



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

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

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Daniele Guerri,
Dario Micheletti, Daniele Negri,
Silvia Ravaioli

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 1



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2012
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 978-884673278-1
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

- DOMENICO PULITANÒ
Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali 11
- MARIO ROMANO
*La legittimazione delle norme penali:
ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico* 33
- FRANKLIN E. ZIMRING
*La dimensione del fenomeno detentivo negli Stati Uniti:
i modelli del ventesimo secolo e le prospettive per il ventunesimo* 47
- Dibattito:** *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*
Nota introduttiva di Fausto Giunta 77
- GIOVANNI FIANDACA
*Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa
nell'età del protagonismo giurisdizionale* 79
- ALBERTO GARGANI
*Verso una 'democrazia giudiziaria'?
I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo* 99
- CARLO FEDERICO GROSSO
*Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine
all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)* 125
- Il punto su...** *La giustizia disciplinare dei magistrati: lo stato dell'arte*
- DANIELA CAVALLINI
La responsabilità disciplinare dei magistrati tra innovazione e continuità 141
- GIUSEPPE DI FEDERICO
L'evoluzione della disciplina giudiziaria nei paesi democratici 161
- ANTONELLO MURA
La disciplina dei magistrati. Tipicità degli illeciti e strumenti cautelari 195

LORENZO ZILLETTI
Il controllo sulle funzioni giudiziarie: libito fe' licito in sua legge? 209

Il punto su... Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario

ALBERTO CADOPPI
Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi 223

LUIGI CORNACCHIA
Placing Care. Spunti in tema di paternalismo penale 239

DARIO MICHELETTI
Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence 275

SILVIA TORDINI CAGLI
Il paternalismo legislativo 313

Il punto su... Le basi emotive della decisione penale e la psicologia del giudice

Introduzione di Adolfo Ceretti 341

ANTONIO FORZA
Razionalità ed emozioni nel giudicante 353

LUIGI LANZA
Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale 365

ALFREDO VERDE
Come si giustifica chi rende giustizia? 377

Opinioni a confronto

L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto
Nota introduttiva di Stefano Canestrari 387

Ne dibattono:

FERRANDO MANTOVANI

PAOLO VERONESI

Opinioni a confronto

Verso l'abolizione delle formule di proscioglimento?
Nota introduttiva di Giovanni Canzio 415

Ne dibattono:

ALDO CASALINUOVO

ENRICO MARZADURI

GIUSEPPE SANTALUCIA

Opinioni a confronto

La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 437

Ne dibattono:

FRANCESCO CAPRIOLI

GAETANO INSOLERA

Attualità: *Jus corrigendi e responsabilità penale*

LUCIA RISICATO

L'educazione del "bullo" tra uso e abuso dei mezzi di correzione 461

ANTONIO VALLINI

L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere 473

Attualità: *Ai confini della stretta legalità*

ALESSIO SCARCELLA

*Getto di campi elettromagnetici:
un reato di pericolo concreto per il principio di legalità* 493

GIOVANNI TUZET

La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva 507

Antologia

LUCIANO EUSEBI

*Beni giuridici e generazione della vita.
Note alla luce di alcune vicende giudiziarie europee* 523

MARIO PISANI

Il "guappo" e la retorica tra Alfredo De Marsico ed Enrico Emanuelli 535

Invito alla lettura

VITO VELLUZZI

*Il giurista, la legge, la Costituzione.
A proposito del libro di Marcello Gallo, Moralité, Napoli, Esi, 2011* 551

Progetti

*Per una deontologia giudiziaria condivisa.
Il nuovo progetto del LAPEC e Giusto Processo* 559

Hanno collaborato al volume 561

Primo piano

DOMENICO PULITANÒ

ORIZZONTI ATTUALI DEL CONTROLLO
DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DI NORME PENALI (*)

SOMMARIO: 1. Uno sguardo retrospettivo. – 2. I principi penalistici nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Problemi attuali. Il ruolo dell'avvocatura. – 4. I nodi dell'uguaglianza. – 5. Problemi della non punibilità. – 6. Problemi della prescrizione. – 7. Al confine fra diritto e processo. – 8. Giudizio di costituzionalità e dimensione sovranazionale. – 9. Obblighi di penalizzazione di fonte europea? – 10. Patologie del sistema sanzionatorio.

1. *Uno sguardo retrospettivo*

Il tema di *nuovi campi* del controllo di costituzionalità di norme penali suggerisce una riflessione non scontata: come mai, dopo più di sessanta anni di Costituzione e cinquanta anni di giurisprudenza costituzionale, possono ancora presentarsi problemi caldi sul piano della legittimità costituzionale?

I principi costituzionali, e la cultura della Costituzione, hanno fatto molta strada e dovrebbero essersi saldamente radicati. Ma i percorsi storici sono complessi, e dopo decenni ci troviamo ancora davanti sia a problemi residui nel fare i conti con un passato precostituzionale, sia a difficoltà nuove in relazione a scelte di legislatori via via succedutisi nei decenni della Repubblica. Per mettere a fuoco i problemi di oggi, è opportuna una riflessione di sintesi sul cammino fin qui percorso e sui suoi contingenti approdi.

Nella fase iniziale, la giurisprudenza costituzionale in materia penale è stata chiamata a fare i conti con il passato: con la legislazione penale del regime fascista arrivata all'Italia repubblicana nel suo assetto originario (con poche ma significative modifiche, basti ricordare l'abolizione della pena di morte). La Corte costituzionale ha affrontato questo compito sulle premesse affermate nella sua prima sentenza, n. 1 del 1956: competenza della Corte a sindacare la legislazione passata, e utilizzabilità, nel giudizio di legittimità costituzionale, di *tutte* le norme della Costituzione (senza distinguere fra norme precettive

* È il testo della relazione svolta al Corso di aggiornamento professionale su *Corte costituzionale e giustizia penale* organizzato dalla Camera penale di Firenze e dalla Scuola per la formazione degli avvocati penalisti (Firenze, 25 febbraio 2011).

e meramente programmatiche). In quella prima sentenza è stata emblematicamente dichiarata illegittima una norma penale contenuta nel TU delle leggi di pubblica sicurezza, per contrasto con un nuovo principio di libertà, la libertà di manifestazione del pensiero.

Sulla strada dell'affermazione dei nuovi principi di libertà, la Corte costituzionale è andata avanti con cautela, rispondendo a questioni sollevate da una magistratura via via più sensibile alla svolta costituzionale. Emblematica la giurisprudenza costituzionale in materia di reati d'opinione (io preferirei dire: reati d'espressione). Sentenze talora di accoglimento totale o parziale, talora interpretative di rigetto, hanno nel loro insieme ridisegnato i bilanciamenti fra le nuove libertà costituzionali ed i vecchi assetti di tutela penale autoritaria. Anche disposizioni difficilmente difendibili (di poco o nessun rilievo nella prassi) sono state salvate con motivazioni apprezzabili. Così è avvenuto per es. per l'art. 15 della legge sulla stampa del 1948 (sentenza n. 293 del 2000); così per il vilipendio di cui all'art. 403 cod. pen. (sentenza n. 188 del 1975).

Sulla base delle indicazioni interpretative della pur cauta giurisprudenza costituzionale, alcuni punti fermi, di solida garanzia, appaiono acquisiti: in particolare la copertura costituzionale, in via di principio, anche per manifestazioni espressive che non si esauriscono in un mero pensiero, ma si legano a programmi d'azione. Tendenzialmente acquisita – non senza incertezze nella giurisprudenza ordinaria, e talora solo a parole – una qualche restrizione della soglia di punibilità, dal pericolo presunto ad un pericolo (più o meno) concreto. Resta (non assente dalla realtà giudiziaria) il rischio di interpretazioni (dei fatti e delle norme) eccessivamente fiscali.

L'attenzione al diritto di libertà, evidenziata nelle motivazioni del giudice delle leggi, può e deve divenire punto di riferimento delle interpretazioni ed applicazioni giurisprudenziali. Di fatto, il problema dei reati d'opinione, formalmente non superato, non sembra essere un problema attuale, malgrado siano stati lasciati sopravvivere (ma qui la responsabilità è soprattutto del legislatore) alcuni grumi normativi che potrebbero, in un clima deteriorato, essere rivitalizzati in senso autoritario.

2. I principi penalistici nella giurisprudenza costituzionale

Quali applicazioni hanno avuto, nella giurisprudenza costituzionale, le norme della Costituzione specificamente relative alla materia penale? Segnalo qui alcuni punti che ritengo di particolare interesse.

