati commessi da quella incorporata in epoca anteriore alla fusione, richiamandosi al principio di personalità affermato dall'art. 121-1 c.p. (Cass. crim., 20 juin 2000, in *D.*, 2000, p. 226, ed anche *ivi*, 2001, p. 853, con nota di H. MATSOPOULOU, e p. 1608, con osservaz. di E. FORTIS e di A. REYGROBELLET, e in *Dr. soc.*, 2000, p. 1150, con osservaz. di P. MORVAN; Cass. crim., 14 oct. 2003, in *Dr. pén.*, 2004, p. 11 ss.). Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. L. GAMET, *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, in *J.C.P.*, 2001, p. 1663 ss.; nonché S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese* (II), in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 889 ss.

¹⁰¹ O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 15, nt. 30. Si noti che nel Progetto Grosso un'analoga obbligazione solidale è prevista, in caso di *cessione* dell'unità organizzativa nell'attività della quale è stato commesso il reato, in capo al cessionario, ma è subordinata alla condizione della conoscenza (o perlomeno conoscibilità) del commesso reato (art. 121, co. 5).

te deteriore per l'ente beneficiario della scissione che fosse originariamente estraneo al reato: se infatti la disciplina si pone in linea con il principio di "continuità" operante nel caso di sanzione interdittiva applicata al *ramo di attività* (art. 14), è anche vero che l'impianto del decreto presuppone che il ramo di attività "colpito" appartenga pur sempre all'ente che ha commesso l'illecito, e non ad un terzo "innocente"»¹⁰². Va detto, ad ogni modo, che un'opinione alquanto diffusa tende a giustificare tale disciplina e a considerare, tutto sommato, accettabile la deroga al principio di personalità. Una deroga imposta dalla natura delle cose – che tiene conto della "spiccata inclinazione al metamorfismo"¹⁰³ di questi nuovi protagonisti della vicenda punitiva – e da innegabili esigenze politico-criminali: qui sono in gioco la funzionalità e la tenuta del sistema nel suo complesso¹⁰⁴.

Qualche dubbio di illegittimità costituzionale potrebbe emergere, forse, anche in relazione alla *disciplina diversificata della prescrizione* (art. 22), sotto il profilo della manifesta irragionevolezza della disparità di trattamento tra persone fisiche e persone giuridiche (e, quindi, della violazione del principio affermato dall'art. 3, co. 1, cost.). A questo proposito, non si può fare a meno di segnalare l'evidente contraddizione in cui cadrebbe il sistema ove si traducesse in legge la sciagurata idea d'introdurre il processo breve anche per le persone giuridiche¹⁰⁵. Potrebbe ancora succedere: staremo a vedere.

Ci si soffermerà, a questo punto, su un aspetto peculiare dell'attuale situazione normativa, che non è ancora emerso nel dibattito che si è aperto con l'entrata in vigore del d.lgs. 231. Prendo spunto dalla recentissima legge spagnola (la *Ley organica* 5/2010 del 22 giugno), con la quale s'introduce nel codice una responsabilità, etichettata come penale, delle persone giuridiche (nuovo art. 31-*bis*) e, nel contempo, si sopprime quella particolare ipotesi di *responsabilità diretta e solidale* per il pagamento della multa, già prevista nell'art. 31 comma 2 c.p. – disposizione, a sua volta, interpolata nel codice dalla *Ley organica* 15/2003 del 25 novembre¹⁰⁶. Questa responsabilità per il pagamento della pena pecuniaria, a detta dello stesso legislatore spagnolo, voleva essere un modo – per la verità alquanto discutibile e antiquato – di affrontare il

¹⁰² Così, ancora, O. DI GIOVINE, *Lineamenti*, cit., p. 15 s., nt. 30 (corsivo in originale).

¹⁰³ Così R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 244.

¹⁰⁴ Cfr. G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 170; G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 129 ss., 135 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità*, cit., p. 241 ss.; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè – Luiss University Press, Milano-Roma, 2006, p. 129 ss.

¹⁰⁵ Proposta di legge C. 3137 (primo firmatario Gasparri), trasmessa dal Senato il 20 gennaio 2010. L'art. 8 della stessa prevede, in tal senso, una modifica dell'art. 34, co. 1, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

¹⁰⁶ Cfr. A. VENTURA PÜSCHEL, *La supresión del apartado 2 del artículo 31 CP y el actuar por otros*, in G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 41 ss.

problema della responsabilità penale degli enti¹⁰⁷. Nel preambolo della *Ley organica* 5/2010, l'abrogazione della norma sembra essere descritta quasi come una scelta conseguente alla riconosciuta autonomia della responsabilità penale delle persone giuridiche. Ma non si riesce francamente a capire quale nesso vi sia tra l'una e l'altra.

Nel nostro sistema, invece, l'istituto dell'obbligazione civile per la pena pecuniaria è sopravvissuto all'entrata in vigore del d.lgs. 231¹⁰⁸. C'è da chiedersi, allora, se l'attuale situazione normativa non possa porre dei problemi sotto il profilo della violazione del *ne bis in idem* sostanziale¹⁰⁹. Una sovrapposizione tra la responsabilità da reato ex 231 e la responsabilità sussidiaria ex art. 197 c.p. potrebbe verificarsi in tutti quei casi in cui per il reato presupposto sia anche prevista l'applicabilità alla persona fisica di una pena pecuniaria.

Benché tale responsabilità sia stata ritenuta una responsabilità di natura civile e comunque non penale (ma c'era anche chi la pensava diversamente), è chiaro che si trattava, già allora, di un primo tentativo (inidoneo, peraltro) da parte del legislatore di dare una soluzione al problema della responsabilità delle persone giuridiche, come, del resto, fu affermato esplicitamente nella Relazione del Guardasigilli¹¹⁰. L'istituto del civilmente obbligato ha dimostrato fin da subito, com'è noto, evidenti e insuperabili limiti di funzionalità ed ha avuto scarsissima applicazione nella prassi giurisprudenziale.

È lo stesso Guardasigilli, del resto, che adombra la possibilità di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, anche se con riferimento all'analogia obbligazione prevista per le persone fisiche. «La disposizione dell'art. 202 (*n.d.r.* attuale art. 196 c.p.) – egli osservò – non trova applicazione nell'ipotesi che il preponente debba egli stesso rispondere penalmente della contravvenzione, essendo ovvio che *dal medesimo fatto*

¹⁰⁷ Cfr. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *El nuevo artículo 31.2 del Código penal*, in RDP, 2004, p. 115 ss.; A. GALÁN MUÑOZ, *¿Societas delinquere nec puniri potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 cp*, in RDPCr, 2006, p. 229 ss.; C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El nuevo art. 31.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda*, in *La Ley*, n. 6548, 13 sett. 2006, p. 1 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ/I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *El art. 31.2 del Código penal*, in *InDret*, 2/2006, p. 1 ss.; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad*, cit., p. 242 ss.

¹⁰⁸ È molto interessante notare come nel nuovo art. 11 del codice penale portoghese (introdotto dalla legge n. 59/2007 del 4 settembre), al comma 9, sia prevista una singolare responsabilità sussidiaria – salvo il diritto di regresso – dei soggetti in posizione apicale per il pagamento delle multe inflitte a persone collettive o entità equiparate.

¹⁰⁹ E c'è da chiedersi, ancor prima, quale possa essere il *referente costituzionale* del *ne bis in idem*. Probabilmente è lo stesso principio di responsabilità per fatto proprio. È come se l'autore del reato venisse sottoposto a due pene per due fatti identici, il secondo dei quali non può dirsi né proprio né altrui: sarebbe, come dire, un fatto di nessuno. Ma anche a prescindere dai possibili profili di contrasto col *ne bis in idem* sostanziale, la responsabilità in questione sembra essere divenuta, oltre che antiquata, anche superflua; e tutt'al più potrebbe avere una residua rilevanza in relazione alle pene pecuniarie previste per quei reati che non rientrano (non ancora, almeno) nel novero dei reati presupposti. Nel senso che il *ne bis in idem* rappresenterebbe, in un certo qual modo, una forma di manifestazione del principio di proporzionalità, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 111.

¹¹⁰ In *Lavori preparatori*, cit., p. 242.

*non potrebbero scaturire per la stessa persona una responsabilità penale diretta ed una responsabilità civile sussidiaria, indiretta»*¹¹¹. Ma il discorso sembra che possa valere anche per le persone giuridiche, nel momento in cui viene loro attribuita una responsabilità da reato in via diretta e principale.

La questione, in realtà, parrebbe rivestire un significato più teorico che pratico, poiché, come si è detto, l'art. 197 c.p. ha avuto un ruolo molto marginale nella prassi applicativa. Ma potrebbero anche darsi dei casi in cui il problema concretamente si pone. Pensiamo alla responsabilità della persona giuridica in relazione ai delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (art. 25-*sexies* d.lgs. 231), per i quali sono previste, nei confronti delle persone fisiche, pene pecuniarie che possono raggiungere livelli stratosferici (artt. 184 e 185 t.u.fin.). Qui potrebbe effettivamente scattare il meccanismo di responsabilità sussidiaria ex art. 197 c.p. L'ente verrebbe così ad essere sostanzialmente *punito due volte*: una come responsabile diretto e l'altra come civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

E non è tutto, perché, in questo caso, sappiamo già che viene ad aggiungersi anche una responsabilità, diciamo così, *autenticamente amministrativa*: quella prevista nell'art. 187-*quinquies* t.u.fin., ai sensi del quale l'ente è tenuto al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata alla persona fisica per gli illeciti di cui agli artt. 187-*bis* (abuso di informazioni privilegiate) e 187-*ter* (manipolazione del mercato) t.u.fin., che potrebbe comunque avere anch'essa un importo assai ragguardevole¹¹². E vi è un'importante decisione di merito, nella quale si è ritenuto che questa responsabilità da illecito amministrativo sia cumulabile con la responsabilità solidale di cui all'art. 6, co. 3, l. 689 del 1981 e con la responsabilità da reato prevista nell'art. 25-*sexies* d.lgs. 231¹¹³. Una decisione che, com'è noto, ha poi ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Cassazione¹¹⁴.

La persona giuridica, dunque, potrebbe finire con l'essere *coinvolta*, anche se a diverso titolo, ben *quattro volte nella medesima vicenda punitiva*. Insomma, il povero ente rischia davvero di uscirne con le ossa rotte.

Passando ora alla "parte speciale" del d.lgs. 231, non è certo fuori luogo porsi dei dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 25-*septies* (più che per eccesso) per difetto di delega¹¹⁵.

¹¹¹ In *Lavori preparatori*, cit., p. 241. Corsivi aggiunti.

¹¹² Vero è, tuttavia, che l'art. 187-*terdecies* t.u.fin. opportunamente pone un limite, escludendo la cumulabilità delle due sanzioni pecuniarie. Dispone la norma che, qualora per lo stesso fatto sia stata applicata a carico (del reo o) dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, l'esazione (della pena pecuniaria e) della sanzione pecuniaria dipendente da reato è *limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa*. È una norma, questa, che in definitiva produce effetti analoghi a quelli derivanti dall'applicazione del criterio dell'assorbimento.

¹¹³ Corte d'appello di Torino, Sez. I civ., c.c. 5 dicembre 2007.

¹¹⁴ Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, Ifil Investment s.p.a. c. Consob e altro, in *Giust. civ. mass.*, 2009, p. 1381.

¹¹⁵ Dubbi analoghi, del resto, erano già stati espressi da E. AMATI, *La responsabilità degli enti alla*

Questa disposizione è nata, per così dire, al di fuori del ciclo ordinario di produzione normativa. La vicenda è nota a tutti. L'art. 25-*septies* è stato interpolato una prima volta nella parte speciale della 231 da una norma immediatamente precettiva della l. 3 agosto 2007, n. 123 (l'art. 9) – entrata in vigore il 25 agosto – e successivamente riconfigurato per effetto dell'art. 300 d.lgs. n. 81 del 2008¹¹⁶. Dopo che il legislatore delegante aveva già compiutamente disciplinato la materia, introducendo una fattispecie *ad hoc* (con poche luci, in verità, e molte ombre), il legislatore delegato ha pensato bene di riformulare la fattispecie operando degli opportuni distinguo sul piano del trattamento sanzionatorio. Le cornici edittali sono state differenziate in ragione del diverso disvalore della condotta e dell'evento. Ma sorge il dubbio circa le legittimità di questo *modus procedendi*: l'art. 300, riformulando l'art. 25-*septies*, è intervenuto in un ambito di disciplina *che non aveva formato oggetto di delega*. L'art. 9 della l. 123/2007 era una norma autosufficiente, immediatamente precettiva ed esterna alla delega. Più che di eccesso, si tratterebbe, in questo caso, di un *difetto di delega*, con tutto quel che ne consegue sul piano della legittimità costituzionale della norma in questione. Anzi qui potrebbe addirittura parlarsi di un *vizio radicale*, che ne compromette l'esistenza giuridica. Si potrebbe rispolverare la categoria dell'*acostituzionalità*, di cui ha parlato Zagrebelsky. Ma ciò, ovviamente, non potrebbe dar luogo a una diretta disapplicazione da parte del giudice, perché il nostro non è un sistema a controllo diffuso. E allora altro non resterebbe che prospettare una questione di illegittimità costituzionale.

7. Conclusioni: le possibili vie d'uscita sul versante dell'ermeneutica dei principi

Le diverse vie d'uscita percorribili si possono schematizzare nel modo che segue.

a) Circoscrivere al paradigma individualistico di responsabilità la rilevanza dell'art. 27, co. 1, cost., il quale porrebbe dei limiti alla potestà punitiva *soltanto a garanzia delle persone fisiche*¹¹⁷. In questo modo «lo scottante problema della responsabilità

luce del Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in *Crit. dir.*, 2007, p. 145; da D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in F. BASENGHI/L.E. GOLZIO/A. ZINI, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, 2ª ediz., Ipsoa, Milano, 2009, p. 318; e da O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1343.

¹¹⁶ La disposizione non ha invece subito alcuna modificazione per effetto del d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, recante disposizioni integrative e correttive dello stesso d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

¹¹⁷ E. DOLCINI, *Principi*, cit. p. 21. Vd., altresì, A. FALZEA, *La responsabilità*, cit., p. 159 s.; nonché G. PECORELLA, *Societas*, cit., p. 366 s. (che però ipotizza un'eventuale estensione del principio alle persone giuridiche). Anche per M. DONINI (voce *Teoria*, cit., p. 260 nt. 187), d'altronde, l'art. 27,

penale delle persone giuridiche risulta integralmente rimesso alle valutazioni politiche del legislatore»¹¹⁸.

b) Ritenere, all'opposto, che il principio di personalità, nella sua duplice accezione, risponda a precise esigenze di garanzia della stessa persona giuridica e possa adattarsi senza troppe difficoltà alla sua peculiare struttura, «con quanto di naturale e di artificiale concorre a determinarla»¹¹⁹. La formula della "personalità", d'altronde, non sembra essere tale da impedire il riferimento anche alle persone giuridiche¹²⁰.

c) Ritenere che, in relazione al paradigma di responsabilità corporativa, l'art. 27, co. 1, cost. vada ancora interpretato nella sua minima accezione, come divieto di responsabilità per fatto altrui¹²¹, sempre che si ammetta, ovviamente, la configurabilità di un fatto proprio della persona giuridica.

d) Ipotizzare uno *Schuldprinzip* dai contenuti e dai significati meno pregnanti per le persone giuridiche, in grado di offrire comunque un'adeguata copertura costituzionale alla responsabilità da reato della *societas*.

Si potrebbe pensare ad una ricostruzione ermeneutica differenziata del fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, anche in considerazione della diversità strutturale dei soggetti che ne sono i "fruitori". Per lo *Schuldprinzip* operativo nel campo del diritto penale delle persone fisiche si potrebbe individuare *un ulteriore e più forte aggancio normativo* nell'art. 3, co. 1 e 2, cost.: nel primo, quando parla di (pari) *dignità sociale* di tutti i cittadini; nel secondo, quando fa riferimento *al pieno sviluppo della persona umana*¹²². A tal proposito, si potrebbe fare un ragionamento di questo ti-

co. 1, cost., essendo stato pensato sul modello della responsabilità individuale, non rappresenta alcun vincolo all'introduzione di una responsabilità autenticamente penale delle *societates*.

¹¹⁸ E. DOLCINI, *Principi*, cit. p. 25.