La giurisprudenza della Corte sul *principio di legalità* dà un'indicazione di metodo relativa all'interpretazione: *priorità del procedimento ordinario di interpretazione* sulle questioni di legittimità costituzionale relative alla determinatezza o precisione delle fattispecie. Rarissime le sentenze di accoglimento per difetto di determinatezza della fattispecie, ricorrente invece il rinvio alla competenza e alla responsabilità del giudice nel ricercare nella legge un significato sufficientemente determinato sulla base di un procedimento ermeneutico controllabile (*ex multis*, n. 27 del 1961, n. 5 del 2004, n. 327 del 2008). Soltanto in seconda battuta, qualora fallisca la possibilità di un'interpretazione controllabile, la Corte costituzionale affermerebbe la violazione del principio di determinatezza.

Una peculiare valorizzazione del principio di legalità, sotto un aspetto diverso da quelli abitualmente considerati dalla dottrina, è stata fatta nella sentenza sul delitto di plagio, n. 96 del 1981, su cui torneremo più avanti (§. 4).

Fa riferimento al principio di legalità la giurisprudenza costante che afferma l'inammissibilità di questioni volte a sollecitare dalla Corte costituzionale la creazione o l'ampliamento di figure di reato. La Corte costituzionale non è a ciò competente. Soltanto il legislatore può costruire fattispecie di reato e stabilire le pene corrispondenti, nell'esercizio della sua responsabilità politica.

Fin dagli anni '80, quando il problema dei supposti obblighi di penalizzazione è stato portato alla Consulta, ho proposto una lettura e giustificazione *di merito* della soluzione processuale dell'inammissibilità, adottata dalla Corte costituzionale¹. Il principio di legalità, *forma* istituzionale del diritto penale, ha anche un significato *sostanziale*: affidando al legislatore le scelte di penalizzazione, mantiene il problema della coercizione legale come *problema aperto politicamente e razionalmente*, secondo l'originaria logica illuministica, entro i limiti garantisti che dal sistema costituzionale sia dato desumere. La tutela di beni giuridici di rilievo costituzionale è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non di per sé sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione.

L'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o espansione di fattispecie di reato paga un prezzo (una limitazione del controllo di costituzionalità) che, ritenuto imposto dal principio di legalità, appare sopportabile nel bilanciamento con esigenze di garanzia.

Sul piano della politica del diritto, la questione degli obblighi viene per così dire a scolorarsi: decisive sono le ragioni del vietare o non vietare, se e come

¹ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 s.

punire. Dobbiamo ragionare su *necessità*, più o meno stringenti, che possano legittimare soluzioni penalistiche, in particolare là dove siano in gioco esigenze di protezione dei diritti umani al livello più elementare.

Sugli spazi di possibili questioni di costituzionalità *in malam partem* ritorneremo più avanti.

Un lungo cammino è stato percorso dalla giurisprudenza costituzionale sul principio di *personalità della responsabilità* (art. 27, comma 1). Dopo una serie di sentenze interpretative di rigetto, la Corte costituzionale è arrivata ad affermare esplicitamente la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza con la sentenza (importantissima per le motivazioni e le implicazioni d'ordine generale) sull'articolo 5 cod. pen., la storica sentenza n. 364 del 1988. In epoca recente, la sentenza sull'articolo 609-*sexies*, n. 322 del 2007, ha inserito anche nel capitolo sulla colpevolezza un'indicazione interpretativa molto forte (mascherata da un dispositivo di inammissibilità): la *priorità del principio di colpevolezza*, non negoziabile rispetto a qualsiasi contro interesse o preoccupazione di tutela, anche di interessi importanti come l'integrità sessuale dei minori. Anche qui la Corte fa rinvio alla giurisprudenza ordinaria per la concretizzazione del principio di colpevolezza là dove le norme di legge ordinaria pongano problemi d'interpretazione e di adeguamento al principio.

L'indicazione interpretativa generale, data nella sentenza sull'*error aetatis*, è stata ripresa in modo significativo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza sull'articolo 586 cod. pen.² Requisito minimo dell'imputazione soggettiva è la colpa, ed interpretazioni di norme vigenti in chiave di responsabilità oggettiva non possono più avere spazio.

Più che i principi specifici sul sistema penale, nella giurisprudenza della Corte costituzionale ha funzionato il principio di eguaglianza: un principio di struttura dell'ordinamento, che formalmente è criterio di controllo di qualsiasi differenziazione o equiparazione normativa, e si presta (o meglio, sembra prestarsi) a veicolare concezioni sostanziali di giustizia. Nelle eccezioni di legittimità costituzionale (anche in materia penale) il principio d'eguaglianza è stato invocato su scala molto massiccia, nella maggior parte dei casi con esiti di rigetto delle questioni sollevate; ma non mancano sentenze di accoglimento particolarmente significative.

La maggior parte delle sentenze d'accoglimento riguarda il sistema sanzionatorio e l'ordinamento penitenziario; spesso il principio d'eguaglianza è visto in combinazione con il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, e il

² Cass., s.u., 22 gennaio 2009, in *Cass. pen.* 2009, p. 4564.

dispositivo è di tipo additivo (*in bonam partem*). Nell'insieme, si tratta di razionalizzazioni minimali (ancorchè importanti) di un sistema sanzionatorio che nelle sue linee generali resta comunque disegnato da una discrezionalità legislativa amplissima, sul cui esercizio non è consentito alla Consulta un sindacato di merito. Oggi più che mai, nonostante gli aggiustamenti apportati dalla Corte costituzionale, abbiamo un sistema di risposte al reato la cui razionalità e giustizia appaiono gravemente carenti, sia per difetti originari del codice Rocco, sia per difetti legati a sviluppi successivi.

3. *Problemi attuali. Il ruolo dell'avvocatura*

Nei decenni della Repubblica, l'evoluzione legislativa e della giurisprudenza ordinaria è stata influenzata in misura significativa dalla giurisprudenza costituzionale. Alcune battaglie del passato (quelle più legate al superamento della legislazione fascista) sono state combattute con buon successo. Ma fronti nuovi si sono aperti.

Quale il ruolo che l'avvocatura penale può giocare? Tendenzialmente, sta dalla parte della difesa dell'imputato, e deve un'attenzione particolare per i profili di garanzia liberale del sistema. Ma non è solo questo: l'avvocato può essere anche difensore di persone offese. L'intero campo dei problemi e dei principi del (e sul) diritto penale può venire in considerazione nello svolgimento di attività di difesa di parti private. La professione di avvocato, che ha a che fare con diritto e giustizia, ha interesse alla tenuta e all'accrescimento di un sistema in ragionevole equilibrio tra il fronte delle garanzie liberali e quello della effettività della tutela dei diritti anche con gli strumenti del penale.

Cosa può – e deve – fare l'avvocato come custode dei diritti e delle libertà costituzionali? Dalla giurisprudenza costituzionale viene un'indicazione di metodo che addita per così dire una strategia. Nell'arena processuale questioni di legittimità costituzionale dovrebbero essere viste, innanzi tutto, come rilevanti nel contesto dell'interpretazione ed applicazione – costituzionalmente orientata, fin dove possibile – del diritto vigente. L'eccezione d'incostituzionalità è una soluzione di seconda battuta, a cui arrivare dopo avere sviscerato fino in fondo tutte le possibilità di soluzione a livello interpretativo. Questa indicazione – espressamente enunciata e praticata dalla giurisprudenza sul principio di legalità – attraversa a tutto campo la giurisprudenza della Corte costituzionale. La abbiamo ritrovata nella giurisprudenza sul principio di colpevolezza, e in quella relativa a campi problematici (come i reati d'espressione)

in cui è cruciale il rapporto (il bilanciamento) con diritti di libertà.

È divenuto un *leit motiv* l'appello al Giudice ordinario, che faccia fino in fondo il suo mestiere di interprete attento ai principi della Costituzione. Il *restraint* della Corte può essere variamente valutato, a me sembra che l'indicazione di metodo sia ineccepibile. Il problema di legittimità costituzionale merita di essere considerato come chiusura, l'alternativa che può e deve ragionevolmente essere prospettata laddove una proposta interpretativa conforme a Costituzione non venga accolta nel diritto vivente, perché obiettivamente non vi sono spazi, o comunque per scelte interpretative (giuste o sbagliate) dei giudici ordinari. Dove spazi esegetici non vi siano, non vi è alternativa che sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Piccola nota a margine: nell'impostare i problemi di legittimità costituzionale (anzi i problemi interpretativi in genere) l'avvocato, che ha un ruolo di parte, può ragionevolmente fruire di spazi più ampi di quanto non sia consentito al Giudice. La dottrina, normalmente, affronta i problemi di interpretazione e applicazione del diritto dal punto di vista dell'interprete e applicatore imparziale. Ma il contesto in cui si formano gli indirizzi interpretativi è più complesso: comprende apporti di parte (sia dal fronte dell'accusa che da quello della difesa) che hanno tutti una loro dignità e necessità. Le parti possono legittimamente chiamare in causa ragioni parziali che chiedono poi di essere ricomposte da un giudizio imparziale; e questo è uno spazio del quale l'avvocato può farsi carico.