¹¹⁹ D. PULITANÒ, *La responsabilità* (2002), cit., p. 422. Nel senso che l'art. 27 cost. «può essere letto prescindendo dalla natura del soggetto cui le conseguenze di responsabilità sono imputate», M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1999, p. 194.

¹²⁰ Così I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 2^a ediz., Cedam, Padova, 2005, p. 125; ID., *Osservazioni sulla responsabilità penale "propria" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 78.

¹²¹ È questa una delle possibili soluzioni del problema già prospettate da C.E. PALIERO, *Problemi*, cit., p. 1191. Vd., sul punto, anche G. AMARELLI, *Mito*, cit., p. 982.

¹²² Esclude che per le persone giuridiche lo *Schuldprinzip* possa avere la medesima portata e rilevanza che gli si riconosce nel campo del diritto penale delle persone fisiche, proprio individuandone il fondamento nella dignità della persona umana e nel libero sviluppo della personalità, A. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad*, cit., p. 26 e 116 ss. In Germania vi è una consolidata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, secondo cui il principio di colpevolezza trae origine dal *Rechtsstaatsprinzip* (art. 20, co. 3, GG) così come dalla dignità e dall'autoresponsabilità della persona umana (art. 1, co. 1 e art. 2, co. 1, GG). Vedansi, in dottrina, O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1996, p. 386 ss.; G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, p. 243 s.; H.A. WOLFF, *Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtssatz*, in *AöR* 124 (1999), p. 76 ss. Secondo il Dannecker, l'intangibilità della dignità umana, alla quale può farsi risalire la colpevolezza individuale, non si oppone al riconoscimento di una

po: se compito della Repubblica – e cioè dello Stato – è quello di rimuovere gli ostacoli che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana, sarebbe assurdo che proprio lo Stato fosse lasciato arbitro di creare ostacoli di ordine giuridico. E tale sarebbe, senza dubbio, una responsabilità penale che faccia a meno della colpevolezza.

Per le persone giuridiche potrebbe valere invece un principio di colpevolezza *meno pregnante e meno intransigente*, fondato in via esclusiva sul richiamo all'art. 27, co. 1, cost. E ciò tanto più in quanto, quando si parla di responsabilità da reato di soggetti metaindividuali, non entra in gioco, per ovvii motivi, il bene individualistico della libertà personale e dunque potrebbe ammettersi un'attenuazione del rigore di certi principi¹²³. A soddisfare le esigenze espresse per il tramite di questo *Schuldprinzip* di "serie B" potrebbe essere più che sufficiente un *concetto sociale, meno personalistico, di colpevolezza*, in cui il rimprovero si appunta sul fatto di non essere stati all'altezza delle aspettative sociali¹²⁴. Un concetto che sembra invero adattarsi, senza soverchie difficoltà, alle particolari caratteristiche delle *societates*.

e) Vi sarebbe, infine, l'ulteriore possibilità di assumere come principio superiore di riferimento il *principio di proporzione*, che, come s'è visto, funge da limite nei confronti, delle misure di sicurezza¹²⁵, ma che potrebbe anche benissimo operare nei confronti di sanzioni di *stampo repressivo*¹²⁶. Sul piano costituzionale, tale principio

Verbandsschuld: quando, infatti, il rimprovero si muove all'impresa, questo non si rivolge a un individuo e non può, pertanto, offendere la dignità umana (ID., *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, in GA, 2001, p. 113 s.). Nel senso che lo *Schuldprinzip*, proprio perché affonda le sue radici nella dignità umana, non può essere invocato in favore delle imprese e non si oppone, pertanto, al riconoscimento di un'autentica responsabilità penale, J. VOGEL, *Responsabilidad*, cit., p. 135. Vien fatto di rammentare, peraltro, che già la Corte costituzionale, nella storica sentenza n. 364 del 1988, ritenne che l'art. 27, co. 1, cost. andasse interpretato in relazione non solo al terzo comma dello stesso art. 27, ma anche ad una serie di altre disposizioni tra le quali, per l'appunto, l'art. 3, co. 1 e 2, cost. Vd. Corte costituzionale, 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss., e in part. 718 (con nota di D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*).

¹²³ Cfr. L. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, cit., p. 326.

¹²⁴ *Zurückbleiben hinter den Anforderungen der Sozietät*: E. MÜLLER, *Die Stellung*, cit., p. 23. Nel senso che il rimprovero di colpevolezza si può benissimo riempire "di contenuti diversi e peculiari, quando ad essere rimproverata è una *persona giuridica*", G. MARINUCCI, "Societas", cit., p. 1210 (corsivi in originale). Nella già cit. *Relazione allo schema definitivo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (p. 12, § 1.1, p. 17, § 3.3) si sostiene, peraltro, la piena adattabilità del concetto normativo di colpevolezza alle realtà collettive.

¹²⁵ Sul principio di proporzione vd., nella dottrina di lingua spagnola, C. LAMARCA PÉREZ, *El Principio de Proporcionalidad y el Control Constitucional de las Leyes Penales*, Colex, Majadahonda (Madrid), 2011; S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in ID./J.J. QUERALT JIMÉNEZ (Dir.), *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 67 ss. In Germania il principio è ricollegato al *Rechtsstaatsgedanken* (BVerfGE 23, 127, 133). Quale limite nei confronti delle misure di sicurezza, esso è codificato nel § 62 StGB.

¹²⁶ Ritiene, in effetti, operante tale principio nei confronti di sanzioni di stampo repressivo orien-

potrebbe considerarsi un presupposto necessario – una *condicio sine qua non* – sia del principio di responsabilità per fatto proprio sia del principio di colpevolezza. Quel di più di risposta sanzionatoria che ecceda il rapporto di proporzione con il fatto commesso non potrebbe più, infatti, essere considerato come espressione di una responsabilità per fatto proprio. E lo stesso potrebbe dirsi per la *Schuld*: ciò che va oltre il limite della proporzione con la sua colpevolezza non può essere rimproverato all'autore del fatto.

Come si vede, le strade da percorrere per superare (o perlomeno aggirare) il presunto sbarramento rappresentato dall'art. 27 cost. sono molte e diverse. La preoccupazione che si possa entrare in rotta di collisione coi principi che ivi sono affermati appare oggi, probabilmente, eccessiva. I “fatti normativi”, d'altronde, si sono già incaricati da tempo di smentire questa preoccupazione.

tate alla prevenzione (sia generale che speciale) negativa, G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 54. Vd., altresì, nella medesima prospettiva, sia pur limitando alla sola prevenzione generale la finalità della risposta sanzionatoria, C. KIRCH-HEIM, *Sanktionen gegen Unternehmen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 194 ss.

LUCIANO EUSEBI

DIRSI QUALCOSA DI VERO DOPO IL REATO:
UN OBIETTIVO RILEVANTE PER L'ORDINAMENTO GIURIDICO?(*)

SOMMARIO: 1. Ciò che di vero dirai potrà essere utilizzato «contro» di te. – 2. Aspetti del rilievo attribuibile alla verità in sede processuale. – 3. I «limiti» operativi del diritto penale. – 4. L'incompatibilità non scontata dell'iter processuale al ristabilimento di rapporti secondo verità. – 5. Elementi di giustizia dialogata e prevenzione. – 6. Le esigenze della vittima. – 7. Quali percorsi possibili?: «restorative justice», garanzie e verità. – 8. Il ruolo antinomico della verità nella giustizia riparativa e nelle «collaborazioni di giustizia». – 9. La verità come elemento di pacificazione.

1. *Ciò che di vero dirai potrà essere utilizzato «contro» di te*

Il tema è – niente di meno – la verità. E, discutendo di reati, non solo la verità processuale, ma quella effettiva (l'unica rilevante dal punto di vista *umano*): verità che, per molti versi, non è *già* posseduta dallo stesso soggetto colpevole (ove lo sia), quasi si trattasse, semplicemente, dell'indisponibilità a rivelarla, ma necessita pur sempre di un percorso, o più precisamente di un percorso *relazionale*, che né il processo, né le criteriologie del punire oggi, di fatto, consentono.

È lo stesso tema che, due millenni orsono, aveva condotto taluno, in un processo penale, a concludere scetticamente: «che cos'è la verità?» (*Gv 18,38*). E per paradosso ciò era avvenuto di fronte a un altro che in precedenza aveva dichiarato, utilizzando il termine nell'accezione più intensa, «la verità vi farà liberi» (*Gv 8,32*).

Sono applicabili, queste ultime parole, anche all'ambito penale? Potrebbe essere che proprio attraverso il recupero della verità, di una verità che esige reciproca sincerità, sia le vittime che i colpevoli (e in certo modo tutti i consociati) siano in grado di riconquistare un poco di libertà rispetto al peso del male arrecato o subito?

Di certo lo statuto della verità nei sistemi penali vigenti è assai particolare. Fermo, infatti, il diritto dell'indagato di non collaborare (*nemo tenetur se detegere*), il proposito del dialogo va incontro a una diffida inevitabile, resa celebre dai film polizieschi d'oltreoceano: «tutto ciò che dirai – tutto ciò che *di vero* dirai – potrà essere utilizzato *contro* di te».

* Testo rielaborato della relazione al convegno *Verità, responsabilità e ravvedimento nel sistema penale e nella memoria di chi ha vissuto* tenutosi a Reggio Emilia il 3 giugno 2010 organizzato dalla cooperativa *L'ovile* in collaborazione con l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (sede di Piacenza).

Lungi dal vedere nel fare verità uno strumento di pacificazione, le regole del processo vi ravvisano il mero presupposto di una possibile condanna, cui resta estranea qualsiasi rielaborazione dei rapporti umani feriti attraverso il comportamento illecito. Di essi, piuttosto, l'infrazione della pena ratifica la frattura, lasciando irrisolta, in tutti i soggetti coinvolti, l'eredità gravosa del reato.

2. Aspetti del rilievo attribuibile alla verità in sede processuale

Un recente studio monografico tedesco, che reca per sottotitolo «*sulla libertà e sulla verità nella teoria penale e nella teoria processuale penale*»¹, ritiene che il tema della verità assuma interesse, per quanto ci riguarda, a tre livelli: nel momento in cui si tratta di constatare, attraverso procedure formalizzate, una certa situazione di fatto; nell'applicazione del diritto come sistema regolativo del fatto concreto; in merito alle conseguenze sanzionatorie.

Appare significativo, peraltro, il fatto che l'Autore si soffermi sui primi due aspetti, limitandosi a enunciare il terzo. Il che lascia emergere le difficoltà connesse all'interrogativo circa l'attitudine degli strumenti fino a oggi previsti, in caso di condanna, come esito del processo penale a incidere positivamente sui rapporti feriti dal reato e, in particolare, a ristabilire relazioni tra i soggetti coinvolti fondate sulla verità dei fatti, ma anche su modalità veritiere del loro esprimere se stessi: sia con riguardo ai modi in cui risulti essere maturata la scelta dell'agire criminoso, sia con riguardo ai modi in cui il reato abbia inciso nel *vissuto* dei soggetti coinvolti, dopo la sua realizzazione.

Pur entro l'ambito di una simile delimitazione dell'area d'indagine, il volume resta in ogni caso significativo proprio per il ruolo relazionale che assegna alla verità. Gli imputati – questa la tesi fondamentale – non costituiscono mero *oggetto* del processo, ma conservano in essi lo *status* di soggetti: per cui la ricerca processuale della verità non può costituire un fine in se stesso, ponendosi in rapporto, piuttosto, col fine *giuridico* del processo. Fine, quest'ultimo, individuato nella determinazione del prezzo massimo che il diritto è pronto a pagare per garantire attraverso il processo la conoscenza, secondo verità, di un dato accadimento. Così che, per esempio, non è dato utilizzare la tortura: anche se con essa, forse, qualche brandello di verità storica potrebbe talora essere colto.

Obiiettivo del processo, in altre parole, non è l'acquisizione a qualsiasi prezzo di una mera verità dei fatti, poiché il diritto non costituisce tanto un sistema finalizzato a produrre conoscenze, bensì, in primo luogo, una prassi che fissa norme finalizzate alla convivenza.

Ne deriva che il ruolo della verità nel processo è legato all'esigenza di ricreare un

¹ S. STÜBINGER, *Das "idealisierte Strafrecht". Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre*, Frankfurt a. M., 2008, in part. p. 505.

quadro di con-vivenza in rapporto ai comportamenti illeciti dei quali sia emersa la realizzazione. Non ci si limita, nel processo, a esercitare la giurisdizione su un imputato, perché il processo lo si fa *con lui*. Il processo, in questo senso, rappresenta pur sempre uno strumento per la costruzione (o la ri-costruzione) di rapporti giuridici fra cittadino e Stato.

Concetti non dissimili – che colgono l'attitudine della verità ad assumere nel processo un significato relazionale ben diverso da quello classico di mero presupposto per una condanna (sebbene non affrontino in modo esplicito le questioni concernenti le modalità sanzionatorie, né il rapporto tra imputato e vittima) – sono espressi in un recente contributo italiano di area filosofico-giuridica².

Vi si legge: «Il diritto entra in crisi quando rinuncia alla verità, quando ambisce a rispondere alle istanze di giustizia contorcendosi in una iperproduzione normativa, finalizzata unicamente all'emergenza del reale. La giustizia non ha più posto quando il diritto è per il diritto, quando la legge è per la procedura, quando la procedura è solo il ricovero della legge».

Torna il concetto della verità che ha a che fare con la relazione interpersonale: «Il compito del giudice supera il semplice accertamento della verità secondo il metodo della scienza empirica, che è mono-logico, mentre la situazione processuale dovrebbe esplicitarsi secondo modalità dialogiche, che riflettono sul senso dell'evento accaduto. Nel procedimento giudiziario si dovrebbe avviare un percorso, che partendo dai singoli fatti, arriva a essere interpretazione della verità. La discorsività che anima il processo dovrebbe operare in modo che le parti si riconoscano a pieno, quali persone nella loro rispettiva, integrale soggettività, anche perché (Arthur Kaufmann) nessun uomo è identico nella sua concreta capacità negoziale o nella sua concreta imputabilità».

Più a fondo: «Il ricorso alla via processuale, nel cercare di determinare ciò che è giusto, non solo non mira ad acuire i conflitti ma mira a renderli più umani». E in questo caso chi parla è papa Benedetto XVI, in un discorso alla Rota Romana³.

3. I «limiti» operativi del diritto penale

Date queste premesse, per giungere a identificare alcune caratteristiche dello spazio che potrebbe assumere un atteggiamento veritiero delle parti coinvolte, e in particolare dell'agente di reato, dopo la commissione di quest'ultimo appare opportuno sgombrare il campo, preliminarmente, da alcuni equivoci e domandarci che cosa,

² A. IACCARINO, *Verità e giustizia. Per un'ontologia del pluralismo*, Roma, 2008.

³ Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso al Tribunale della Rota Romana in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 28 gennaio 2006 (<http://www.vatican.va>: Benedetto XVI - Discorsi).

comunque, il diritto penale, attraverso gli strumenti tipici del processo, non è in grado di conseguire.

a) Il diritto penale non è in grado di fare piena luce sulla verità storica di un reato. Sia perché, come già si diceva, non può ammettere un uso illimitato dei possibili strumenti d'indagine, in quanto se così facesse negherebbe il fine stesso del diritto, che è costituito dal mutuo riconoscimento degli individui come soggetti dotati di dignità. Sia perché qualsiasi verità storica mantiene sempre una dimensione descrittiva dipendente da un'opera di interpretazione, posto che appare impossibile ricostruire l'intera trama dei fattori che abbiano avuto rilievo in un dato accadimento e il loro nesso con l'autonomia individuale. Sia perché la stessa verità storica non è solo quella dei fatti e può essere attinta, in termini almeno tendenzialmente non riduttivi, solo attraverso un dialogo sincero. Lasciato a se stesso, nemmeno l'agente di reato è in grado, ordinariamente, di *fare verità* circa il suo comportamento. Una verità che voglia cercare di essere sostanziale presuppone ambiti di sincerità, e pertanto necessita del ristabilimento di una relazione.

b) Il processo non può accertare, nella sua sostanzialità, il *quantum* della colpevolezza relativa a una data condotta: può solo constatare il sussistere dei requisiti ritenuti idonei a consentire l'ascrizione giuridica della colpevolezza. Sono infatti suscettibili di accertamento, nei limiti di cui s'è detto, solo gli accadimenti storici e i fattori (personali, culturali, ambientali, *etc.*) che abbiano inciso sul realizzarsi di quegli accadimenti. Ma non si riuscirà mai a dire, una volta constatate simili evidenze empiriche, quanto di totalmente suo, e dunque di totalmente *libero*, un dato soggetto abbia messo in una sua condotta, né conseguentemente a separare in maniera netta la sfera della responsabilità individuale da quella della corresponsabilità sociale. Un processo penale che interpreti il suo compito in un senso meramente retrospettivo, fondato sulla ricostruzione oggettiva dei fatti e sulla ricostruzione *ab extrinseco* della colpevolezza, esprimerà conseguentemente contenuti di verità molto parziali. Anche da questo punto di vista, dunque, la valorizzazione della verità in quanto elemento significativo rispetto alla frattura dei rapporti intersoggettivi rappresentata dal fatto illecito richiede l'apertura a modalità nuove dell'intervento penale.

c) La pena non può cancellare ciò che è accaduto. Sembra la cosa più ovvia, ma nel sentire comune l'inflizione della condanna – di una condanna che riproduca per analogia la stessa negatività del reato – ha assunto i contorni di una rimozione catartica del fatto illecito. Il pensiero di Hegel ha fortemente inciso: nel momento in cui si toglie rilievo alle realtà materiali con le quali si confronta l'esistenza quotidiana per costruire un mondo di realtà ideali (o *virtuali*) totalmente manipolabili mediante l'elaborazione concettuale, si può anche sostenere che un certo tipo di pena annulli il reato in quanto valore negativo. Ma ciò può riflettere, al massimo, dinamiche della psicologia sociale, mentre resta un'illusione che irrimediabilmente si scontra con la realtà per chi nella vicenda criminosa sia stato davvero coinvolto. Il fatto è che non fa parte delle facoltà a disposizione dell'essere umano quella di far venir meno quanto risulti

accaduto. Su di esso si può *fare* qualcosa, mentre non si può far sì che non sia stato. Sulle lacerazioni derivanti da condotte criminose si può lavorare, si può ricostruire, si può forse gettare un ponte: non le si può, semplicemente, eliminare.

d) Il diritto penale non ha comunque a sua disposizione alcuna pena che possa dirsi *giusta in sé*. Pertanto è obbligato a chiedersi, come le altre discipline che hanno per oggetto l'intervento sulle dinamiche relazionali umane (di ordine economico, sociale, politico, e così via), che cosa *sia giusto* fare – che cosa *abbia senso*, o *sia ragionevole* fare – in una data situazione. Del resto, proprio l'enormità di alcuni crimini lascia percepire l'inadeguatezza di una visione della giustizia fondata sulla risposta al negativo in termini di correttezza, per quanto la medesima sia concepita in modo analogico: quale sarebbe la pena *corrispondente* a un genocidio? L'idea di proporzione si limita a esigere, in un tale contesto, che a reato più grave corrisponda conseguenza più grave, ma nulla dice circa il criterio attraverso cui dovrebbe esprimersi il rapporto tra i diversi livelli individuabili nella scala dei reati e nella scala delle pene.

L'aver ritenuto scontata, ciononostante, la dinamica *retributiva* del punire è alla base dell'arretratezza progettuale che caratterizza la nostra materia, non a caso rimasta assai statica nel corso dei secoli. Tuttora oggi, in effetti, non si considera più di tanto necessario approfondire le forme di manifestazione concrete dei diversi reati e i fattori che incidono sul loro realizzarsi. Né si avverte, conseguentemente, l'urgenza dell'impegno per una progettazione politico-criminale complessiva orientata in senso preventivo, che non riguardi solo il diritto penale e che di quest'ultimo, in ogni caso, sappia diversificare gli strumenti d'intervento. Si dà, piuttosto, per già ampiamente noto il modello di giustizia da praticarsi dinnanzi ai reati.

La visione che identifica la giustizia con la reciprocità dell'agire – e della quale s'è asserito per millenni che produrrebbe prevenzione attraverso il timore di conseguenze negative corrispondenti alla negatività di ciò cui con esse si risponde – manifesta tuttavia, a ben vedere, effetti drammatici proprio dal punto di vista preventivo.

Ciò in quanto, secondo quella visione, tutte le volte in cui esista qualcosa, nelle realtà umane, che possa essere valutato negativamente, sarebbe naturale – *giusto* – agire in un modo negativo analogo verso coloro che di esse siano ritenuti responsabili (se non anche, semplicemente, soggetti esponenziali).

Orientamento, questo, rappresentativo del dramma di una cultura (occidentale, ma non solo) plurimillenaria, che ha giustificato ogni guerra e ogni conflitto in rapporto all'idea per la quale rimane, comunque, legittimo rispondere al negativo con il negativo.

Il diritto ha inteso porre alcuni argini, peraltro non troppo solidi, a questa logica. Ha cercato di far sì che l'accertamento di ciò che è negativo sia deputato a organi indipendenti, che si agisca in base al principio di colpevolezza, che il criterio di corrispondenza fra il negativo del fatto illecito e il negativo della risposta legale sia di natura analogica (il che non sempre, invero, ha mitigato il taglione).

Tuttavia, il diritto non è mai andato al cuore del problema, mettendo in discussio-

ne l'assioma secondo cui la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'*altro* con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto.

A questo assioma se ne può contrapporre, molto banalmente, uno di segno opposto: giustizia significa fare, in rapporto al male, progetti che siano pensati secondo contenuti diversi rispetto alla riproposizione, benché analogica, del male commesso. E ciò anche nel momento in cui quei progetti implicino percorsi impegnativi quanto ai loro destinatari.

Del resto lo stesso Hegel, in uno dei suoi scritti teologici giovanili – e dunque prima della fase in cui volle ritenere tutto il reale *razionale*, e dunque anche la pena come storicamente inflitta capace di gestire validamente le fratture derivanti dai reati – manifestava di aver compreso in modo molto chiaro l'inadeguatezza del meccanismo punitivo tradizionale: «La connessione di colpa e punizione è solo eguaglianza, non vita. Il colpevole subisce a sua volta gli stessi colpi che ha dato: ai tiranni corrispondono i carnefici, agli assassini il boia. Carnefici e boia, che fanno la medesima cosa che fecero i tiranni e gli assassini, sono chiamati giusti proprio perché fanno l'eguale (...). Non si può perciò parlare, per quel che concerne la giustizia, di riconciliazione, di ritorno alla vita»⁴.

C'è una frase a tal proposito molto forte di Claudia Mazzucato: «Una volta compiuta la metamorfosi di una virtù (la giustizia) in un infernale congegno che fa del male – tanto che ce ne si può pure difendere (ed è un diritto costituzionale!) – e dal quale si tenterà di sfuggire, si è chiuso un cerchio vizioso che ora la *restorative justice* sta, però, cercando di riaprire virtuosamente»⁵.

4. *L'incompatibilità non scontata dell'iter processuale al ristabilimento di rapporti secondo verità*

Sofferamoci, ora, su ciò che il processo penale, come oggi praticato, mira – e parallelamente rinuncia – a conseguire.

a) Il processo, innanzitutto, tende a ricostruire, ma senza far leva sul dialogo, la verità dei fatti. E ove ne deduca il sussistere della responsabilità per un reato, applica al soggetto ritenuto colpevole una risposta sanzionatoria, la pena, costruita in modo molto grezzo: vale dire come traduzione aritmetica (date le unità di misura esclusive

⁴ Così G.W.F. HEGEL, *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti teologici giovanili*, tr. it. di N. Vaccaro e E. Mirri, Napoli 1972, p. 391.

⁵ Cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA UNIVERSITÀ CATTOLICA, *Dignità e diritto. Prospettive interdisciplinari*, Libellula Ed., Tricase, 2010, p. 139 (volume disponibile in versione *e-book* anche nel sito web <http://dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche> - pubblicazioni).

rappresentate dalla durata della detenzione e, marginalmente, dall'entità della pena pecuniaria) di quella che la rubrica dell'art. 133 c.p. individua come la «gravità del reato».

La pena, dunque, risulta inflitta nel nostro ordinamento (anche quando poi non sia eseguita, o lo sia in forma diversa da quella detentiva) non come un *progetto*, o se si vuole un *percorso*, che assuma significato per il soggetto cui è destinata e per il suo rapporto con la vittima e con la società, ma come rappresentazione, attraverso il *quantum* che la contraddistingue, del disvalore attribuito al fatto illecito (tanto che l'iter inteso a determinarla è tradizionalmente descritto, non a caso, nei termini di una *commisurazione* giudiziaria).

La possibilità che la pena venga ad assumere un significato per chi la subisce è collocata nell'ambito esecutivo, cioè in una fase paradossalmente successiva a quella in cui essa viene determinata. In tal senso, si vorrebbe piegare, *ex post*, a divenire rieducativo ciò che non è nato – nonostante le asserzioni della Corte costituzionale circa il rilievo dell'art. 27, co. 3, Cost. anche nelle fasi di comminazione e di inflizione – secondo un'ottica rieducativa.

In realtà, quella norma della Costituzione è stata elegantemente elusa. Non abbiamo costruito pene strutturate in senso rieducativo: piuttosto, abbiamo asserito che le pene ereditate dalla tradizione retributiva, mediante alcune rimodulazioni ad opera dell'ordinamento penitenziario, dovrebbero riuscire a rieducare.

Il che fa salva, beninteso, la necessità di salvaguardare le opzioni fondamentali di tale ordinamento. Pur in rapporto a un sistema punitivo contraddittorio nel suo impianto generale, esse, infatti, offrono alcuni strumenti preziosi per ridimensionare le conseguenze di un modello sanzionatorio tuttora dipendente, in radice, dal modello della ritorsione.

b) In questo contesto, il giudice è come un medico che lavora senza diagnosi⁶. Delle condizioni personali in cui l'imputato abbia tenuto la condotta oggetto di giudizio il processo non si occupa. Che se ne possa occupare addirittura lo vieta, per gli adulti, l'art. 222, co. 2, c.p.p.: norma la cui pretesa *ratio* garantistica – eviterebbe il rischio di condizionamenti ispirati alla colpa d'autore – convince poco, dato che per evitare controindicazioni basterebbe collocare l'indagine (se accettata) sulla personalità in una fase successiva rispetto al giudizio sul fatto e sulla colpevolezza⁷.

D'altra parte, la considerazione della personalità ha senso ove si tratti di delineare un percorso che ne tenga conto, mentre appare ben difficilmente utilizzabile in modo razionale nel contesto di una mera dosimetria aritmetica del punire.

Si potrebbe opporre, in contrario, che l'art. 133 c.p. attribuisce, nell'ambito del

⁶ Cfr. a tal proposito, con riguardo al rapporto tra categorie penalistiche e sapere criminologico, G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 10.

⁷ V. *infra*, n. 7, lett. d).

giudizio sulla *capacità a delinquere*, un ampio rilievo a fattori concernenti l'ambiente di vita, il carattere e l'atteggiamento personale del colpevole: ma, in assenza dello strumento di analisi idoneo a fornire conoscenze obiettive su quei fattori (la cui valutazione, se effettuata, finisce in pratica per fondarsi su indizi desumibili dagli atti d'indagine o dalla fedina penale), e in assenza di modalità sanzionatorie che offrano al giudice qualcosa in più di una mera discrezionalità inerente al *quantum* della detenzione o di una somma in danaro, i requisiti di cui alla seconda parte dell'art. 133 rivelano la loro funzione originaria: quella di permettere un rilievo *in malam partem* anche di fattori del tutto estranei rispetto alla colpevolezza del fatto, il che peraltro, dopo l'avvento della carta costituzionale, deve ritenersi inaccettabile.

Resta dunque la constatazione per cui, una volta che non vi siano motivi per indagare sull'imputabilità dell'imputato e questi sia ritenuto colpevole, la sua vicenda personale, nel processo, *non conta*. Proprio il riferimento alla colpevolezza in quanto categoria strutturata per far valere il reale stato soggettivo dell'imputato medesimo rispetto a istanze *prima facie* di esemplarità della condanna finisce paradossalmente per giustificare, in tal modo, l'irrilevanza delle condizioni soggettive in tutti i casi nei quali esse non siano in grado di escludere, *ab imis*, la responsabilità penale. Così da rendere il colpevole, al momento della sentenza, mero portatore di una valutazione sull'illecito commesso che risulta formalizzata attraverso l'entità della condanna.

c) In sintesi, la pena non è pensata come un iter significativo per le parti coinvolte nel processo, bensì è pensata *contro* il condannato e *senza* la vittima. Dal che deriva l'estraneità al processo della dimensione dialogica. Il dialogo, infatti, non è a priori impedito dal carattere impegnativo che la risposta al reato comunque assumerà per il suo autore: questi, tuttavia, non potrà mai dialogare intorno a conseguenze che, già sul piano teorico, siano configurate *contro di lui*, vale a dire senza poter rappresentare un'opportunità anche *per lui*.

Posto, in ogni caso, che vi è dialogo solo se la comunicazione si apre a profili di sincerità, ne deriva che il processo penale, in base alle sue caratteristiche attuali, resta un luogo di *non verità* sul piano dei rapporti umani.

Da un lato, dunque, vi è la forte aspettativa che il processo ricostruisca la verità circa gli accadimenti criminosi verificatisi, dall'altro lato vi è la consapevolezza del fatto che, in esso, la verità non trova spazio quanto ai rapporti tra le parti coinvolte, né è possibile dar luogo, proprio per questo, a relazioni umane genuine.

Ciò significa che il processo, fino a oggi, non ha rappresentato un luogo di rielaborazione degli illeciti commessi e ha offerto alla vittima, senza interrogarsi circa i suoi bisogni reali, solo l'entità della pena inflitta.

Del resto, per affermare l'ingiustizia dei fatti oggetto di accertamento il nostro sistema penale prevede, come esito del processo, il mero dosaggio del *quantum* sanzionatorio: secondo una visione che *oggettivizza*, onde renderla soppesabile, la portata dell'ingiustizia verificatasi e la dissocia, su questa via, dai suoi profili relazionali: i quali esigerebbero, piuttosto, risposte afferenti al medesimo piano relazionale.

In tal modo fornendo allo stesso agente di reato, come osservava Dostoevskij⁸, l'*alibi* di un male subito che gli consente di non confrontarsi col male arrecato.

5. Elementi di giustizia dialogata e prevenzione

I *limiti* fin qui evidenziati che caratterizzano il processo penale hanno ricercato la loro *ratio* giustificativa, quantomeno implicitamente, nelle esigenze della prevenzione. E tuttavia essi si dimostrano, a ben vedere, tutt'altro che necessari a una politica criminale efficace.

Il carattere non dialogico del processo riflette una visione che costruisce la pena secondo contenuti negativi per l'agente di reato (dunque, *contro* di lui): al pari, sotto questo profilo, del reato medesimo, in quanto accadimento negativo per la vittima e per la società. Visione, questa, la cui (presunta) efficacia general- e specialpreventiva non fa leva, di certo, su processi orientati all'accoglienza *per scelta personale* degli stili comportamentali richiesti dalla legge. Una pena minacciata e applicata *a danno* del suo destinatario, infatti, può supporre di poter ottenere esiti preventivi solo attraverso l'intimidazione e la neutralizzazione.

Ora, deve considerarsi che un simile modello della prevenzione è legato a fattori di controllo meramente *esterno* delle condotte, così che esso non risulta in grado di offrire motivazioni per il rispetto della legge le quali restino operative anche quando l'efficienza di quei fattori sia modesta.

Del resto, se quest'ultima fosse ottimale non sarebbe necessario, come insegnava Beccaria, far leva sulla durezza delle pene: basterebbe la prospettiva credibile dell'accertamento dei fatti illeciti, in modo da rendere comunque non vantaggioso l'agire anti-giuridico.

Tuttavia, il livello del controllo amministrativo e giudiziario sulle condotte dei cittadini non può oltrepassare, almeno nei contesti democratici, certi livelli di intensità; anzi, con riguardo a reati posti in essere nell'ambito di organizzazioni complesse solo la promozione dell'*autocontrollo* da parte delle medesime organizzazioni, attraverso un ripensamento complessivo delle strategie sanzionatorie, sembra poter dare buoni risultati. Inoltre, la realtà psicologica che fa da presupposto alla commissione degli illeciti penali – perfino quando si tratti di illeciti a movente economico, che pure ne costituiscono la maggioranza – non risponde, per lo più, a semplici ponderazioni tra rischi sanzionatori e benefici materiali, ma altresì a componenti di natura culturale, emotiva o, in diversa misura, socialmente condizionate.

L'ambito degli illeciti non intercettati dal sistema giudiziario (la *cifra oscura*) rimane, comunque, assai esteso in tutti i paesi, con ovvi riflessi sfavorevoli sul piano della

⁸ F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie da una casa di morti* (1860), tr. it. di M.R. Fasanelli, Firenze, 1994, p. 18.

prevenzione generale: riflessi che la durezza delle pene applicabili nell'ipotesi di una condanna non s'è mai dimostrata in grado di controbilanciare.

Ciò premesso, e ferma l'importanza fondamentale della prevenzione *primaria*, cioè del contrasto attinente ai fattori che favoriscono le condotte criminose (ambito inevitabilmente trascurato ove s'identifichi la giustizia con dinamiche retributive), emerge come la natura complessa del fenomeno criminale esiga una modalità di prevenzione la quale, anche attraverso le sanzioni, miri non già a condizionare senza persuadere, ma a garantire livelli elevati di *consenso* alle norme, cioè livelli di *tenuta* dei precetti giuridici per ragioni indipendenti dalla intimidazione e dalla neutralizzazione.

L'ordinamento giuridico che agisce più stabilmente in senso preventivo è, in tal senso, quello che ha il coraggio di una visione non riduttiva degli individui cui si rivolge: che, dunque, li considera – diversamente dalle semplificazioni di matrice utilitaristica o positivistica – come interlocutori dotati di autonomia dei quali si tratta di conquistare scelte operate per adesione personale, piuttosto che farne l'oggetto di strategie coattive.

Se il prodursi della criminalità non risponde a mere dinamiche di condizionamento, in quanto – valga il rinvio a Edwin Sutherland – l'agire criminoso «si apprende» come si apprendono, in genere, fattori di carattere culturale (si tende a fare ciò che è approvato nel gruppo in cui ci si riconosce o in cui si cerca la propria identificazione)⁹, allora appare evidente l'importanza di orientamenti preventivi i quali favoriscano la messa in discussione di principio, negli appartenenti a un dato gruppo, delle scelte anti-giuridiche in esso diffuse.

Ma se questo è vero, il fulcro della prevenzione consiste nel promuovere l'*autorevolezza* delle norme, cioè la capacità delle medesime di essere accolte per scelta e non per timore. Capacità che risulta tanto più credibile, sul piano sociale, ove trovi conferma nella disponibilità di chi pure, in precedenza, ne sia stato trasgressore a rivedere criticamente, comprovandolo anche mediante impegni riparativi, i suoi comportamenti pregressi e ad agire, per il futuro, rispettando la legge: una norma che sappia imporsi su chi l'abbia violata consolida in maniera del tutto particolare, specie con riguardo all'ambiente di provenienza del trasgressore, la sua attitudine a orientare effettivamente le condotte.

La prevenzione, dunque, non ha a che fare con misure che promettano condizionamenti risolutivi rispetto al fenomeno criminale, nel quadro di una visione meccanicistica o, se si vuole, meramente economicistica dell'agire umano. Al contrario, si sostanzia in una costante sfida culturale volta a riaffermare, nonostante la commissione dei reati, le *buone ragioni* per cui possa essere fatto proprio un atteggiamento conforme alla legalità.

Da ciò deriva il rilievo a scopi preventivi della ricerca di una verità sulle circostanze oggetto d'indagine la quale non sia soltanto quella di carattere storico che il processo,

⁹ Cfr. G. FORTI, *op. cit.*, p. 510 ss.

senza apporto dell'indagato, tenta (con molti problemi) di ricostruire, ma consista in una rielaborazione umanamente veritiera dei fatti, entro l'ambito di un dialogo che sia possibile promuovere, salvaguardate le garanzie difensive, tra i soggetti coinvolti.

Simile prospettiva tende a recuperare un rapporto di mutuo riconoscimento personale tra quei soggetti (ma anche tra l'agente di reato e i membri, in genere, della comunità sociale): così che la vittima del reato torni ad assumere nella percezione del suo autore una fisionomia di essere umano autonoma da quella di mero mezzo attraverso il quale conseguire certi obiettivi antiggiuridici e l'autore stesso del reato venga percepito dalla vittima non solo come *criminale*, bensì, a sua volta, come essere umano nella complessità della sua vita.

Un rapporto il quale, ove ricostituito, implica la riaffermazione di ciò che debba valere come norma inderogabile, nonostante il reato che l'abbia contraddetta, nei rapporti intersoggettivi, e dunque come principio comportamentale che non debba essere ulteriormente infranto per il futuro. Realtà, questa, tanto più significativa alla luce dell'esperienza secondo cui l'impegno assunto nel contesto di una relazione umana diretta risulta molto più saldo di quello espresso come mero proponimento individuale.

6. Le esigenze della vittima

La vittima stessa, nel momento in cui «chiama il reo a rispondere attraverso un dialogo, chiede – ecco il punto cruciale – il rispetto, non tanto e non solo della regola, quanto dell'*oggetto* valoriale della medesima e, soprattutto, del soggetto che ne è titolare (l'essere umano)¹⁰.

Il bisogno fondamentale della vittima non è dato dalla ritorsione nei confronti del colpevole: appagamento, questo, solo apparente, che non la coinvolge sul piano relazionale. Piuttosto, la vittima necessita di vedere riconosciuto, se possibile (e tanto più) anche ad opera di chi abbia commesso il reato, che quanto accaduto *non sarebbe dovuto accadere* (così anche Hannah Arendt¹¹), *affinché non debba più accadere nel futuro*.

In quest'ottica, alla vittima va riconosciuta l'aspettativa legittima che il soggetto (davvero) responsabile di un fatto illecito sia chiamato a darne conto pure sul piano dei rapporti personali: ciò che il processo penale, in effetti, non gli chiede. La vittima non può essere privata della possibilità di sollecitare l'autore del reato al confronto sulla sua condotta. Quest'ultimo potrà rifiutarsi, ma la vittima ha diritto di domanda-

¹⁰ Così C. MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 141, la quale prosegue: «e si badi: la norma irradia la propria funzione civica *includendo* nella sfera di protezione offerta dal diritto anche il trasgressore il quale, al pari della vittima, può pretendere e ottenere – verso di sé – analogo rispetto».

¹¹ Cfr. per il riferimento C. MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 136 (H. ARENDT, trad. it., *Archivio Arendt 1930-1954*, a cura di S. Forti, Milano, 2001, vol. I, p. 49).

re una riconsiderazione, *occhi negli occhi*, dei fatti posti in essere (il che, tra l'altro, richiede alla vittima stessa di riconsiderare le modalità delle sue eventuali relazioni pregresse con l'offensore).

L'inflizione tradizionale della pena rischia di manifestare solo la forza coercitiva dell'ordinamento giuridico e di non riuscire a veicolare alcun riconoscimento dei precetti violati che coinvolga, o almeno interpellino, lo stesso agente di reato. Sotto questo profilo, riconferma la legge, per così dire, *in astratto*, senza adoperarsi al fine di riconquistare ambiti effettivi di rinnovata adesione al rispetto delle norme (eventualmente procrastinando simile impegno, in modo più o meno credibile, alla fase esecutiva). Il che riflette una visione della giuridicità come qualcosa di statico, e non come qualcosa che deve costantemente tornare ad affermarsi nel tessuto sociale, e pertanto, se possibile, anche con riguardo al rapporto dell'autore di reato con le vittime.

Non sarà automatico che un simile obiettivo sia conseguito. E tuttavia la sua esclusione dall'orizzonte del processo risulta contraddittoria in rapporto alle finalità preventive. Un ordinamento penale che resti indifferente, nella fase cardine di gestione del reato commesso, alla possibilità di un dialogo veritiero tra le parti su quanto accaduto – e, dunque, alla possibilità di recuperare una valutazione condivisa, ma anche attestata da condotte riparative, circa la sua inaccettabilità giuridica ed umana – rinuncia a promuovere l'autorevolezza delle norme, vale a dire ciò che costituisce il fulcro della prevenzione.

In questo modo il diritto penale abdica alla sua ambizione più tipica (almeno nei contesti in cui rappresenta davvero strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali): quella di poter coagulare intorno alla sue norme il consenso dei cittadini o, in altre parole, di potersi *imporre alle coscienze*. Il sistema penale non può coartare le coscienze, ma proprio per questo deve coltivare l'ambizione di poter guadagnare un'adesione libera ai suoi precetti. Se non lo fa, accetta che i suoi interventi sanzionatori si configurino come mera espressione di forza: della forza, eventualmente, di un ordinamento democratico, ma pur sempre come provvedimenti fondati solo sulla forza. Il che mina la sua autorevolezza.

Ciò evidenzia, peraltro, un nodo culturale di fondo, che meriterebbe ben altra trattazione: strategie preventive solide si manifestano difficilmente compatibili con orientamenti i quali neghino a priori la possibilità di convergenze, nel contesto pluralistico della democrazia, su affermazioni valoriali.

Se l'ordinamento giuridico non può presentare talune esigenze di tutela, ove davvero inerenti alla salvaguardia di esigenze costituzionalmente fondate, come inderogabili da parte di ogni singolo individuo (se il giudice o l'educatore penitenziario possono dire soltanto che l'omicidio è punito, e non che la vita dell'*altro* è intangibile) allora la risposta dell'ordinamento giuridico al reato finisce per giustificarsi solo quale *prezzo* del fatto illecito, determinatosi in una borsa delle sensibilità sociali, circa gli oggetti e i modi della tutela, di cui nessuno sarebbe abilitato a indicare motivi. Come del resto Hegel non sapeva indicare perché il furto «di una rapa», dal punto di vista retributivo, debba

essere punito con una multa di pochi soldi o con la pena di morte¹².

Una società del relativismo esasperato è una società che non fa prevenzione, in quanto non è in grado di attribuire *autorevolezza* alle sue norme.

7. Quali percorsi possibili?: «restorative justice», garanzie e verità

La sfida di una giustizia penale che apra a dimensioni dialogiche si gioca, da un lato, intorno alla capacità della medesima di attestare il proprio ruolo strategico dal punto di vista della prevenzione e, dall'altro lato, sul piano di una costruzione dei nuovi percorsi la quale sappia reinterpretare senza strappi, e anzi consolidandole dal punto di vista sostanziale, le garanzie processuali.

Se, infatti, le garanzie, nella loro forma classica, rappresentano un elemento imprescindibile di tutela dell'individuo rispetto alla potestà sanzionatoria pubblica, nel contempo hanno avallato criteriologie sanzionatorie retributive – in nome di una facile formalizzazione matematica del ricorso privilegiato alla pena detentiva – del tutto slegate, per loro natura, da dinamiche relazionali e ben lontane, nel loro configurarsi come *negativo* che risponde al *negativo*, dall'apprestare una garanzia effettiva quanto alla dignità dei loro destinatari.

Si tratta dunque di recuperare ambiti garantistici sostanziali, senza perdere in garanzie procedurali. Secondo un approccio cui s'è ispirato anche il progetto di riforma della parte generale del codice penale redatto dalla Commissione Pisapia, nella parte in cui per la prima volta ha delineato un sistema sanzionatorio inteso a superare la centralità del ricorso al carcere.

Su questa base, si potrebbe pragmaticamente pensare, nel solco della *restorative justice*, a tre prospettive di evoluzione.

a) La prima strada potrebbe sostanziarsi nell'attribuire rilievo estintivo del reato, sulla base di criteri definiti dalla legge, alla condotta riparativa che l'autore del medesimo, o comunque l'indagato, propongano al giudice prima dell'inizio di un procedimento penale, o entro una certa fase del medesimo.

Simile strumento, di cui costituisce una manifestazione quasi inutilizzata l'art. 35 d.lgs. 274/2000 relativo alla competenza penale del Giudice di pace, apre pragmaticamente a una giustizia dialogata, o riconciliativa, per così dire implicita.

Posto infatti che la condotta riparativa, secondo quanto ormai assodato in sede internazionale, risulta del tutto autonoma dal risarcimento civilistico del danno, implicando un impegno personale in favore della vittima o dei beni offesi dal reato, essa si configura come una sorta di ripresa unilaterale del dialogo, con la vittima medesima e con la società, da parte del soggetto cui risulti attribuita la commissione del reato.

¹² Cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), § 218, trad. it. di V. Ciccero, Milano, 1996, p. 378 s.

Simile strumento rappresenta una risposta di carattere costruttivo e non retributivo alla frattura insita, comunque, nel fatto illecito: una risposta rapida, concreta, tale da recuperare centralità alla posizione della vittima ed espressiva di un'attivazione conforme al precetto espresso dalla norma violata, di cui, pertanto, rafforza l'autorevolezza.

Caratteristiche le quali, d'altra parte, non appaiono compromesse ove si eviti di ritenere la disponibilità alla prestazione riparativa come ammissione formale di colpevolezza.

Semmai, si tratterebbe di valutare in che misura possa essere lasciata aperta la strada alla proposta di una condotta riparativa (maggiormente onerosa), con effetti di estinzione della pena, anche nel caso in cui sia stato percorso l'iter processuale ordinario fino alla sentenza di condanna,

b) Il secondo strumento potrebbe essere costituito dalla possibilità di ammettere l'indagato a un percorso riabilitativo di c.d. *messa alla prova*, consistente in provvedimenti non già intesi (secondo l'ottica retributiva) *a suo danno*, ma riferiti alle condizioni personali nel cui ambito l'illecito sia maturato oppure di carattere conformativo (tali, cioè, da perseguire la riqualificazione a standard adeguati di diligenza, perizia o prudenza).

Se infatti la risposta all'illecito, pur nella sua implicita onerosità, non è costruita *contro* il suo destinatario, ma è pensata come un progetto che implichi *chance* positive, torna a rendersi plausibile un atteggiamento dialogico da parte dello stesso indagato inteso a far sì che quel progetto possa assumere, dal suo stesso punto di vista, la migliore configurazione possibile.

Prospettiva, questa, invero per gran parte compromessa ove manchi qualsiasi orientamento normativo – così, oggi, nell'abito penale minorile *ex* art. 28 d.P.R. 448/1988 – circa i criteri di scelta tra la prosecuzione del processo secondo il binario tradizionale e la sua sospensione seguita dalla *messa alla prova*, che nel caso di esito soddisfacente estingue il reato.

Resta, in ogni caso, il problema del rapporto con l'accertamento delle responsabilità di un istituto (pur sempre incisivo sui diritti individuali) che può essere applicato, senza adesione del destinatario, nel corso del processo di primo grado.

A tal proposito appare congruo ritenere, in armonia coi principi generali, che il giudice debba aver già escluso, quando dispone la prova, la possibilità di un'assoluzione. Difficilmente, tuttavia, simile giudizio (che in sé non costituisce neppure una pronuncia di primo grado) potrebbe essere ritenuto insindacabile. Il che rende ragionevole l'ipotesi di ammettere il destinatario del provvedimento in esame a presentare appello, ferma la prosecuzione della prova, sul solo nodo della responsabilità: prevenendo, eventualmente, una procedura accelerata, ad esempio sul modello del ricorso al *tribunale della libertà*. Ciò in quanto non sarebbe serio concludere che il soggetto interessato, onde vedersi assolto, debba agire per il fallimento della prova e la conseguente riapertura del processo, rinunciando alla possibilità dell'estinzione.

c) S'è detto che se la risposta al reato ha contenuti progettuali, e non di riproduzione analogica della sua gravità, il dialogo non si configura più incompatibile *a priori* col processo. Peraltro, deve riconoscersi che resta difficile dar spazio a una sincerità senza riserve *dinnanzi al giudice*, posto che il compito del medesimo resta pur sempre quello di definire conseguenze onerose in rapporto all'illecito preso in esame.

Proprio per questo la modalità più idonea a permettere una rielaborazione veritiera dei fatti tra l'agente di reato e la vittima, così da recuperare il *vero* all'iter del processo, è quella che istituisce un contesto dialogico *esterno* al processo medesimo, seppure rilevante ai suoi fini. Un contesto nel quale la verità può tornare a trovar spazio in quanto il giudice non è presente, né gli verranno riferiti i contenuti del confronto fra le parti coinvolte: di quest'ultimo, piuttosto, egli riceverà una relazione che attesti la serietà e la qualità dell'impegno riconciliativo, così che ne possa tener conto ai fini degli esiti processuali.