Per caratterizzare il ruolo dell'avvocato è stata proposta la formula della *imparziale parzialità*, specularmente alla definizione del PM come parte imparziale³. Al di là delle differenze di poteri e doveri del pubblico funzionario e del privato professionista, questa formula paradossale coglie un tratto comune ai ruoli di parte: tutti attraversati dalla tensione fra la *parzialità nella rappresentanza d'interessi*, la necessità di *intelligenza dei problemi*, e la *pretesa di validità e di riconoscimento intersoggettivo* che dà significato alla stessa difesa di interessi di parte.

Il campo dei problemi di legittimità costituzionale, in cui l'avvocato penalista può oggi ritrovarsi, comprende innanzi tutto la concretizzazione dei principi costituzionali sul diritto penale, sulla base di indicazioni che la giurisprudenza costituzionale ha dato in termini generali rimettendone la concretizzazione alla giurisprudenza ordinaria. È su questo terreno che si giocano le questioni di legalità, nel senso di *certezza legale*. È su questo terreno che si giocano le questioni

³ M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002; ID., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Ragion pratica*, dicembre 2008, n. 31, p. 485s.

di colpevolezza, ormai risolvibili sulla base di criteri chiaramente affermati dalla Consulta, ma rimaste aperte come questioni di delimitazione dei criteri d'imputazione soggettiva, di fronte al sempre presente rischio di slabbramenti (per es. applicazioni discutibilmente dilatate del dolo eventuale) e di scivolamenti verso forme di responsabilità oggettiva occulta.

I problemi di legittimità costituzionale si presentano all'avvocato, in prima battuta, come problemi di interpretazione conforme a Costituzione. La giurisprudenza costituzionale del primo mezzo secolo è una base da cui partire. Può essere variamente valutata, nell'insieme e nei singoli dettagli: potremmo vederla, metaforicamente ed approssimativamente, come un bicchiere mezzo pieno e mezzo vuoto. Per andare avanti, possiamo e dobbiamo fare tesoro del mezzo pieno.

4. I nodi dell'uguaglianza

Nella fase più recente della giurisprudenza costituzionale, si è più che mai stagliato come centrale il tema dell'uguaglianza. Non è certo un problema nuovo, ma è stato acuitizzato dal prender corpo, nelle scelte della XIV e della XVI legislatura, di elementi di un diritto penale disuguale: da un lato, pacchetti sicurezza contrassegnati da crescente severità, dall'altro il restringersi del penale dei c.d. *Kavaliersdelikte* (pur frammisto a demagogici aumenti di talune pene edittali).

Emblema di un diritto penale della disuguaglianza era l'aggravante della presenza irregolare nel territorio dello Stato, introdotta nel codice penale come articolo 61 n. 11 bis dal c.d. pacchetto sicurezza del 2008. Questa aggravante simbolo della legislazione securitaria in materia di immigrazione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con una bella sentenza, n. 249 del 2010. L'aggravante produce una discriminazione per ragioni soggettive priva di qualsiasi nesso con il commesso reato; e «*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato*».

La caduta aggravante della clandestinità può essere (speriamo) considerata un caso limite, che però mostra la possibile riemersione nella odierna situazione spirituale (non solo ma anche nell'orizzonte penalistico) del problema dell'uguaglianza nel suo nucleo duro di divieto di discriminazioni.

Al di là del caso specifico, la sentenza n. 249/10 dà indicazioni di grande

interesse in ordine al problema generale del controllo di legittimità di circostanze aggravanti o attenuanti (anzi, di qualsiasi criterio di differenziazione di trattamento punitivo). Non possono essere tipizzati come ragioni di aggravamento o diminuzione di pena elementi che – *ceteris paribus* – non abbiano un *univoco* significato aggravante o attenuante, rispetto al reato per il quale si tratti di stabilire la pena. *Nemmeno atti illeciti estranei al commesso reato*, che pure rientrano nella complessiva condotta di vita cui fa riferimento l'art. 133 cod. pen., possono assumere rilievo formale come circostanze aggravanti.

Questa indicazione della Corte costituzionale non è priva di rilievo nemmeno per l'esercizio del potere discrezionale del giudice: fatti della vita *estranei al commesso reato*, cui non può essere attribuito un automatico rilievo aggravante, in sede di commisurazione della pena possono venire in rilievo solo in esito ad una valutazione discrezionale, nei limiti segnati dal rigoroso rispetto dei diritti costituzionali. Anche questo è un possibile profilo dell'attuale campo di problemi d'applicazione costituzionalmente orientata.

Da tempo il problema dell'eguaglianza viene in discussione in chiave di uguaglianza – ragionevolezza. In materia penale, è in questa chiave che la giurisprudenza costituzionale ha impostato problemi che la dottrina penalistica tende a impostare con riferimento al principio di offensività⁴.

Nella giurisprudenza costituzionale, l'inesistenza di un bene giuridico tutelabile è stata espressamente rilevata, per la prima e (salvo errore) unica volta, nella sentenza n. 189 del 1987, che ha dichiarato l'illegittimità del reato di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione, previsto da una legge speciale del 1926. Il parametro costituzionale applicato, per invalidare la norma penale, è stato il *principio d'uguaglianza/ragionevolezza*, sullo sfondo di un diritto di libertà compresso dalla norma impugnata⁵. Il riferimento al bene giuridico appare, in questo contesto, una formula dottrinale non decisiva; e forse anche per questo, oltre che per l'assoluta marginalità della fattispecie, la sentenza in esame non ha attirato l'attenzione dei penalisti⁶. Nella sostanza, è giustificato affermare che la

⁴ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 362.

⁵ La vicenda che ha dato occasione alla questione di legittimità costituzionale vedeva imputato un esponente della minoranza slovena in Venezia Giulia. L'espressa esclusione che la norma in esame tutelasse un bene giuridico si lega al riconoscimento che minoranze etniche e altri gruppi ben possono volere «*esprimere la propria identità politico-sociale attraverso un simbolo, una bandiera corrispondente a quella di uno Stato estero*».

⁶ Ma cfr. C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 94

Corte costituzionale «non ha mai assunto in chiave dimostrativa la tesi dei beni giuridici di rilievo costituzionale»⁷, pur facendone talvolta un uso retorico.

Questo non significa che il riferimento al bene giuridico non giochi alcun ruolo. Semplicemente, non ha funzionato come selezione di oggetti legittimi di tutela nei giudizi di legittimità costituzionale: di fronte a norme incriminatrici che non siano del tutto insensate (ed anche norme discutibili, in genere, hanno un senso riconoscibile) è normale rintracciare un qualche interesse teoricamente proponibile come oggetto della tutela voluta dal legislatore. Gli aspetti problematici, di cui i giudici costituzionali vengono investiti, riguardano di regola *soglie e limiti* di tutela di interessi tutelabili legittimamente: soglie di carattere generale, segnate dal principio di offensività (questione del pericolo), e limiti specifici posti all'intervento penale da diritti, libertà o interessi che esigono salvaguardia nei confronti della coercizione legale⁸.

Segnalo un profilo non nuovo, ma solo superficialmente esplorato, di questo problema: quello dei giudizi di fatto che abbiano rilievo per la scelta legislativa. Potrebbero avere rilievo eventualmente anche sul piano di controllo di legittimità costituzionale?

Il rapporto fra principi normativi e mondo dei fatti emerge in modo emblematico nella sentenza n. 96 del 1981: la norma sul delitto di plagio (art. 603 cod. pen.) è stata dichiarata costituzionalmente illegittima perché, secondo quanto ha ritenuto la Corte costituzionale, delineava una fattispecie non suscettibile di verifica nel mondo dei fatti, nel duplice senso di impossibile a realizzarsi ed insuscettibile di essere oggetto di verifica probatoria.

La norma deve avere un contenuto fattualmente possibile e verificabile, ci dice il principio di legalità. 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. È questo il senso del principio di offensività o dannosità sociale: il campo d'intervento penale è limitato a tipi di fatto caratterizzati da un particolare contenuto offensivo o pericoloso. Il principio di personalità della responsabilità introduce ulteriori delimitazioni, sia sul piano obiettivo (esclusione di responsabilità per fatto altrui) sia su quello della colpevolezza dell'agente (rilevanza di certi stati psicologici ai fini del dolo, della colpa, dell'imputabilità).

⁷ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, p. 216.

⁸ Analoghe considerazioni in J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 2005, p. 86m 92.

Problemi concernenti la rilevanza di saperi sul mondo, più o meno *scientifici*, attraversano l'intero mondo del penale⁹. Sono oggetto di specifica discussione dottrinale con riferimento alla causalità; nella giurisprudenza costituzionale sono emersi con riguardo a tipizzazioni operate dal legislatore secondo valutazioni che pretendono di fondarsi sull'*id quod plerumque accidit* (fattispecie di pericolo astratto, presunzioni di pericolosità, *et similia*). È possibile un controllo sulla correttezza o ragionevolezza fattuale delle tipizzazioni legislative?

Una giurisprudenza costituzionale costante ha enunciato il principio secondo cui vi è uno spazio per valutazioni e scelte discrezionali del legislatore *nei limiti della non manifesta irragionevolezza*. Questo criterio evoca un campo di problemi particolarmente delicato: che rapporto vi è fra *questioni di fatto* e gli spazi di discrezionalità politica del legislatore? Questioni di fatto non sono *valutazioni* in senso proprio, cioè scelte di valore, bensì di questioni di verità, di conoscenza *wertfrei*. Ma le risposte a questioni di fatto possono essere premesse di valutazioni e scelte pratiche; e ciò emerge in tutta evidenza là dove le conoscenze siano incerte o comunque oggetto di discussione, e qualsiasi scelta normativa sottende una presa di posizione sulle premesse 'scientifiche' della scelta, scientificamente non incontroverse.

Nell'ammettere teoricamente la possibilità di un controllo in chiave di manifesta irragionevolezza, la Corte costituzionale si è poi mossa con estrema cautela. È arrivata a dichiarazioni di illegittimità di istituti non più accettati dal sentire comune (penso alla giurisprudenza dei primi anni '80 sulle presunzioni di pericolosità in materia di misure sicurezza, che ha aperto la strada alla abolizione legislativa del 1986). Di fronte a tecniche normative controverse, quali la costruzione di fattispecie di pericolo astratto, all'affermazione di un possibile controllo di costituzionalità non hanno fatto seguito decisioni di accoglimento, se non con riguardo a fattispecie ritenute obsolete (mendicità non invasiva: sentenza n. 519 del 1995) in base a criteri classicamente valutativi.

Una discussione generale del problema della rilevanza dei dati scientifici è stata fatta nella sentenza n. 114 del 1998¹⁰. La Corte ha affermato la possibilità

⁹ Riferimenti in D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 795 s.; ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 1004 s.

¹⁰ Con nota di G. AMATO in *Cass. pen.* 1998, p. 1909 s.; di L. VIOLINI in *Giur. Cost.* 1998, 975 s.; di F. INTRONA in *Riv. it. med. leg.* 1998, 564 s. La sentenza – di rigetto – è relativa ad una questione di legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 cod. pen., in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., che metteva in forse il fondamento empirico della distinzione fatta dal codice, ai

di principio di un controllo in chiave di manifesta irragionevolezza nei casi in cui «*la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire*». Il metro del controllo, peraltro, è assai cauto: «*E tuttavia, perchè si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice*».

Collocato per così dire al confine del merito politico, il campo dei giudizi di fatto sottesi alle scelte del legislatore appare refrattario al controllo di legittimità costituzionale cui pure è teoricamente aperto.

5. Problemi della non punibilità

Questioni di uguaglianza sono state sollevate anche in relazione a norme di favore: non solo norme che prevedano cause di non punibilità (la cui ammissibilità è stata affermata da tempo: sentenza n. 148 del 1983), ma anche *norme penali di favore*, nei termini di cui alla tanto discussa sentenza n. 394 del 2006.

Disposizioni che restringano l'area della punibilità – ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza del 1983 – «*abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali*», non necessariamente con disposizione espressa, purché *l'esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco*. L'ammissione del sindacato di costituzionalità su *norme di favore*, che escludono la punibilità, risponde all'esigenza di *non lasciare aperta la strada ad odiose forme di privilegio*.

La sentenza n. 394 del 2006 ha applicato i principi già affermati per le cause di non punibilità in un caso in cui era in discussione una *norma incriminatrice di favore*, che cioè prevedeva un trattamento penale *meno severo* di quello altrimenti applicabile in base ad una norma più generale: il principio di legalità non preclude «*decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo: e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del*

fini dell'imputabilità, fra intossicazione acuta e intossicazione cronica da sostanze stupefacenti (l'imputabilità è esclusa solo dall'intossicazione cronica).

reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite)». In questi casi l'eventuale dichiarazione d'illegittimità della norma speciale, perché discriminatoriamente più favorevole, non interferisce con la riserva di legge sulle scelte di criminalizzazione: «l'effetto in *malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale».

La sentenza *in malam partem* del 2006 è stata accolta nella dottrina penalistica con giudizi fortemente differenziati. Le valutazioni più critiche¹¹ ravvisano una forzatura della riserva di legge ed il rischio di una eccessiva politicizzazione del giudizio della Corte costituzionale. A ben vedere, pur nella novità della applicazione, v'è coerenza con i precedenti indirizzi della Corte: il sindacato *in malam partem* è stato ammesso in un ambito più ampio che non le cause di non punibilità in senso stretto, *per ragioni già enunciate nella sentenza n. 148/83*, che consentono e rendono doveroso il sindacato sulla non punibilità, cioè su un effetto ben più radicale di una minore severità punitiva.

Resta fermo che il controllo di legittimità costituzionale può e deve esercitarsi fino al limite segnato dal principio di legalità, ovvero dalla competenza esclusiva del legislatore sulle *scelte di penalizzazione*. Resta escluso un sindacato nel merito di scelte politiche, che diviene «possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (la sentenza del 2006 cita espressamente alcune sentenze recenti). Per un sindacato di legittimità si pongono i problemi relativi al principio di ragionevolezza.

Problema nuovo, posto dalla sentenza n. 394, è quello dei *criteri di identificazione delle norme penali di favore*. La Corte lo risolve sulla base di una distinzione già affiorata nella giurisprudenza costituzionale: quella fra le previsioni normative che *delimitano* l'area d'intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle (le norme penali di favore) che invece *sottraggono* una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva.

¹¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Milano 2011, p. 159 s.

Questo criterio di distinzione presenta delicati problemi, certo bisognosi di approfondimento, ma coglie un punto cruciale: per poter fondare il sindacato di legittimità su ‘norme di favore’, è decisivo l’inserimento di queste (come disposizioni speciali) *dentro un ambito coperto da una scelta generale di penalizzazione*, tale da includere anche l’ambito della disposizione speciale, e suscettibile di espansione una volta che la disposizione di favore sia stata dichiarata illegittima.

Quanto ai criteri di valutazione della disciplina differenziata, sotto il profilo della ragionevolezza o irragionevolezza, verranno in rilievo i criteri elaborati in altri contesti penalistici in cui il principio d’eguaglianza è venuto in considerazione. Con riferimento a norme di favore, la questione presenta profili di maggiore delicatezza. La difesa di principio della sentenza n. 394/06 (che esercitando il controllo di legittimità ha invalidato una norma *penale di favore* smaccatamente *ad personam*) si accompagna ad una forte esigenza di controllo delle sue implicazioni. Lo spazio per sentenze d’accoglimento di questioni *in malam partem* – garanzia d’eguaglianza di fronte alla legge penale – abbisogna d’essere rigorosamente delimitato, evitando ogni sconfinamento nel merito politico delle scelte legislative.

6. Problemi della prescrizione

Un problema che presenta aspetti peculiari – che ho segnalato fin da subito, in tempi politicamente non sospetti¹² – riguarda la prescrizione così come ridisegnata dalla legge n. 251 del 2005, e segnatamente la disciplina degli atti interruttivi. Il prolungamento massimo dei tempi di prescrizione è stato differenziato secondo che l’imputato sia persona incensurata o senza precedenti penali che portino nella fascia dei recidivi, oppure un recidivo, o un recidivo qualificato. Da ciò l’interrogativo: differenze soggettive di questo tipo hanno una qualche connessione con le ragioni giustificative del tempo necessario a prescrivere, e in particolare con le ragioni giustificative del prolungamento dei termini di prescrizione connesso a vicende processuali?

Sono interrogativi retorici: nessuna differenziazione soggettiva fra categorie di imputati può venire in rilievo, per nessuna delle ragioni giustificative dei tempi necessari a prescrivere e delle esigenze di tempo legate al processo. La rilevanza ai fini della prescrizione, attribuita a differenziazioni soggettive dalla

¹² A partire dalla 2ª edizione (2007) di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, ed. Giappichelli.

novella del 2005, è del tutto ingiustificabile a fronte del principio di uguaglianza – ragionevolezza.

La scelta legislativa fatta in sede di riforma della prescrizione è stata contraddetta dal legislatore del 2008 (con la medesima maggioranza politica) a proposito di circostanze attenuanti generiche: un comma aggiunto all'art. 62-*bis* dal c.d. pacchetto sicurezza statuisce che la situazione di incensuratezza non può essere motivo di per sé sufficiente per la concessione delle attenuanti generiche, cioè per un effetto assai meno radicale dell'estinzione del reato.