Si tratta della proposta formulata dal giudice all'imputato e alla vittima (o a un soggetto esponenziale del bene che sia stato offeso) di accedere a una procedura di c.d. *mediazione penale*, utilizzata in Italia, finora, quasi esclusivamente nell'ambito del processo a carico di imputati minorenni: vuoi come fase inerente all'accertamento della personalità dell'indagato *ex art. 9 d.P.R. 448/1988*, date le modalità molto libere della medesima (con rilevanza del suo esito ai fini della dichiarazione di irrilevanza del fatto, *ex art. 27* della medesima normativa, o ai fini del ricorso alla *prova*), vuoi come contenuto, fra gli altri, del progetto di messa alla prova.

L'unica previsione esplicita del ricorso a un ufficio di mediazione, contenuta all'art. 29, co. 4, d.lgs. 274/2000 (onde favorire, dinnanzi al Giudice di pace, il ritiro della querela), ha avuto infatti riscontri applicativi assai modesti. La norma resta nondimeno interessante poiché manifesta in modo singolare l'esigenza di escludere qualsiasi riflesso *in malam partem* del *vero* emerso nella fase conciliativa, proponendo l'assai curioso disposto secondo cui, ove tale fase sia guidata direttamente dal giudice (ipotesi se non altro eccentrica rispetto alla logica della mediazione), questi non dovrà in alcun modo tener conto di quanto udito durante tale fase ai fini dell'eventuale decisione.

Deve considerarsi, tra l'altro, che l'esito giuridico del ricorso positivo alla procedura di mediazione, ma anche alla *prova*, non necessita di essere costituito esclusivamente dall'estinzione del reato, ma può concretizzarsi in una gamma di effetti assai più ampia: il che facilita l'applicabilità di tali strumenti anche al di fuori dell'ambito costituito dai reati medio-lievi.

d) È tuttavia importante che l'apertura a dimensioni dialogico-riparative del sistema penale investa anche l'iter ordinario di conclusione del processo, in modo che la pena stessa possa assumere i contorni di un percorso piuttosto che quelli di una ritorsione.

A questi fini, risulta probabilmente ineludibile il ricorso a taluni aspetti del c.d. processo bifasico, in modo da permettere che la presa in esame di elementi relativi alle condizioni di vita e alla personalità dell'agente di reato, ma estranei alla colpevolezza

za del fatto¹³, avvenga dopo l'accertamento di quest'ultimo e delle connesse responsabilità, evitando di condizionarlo.

Su questa via si renderebbe tra l'altro possibile ciò che nel sistema attuale ordinariamente non avviene: cioè che la difesa discuta, nel processo, non solo del reato, ma anche della pena, alla luce dei fattori significativi attinenti alla persona che (se colpevole) subirà una condanna e, in genere, alle sue condizioni di vita.

Un'attività difensiva, questa, in pratica del tutto assente, poiché i patrocinatori ritengono che possa implicare – pur ove la si presenti nella veste di *subordinata* rispetto alla negazione delle responsabilità – come un'ammissione implicita di colpevolezza. Per cui abbiamo un processo che dà le pene, ma che, rispetto ad esse, non opera né una progettazione, né una discussione.

L'aspetto più importante e (culturalmente) difficoltoso del passaggio a una visione progettuale delle sanzioni penali, peraltro, è dato dal superamento dell'idea secondo la quale compito della pena sarebbe rendere manifesto in senso aritmetico, attraverso il *quantum* della detenzione o dell'onere pecuniario, il giudizio inerente alla gravità dei fatti illeciti commessi.

Senza dubbio il principio di legalità esige dal punto di vista garantistico che siano definiti, in rapporto alle caratteristiche concrete di quei fatti, limiti massimi attinenti sia alla durata, sia al contenuto delle sanzioni: non tuttavia nei termini di un corrispettivo massimo riferibile al reato, ma nei termini di un limite massimo della strategia di prevenzione-reintegrazione che appaia accettabile per quel reato.

La gravità di quanto accaduto costituisce il *presupposto* della pena, mentre per secoli è stato inteso come ciò che la pena sarebbe chiamata a visualizzare mediante la sofferenza che arreca. Ove lo si ritenga necessario, del resto, il giudizio sulla gravità del reato potrebbe essere espresso in modi alternativi: perfino inserendo nel dispositivo della sentenza una succinta esposizione dei peculiari profili di inaccettabilità sociale delle condotte offensive prese in esame¹⁴. A ben vedere, peraltro, la gravità del fatto illecito è resa manifesta dall'insieme nel suo complesso della vicenda processuale, di cui sono parte anche le conseguenze adottate. E, in questo quadro, la pena deve poter costituire un *lavoro* che si compie sulla gravità del reato: non il mezzo inteso a esprimere tale gravità.

Quanto sin qui s'è andato ipotizzando manifesta altresì l'esigenza che sia sottoposto a revisione il ruolo stesso finora attribuito alla discrezionalità giudiziaria, così da superare l'assunto assai radicato in forza del quale ogni margine di apprezzamento

¹³ Si consideri in proposito l'art. 29, co. 2, della bozza di riforma della parte generale del codice penale predisposta dalla Commissione Pisapia, ove si prevede che il giudice, nell'applicare pene di natura prescrittiva, possa acquisire «ai fini della decisione in ordine alle prescrizioni da applicare, le informazioni necessarie relative alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato».

¹⁴ Nella citata Commissione Pisapia se ne era effettivamente parlato, pur senza trarne conseguenze positive.

non puramente quantitativo da parte del giudice in rapporto alla pena sarebbe da intendersi come una sorta di anomalia del diritto penale garantistico, essendosi identificato tale carattere con la formalizzazione in senso matematico delle conseguenze sanzionatorie.

In effetti, è intorno al recupero, nonostante il reato, della dimensione relazionale che si gioca la possibilità, per la pena, di non configurarsi come un intervento mirante all'esclusione sociale e, pertanto, di garantire, nonostante gli oneri a essa legati, che la dignità del condannato acquisti un rilievo non solo teorico. Ma, a questo fine, è ineludibile che il percorso sanzionatorio assuma talune caratteristiche per così dire contingenti, legate cioè ai profili e ai rapporti intersoggettivi propri della vicenda concreta. Caratteristiche nel cui contesto si colloca, del resto, la gran parte delle relazioni umane.

In questi termini la discrezionalità giudiziaria va pensata come elemento strutturale del sistema che applica sanzioni penali: senza riserve garantistiche in rapporto a una configurazione progettuale (o, se si vuole, costruttiva) delle scelte sanzionatorie, ove simile configurazione si collochi rigorosamente – com'è proprio della discrezionalità anche in altre discipline – entro l'ambito dei binari, delle linee guida, dei livelli massimi di intervento definiti dal legislatore: dunque, entro l'ambito di griglie più reali di quelle (in apparenza) rigide del sistema penale classico, che hanno finito per attribuire, in concreto, uno spazio amplissimo alla gestione giudiziaria delle sanzioni «quantitative»¹⁵, senza peraltro far sì che esse sappiano rendersi percepibili, al momento dell'inflizione, come *umanamente* pertinenti rispetto ai fatti (ai danni, ai dolori, alle angosce, alle nostalgie, ai rimorsi...) che si sono determinati.

Da ultimo, va posto in evidenza lo stretto legame che esiste tra il superamento della centralità finora assegnata alla pena detentiva e la diversificazione sia delle strategie politico-criminali, sia dei modelli stessi di costruzione delle fattispecie incriminatrici.

Estendere l'apparato sanzionatorio, anche attraverso tecniche che favoriscano l'emergere della verità circa le condotte anti-giuridiche, non è questione riferibile esclusivamente, dunque, alla fase esecutiva del diritto penale, ma costituisce requisito indispensabile per costruire in modo diverso l'intervento penale.

Non è pensabile, per esempio, che un serio controllo delle condotte pericolose – alternativo al modello irrazionale fondato sul reato colposo di evento¹⁶ – possa essere promosso facendo leva sul ricorso al carcere. E non è un caso, in quest'ottica, che un recente progetto di gestione della responsabilità medica di carattere colposo, con fini di contrasto della c.d. medicina *difensiva* indotta proprio dalle dinamiche punitive

¹⁵ Ai sensi degli artt. 73 e 74 del testo unico sugli stupefacenti, per esempio, l'ambito della pena applicabile in tale contesto dal giudice finisce per coincidere, in pratica, con l'intero ambito della durata che può ipoteticamente assumere la detenzione.

¹⁶ Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Mario Romano, Napoli, 2011.

tradizionali, utilizzi strumenti riconducibili al modello della mediazione penale¹⁷.

Lo schema della giustizia riparativa, d'altra parte, resta del tutto compatibile con la parallela utilizzazione di mezzi sanzionatori i quali, comportando a loro volta l'abbandono della logica di una pena deputata a infliggere sofferenza attraverso il ruolo egemone della detenzione, mirino a un contrasto finalmente efficace degli interessi materiali soggiacenti, nella grande maggioranza dei casi, alle condotte che assumano rilievo penale (si pensi alle pene pecuniarie per tassi, al ruolo cardine della confisca dei profitti illeciti, a un equilibrato utilizzo delle sanzioni interdittive, alla responsabilità per reato degli enti economici, *etc.*).

8. *Il ruolo antinomico della verità nella giustizia riparativa e nelle «collaborazioni di giustizia»*

Fino a oggi la disponibilità a dirsi *qualcosa di vero* dopo il reato ha visto concretizzarsi il suo limite pressoché invalicabile nella salvaguardia del principio *nemo tenetur se detegere*. Così che il tentativo dell'ordinamento di carpire elementi di verità dal soggetto sottoposto a indagini è stato condotto attraverso l'unica via rappresentata dall'offerta, in talune ipotesi previste dalla legge, di incentivi premiali onde acquisire *collaborazioni di giustizia*: dunque, al di fuori delle condizioni richieste dalla giustizia riparativa e senza alcuna incidenza sull'impianto del sistema sanzionatorio.

Gli strumenti della *restorative justice* permettono, come s'è detto, di non considerare indiscutibile questo stato delle cose. Resta la necessità, peraltro, di tenere nettamente separata la promozione del dialogo secondo verità come elemento di una gestione riparativa e riconciliativa dei fatti criminosi dal capitolo molto delicato concernente la cooperazione alle attività d'indagine.

In questo senso, il rilievo giuridico dell'apertura al vero entro l'ambito degli istituti di giustizia riparativa dovrà rimanere riferito esclusivamente ai comportamenti *propri*, privilegiando forme, come quelle tipiche della mediazione penale attuata in sede extragiudiziarie, che escludano l'utilizzabilità anche di fatto per fini d'indagine (e in particolare per fini d'indagine su *altre* persone) delle responsabilità ammesse.

9. *La verità come elemento di pacificazione*

Non va infine sottovalutata la circostanza per cui l'eventuale recupero della dispo-

¹⁷ Cfr. AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, a cura di G. Forti, M. Cattino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa, 2010.

nibilità a un dialogo veritiero dopo che siano state poste in essere condotte offensive appare in grado di ridurre le stesse iniziative di attivazione delle procedure giudiziarie – civili o penali – da parte di chi reputi d'aver subito un torto. C'è l'esigenza, pertanto, di offrire anche opportunità di mediazione aventi rilievo pre-giudiziale e, in particolare, pre-penalistico.

La nostra società propone infinite occasioni di lite o di mancato rispetto dei diritti altrui, ma quasi non conosce agenzie di riconciliazione. Eppure c'è, in essa, una domanda latente, alla quale si deve dare risposta, di logiche che superino lo schema del contrasto insanabile, in favore di una pacificazione fondata sulla verità.

Non è un caso, da questo punto di vista, che alcuni paesi segnati da dolorosissime guerre civili e perfino da pratiche di genocidio abbiano inteso segnalare, in questi anni, la speranza di modalità relazionali nuove sul piano socio-politico attraverso l'abolizione della pena di morte e sovente (in base al ben noto modello sudafricano) attraverso l'attività delle commissioni *verità e riconciliazione*.

L'ordinamento giuridico non può imporre la responsabilizzazione, la riparazione e tantomeno il perdono: ma spesso si è escluso troppo affrettatamente che ne possa, e ne debba, creare le condizioni.

Lungo questa via l'emergere di un interesse prioritario delle vittime a *fare verità* sui fatti commessi, il che esige dimensioni dialogiche non surrogabili dal mero accertamento storico dei fatti, appare di rilievo fondamentale. Come sottolinea Desmond Tutu, citando un'espressione di Henri Nouwen, tante volte chi è stato ferito ha saputo essere guaritore di una società a sua volta ferita¹⁸.

¹⁸ Si vedano le parole conclusive di D. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono (No Future without Forgiveness, 1999)*, trad. it. di E. Dornetti, Milano, 2001, p. 213.

LUIGI FOFFANI

IL “MANIFESTO SULLA POLITICA CRIMINALE EUROPEA”

SOMMARIO: 1. Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e la nascita di una politica criminale dell’Unione Europea. – 2. La politica criminale europea fra primo e terzo pilastro: le principali iniziative e le linee di tendenza prevalenti. – 3. Quali principi per il futuro della politica criminale europea? – 4. Il “Manifesto sulla politica criminale europea”: criteri ispiratori, contenuto e principi. – 5. La verifica empirica del rispetto dei principi.

1. *Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e la nascita di una politica criminale dell’Unione Europea*

Con il Trattato di Lisbona il diritto penale è entrato ufficialmente a far parte della costruzione europea e per la prima volta si può parlare di una vera e propria *competenza penale dell’Unione*, intendendo con ciò il potere del Parlamento europeo e del Consiglio di prescrivere ai legislatori nazionali, tramite direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, “*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*” (art. 83 TFUE); potere che potrà essere esercitato sia in un ambito predefinito (ma potenzialmente espansibile) di “*sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale*” (art. 83 par. 1)¹, sia quando “*il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*” (art. 83 par. 2)², delineando in questo secondo caso una sorta di generale competenza penale accessoria dell’attività di armonizzazione extrapenale nei più disparati settori attribuiti alla competenza dell’Unione³.

¹ Cfr., L. ARROYO ZAPATERO/M. MUÑOZ DE MORALES, *L’harmonisation autonome*, in AA.VV., *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2011, in corso di pubblicazione.

² Cfr., A. BERNARDI, *L’harmonisation accessoire*, in AA.VV., *Le droit pénal de l’Union européenne*, cit., in corso di pubblicazione.

³ Sulle nuove competenze penali dell’Unione Europea, cfr. per tutti G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 681 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e pro-*

Se dunque è solo con Lisbona che si può parlare di ingresso ufficiale nei Trattati di un vero e proprio “*diritto penale europeo*” – inteso come ripartizione formale del potere sanzionatorio penale fra la sovranità nazionale (tradizionale monopolista esclusiva di tale potere) e le rinnovate istituzioni europee – è già da diversi anni, tuttavia, che la *politica criminale* si era affacciata nell’orizzonte europeo, condizionando sempre più profondamente le scelte e i contenuti della politica criminale degli Stati.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 e la nascita della divisione in pilastri – e, soprattutto, grazie all’avvento dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” con il Trattato di Amsterdam del 1998 – numerosi atti normativi sovranazionali di varia natura (convenzioni, azioni comuni, decisioni quadro) hanno investito sempre più frequentemente e intensamente la materia penale, sia pure in una prospettiva limitata, essenzialmente servente rispetto agli obiettivi della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale⁴. Esempiare il caso della decisione quadro relativa al *mandato di cattura europeo* (2002)⁵: anziché fungere da strumento di chiusura e garanzia di una strategia compiuta di ravvicinamento e armonizzazione degli ordinamenti penali sostanziali degli Stati membri, è accaduto esattamente l’inverso: il ravvicinamento delle discipline penali sostanziali sembra essere – nel contesto di questa decisione quadro – meramente strumentale al raggiungimento dell’obiettivo cautelare-processuale, con una evidente inversione del rapporto fra mezzo e scopo.

Tuttavia, pur con tutti i suoi limiti e contraddizioni, quella che si è sviluppata con gli strumenti del 3° pilastro, nell’ambito dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, è il primo embrione di una vera e propria *politica criminale europea*. Certo, non si è trattato di vero e proprio diritto comunitario, ma piuttosto di iniziative normative legate all’orizzonte della cooperazione intergovernativa e tendenzialmente sottratte alla competenza della Corte di Giustizia; iniziative nate sotto l’egida degli Stati membri e scarsamente vincolanti per questi ultimi in difetto di una conforme volontà politica.

Si è trattato di una serie di iniziative a pioggia, in molti casi a-sistematiche, prive di un disegno e di una visione strategica, derivanti sostanzialmente dagli impulsi politico-criminali emergenti di volta in volta a livello nazionale e figlie dunque anche della diffusa irrazionalità che ha contraddistinto la stagione più recente della politica criminale in molti ordinamenti nazionali. L’attribuzione di competenza posta a base del 3° pilastro (art. 29 TUE) era del resto, per quanto attiene al diritto penale sostanziale,

spettive di attuazione, Padova, CEDAM, 2004, p. 80; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1163 ss.; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 115 ss.; K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2. ed., Köln-München, Heymanns, 2008, p. 22 ss.

⁴ Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 395 ss.

⁵ Decisione quadro 2002/584/GAI, in GUCÉ, 2002, n. L 190, p. 1, sulla quale cfr. G. DE AMICIS, *Mandato d’arresto europeo*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 467 ss.

quanto mai vaga e indistinta, disseminata di espressioni come «criminalità organizzata o di altro tipo», che certo non avrebbe minimamente potuto orientare e circoscrivere le iniziative politico-criminali da assumere al livello dell'Unione.

Fatte dunque queste doverose premesse critiche, bisogna però riconoscere che la novità del 3° pilastro è stata di portata storica: la materia penale è entrata a far parte integrante della costruzione dell'Unione Europea, l'interesse e l'attenzione delle istituzioni dell'Unione per l'impiego dello strumento penale sono cresciuti in misura esponenziale e le ricadute di questa politica criminale europea sul piano degli ordinamenti nazionali sono state estremamente significative, quantitativamente e qualitativamente, traducendosi in una rete sempre più fitta di *obblighi di criminalizzazione* di fonte europea (sia pur attenuati dalla succitata carenza di competenza della Corte di Giustizia).

Innumerevoli sono ormai le novelle legislative nazionali adottate su impulso o in attuazione di tali obblighi: l'elenco sarebbe estremamente lungo e basti qui soltanto ricordare quella che a buon diritto appare come una riforma epocale del nostro sistema sanzionatorio (penale e amministrativo), ossia l'introduzione della nuova *responsabilità da reato delle persone giuridiche*: una riforma che – in Italia come nella maggior parte degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale – è un frutto diretto e immediato della politica criminale dell'Unione Europea (anzi, il frutto indubbiamente più significativo, sotto il profilo storico), conformato e modellato secondo un paradigma europeo che si è andato progressivamente sviluppando e consolidando dalla fine degli anni '90 ad oggi.

In sintesi: ci siamo andati assuefacendo, nel corso degli ultimi tre lustri, all'idea che la politica criminale – i suoi orientamenti, i suoi obiettivi, le sue scelte – non siano più una questione di esclusiva e gelosa competenza dei legislatori nazionali, ma siano piuttosto una materia sulla quale convergono con sempre maggiore frequenza indicazioni e vincoli di fonte sovranazionale (nella specie, europea) e decisioni nazionali sempre più condizionate dal contesto e dalla collocazione internazionale di ciascun ordinamento.

2. *La politica criminale europea fra primo e terzo pilastro: le principali iniziative e le linee di tendenza prevalenti*

Volendo passare rapidamente in rassegna le più significative iniziative normative in materia penale sostanziale adottate nell'ambito del 3° pilastro, il punto di partenza è rappresentato necessariamente dalla Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (PIF, 1995)⁶. Ci si colloca con questa convenzione agli al-

⁶ GUCE, 1995, n. C. 316, p. 49.

bori della politica criminale europea: gli interessi finanziari della Comunità Europea si presentano come il primo bene giuridico comunitario, bisognoso e meritevole di protezione penale, con sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive», secondo la formula di rito derivata dalla sentenza della Corte di Giustizia sul mais greco (1989)⁷. L'attenzione politico-criminale dell'Unione Europea si concentra sulle frodi nelle pubbliche sovvenzioni comunitarie e sui reati ad esse connessi, quali soprattutto la corruzione di pubblici funzionari stranieri e comunitari (1° Protocollo alla Convenzione PIF, 1996)⁸; e per la prima volta si delinea espressamente la richiesta – dall'Unione agli Stati membri – di dar vita ad una responsabilità delle persone giuridiche in relazione alle specifiche tipologie di illeciti penali ivi individuati (2° Protocollo alla Convenzione PIF, 1997)⁹.

In una analoga linea di rafforzamento e difesa delle istituzioni finanziarie comunitarie si collocano anche, a pochi anni di distanza, la Decisione quadro per il rafforzamento della tutela penale contro le falsificazioni monetarie in relazione all'introduzione dell'euro (2000)¹⁰ e la Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (2001)¹¹. Mentre nella prospettiva generale della lotta contro la corruzione in ambito economico – già ben presente nel 1° Protocollo della Convenzione PIF – vanno ricordate anche l'Azione comune (1998) e la Decisione quadro (2003) relative alla lotta contro la corruzione nel settore privato¹².

Una prima svolta in senso “personalistico” della politica criminale europea si produce con l'Azione comune (1997) e le successive Decisioni quadro (2002 e 2009) per la lotta contro la tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime¹³: da una prospettiva politico-criminale univocamente incentrata sulle finanze comunitarie e sulla tutela dei traffici economici, si delinea una nuova sensibilità per la protezione della persona contro le nuove forme di schiavitù legate ai fenomeni migratori di massa degli ultimi anni; e in una prospettiva di tutela della persona orientata essenzialmente verso la protezione dei soggetti più deboli si inquadra anche la Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (2003)¹⁴.

Con le due Decisioni quadro sulla lotta contro il terrorismo (2002 e 2008)¹⁵ – che

⁷ CGCE, 21.9.1989, 68/88, Commissione/Repubblica Ellenica, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 570.

⁸ GUCE, 1996, n. C 313, p. 2.

⁹ GUCE, 1997, n. C 221, p. 12.

¹⁰ Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, p. 1.

¹¹ Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

¹² Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

¹³ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

¹⁴ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

¹⁵ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3, modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21.

rappresentano la risposta europea all'attentato alle torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001 – anche l'Unione Europea si inserisce nell'onda lunga delle iniziative internazionali contro il nuovo "nemico" globale del XXI secolo.

Ad una risposta penale contro l'emergenza europea dell'immigrazione clandestina è dedicata la Decisione quadro sulla repressione penale del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002)¹⁶. Mentre in una prospettiva più generale di contrasto ai fenomeni di criminalità organizzata vanno ricordate la Decisione quadro su reati e sanzioni in materia di traffico illecito di stupefacenti (2004)¹⁷ e la più recente ed onnicomprensiva Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (2008)¹⁸.

Alla prevenzione e repressione delle nuove forme di criminalità legate alle tecnologie informatiche è preordinata la Decisione quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (2005)¹⁹, mentre in una prospettiva, ricca di una dimensione etico-sociale, di affermazione dei valori della convivenza civile europea, si colloca la Decisione quadro sulla lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia (2008)²⁰.

In sintesi: una vera e propria ondata di interventi politico-criminali al livello dell'Unione Europea, su temi e problemi sempre più cruciali e centrali del diritto penale moderno, non senza indulgere, talora, alle suggestioni di un "populismo penale" diffuso a macchia d'olio in tutti i paesi europei, propenso più a promuovere "crociate" contro nuove ed antiche emergenze criminali, che non a selezionare e razionalizzare l'uso dello strumento penale.

Ma di politica criminale se ne è fatta – e molta – anche attraverso gli strumenti del c.d. 1° pilastro, ossia nell'ambito del diritto comunitario nel senso stretto del termine, dapprima in maniera che potrebbe definirsi allusiva e surrettizia, e poi in termini sempre più aperti e diretti.

Come esempio del primo tipo si può richiamare la vicenda politico-criminale – assai significativa, per la delicatezza della materia coinvolta – che ha portato alla criminalizzazione dei fenomeni di *insider trading* e manipolazione dei mercati finanziari.

Al 1989 risale la prima Direttiva sulla lotta all'abuso di informazioni privilegiate²¹, con una definizione di nuove – e largamente inedite per il continente europeo – fattispecie di illecito in materia di *insider trading*, accompagnata dalla richiesta ai legislatori nazionali di sanzioni non esplicitamente penali, ma comunque «effettive, proporzionate e dissuasive». Come conseguenza si è prodotta la rapida genesi in tutta Europa di una sorta di "euro-delitto" di *insider trading*, ampiamente armonizzato nella de-

¹⁶ Decisione quadro 2002/946/GAI, GUCE, 2002, n. L 328, p. 1.

¹⁷ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

¹⁸ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE 2008, n. L 300, p. 42.

¹⁹ Decisione quadro 2005/222/GAI, GUCE 2005, n. L 69, p. 67.

²⁰ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

²¹ Direttiva 89/592/CEE, GUCE, 1989, n. L 334, p. 30.

finizione del precetto e con una tendenza dominante verso l'adozione della sanzione penale.

Nel 2003 si è emanata in sede comunitaria una nuova Direttiva sugli abusi di mercato²² (comprensivi delle due diverse fattispecie dell'*insider trading* e della manipolazione del mercato), con introduzione di una disciplina molto più articolata e integrata. Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, si è fatto riferimento diretto solo alle sanzioni amministrative, lasciando mano libera ai legislatori nazionali in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* delle sanzioni penali. Anche in questo caso, tuttavia, l'effetto prodotto in tutta Europa è stato quello di una vera e propria ondata di nuova criminalizzazione – ma in termini profondamente differenziati da paese a paese, quanto a specie ed entità delle sanzioni – in materia di abusi di mercato (con all'avanguardia, questa volta, proprio il legislatore italiano), favorita naturalmente anche dal diffuso clima di allarme sociale suscitato dall'esplosione della crisi e degli scandali finanziari. Si delinea così un singolare paradosso: si va rapidamente verso l'unificazione dei mercati finanziari, verso una centralizzazione europea dell'attività di vigilanza, si armonizzano sostanzialmente i precetti contro gli abusi, ma si vanno divaricando enormemente le risposte sanzionatorie, con il pericolo di vanificare gli obiettivi dell'armonizzazione raggiunta sul piano sostanziale (con un rischio elevato di dar vita a fenomeni di "*forum shopping*", particolarmente agevole per questo tipo di autori e di comportamenti criminali).

Nel 2005 si è prodotta la svolta storica della giurisprudenza europea, con la sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 sulla *protezione penale dell'ambiente*²³: risolvendo un conflitto fra Commissione e Consiglio, la CGCE afferma che – pur in assenza di una generale attribuzione di competenza penale alle istituzioni comunitarie – quando per raggiungere gli obiettivi di una effettiva attuazione delle politiche comunitarie in materia di protezione dell'ambiente appaia necessario il ricorso allo strumento penale, il legislatore comunitario è legittimato ad intervenire anche in questo settore tramite direttive. Dunque, anche il diritto penale può entrare nel primo pilastro, travolgendo le antiche resistenze degli Stati membri. Poi è sopraggiunto il Trattato di Lisbona, con il superamento della divisione in pilastri e l'esplicito riconoscimento di una competenza penale dell'Unione – nei termini ricordati all'inizio – e tutto questo è divenuto storia; ma, nel frattempo, sono state adottate le prime *direttive penali* della Comunità Europea: si tratta, come è noto, della Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (2008)²⁴, della Direttiva relativa alle sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (sfruttamento dell'immigrazione clandestina, 2009)²⁵, e della Direttiva che prevede sanzioni contro

²² Direttiva 2003/6/CE, GUCE, 2003, n. L 96, p. 16.

²³ CGCE 13.9.2005, C-176/03.

²⁴ Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

²⁵ Direttiva 2009/52/CE, GUCE, 2009, n. L 168, p. 24.

l'inquinamento provocato da navi (2009)²⁶.

Se si volesse a questo punto tentare di sintetizzare le linee di tendenza di quindici anni di politica criminale europea, si potrebbero indicare i seguenti *leit-motiv*:

– *Espansione: più diritto penale.*

Se, storicamente, l'impatto del diritto comunitario sul diritto penale nazionale ha avuto anche un effetto scriminante, di allargamento degli spazi di libertà dei cittadini comunitari (es.: libertà di circolazione di persone, servizi e capitali, in relazione ai vecchi reati di contrabbando, di mancata comunicazione all'autorità della propria presenza sul territorio straniero, di esportazione illecita di capitali), la politica criminale realizzata nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata univocamente ispirata all'idea guida di "più sicurezza tramite più diritto penale". Si è prodotta una moltiplicazione degli obblighi di criminalizzazione ed un significativo aumento – in molti settori – delle sanzioni penali, attraverso il meccanismo dell'imposizione di "minimi di pena massima", talora anche molto elevati.

– *Anticipazione: diritto penale come "prima ratio".*

La politica criminale europea degli ultimi anni ha condotto ad una sistematica incriminazione di reati collaterali (addestramento, arruolamento, ecc.), atti preparatori (possesso di mezzi idonei a falsificare), con significative incursioni anche nel campo del "virtuale" (prevenzione dell'uso di internet come campo di addestramento virtuale degli aspiranti terroristi, repressione penale della pedopornografia virtuale, ecc.).

– *Responsabilità delle persone giuridiche.*

Con il sistematico appello ad una responsabilizzazione delle persone giuridiche – che a partire dal 2° Protocollo della Convenzione PIF (1997) non mancherà mai di essere richiamato in tutte le iniziative politico-criminali europee, nel 3° come nel 1° pilastro – si delinea un nuovo modello di responsabilità, "neutralmente" a cavallo fra il penale e l'amministrativo. Questo modello "pragmatico" di responsabilità delle persone giuridiche – che non pretende mai di assumere un carattere di generalità, ma che sempre si riferisce a più o meno specifiche tipologie di fenomeni criminali, di volta in volta oggetto di attenzione da parte del legislatore europeo, ha prodotto un impatto vincente sulla grande maggioranza degli Stati membri, superando le tradizionali resistenze dogmatiche della dottrina penalistica.

3. *Quali principi per il futuro della politica criminale europea?*

Dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come definito dai Trattati degli anni '90, sino al più recente Trattato di Lisbona, emerge costantemente una visione

²⁶ Direttiva 2009/123/CE, GUCE, 2009, n. L 280, p. 52.

essenzialmente “*funzionalistica*” del diritto penale, visto solo come strumento di lotta contro determinati fenomeni criminali e come strumento di rafforzamento di determinate politiche dell’Unione. Manca invece una compiuta elaborazione della dimensione del diritto penale come *garanzia* e come *limite della politica criminale*.

Nella prospettiva di una valorizzazione dei principi non può tuttavia non essere sottolineato il ruolo fondamentale della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (recepita finalmente e dotata di preciso valore giuridico dal Trattato di Lisbona). Gli spunti forniti dalla Carta sono indubbiamente di grande valore, nella dimensione ideale – ancora *in nuce* – di un nuovo costituzionalismo penale europeo²⁷.

Basti a tal fine ricordare le solenni affermazioni relative alla inviolabilità della dignità umana (art. 1) (che ha rappresentato la base fondamentale, in altri ordinamenti – e specialmente in quello della Repubblica federale tedesca – per il riconoscimento del rango costituzionale del principio penalistico di colpevolezza), al divieto della pena di morte (art. 2), alla proibizione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4), alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5), al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47), alla presunzione di innocenza e ai diritti della difesa (art. 48), ed infine – con riferimento specifico al diritto penale sostanziale – l’affermazione dei principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene – comprensivo della retroattività della *lex mitior* (art. 49) – e del principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale (art. 50).

Si tratta verosimilmente del primo nucleo per la costruzione di un volto costituzionale europeo dell’illecito penale, da elaborare e sviluppare per garantire che i nuovi poteri di armonizzazione e orientamento della politica criminale da parte dell’UE ex art. 83 TFUE vengano esercitati in un quadro di fondo di razionalità, coerenza e rispetto dei diritti fondamentali, come richiesto anche, da ultimo, dal Programma di Stoccolma del 2009²⁸.

4. Il “*Manifesto sulla politica criminale europea*”: *criteri ispiratori, contenuto e principi*

In questa prospettiva si è inserita l’iniziativa volta alla elaborazione di un “*Manifesto sulla politica criminale europea*”²⁹, patrocinata da un gruppo di studiosi prove-

²⁷ Cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2010, p. 15 ss.