In relazione alla disciplina differenziata del prolungamento dei termini di prescrizione, chi potrebbe avere interesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale? Certamente non la difesa dell'incensurato. Potrebbe avere interesse la difesa dell'imputato recidivo il quale si trovi esposto ad un maggiore prolungamento termine di prescrizione. Formulata come questione *in bonam partem*, sarebbe una questione alquanto curiosa: non vi è nessuna ragione per *ridurre* per tutti il prolungamento dei tempi di prescrizione, conseguente ad atti interruttivi, al livello minore oggi riservato ai non recidivi. È la differenziazione di trattamento, e non la misura del prolungamento del tempo di prescrizione, a porre il problema di legittimità costituzionale.

Potrebbe la questione essere formulata *in malam partem*, puntando ad una equiparazione verso l'alto? Dal punto di vista della tenuta del sistema, il problema potrebbe porsi seriamente ove mai avesse corso la proposta (approvata da un ramo del Parlamento il 13 aprile 2011) di ridurre a un quarto il prolungamento dei termini di prescrizione per gli imputati incensurati (con effetti estintivi di molti processi in corso). L'argomentazione potrebbe essere (grosso modo) così impostata: se il prolungamento dei termini di prescrizione, a seguito di atti interruttivi, è giustificato nella misura prevista per la categoria di imputati meno favorita, allora la previsione di un tempo minore per alcuni sarebbe un favore non giustificato dalle ragioni sottese all'istituto.

7. *Al confine fra diritto e processo*

La proposta di legge presentata nel 2009 sotto l'etichetta mediatica di processo breve e l'etichetta tecnica di prescrizione del processo offre un'occasione per riflettere su rischi legati ad un uso scorretto – ingenuamente acritico o maliziosamente manipolatorio – del linguaggio giuridico.

Prescrizione del processo penale è una formula facilmente comprensibile. Esiste nell'ordinamento la prescrizione di un processo civile, prescrizione del

processo penale è un'idea entrata in circolazione come legata al principio costituzionale (processuale) della ragionevole durata del processo.

La prescrizione del processo è stata proposta come presidio della ragionevole durata, cioè di un interesse processuale. Ma davvero una prescrizione del processo serve ad *assicurare* la ragionevole durata? Assolutamente no, semmai prenderebbe atto di durate irragionevoli del processo.

Sarebbe una soluzione di significato puramente processuale, come la prescrizione del processo civile? No, non sarebbe una soluzione solo processuale. La prescrizione del processo penale travolgerebbe in via definitiva la possibilità di arrivare ad una sentenza di condanna: avrebbe i medesimi effetti, ad un tempo processuali e sostanziali, della prescrizione del reato¹³.

«*Frode delle etichette*», direbbe un linguaggio già da tempo in uso in dottrina. Parlare di prescrizione del processo, evocando un'ottica puramente processuale, significa cogliere un aspetto certamente significativo della situazione, ma non coglie il dato sostanziale e caratterizzante di un istituto che spezza la sequenza dal reato alla pena, producendo effetti sostanziali concernenti il punire o non punire. Un istituto, dunque, di diritto sostanziale, la cui razionalità e la cui legittimità vanno controllate alla luce di ragioni e di principi concernenti il penale sostanziale.

Al di là dei profili specifici di illegittimità costituzionale che possano ravvisarsi nelle proposte via via succedutesi nella XVI legislatura, in questa sede interessa richiamare l'attenzione sui problemi – anche di legittimità costituzionale – relativi ad istituti per così dire al confine fra diritto sostanziale e dimensione processuale. I processualisti si sono giustamente emancipati, da alcuni decenni, da una situazione di sostanziale sudditanza al diritto sostanziale. È bene che si siano emancipati, ma occorre essere consapevoli del rischio che le separazioni accademiche finiscano per diventare orizzonti artificiali di separazione intellettuale, secondo specializzazioni che riducano il giurista a studioso di singoli settori normativi, e non dei problemi che interpellano il mondo del diritto.

8. *Giudizio di costituzionalità e dimensione sovranazionale*

Un nuovo orizzonte di possibili questioni di legittimità costituzionale, aperto dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha a che fare con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: norme internazionali pattizie, che

¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4^a ed., Torino 2011, p. 572 s.

rientrano fra gli *obblighi internazionali* al cui rispetto la potestà legislativa è vincolata ex art. 117 Cost. come novellato nel 2001. Le norme della CEDU non hanno valore di norme costituzionali, ma nel giudizio di costituzionalità delle leggi funzionano come ‘norme interposte’. La Corte costituzionale, investita di questioni relative a pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, è competente a «*verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe, e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta*». Il controllo di costituzionalità «*deve ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali ... e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*».

L'interpretazione delle norme CEDU è di competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 348/07, parla di «*funzione interpretativa eminente, che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a specificare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*». Di fatto, sono le sentenze della Corte di Strasburgo che portano le norme della CEDU all'attenzione dei giudici italiani, attribuendovi un determinato significato. Nella discussione dottrinale è stato rilevato che non sempre è facile, né sempre possibile, estrarre dalle sentenze – che risolvono casi particolari, ambientati in un dato ordinamento – massime generali ed astratte adattabili in modo uniforme a tutti gli ordinamenti. Ed è stata messa in discussione la sostenibilità di un vincolo interpretativo incondizionato, anche richiamando il significato della giurisdizione come aspetto della sovranità dello Stato, e i rischi di un costituzionalismo multilivello concepito come una sorta di supermercato dei diritti¹⁴.

Sentenze successive della Corte Costituzionale (n. 311 e 317 del 2009) additano margini di autonomia del legislatore nazionale e del giudice delle leggi. L'argomentazione viene spostata dal piano formale a quello sostanziale dei contenuti delle norme: «*il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità delle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*». Ciò comporta bilanciamenti fra interessi costituzionalmente protetti, che rientrano nel margine di apprezzamento del legislatore nazionale, e competono anche ai giudici della Consulta nella attività

¹⁴ Per un quadro d'insieme, E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010.

interpretativa delle norme costituzionali. Resta fermo (sentenza n. 311 del 2009) il potere e dovere del giudice nazionale di saggiare la possibilità di un'interpretazione della norma interna conforme a quella della CEDU, «*fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica*».

Nei commenti dottrinali le precisazioni della giurisprudenza costituzionale sono state lette come risposta ad una stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi meno d'un tempo delle peculiarità anche costituzionali degli Stati membri. La Corte costituzionale sembra voler rimarcare la sua *better position* nell'apprezzamento delle peculiarità nazionali, sia rispetto ai giudici di Strasburgo sia rispetto alla magistratura ordinaria.

Con riguardo al diritto penale *sostanziale*, quale valore aggiunto ci si può attendere dalla CEDU nei giudizi di legittimità costituzionale? I principi della CEDU possono svolgere un'autonoma funzione, quali parametri nel giudizio di legittimità costituzionale, là dove apprestino garanzie non adeguatamente coperte dalla Costituzione e dall'ordinamento penale italiano.

La scarsissima casistica, anche negli anni successivi alle sentenze gemelle, mostra che si tratta d'uno spazio limitato, ma ha evidenziato un profilo importante: la concezione sostanziale di che cosa debba intendersi per sanzione penale, ai fini della applicazione delle garanzie previste dalla CEDU, può servire a reimpostare taluni problemi di garanzia di legalità, relativi ad istituti non formalmente definiti come pena ma aventi della pena i tratti essenziali.

Esemplare in questo senso la sentenza n.196 del 2010, relativa ad una particolare ipotesi di confisca: un istituto che il codice penale inserisce fra le misure di sicurezza. La Corte Costituzionale ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dalla quale «*si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*» (con riferimento, s'intende, alle garanzie previste dalla CEDU); ha ritenuto che tale (punitivo-afflittivo) fosse il carattere della speciale ipotesi di confisca sottoposta al suo giudizio (confisca del veicolo col quale sia stato commesso il reato, art. 186 del codice della strada); e su queste premesse ha ritenuto l'illegittimità costituzionale di una applicazione retroattiva.

Sono anche emersi problemi di coordinamento fra principi costituzionali e principi CEDU. Interessante, sotto questo profilo, la sentenza n. 236 del 2001, relativa ad una norma contenuta in una legge di riforma della prescrizione del reato, che pone un limite alla applicazione retroattiva dei termini più brevi di prescrizione di cui alla legge sopravvenuta. La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale riferita l'art. 7 della CEDU,

traendo dalla giurisprudenza di Strasburgo (Morabito contro Italia, 27 aprile 2010) la conferma che l'art. 7 «*riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere*». Il principio sulla retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla CEDU, vale in un ambito più circoscritto rispetto all'art. 2 del codice penale italiano, che si riferisce anche alle norme sulla prescrizione.

La questione di costituzionalità, ritenuta infondata, se fosse stata accolta avrebbe modificato – ampliando l'ambito di applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione più favorevoli – le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale in precedenti sentenze (n. 393 del 2006 e n. 72 del 2008) sulla medesima disposizione transitoria della legge di riforma della prescrizione. L'invocazione della CEDU avrebbe funzionato come strumento per scardinare equilibri ritenuti coerenti con la nostra Costituzione.