²⁸ *Programma di Stoccolma – Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, Documento del Consiglio dell’Unione Europea n. 17024/09 del 2 dicembre 2009.

²⁹ Il *Manifesto sulla politica criminale europea* è stato originariamente pubblicato in sette lingue diverse (tedesco, inglese, francese, spagnolo, italiano, greco e rumeno) in *ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (<http://www.zis-online.com>), 2009, p. 695 ss. In Italia è stato pubbli-

nienti da undici paesi diversi dell'Unione Europea³⁰ e riuniti sotto la sigla di "European Criminal Policy Initiative (ECPI)"³¹. L'iniziativa dei redattori del "Manifesto" è nata ed è stata ispirata da un approccio essenzialmente pragmatico e niente affatto ideologico: si è proceduto dapprima all'enucleazione dei principi fondamentali della materia penale e successivamente alla verifica sul campo della loro osservanza nell'ambito delle iniziative politico-criminali europee finora adottate. Ne è scaturito un mosaico composito, a tinte variabili, ricco di esempi positivi e negativi in diversa misura.

I principi ai quali il "Manifesto" fa riferimento rappresentano un "mix" di principi classici del diritto penale di derivazione illuministica e di principi nuovi, inerenti all'assetto istituzionale dei rapporti fra l'Unione e gli Stati membri; e una costante sottolineatura viene dedicata – in maniera del tutto particolare – alla necessità di una motivazione espressa degli interventi di armonizzazione europea, nella quale si dia conto effettivamente dell'osservanza dei criteri e dei principi di una razionale politica criminale.

a) Un "legittimo scopo di tutela". – Volendo tracciare una sommaria descrizione del contenuto e del fondamento dei vari principi, si deve partire necessariamente dall'esigenza di un legittimo scopo di tutela: esigenza con la quale si è inteso alludere – ma in termini volutamente più generici e comprensibili alla luce di qualsiasi cultura giuridico-penale europea – alla necessaria esistenza di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione penale a livello europeo. Tale esigenza si concretizza nella protezione di interessi fondamentali derivanti dal diritto primario dell'Unione, che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la cui lesione risulti inoltre "in misura particolare socialmente dannosa". Una esigenza che, così formulata, trova il proprio fondamento, all'interno del diritto europeo, nel principio di proporzionalità. Si sottolinea inoltre la necessità che il legislatore europeo indichi in maniera dettagliata nella motivazione (in accordo con il principio della "good governance") di quali inte-

cato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 ss. (accompagnato da un commento di H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, p. 1278 ss.) ed in *Quad. cost.*, 2010, p. 899 ss. (preceduto da una breve introduzione di S. CANESTRARI e L. FOFFANI).

³⁰ Petter Asp (Università di Stoccolma), Nikolaos Bitzilekis (Università Aristotele di Salonicco), Sergiu Bogdan (Università Babes-Bolyai di Cluj), Thomas Elholm (Università della Danimarca del Sud), Luigi Foffani (Università di Modena e Reggio Emilia), Dan Frände (Università di Helsinki), Helmut Fuchs (Università di Vienna), Maria Kaiafa-Gbandi (Università Aristotele di Salonicco), Jocelyne Leblois-Happe (Università di Strasburgo), Adán Nieto Martín (Università di Castilla-La Mancha), Cornelius Prittwitz (Università Johann Wolfgang Goethe di Francoforte sul Meno), Helmut Satzger (Università Ludwig-Maximilian di Monaco di Baviera), Elisavet Symeonidou-Kastanidou (Università Aristotele di Salonicco), Ingeborg Zerbes (Università di Vienna).

³¹ <http://www.crimpol.eu>.

ressi si tratti ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati tali interessi vengano offesi in maniera non irrilevante. Il mero rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale.

b) Ultima ratio. – È un principio che si può ricavare, a livello europeo, dal riconoscimento della centralità della persona umana e dei relativi diritti fondamentali, con conseguente dovere delle istituzioni europee di far ricorso alle sanzioni maggiormente limitative di tali diritti solo quando non siano a disposizione altri mezzi più lievi per il perseguimento dei legittimi scopi di tutela sopra descritti, anche per evitare il rischio che un'inflazione dello strumento penale ne provochi una perdita di forza e di efficacia. Pure in questo caso si sottolinea la necessità che l'Unione Europea assuma con serietà l'onere della prova dell'impiego del diritto penale come mezzo ultimo del controllo sociale.

c) Colpevolezza. – La necessità di una rimproverabilità personale del comportamento incriminato si fonda, sul piano europeo, sia sulla necessaria limitazione dell'impiego del diritto penale a comportamenti particolarmente dannosi socialmente, sia sulla solenne affermazione della inviolabilità della dignità umana (art. 1 della Carta), in coerenza con il riconoscimento del principio di colpevolezza nell'ambito delle sanzioni amministrative comunitarie. Rimane sostanzialmente priva di risposta, nel Manifesto, la questione se possa muoversi un rimprovero di colpevolezza nei confronti delle persone giuridiche. Consapevoli della difficoltà di trovare su questa questione un punto di comune accordo nelle culture penalistiche europee, i redattori del Manifesto si limitano a riconoscere che la responsabilità di queste ultime deve essere tenuta distinta dalla colpevolezza personale di un essere umano e che per la costruzione di tale responsabilità debbono essere sviluppate regole di imputazione proprie in accordo con i principi dei singoli Stati membri.

d) Legalità. – La legalità penale viene riconosciuta come principio fondante di uno Stato di diritto e come principio giuridico europeo di carattere generale (art. 6 comma 3 TUE e art. 7 comma 1 CEDU), nelle sue diverse articolazioni:

d1) Determinatezza. – Determinatezza della legge in un senso europeo significa che il singolo individuo possa prevedere attraverso quale comportamento si esponga ad una sanzione penale, richiedendo perciò un alto grado di autonoma comprensibilità del testo normativo penale. Questa esigenza, tuttavia, non può realizzarsi pienamente negli atti di armonizzazione penale dell'Unione Europea, i quali – comportando necessariamente margini di attuazione per gli Stati membri – scontano inevitabilmente un certo grado di indeterminatezza. Questa, dunque, la chiave di lettura del principio di determinatezza adottata dal Manifesto: «Quanto minori siano i margini di attuazione lasciati agli Stati membri dagli atti normativi di armonizzazione, tanto più dovranno

no tali atti soddisfare di per sé anche le istanze europee di determinatezza. Qualora un atto normativo europeo sia indirizzato alla unificazione ("piena armonizzazione") delle disposizioni penali degli Stati membri, tale atto dovrà osservare in quanto tale, come se fosse una fattispecie penale, il principio europeo di determinatezza».

d) Divieto di retroattività e lex mitior. – Il legislatore europeo non può imporre agli Stati membri, nell'ambito dell'armonizzazione penale, prescrizioni che li obblighino all'introduzione di disposizioni penali retroattive. Ma la Carta dei diritti dell'Unione Europea (art. 49 comma 1 prop. 3) riconosce anche il principio inverso della *lex mitior*: il legislatore europeo è perciò vincolato a questo principio e non può in alcun caso, per mezzo dei suoi atti di armonizzazione, imporre agli Stati membri di applicare il diritto vigente al momento del fatto, quando questo sia stato modificato a vantaggio dell'imputato dopo la commissione del fatto e prima del giudizio.

d3) Necessità di una legge parlamentare. – Qui si esprime l'esigenza di una piena ed immediata legittimazione democratica di tutti gli atti normativi che incidano sull'impiego dello strumento penale. Si riconosce pertanto che, nei limiti in cui i margini di decisione del legislatore nazionale vengano circoscritti da prescrizioni europee, la legge penale armonizzata non può trovare una completa legittimazione democratica a livello nazionale. Di conseguenza si deve pretendere una legittimazione democratica supplementare a livello europeo attraverso una partecipazione rafforzata del Parlamento Europeo, che il Trattato di Lisbona ha garantito. Si raccomanda tuttavia, nel Manifesto, che i Parlamenti nazionali vengano tempestivamente informati circa le iniziative europee di armonizzazione penale e che vengano altresì posti in grado di influire realmente sul relativo processo di elaborazione.

e) Sussidiarietà. – Sulla base di questo principio generale del diritto europeo il legislatore sovranazionale può attivarsi solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi della misura presa in considerazione non possano essere sufficientemente conseguiti al livello degli Stati membri e perciò – o per la loro dimensione o per le loro conseguenze – possano essere conseguiti meglio a livello europeo. Il test di sussidiarietà deve essere svolto (e debitamente motivato) dettagliatamente, per ogni singolo atto normativo e per ogni sua parte, soppesando tutte le circostanze e prendendo in considerazione tutte le possibili iniziative alternative. Un'affermazione solo formale dei presupposti della sussidiarietà, come spesso è accaduto sino ad oggi, non può in nessun caso essere ritenuta sufficiente.

f) Coerenza. – Nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali, i quali concorrono anche a formare l'identità degli Stati membri protetta dall'art. 4 comma 2 TUE (coerenza verticale). Così, in particolare, i limiti minimi di pena massima prescritti dall'Unione

Europea non debbono condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale. Il legislatore europeo deve inoltre tenere in considerazione il quadro di riferimento creato dai preesistenti atti normativi dell'Unione Europea (coerenza orizzontale: cfr. art. 11 comma 3 TUE).

5. *La verifica empirica del rispetto dei principi*

Una volta proceduto all'enucleazione di tali principi fondamentali – dei quali si raccomanda al legislatore europeo uno scrupoloso rispetto (ed una dettagliata illustrazione di come tali principi siano stati tenuti in conto nella redazione di ciascuna concreta iniziativa normativa) – i redattori del Manifesto hanno tentato di realizzare una prima verifica sul campo dell'osservanza di tali principi negli atti di armonizzazione finora emanati, nell'ambito del diritto comunitario o dell'Unione Europea, cercando così di elaborare – e di proporre alla discussione pubblica – un metodo di lavoro suscettibile di essere riprodotto anche per una valutazione della futura legislazione penale europea.

a) Legittimità dello scopo di tutela. – Rispetto a tale esigenza primaria affermata dal Manifesto si possono riscontrare negli atti europei di armonizzazione esempi di segno positivo e negativo. Nel primo senso si sono richiamate – come esempi chiaramente positivi – la *Decisione quadro sulla lotta alla tratta di esseri umani*³² (tutela di interessi fondamentali della persona in situazioni di particolare debolezza) e la *Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea*³³ (tutela dell'indipendenza finanziaria e della capacità di prestazione delle istituzioni europee). Suscitano alcune perplessità, invece, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*³⁴ – per la pretesa di criminalizzare anche la pedopornografia virtuale – e la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*³⁵, per la mancata specificazione degli interessi ultimi che si vorrebbero tutelare attraverso l'incriminazione dell'attività associativa.

b) Ultima ratio. – Come esempi positivi di un approccio selettivo alla politica criminale si segnalano la *Direttiva che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*³⁶, la *Decisione quadro relativa agli attacchi contro i siste-*

³² Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

³³ GUCE, 1995, n. C 316, p. 49; GUCE, 1996, n. C 313, p. 2; GUCE, n. C 221, p. 12.

³⁴ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

³⁵ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE 2008, n. L 300, p. 42.

³⁶ Dir. 2009/52/CE, GUCE 2009, n. L 168, p. 24.

*mi di informazione*³⁷ e la *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti*³⁸, trattandosi in tutti i casi di iniziative che rivelano un apprezzabile sforzo volto ad indirizzare l'intervento penale degli Stati – all'interno di una data materia – nei confronti di una gamma di casi di particolare gravità. Sul versante opposto si segnalano la *Decisione quadro integrativa sulla lotta contro il terrorismo*³⁹, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*⁴⁰ e la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*⁴¹, per la tendenza spiccata che queste iniziative rivelano verso una indiscriminata penalizzazione a tappeto di condotte meramente prodromiche (c.d. diritto penale pre-preventivo). In una analoga direzione critica si segnalano anche, per ragioni diverse, la *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente*⁴² (per la propensione a penalizzare anche violazioni di natura meramente formale) e la *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*⁴³, per l'assenza di una sufficiente motivazione circa l'inadeguatezza dei rimedi extrapenalici.

c) Colpevolezza. – Come esempio di apprezzabile rispetto per tale principio, si segnala nel Manifesto la tendenza costante del legislatore europeo a lasciare aperta la questione della natura della responsabilità delle persone giuridiche; una opzione rigidamente penalistica, infatti, si sarebbe verosimilmente posta, in alcuni ordinamenti, in insanabile contrasto con l'esigenza di una rimproverabilità personale delle condotte punibili. Una carente considerazione del valore del principio di colpevolezza si riscontra invece, ad es., nella *Convenzione PIF*⁴⁴ (laddove consente di ricavare l'esistenza del dolo da circostanze oggettive: art. 1 comma 4), così come nella *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁴⁵ e nella nuova *Proposta di Decisione quadro per la prevenzione e la lotta contro il traffico di esseri umani*⁴⁶ (per la mancata differenziazione della misura della minaccia penale in relazione a comportamenti illeciti di assai diversa lesività).

d) Legalità-Determinatezza. – Per un apprezzabile sforzo di dettagliata descrizione dei comportamenti da punire si segnalano ad es. la *Decisione quadro sulla protezione*

³⁷ Decisione quadro 2005/222/GAI, GUCE 2005, n. L 69, p. 67.

³⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

³⁹ Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21.

⁴⁰ Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

⁴¹ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE, 2008, n. L 300, p. 42.

⁴² Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

⁴³ Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

⁴⁴ GUCE, 1995, n. C. 316, p. 49.

⁴⁵ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3 (modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21).

⁴⁶ COM (2009) 136 def., p. 14.

dell'Euro contro le falsificazioni⁴⁷, la Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti⁴⁸ e la Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁴⁹. Non vanno esenti da critiche, invece, a causa della presenza di elementi costitutivi di reato fortemente indeterminati, la Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile⁵⁰ (per il rilievo attribuito alla incerta figura del maggiorenne con aspetto infantile), la Decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia⁵¹ (per la vaghezza del riferimento alla idoneità a turbare l'ordine pubblico), la Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato⁵² (per l'assenza di confini del requisito della violazione di un dovere) e la Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente⁵³ (per l'abuso della tecnica dei rinvii normativi a catena).

e) Sussidiarietà. – Il rispetto di tale principio è fuori discussione quando è in gioco la tutela di interessi sopranazionali (come ad es. gli interessi finanziari dell'Unione o la moneta unica europea), nonché quando si tratta di contrastare fenomeni criminali transnazionali non fronteggiabili adeguatamente a livello nazionale (terrorismo internazionale, delitti ambientali) o quando già vi siano state iniziative di armonizzazione in altre sedi internazionali (come ad es. nel caso della Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁵⁴). Suscitano invece perplessità, fra le tante, la Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia⁵⁵, la Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo⁵⁶ o la Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata⁵⁷, nelle quali il richiamo alla sussidiarietà appare come una clausola di stile priva di qualsiasi verifica e dimostrazione.

f) Coerenza (verticale ed orizzontale). – Come esempio di rispetto per la salvaguardia della coerenza dei sistemi penali nazionali (coerenza verticale) si può richiamare di nuovo la cautela sistematicamente dimostrata dal legislatore europeo in materia di responsabilità delle persone giuridiche, così come si possono menzionare tutti i casi nei quali negli atti di armonizzazione compaiono solo indicazioni generiche sulle conseguenze penali (efficaci, deterrenti, proporzionate; pene detentive per i casi gravi,

⁴⁷ Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, S. 1.

⁴⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

⁴⁹ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

⁵⁰ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

⁵¹ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

⁵² Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

⁵³ Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

⁵⁴ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

⁵⁵ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

⁵⁶ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3.

⁵⁷ Decisione quadro 2008/841/GAI, GAI, 2008, n. L 300, p. 42.

ecc.), anziché precisi livelli minimi di pena massima (v. ad es. la *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*⁵⁸: art. 6). Un esempio particolare ed assai istruttivo si ricava inoltre dalla *Decisione quadro relativa alla lotta contro l'aiuto alla immigrazione e al soggiorno illegale*⁵⁹, che prevede espressamente una clausola di salvaguardia della coerenza dei singoli sistemi penali nazionali in deroga ai minimi di pena massima stabiliti dalle singole disposizioni di tale decisione (art. 1 comma 4). Non viene invece rispettato il principio di coerenza verticale nel caso della *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁶⁰, che impone per determinate condotte una pena massima di almeno 15 anni, incompatibile con il sistema penale finlandese. Non si rispetta inoltre il principio di coerenza orizzontale quando si introducono livelli minimi di pena massima identici per comportamenti estremamente differenziati sotto il profilo della dannosità sociale, come nel caso della tratta di esseri umani e della falsificazione o alterazione di monete, entrambe punite con lo stesso minimo di pena massima (8 anni)⁶¹.