9. *Obblighi di penalizzazione di fonte europea?*

Problemi di legittimità costituzionale (anche di norme penali) possono avere radice nel diritto europeo. C'è da dire che, per quanto concerne i rapporti fra diritto europeo e ordinamento italiano, il primato del diritto europeo sul diritto interno – pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza europea e da quella italiana – comporta effetti (disapplicazione della norma interna illegittima) che rientrano nella competenza della giurisdizione ordinaria, senza bisogno di passare dalla Corte costituzionale là dove la normativa europea sia autoapplicativa (è il caso dei regolamenti). Con riguardo al penale, ci troviamo di fronte ad un *apparente paradosso*: il diritto europeo, pur non competente a porre direttamente norme penali, nemmeno dopo il Trattato di Lisbona, è legittimato a produrre effetti sul diritto penale nazionale, allo stesso modo in cui è a ciò legittimato l'insieme dell'ordinamento legale nazionale.

Di fatto, il diritto penale speciale è stato largamente plasmato da direttive europee cui l'ordinamento italiano si è adeguato, magari con ritardo.

È sorta questione se obblighi di penalizzazione di fonte europea possano fondare giudizi di illegittimità costituzionale. La Corte europea (sentenza 3 maggio 2005) ha ritenuto che «*una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati*». Questo orientamento appare in linea con la giurisprudenza costituzionale italiana, che afferma (*supra* § 2) la *inammissibilità di questioni di legittimità costituzio-*

nale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato.

Nel quadro dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo, la questione degli obblighi di penalizzazione presenta profili diversi da quello che sta alla base della giurisprudenza costituzionale. Principi costituzionali (o di contenuto analogo, tipo CEDU) hanno a che fare con valori di fondo, cioè fondanti per l'ordinamento giuridico complessivo. Se facciamo invece riferimento a normative *derivate* del diritto europeo, i contenuti di queste stanno su un piano che non è quello dei principi generali dell'ordinamento. Là dove siano posti obblighi per i legislatori degli Stati membri (non fa differenza se su questioni di principio o su discipline di dettaglio) *il nodo problematico attiene al rapporto fra fonti diverse*, sul piano delle concrete politiche legislative penali. Il problema concerne, da un lato, la potestà di chi pone l'obbligo (quale competenza formale abbia, se abbia sufficiente legittimazione democratica, se le sue scelte siano ragionevoli); dall'altro lato, la potestà del legislatore nazionale, destinatario dell'obbligo (di obblighi posti a livello europeo in vista di obiettivi eminentemente politici dell'Unione). La natura dell'obbligo – di adeguata penalizzazione – enfatizza l'aspetto paradossale dell'architettura del sistema.

Nella discussione che si è sviluppata attorno a questi problemi¹⁵, sono stati chiaramente evidenziati i rischi ed i punti deboli di ricostruzioni del sistema che, in nome di obblighi comunitari di tutela, aprono ad un sindacato di legittimità costituzionale *in malam partem*, volto a riespandere la portata di norme incriminatrici. Diciamo 'riespandere', perché è incontroverso che un sindacato di costituzionalità non può prospettarsi a fronte dell'assenza di disposizioni legislative che avrebbero dovuto essere emanate in adempimento di obblighi comunitari di tutela, ma non sono state emanate. Il problema di legittimità costituzionale potrebbe porsi – secondo chi lo ritiene proponibile – soltanto in relazione a norme che, abrogando una tutela penale preesistente (ed adeguata rispetto all'obbligo comunitario di tutela), vi abbiamo sostituito una tutela inadeguata (o addirittura la abbiamo fatta cadere). L'invalidazione della norma illegittima (perché insufficiente rispetto alla tutela dovuta) comporterebbe la reviviscenza della norma abrogata.

Questa tesi non è stata accolta dalla Corte europea, ed è controversa in dottrina. La ragione fondamentale di critica è che la posizione di obblighi di tutela *penale* erode una componente discrezionale (del legislatore nazionale) necessaria per tenere aperto un circuito in cui le incriminazioni non siano irrigidite per sempre al livello più rigoroso che abbiano attinto, ma possano *entrare e uscire*,

¹⁵ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano 2007.

venire modificate, o venire assoggettate a sanzioni diverse.

Dichiarazioni d'illegittimità costituzionale, conseguenti ad incompatibilità col diritto europeo, potrebbero produrre effetti *in malam partem* nei limiti additati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito del sindacato su cause di non punibilità (sentenza n. 148 del 1983) e su norme penali di favore (n. 394 del 2006).

Una dichiarazione d'incostituzionalità con effetti *in malam partem*, fondata su obblighi di fonte europea che il legislatore italiano non aveva adempiuto correttamente, è la sentenza n. 28 del 2010: dichiarazione d'illegittimità di una disposizione derogatoria alla disciplina generale (anche penale) dei rifiuti¹⁶, ed alla definizione di rifiuto posta dalle direttive europee, come interpretate da una serie di sentenze della Corte di Lussemburgo (riguardava l'Italia la sentenza Niselli, del 2004).

10. *Patologie del sistema sanzionatorio*

Questioni serie, che finora non sono state portate al giudizio della Corte costituzionale, attengono a talune patologie della discrezionalità giudiziale, derivanti da difettoso coordinamento fra pene edittali e disciplina delle circostanze. Caso emblematico (e di grande rilievo) la disciplina sanzionatoria dell'omicidio aggravato quando ricorrano circostanze attenuanti, come di fatto avviene e la cronaca giudiziaria ha avuto occasione di evidenziare. Pensiamo ad un omicidio aggravato ex art. 576 o 577 cod. pen. (poniamo, da motivi abietti o da crudeltà) commesso da persona in stato di capacità ridotta (con conseguente applicabilità della diminuzione ex art. 89). La complessiva disciplina sanzionatoria applicabile all'omicidio doloso produce effetti francamente paradossali: il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare *o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie*. Potrà condannare all'ergastolo (o a 30 anni, nel rito abbreviato) ove ritenga prevalenti le aggravanti, oppure, in esito a un giudizio di equivalenza o di prevalenza di attenuanti, potrà al massimo arrivare a 24 anni.

Il salto secco nelle possibilità di commisurazione della pena, secondo gli esiti del bilanciamento fra circostanze, spezza la corrispondenza fra la scala delle

¹⁶ A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1134 s.

possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni. La scala delle possibili valutazioni di gravità, collegate a un insieme di circostanze aggravanti e attenuanti, è logicamente un *continuum*, così come (se è consentita una metafora) v'è un *continuum* fra le posizioni relative dei due piatti della bilancia, in funzione del variare dei pesi. Le conseguenze in punto di pena, però, *non* possono seguire puntualmente le variazioni dei pesi sulla bilancia, là dove una fascia di possibilità sia esclusa dal combinarsi dei limiti edittali con la disciplina del bilanciamento di circostanze.

Un simile buco nero dentro la scala delle possibili scelte sanzionatorie – possiamo definirlo come *discrezionalità discontinua* – è irrazionale, incoerente con la stessa logica del bilanciamento fra circostanze. La censura di violazione del principio d'uguaglianza e dei principi relativi alla pena (artt. 3 e 27 Cost.) potrebbe essere sollevata circa i possibili effetti della disciplina del bilanciamento, applicata a circostanze (come quelle degli artt. 576 e 577) che spostano i limiti edittali in modo da aprire un buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie.

Pur essendo priva di razionalità, per la difesa dell'imputato una tale disciplina può essere utile: può indurre il Giudice a passare dai trenta anni, pena troppo severa, alla commisurazione più favorevole. La cronaca giudiziaria ci informa di casi in cui in primo grado v'è stata condanna severa, con giudizio di prevalenza delle aggravanti; in secondo grado condanna mite, forse ingiustificatamente mite, probabilmente sorretta dalla ritenuta (ancorchè non spendibile come motivazione legittima) opportunità di evitare una eccessiva severità.

Chi potrebbe avere interesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale? Sarebbe una questione con effetti potenziali sia *in bonam* che *in malam partem*: il suo accoglimento recupererebbe alla discrezionalità giudiziale spazi intermedi fra quelli segnati dal diritto vigente. Potrebbe essere (forse) impostata come questione *in bonam partem* denunciando come illegittimo il possibile azzeramento delle attenuanti qualora le aggravanti fossero da ritenere prevalenti (e magari siano già state ritenute prevalenti nel giudizio di primo grado). In questi termini, la questione potrebbe essere sollevata sia dalla difesa che dal PM.

* * *

Il quadro di problemi qui delineato non è certo esaustivo. Rispecchia studi ed esperienze e riflessioni di chi scrive; la realtà dei fatti e dei problemi è più ricca di qualsiasi orizzonte personale. Se si vuole tentare una sintesi, direi che il riferimento ai principi costituzionali mantiene tutta la sua forza critica rispetto

a una legislazione penale rimasta a mezzo di un interminabile guado, e per tanti aspetti rifluita verso schemi discriminatori. Molti fra i problemi attuali ruotano attorno al principio d'uguaglianza. Disponiamo ormai di un patrimonio di giustizia costituzionale abbondante e (nell'insieme) positivo, che ha additato la soluzione di molti problemi (vedi capitolo della colpevolezza) e offre base per l'impostazione di problemi nuovi, innanzi tutto a livello di interpretazione ed applicazione della legislazione ordinaria, ma anche sul piano di questioni di legittimità costituzionale. Per l'avvocato penalista, i principi costituzionali restano la stella polare d'un lavoro quotidiano, a tutto campo.

MARIO ROMANO

LA LEGITTIMAZIONE DELLE NORME PENALI:
ANCORA SU LIMITI E VALIDITÀ DELLA TEORIA
DEL BENE GIURIDICO (*)

1. Tra i lavori più significativi degli ultimi anni di Claus Roxin vi sono le pagine dedicate ai limiti del diritto penale. “Che cosa può lo Stato assoggettare a pena?” è il titolo di uno stimolante saggio¹, nel quale l'autore ritorna su un tema che aveva tratteggiato anche nelle prime pagine del volume I del suo straordinario manuale, un tema che rappresenta un passaggio obbligato per ogni studioso della nostra disciplina. Conoscere cosa lo Stato può o non può fare, quali comportamenti può o non può punire, è importante non solo per la teoria della legislazione, ma soprattutto per comprendere gli spazi di libertà dei singoli, almeno quegli spazi non comprimibili da interventi legislativi affidati al ramo potenzialmente più severo dell'ordinamento giuridico. Impresa meritoria, doverosa ma difficile, poiché coinvolge i rapporti tra autorità e individuo: postulando da un lato sistemi politici democratici e regimi parlamentari, dall'altro il rigoroso rispetto del principio di legalità, si tratta di reperire, se vi sono, i limiti dei poteri di maggioranze regolarmente emerse da libere consultazioni elettorali. Vorrei anch'io tornare in breve sull'argomento, riprendendo alcuni rilievi in parte svolti in passato² e cercando di meglio precisare il mio pensiero: desidero farlo – nel sempre vivido ricordo di comuni, per me proficue discussioni – in amichevole dialettica con l'insigne Maestro monachese al quale molti di noi devono molto.

2. La tesi di Roxin è troppo nota perché occorra indugiare su di essa. Muovendo dal concetto materiale del reato, egli ricava il concetto di bene giuridico dai compiti del diritto penale. Sulla base di questi compiti, intende come beni

* È la versione italiana del saggio „Zur Legitimation der Strafgesetze”, destinato agli *Scritti per l'80.mo compleanno di Claus Roxin*.

¹ C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation der Strafdrohungen*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 715; ma anche in *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, a cura di Fernando Pérez Álvarez, Salamanca, 2007, p. 671.

² M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985, p. 413; poi anche *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano, 2004, p. 299 ss.

giuridici tutti quei dati o obiettivi di scopo (*Zwecksetzungen*) necessari per il libero sviluppo della persona, per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali e per il funzionamento di un sistema statale fondato su tale rappresentazione di scopo³. Con questo concetto di bene giuridico, che affonda le proprie radici nell'illuminismo e origina dalle teorie contrattualiste dello Stato, si comprendono subito i reati più elementari: l'omicidio, le lesioni personali, il furto e la truffa. Ma una società moderna non potrebbe assicurare una pacifica convivenza civile senza che si amministri giustizia, o che si abbia cura della moneta o si prelevino imposte. Accanto alla vita, alla salute, alla proprietà, vengono così a collocarsi beni universali, che riguardano l'intera collettività. Bisogna però guardarsi – prosegue l'autore – dall'assecondare l'affermazione di beni giuridici solo apparenti, ovvero di beni la cui violazione non ridondi a danno del singolo. Roxin condivide la teoria personale del bene giuridico, secondo la quale i beni collettivi, per essere posti a base di norme penali, devono servire all'individuo, vale a dire lasciarsi di volta in volta provare quali interessi mediati della singola persona⁴. Grazie a questi requisiti, un siffatto concetto di bene giuridico si presenta "critico rispetto al sistema": esso non si limita infatti a costituire – come sostiene la concezione metodologica – un semplice aiuto interpretativo "immanente al sistema", ma è in grado invece di segnare i confini del potere di punire del legislatore.

È a questo punto che Roxin avvia una dettagliata indagine volta a indicare cosa *non* è un bene giuridico, ovvero cosa *non basta* al legislatore per introdurre norme penali. E dalla ricerca di beni giuridici capaci di fondare la norma penale che intenda tutelarli si dipana una lunga serie di "no"⁵. Non proteggono beni giuridici norme che violano diritti fondamentali, oppure motivate arbitrariamente o sul solo terreno ideologico. Non legittima la creazione di un *Tatbestand* la mera descrizione legale di rappresentazioni di scopo (ad es.: l'esistenza di una società libera da droghe lascia non risposta la domanda se la condotta vietata pregiudichi la pacifica convivenza). Non ledono beni giuridici la semplice immoralità, la contrarietà ai buoni costumi o la riprovevolezza di un comportamento. Non è ragione sufficiente per una pena la contrarietà dell'atto alla propria digni-

³ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, I, München, 2006, p. 16.

⁴ In particolare, W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di H. Scholler e L. Philipps, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; W. HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, p. 160. Alcune valutazioni dell'apporto critico della teoria, ora, in „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, a cura di U. Neumann e C. Prittwitz, Frankfurt am Main, 2007.

⁵ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 18 ss.

tà o alla “dignità dell’uomo” (ad es.: il commercio di organi umani destinati al trapianto). La tutela penale dei sentimenti può ammettersi unicamente quando le condotte altrui pregiudichino il senso di sicurezza. Non possono essere puniti comportamenti che possano consapevolmente cagionare danno solo a sé stessi. Sono da respingere norme penali in prevalenza simboliche. Non sono beni giuridici i tabù, né lo sono oggetti tutelati di inafferrabile astrattezza.

Al termine di questa scrupolosa analisi, l’autore si dice convinto della forza di persuasione del principio della protezione dei beni giuridici. È vero che esso non offre soluzioni automatiche, ma si presta tuttavia a fornire concrete linee argomentative, idonee a consentire una razionale discussione sui poteri punitivi dello Stato e a contribuire in tal modo a impedire una incostituzionale sovraestensione di interventi di penalizzazione⁶.

3. Il quadro che ne risulta è ammirevole e la trasparente ammissione, da parte di Roxin, delle serie difficoltà in cui la teoria si dibatte, insieme alla prudenza e ai toni sfumati che l’autore ha cura quasi sempre di adottare, è tanto apprezzabile quanto lo è la fierezza nell’indicarla come ultimativo, decisivo baluardo liberale.

Sui due punti di partenza il mio accordo con Roxin è totale: sui compiti del diritto penale e sull’acuto bisogno di delimitazione del potere punitivo dello Stato.

Quanto al primo, anch’io sono tra coloro che identificano il compito del diritto penale nella tutela della persona umana nella società. Il diritto penale contribuisce a conservare l’ordine sociale e le condizioni essenziali di una civile convivenza. Malgrado le sue evidenti *défaillances*, è un potente fattore di socializzazione: con la minaccia delle pene e l’intimidazione cui sono dirette, e soprattutto con i confini della libertà di agire che diffonde e l’adeguamento che suggerisce, esso codetermina e rafforza l’atteggiamento di fedeltà al diritto e alle esigenze della vita associata⁷.

Quanto al bisogno di delimitazione, poi, il problema è davvero stringente. È un problema di garanzie, anzitutto: il rischio di prevaricazione dei pubblici poteri non è affatto scongiurato anche ai nostri giorni e non ne sono esenti neppure le sane moderne democrazie. Inoltre, il problema è di efficienza. Tanto più numerose sono le fattispecie penali, tanto meno praticabile è la loro applicazione; tanto più ne cresce la disapplicazione, tanto meno sono efficaci sul

⁶ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29.

⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico* (nota 2), p. 9.

piano dell'intimidazione e della prevenzione generale. Non solo. L'efficienza poggia su una collaborazione tra i diversi rami dell'ordinamento e sulla equilibrata gradualità del loro intervento. Inutile, anzi dannoso, introdurre norme penali là dove norme meno impegnative sarebbero verosimilmente sufficienti o assicurerebbero i medesimi risultati. Illusorio, oltre tutto, ritenere che norme penali possano da sole rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che altri rami dell'ordinamento potrebbero dominare più agevolmente e con minor dispendio, di risorse economiche e di sofferenze umane.