In definitiva: la politica criminale europea, così come si è dipanata fino ad oggi nella marea montante delle decisioni quadro e direttive, non è affatto un quadro a tinte omogenee, ricco com'è di esempi di segno diverso, quanto a rispetto delle esigenze fondamentali di una buona tecnica legislativa in materia penale. Le indicazioni metodologiche fornite dal Manifesto vogliono solo tentare di fornire un modesto contributo nella direzione di un approfondimento critico, nella prospettiva di un imminente incremento delle iniziative di armonizzazione penale europea, lungo le direttrici segnate dal Trattato di Lisbona.

⁵⁸ Decisione quadro 2001/413/GAI, GAI, 2001, n. L 149, p. 1.

⁵⁹ Decisione quadro 2002/946/GAI, GAI, 2002, n. L 328, p. 1.

⁶⁰ Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008 n. L 330, p. 21.

⁶¹ Cfr., da un lato, l'art. 3 comma 2 lett. a della *Decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani* (Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002 n. L 203, p. 1) e, dall'altro lato, l'art. 6 comma 2 della *Decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro* (Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000 n. L 140, p. 1).

Invito alla lettura

LUCIANO EUSEBI

L'ERGASTOLO «OSTATIVO»

TRAENDO SPUNTO DALLA LETTURA DEL LIBRO DI CARMELO MUSUMECI,
GLI UOMINI OMBRA, Il Segno dei Gabrielli Editori, 2010

Talora questioni delicatissime rispetto ai principi di civiltà del sistema penale emergono prioritariamente nella letteratura non penalistica. E questo è un tema che dovrebbe indurre a riflessione la comunità *scientifica*. Una di tali questioni è sollevata in un acuto e doloroso volume di racconti sulla condizione esistenziale dell'ergastolo e, in particolare, sulla condizione degli ergastolani che non possono sperare, come gli altri, in un *fine pena* pur estremamente dilazionato nel tempo, se non a costo di una scelta contro la propria coscienza.

Si tratta del volume *Gli uomini ombra*, Il Segno dei Gabrielli Editori, 2010, di Carmelo Musumeci, un ergastolano che vive nel carcere di Spoleto quella condizione. Essa deriva dal disposto dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., che rispetto agli autori di alcuni gravi reati¹ subordina la concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative (esclusa la liberazione anticipata), nonché, *ex art.* 2, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, della stessa liberazione condizionale, alla collaborazione di giustizia secondo la disciplina dell'art. 58-*ter* ord. pen. Restano esclusi i soli casi in cui, «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata», la collaborazione risulti oggettivamente impossibile o irrilevante e sia applicato, in quest'ultimo caso, l'art. 62, n. 6, c.p. (*ex art.* 4, comma 1-*bis*, ord. pen. e sent. nn. 306/1993, 357/1994 e 68/1995 Corte cost.); come pure i casi nei quali sia stato già raggiunto prima dell'entrata in vigore del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. nella l. 7 agosto 1992, n. 366 (che in pratica rese retroattiva la nuova disciplina) un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto (cfr. Corte cost. n. 445/1997).

In questo quadro il condannato all'ergastolo che, pure, abbia compiuto validamente il percorso rieducativo e che abbia interrotto qualsiasi collegamento con la criminalità organizzata, ma che sia tuttora in grado di aiutare «concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati» (art. 58-*ter*, comma 1, c.p.), sembra non poter accedere ad alcun beneficio (perfino nel caso in cui l'attività delittuosa non possa avere conseguenze ulteriori in quanto del tutto conclusa),

¹ La cui stessa selezione non può non far sorgere perplessità: il consideri, per esempio, il rilievo senza ulteriori specificazioni dell'art. 609-*octies* c.p. e dell'art. 291-*quater* del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale.

ove non riveli, in sostanza, i nominativi di eventuali correi.

Nondimeno, Corte cost. n. 105/2003 ha rigettato una questione di legittimità sollevata a tal proposito (per contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost.) rispetto all'art. 176 c.p., osservando che la disciplina di cui sopra «non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia: scelta che è assunta dal legislatore a "criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il 'sicuro ravvedimento' del condannato" (Corte cost. n. 273/2001)». In tal modo delineandosi, secondo la Corte, un quadro diverso da quello per cui Corte cost. n. 161/1997 aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 177, comma 1, c.p., «nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i presupposti»: posto che il testo di quella norma precludeva in modo assoluto, nel caso di revoca, una nuova ammissione al medesimo beneficio, mentre nel nostro caso quest'ultima dipenderebbe da una scelta del soggetto interessato.

Verrebbe dunque a configurarsi una presunzione insuperabile (in pratica, una nuova versione della pericolosità presunta): data la commissione di certi reati, il ravvedimento non potrebbe mai dirsi raggiunto se non si «collabora» con la giustizia. Anche quanto non si collabori «per paura di vendette omicide sulla propria famiglia» o, ad attività criminosa ormai cessata, «per non mettere un'altra persona in carcere al proprio posto»².

Tutto questo appare, già in radice, illogico. Potrebbe essere assai più ravveduta una persona che non agisce per mera convenienza e che sopporta un carcere (davvero) senza speranza perché, ad esempio, non ritiene etico barattare la propria libertà con quella di chi, ormai, non risulti più pericoloso. Il che pone una questione di compatibilità delle norme in esame non soltanto con l'art. 27, comma 3, Cost., ma anche col principio di uguaglianza.

Del resto, risulta contraddittorio fare della mancata collaborazione un elemento aggravante (di fatto) della pena, quando solo pochi anni orsono la normativa sui dissociati dal terrorismo aveva opportunamente previsto benefici importanti, pur *in assenza* della disponibilità a collaborare.

In tal modo, tra l'altro, facendosi dipendere da una realtà futura – che non consiste in un atto avente rilievo offensivo dell'agente di reato – l'applicazione di una maggior pena rispetto al regime ordinario di esecuzione di quella medesima pena, in contrasto con l'art. 7, comma 2, CEDU.

L'ordinamento può ritenere, date certe condizioni, di ricollegare effetti premiali al-

² Dall'Introduzione (*Perché questo libro*) di Nadia Bizzotto e Giuseppe Angelini della Comunità Papa Giovanni XXIII, che ha sostenuto la pubblicazione.

la collaborazione di giustizia. Ma ben altra cosa è far dipendere effetti *in malam partem* dalla mera circostanza della non collaborazione alle indagini: dunque, pur quando l'assenza di collaborazione non costituisca, in concreto, un indizio della mancata presa di distanze dall'agire criminoso.

Il detenuto ha diritto a che il suo percorso risocializzativo trovi riscontro in profili di *flessibilità* dell'esecuzione, come più volte la Corte costituzionale ha riconosciuto. Ma ciò risulta in radice contraddetto ove tale flessibilità sia resa funzionale a obiettivi di collaborazione post-processuale del tutto diversi rispetto a quelli propri del trattamento penitenziario (secondo una disciplina che si rivela controproducente in rapporto al conseguimento stesso della finalità risocializzativa).

Non senza incoerenze tecniche: resta incomprensibile quale sarebbe per l'ergastolano il rilievo, nella situazione in esame, della circostanza per cui l'art. 4-*bis* ord. pen. fa comunque salva l'applicabilità della liberazione anticipata.

Né è chiara quale sarebbe l'incidenza dell'aumentato limite minimo (*ex* art. 2, comma 2, d.l. 152/1991) della pena espia per l'applicabilità della liberazione condizionale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (che non possono accedere al beneficio se non collaborano), posto che se abbiano proficuamente collaborato con la giustizia (o la collaborazione risulti impossibile o irrilevante) «trova applicazione la regola generale fissata dall'art. 176, comma 1, c.p., secondo cui la liberazione condizionale è concedibile, ferme le altre condizioni, quando sia stata espia almeno la metà della pena» (così Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 1998, n. 6492)³.

Da tutto questo deriva – a prescindere da eventuali interventi della Corte costituzionale – l'urgenza di un provvedimento il quale, fatta salva la necessità complessiva di una riconsiderazione dell'intero disposto dell'art. 4-*bis* ord. pen., ne escluda l'applicabilità, quantomeno, con riguardo alla liberazione condizionale da applicarsi nei confronti dei condannati all'ergastolo (e, per parità di trattamento, anche nei confronti dei condannati a pene di lunga durata, ove sia maturato il limite minimo di espiazione che consente all'ergastolano di accedere al beneficio)⁴. Così da riaffidare in tal caso al Tribunale di Sorveglianza un giudizio sul *sicuro ravvedimento* aperto alla considerazione di tutti i fattori in gioco.

³ Per una pronuncia parallela in materia di semilibertà cfr. Cass. pen., sez. I, 23 maggio 1999, n. 2211.

⁴ Ciò onde conseguire il risultato minimo consistente nell'evitare un ergastolo senza prospettive di conclusione della fase esecutiva e, dunque, tenendo per ferma l'esigenza di rivedere gli effetti di tale norma sull'insieme dei benefici ivi considerati, nonché il suo stesso ambito applicativo.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

ENNIO AMODIO – Professore ordinario nell'Università Statale di Milano. Presidente dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale

ANTONIO BALSAMO – Magistrato addetto all'Ufficio Ruolo e Massimario della Corte di Cassazione

MAHMOUD CHERIF BASSIOUNI – Professore Emerito nell'Università di Chicago (U.S.A.). Presidente emerito dell'*International Human Rights Law Institute* (IHRLI), presso il *DePaul University College of Law* (US); Presidente dell'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC); Presidente emerito dell'Associazione Internazionale di diritto penale (AIDP)

ELIO BELFIORE – Professore ordinario nell'Università di Foggia

CLAUDIO BOTTI – Avvocato del Foro di Napoli

RENATO BRICCHETTI – Presidente del Tribunale di Lecco

GIOVANNI CANZIO – Presidente della Corte d'Appello di L'Aquila

GAETANO CARCATERRA – Professore ordinario nell'Università di Roma - La Sapienza

MARGHERITA CASSANO – Magistrato della Corte di cassazione

GIUSEPPE CONTI – Avvocato del Foro di Sassari. Vicepresidente dell'Unione delle camere penali italiane

ALESSANDRO CORDA – Dottorando di ricerca nell'Università di Pavia

GIULIO DE SIMONE – Professore associato nell'Università del Salento

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell'Università di Foggia

MASSIMO DONINI – Professore ordinario nell'Università di Modena e Reggio Emilia

LUCIANO EUSEBI – Professore ordinario nell'Università Cattolica Sacro Cuore di Milano

GIOVANNI FIANDACA – Professore ordinario nell'Università di Palermo

LUIGI FOFFANI – Professore ordinario nell'Università di Modena e Reggio Emilia

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell'Università di Firenze

FRANCESCO MAURO IACOVIELLO – Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione

ERNESTO LUPO – Primo Presidente della Corte di Cassazione

- FRANCESCO MACRÌ – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze
- VINCENZO MAIELLO – Professore associato nell’Università di Napoli - Federico II
- DOMENICO MANZIONE – Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Alba
- ENRICO MARZADURI – Professore ordinario nell’Università di Pisa
- NICOLA MAZZACUVA – Professore ordinario nell’Università di Bologna
- MARCO NICOLA MILETTI – Professore ordinario nell’Università di Foggia
- MARIO PISANI – Professore ordinario dell’Università Statale di Milano
- DOMENICO PULITANÒ – Professore ordinario nell’Università di Milano Bicocca
- RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna
- INIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO – Cattedratico nell’Università Pompeu Fabra di Barcellona (Spagna)
- TULLIO PADOVANI – Professore Ordinario nella Scuola Superiore “Sant’Anna” di Pisa
- GONZALO QUINTERO OLIVARES – Cattedratico nell’Università Rovira i Virgili di Tarragona (Spagna)
- TOMMASO RAFARACI – Professore ordinario nell’Università di Catania
- ETTORE RANDAZZO – Avvocato del Foro di Siracusa. Presidente del Laboratorio permanente esame e controesame (LAPEC)
- SANDRA RECCHIONE – Magistrato del Tribunale di Torino
- FRANCESCA RUGGIERI – Professore ordinario nell’Università dell’INSUBRIA
- VALERIO SPIGARELLI – Avvocato del Foro di Roma - Presidente dell’Unione delle camere penali italiane
- MICHAEL TONRY – Professore nell’Università del Minesota (U.S.A.)
- CECILIA VALBONESI – Dottoranda di ricerca nell’Università di Firenze
- VITO VELLUZZI – Professore associato nell’Università Statale di Milano



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: Cassa di Risparmio di Lucca, Pisa, Livorno, sede di Pisa,
Piazza Dante, 1. IBAN: IT 96 A 06200 14011 000000359148
 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

L'Editore garantisce la massima **riservatezza dei dati forniti** dagli abbonati
e la possibilità di chiederne gratuitamente la modifica o la cancellazione. (D.Lgs. n. 196/2003)

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011

● **Primo Piano**

ENNIO AMODIO *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea* – M. CHERIF BASSIOUNI *La valutazione delle conseguenze dei conflitti: l'accertamento delle responsabilità e l'impunità* – MARIO PISANI *Ricompense e premi nella disciplina carceraria per gli adulti* – MICHAEL TONRY *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*

● **Dibattito:** *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco* MASSIMO DONINI *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario* – GIOVANNI FIANDACA *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?* – RENZO ORLANDI *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale* – TULLIO PADOVANI *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale* – DOMENICO PULITANO *La scienza penale tra fatti e valori*

● **Opinioni a confronto**

Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie. Nota introduttiva di Giovanni Canzio. *Ne dibattono:* TOMMASO RAFARACI-SANDRA RECCHIONE – *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive.* Nota introduttiva di Francesca Ruggieri. Premessa storica di Marco Nicola Miletta. *Ne dibattono:* CLAUDIO BOTTI-DOMENICO MANZIONE-ENRICO MARZADURI – *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza.* Nota introduttiva di Fausto Giunta. *Ne dibattono:* GAETANO CARCATERRA-OMBRETTA DI GIOVINE-NICOLA MAZZACUVA-VITO VELLUZZI

● **La recente riforma del codice penale spagnolo**

ÍNIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO *Adesso davvero hispanica societas delinquere potest* – GONZALO QUINTERO OLIVARES *Modificare la legge e modificare il diritto penale. A proposito dell'ultima riforma del codice penale spagnolo*

● **Diritto giurisprudenziale**

RENATO BRICCHETTI *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale* – FRANCESCO MAURO IACOVIELLO *Processo di parti e prova del dolo*

● **Il nuovo codice etico dei magistrati**

MARGHERITA CASSANO *Il nuovo codice etico: utopia o realtà?* – GIUSEPPE CONTI *Il codice etico dei magistrati. Un passo in avanti o un'occasione perduta?*

● **La Magna Carta dei giudici europei**

ANTONIO BALSAMO *La magna carta dei giudici (e dei pubblici ministeri): la separazione dei poteri fra tradizione e modernità* – VINCENZO MAIELLO *Il 'potere' e i 'diritti' nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici*

● **Interviste**

Ettore Randazzo intervista ERNESTO LUPO, Presidente della Corte di cassazione – Giovanni Canzio intervista VALERIO SPIGARELLI, Presidente dell'Unione delle camere penali

● **Antologia**

ELIO BELFIORE *“La mafia si combatte con le leggi”*. *Diritto e potere, verità e giustizia nel pensiero di Leonardo Sciascia* – GIULIO DE SIMONE *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali* – LUCIANO EUSEBI *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?* – LUIGI FOFFANI *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*

● **Invito alla lettura**

LUCIANO EUSEBI *L'ergastolo «ostativo»*. *Traendo spunto dalla lettura del libro di Carmelo Musumeci, Gli uomini ombra, Il Segno dei Gabrielli Editori, 2010*

www.edizioniets.com/criminalia

40,00

ISBN 978-884672983-5



9 788846 729835