4. Riconosciuto senza difficoltà che le ragioni per fissare dei limiti al diritto penale sono molteplici e robuste, vi è da chiedersi nondimeno se il bene giuridico sia lo strumento idoneo a tale scopo. I dubbi cominciano qui.

Intanto, il concetto stesso di bene giuridico è almeno in parte oscuro⁸. Roxin riporta accuratamente un lungo elenco di definizioni dottrinali, che già da sole (malgrado non siano tutte) mostrano a chiare lettere tale incertezza. E neppure la definizione formulata dall'autore pare in grado di fornire prestazioni decisive.

La realtà è che quante volte ci si allontana da pochi beni individuali fondamentali quali la vita, l'incolumità personale, la libertà, il patrimonio, si è costretti a collocare accanto a essi anche non ben precisati "obiettivi di scopo", o "unità di valori", o coaguli di interessi riguardanti l'intera collettività: beni finali e beni strumentali, beni reali e funzioni di organi dello Stato per garantirli il meglio possibile. Non si può fare a meno, cioè, di considerare beni giuridici anche valori diversi e svariati, riguardanti l'ordinato svolgimento della vita sociale: lo Stato e le sue istituzioni, la salute collettiva, la fede pubblica, l'amministrazione della giustizia, la sicurezza alimentare, la disciplina della circolazione stradale, la regolamentazione dei mercati finanziari, ecc.). Tutti beni importanti, ma che non sembrano delimitabili *a priori*. E non essendo possibile *ex ante* la loro delimitazione, si cerca di comprimerne il rilievo mediante ulteriori qualificazioni che, come la concreta "tangibilità", o "afferrabilità", possono dirsi validi soltanto al fine di una desiderabile restrizione di massima.

La stessa obiezione – si noti – vale per la teoria personale del bene giuridico citata poc'anzi: a quale punto, infatti, la lesione di un bene universale può dirsi toccare anche la singola persona, o singole determinate persone? Proprio per i beni di fondamentale importanza ai quali detta impostazione si riferisce, è inevitabile un'anticipazione della tutela fondata sulla punibilità di comporta-

⁸ Sviluppi in questa direzione già nel mio *Legislazione penale* (nota 2), p. 417 ss.

menti anche lontani da una dimensione concretamente lesiva del singolo bene giuridico. Lo dimostrano i reati di pericolo astratto, che per molteplici ragioni sono verosimilmente ineliminabili nei nostri sistemi penali. Ora, se schemi del genere sono inevitabili, l'ancoraggio che il bene giuridico vorrebbe (dovrebbe) rappresentare si fa molto meno solido, poiché qualsiasi penalizzazione di condotte *in sé stesse* scarsamente significative potrebbe spiegarsi come tutela di re-moti, fondamentali beni giuridici.

Ancora. I beni giuridici non sono una prerogativa del diritto penale. Anche quelli tutelati da altri rami dell'ordinamento sono beni giuridici: lo sono ad es. la correttezza dei rapporti tra privati di cui si occupa il diritto civile, la funzionalità dell'agire degli organi pubblici oggetto del diritto amministrativo, gli obblighi relativi a imposte e tasse che interessano il diritto finanziario. Ora, quale dovrebbe essere la differente, *speciale* qualità dei beni giuridici che *soli* legittimerebbero l'intervento *penale*?

5. Un noto tentativo di risposta in questa direzione ravvisa tale speciale qualità del bene giuridico nel suo legame con la Costituzione: solamente beni di rango costituzionale potrebbero essere posti a fondamento di norme penali⁹. La prospettiva è interessante, perché richiede nella singola norma penale (in *ciascuna* norma penale) la presenza di un elemento necessario (appunto un *determinato* bene giuridico) da rapportare di volta in volta alla fonte normativa superiore, dalla cui "approvazione" trarrebbe la sua legittimità. Prospettiva interessante, dicevo, poiché non può ovviamente che essere la Costituzione a segnare limiti invalicabili e *controllabili* al potere punitivo del legislatore. Ma orientata in senso sostanziale, la tesi che identifica i beni giuridici *a priori* tutelabili nella Costituzione non è sostenibile. Se il riferimento alla Costituzione si intende come

⁹ Nella dottrina italiana, in parte ispirata sull'argomento a quella tedesca, il riferimento d'obbligo per questa prospettiva è a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 15 ss. Nel medesimo solco, importante anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 152 ss. La teoria ha avuto negli anni più critici che seguaci (cfr. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001, p. 496 ss., ove riferim.), ma le va riconosciuto il merito di aver contribuito alla sensibilizzazione di un'intera generazione di studiosi ai profili costituzionali dell'illecito penale: così, condivisibilmente, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 66 ss. Un'articolata valutazione degli splendori e della crisi della teoria, con un tentativo di rinverdimento non privo di interesse, si trova in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 47 ss., 158 ss. Sulla teoria, adesivamente, da ultimo, A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia, München, 2009, p. 120.

diretto e specifico, infatti, l'elenco dei beni è presto esaurito. Se invece il riferimento si intende anche solo indiretto o mediato, l'indicazione diviene priva di reale informatività e ogni limite praticabile al diritto di punire salta¹⁰.

Detto in altro modo. Una Costituzione, sebbene ponga in primo piano regole e valori fondamentali per i cittadini e le istituzioni, non può mai essere concepita come un catalogo *finito* di beni, perché ciò equivarrebbe a renderla impenetrabile alle dinamiche della realtà sociale e ai mutamenti inevitabilmente portati dal trascorrere del tempo. Prima di essere giuridici, infatti, i beni sono valori della vita degli uomini, valori che in buona parte seguono l'evoluzione della realtà, affermandosi quale composizione dei conflitti che insorgono nella società. Pretendere dunque che i beni possibili oggetti di protezione penale siano prima ancora *già* beni giuridici perché *già* costituzionali non pare accettabile: o si tratta di una mera finzione, oppure si postula riduttivamente la carta costituzionale come un sistema normativo chiuso¹¹.

6. Del resto, Roxin riconosce esplicitamente il condizionamento temporale dei beni giuridici. Si rende perfettamente conto che i trecento anni trascorsi dal secolo dei lumi non possono non avere portato alla ribalta altri beni da tutelare anch'essi mediante norme penali. Sottolinea dunque la necessità di un ampliamento (*Erweiterung*) dei beni giuridici in un diritto penale moderno. Sposta allora l'attenzione su alcuni esempi di beni che, un tempo impensabili (o inesistenti), sono invece divenuti consistenti ai nostri giorni¹².

Un primo esempio è l'embrione umano. Anche se non lo si può parificare a un uomo già nato, come vorrebbe una corrente fondamentalista, poiché gli manca ancora la qualità di persona, l'embrione nasconde in sé un potenziale uomo: non si può dunque non ritenerlo un bene giuridico. Anche se si trova al di fuori del corpo materno, occorrerà allora far luogo, nei confronti di possibili manipolazioni, a un'anticipazione della tutela penale, del genere di quella che, seppure con diverse modalità, viene offerta in relazione all'aborto.

Beni giuridici nuovi, inoltre, tali da superare il concetto a noi tramandato di bene, devono considerarsi anche gli animali e le piante. In epoche passate non si badava alla loro protezione, in quanto la distruzione di vasti settori della creazione nelle dimensioni in cui avviene oggi non era immaginabile; ma ai nostri giorni lo Stato può a buon diritto includere nella sfera d'azione delle

¹⁰ Analogamente, M. DONINI, *Il volto attuale* (nota 9), p. 70.

¹¹ Così già nel mio *Legislazione penale* (nota 2), p. 420.

¹² C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29 ss.

norme penali animali e piante, anche quando non rivestono alcuna utilità per l'esistenza dell'uomo nella società. Per gli animali, in particolare, che un tempo rappresentavano un argomento imbarazzante per la teoria dei beni giuridici, lo stesso Grundgesetz, al § 20°, legittima ora una siffatta estensione della tutela di natura penale.

La tutela dei beni giuridici, infine, deve estendersi sino a ricomprendere anche la vita delle future generazioni. Lo Stato, in nome della solidarietà nei confronti dei nostri discendenti, porta la responsabilità della conservazione delle risorse della terra (ancora il § 20a GG: “le basi naturali della vita”), mentre noi le dilapidiamo abbattendo le foreste e distruggendo il clima e, nell'interesse della nostra prosperità economica, inquinando il mondo con sostanze dannose. Hanno ragione coloro che da tempo, ponendo in primo piano i valori dell'ecologia, chiedono che si assicuri il domani mediante gli strumenti del diritto penale, cioè mediante “norme comportamentali orientate al futuro”, anche se non abbiano “riferimento a interessi individuali”. Non è però esatto – conclude Roxin – sostenere in proposito che in questo modo si abbandona il concetto di protezione dei beni giuridici, poiché in realtà esso non viene abbandonato ma soltanto ampliato. L'obbligo di conservare l'ambiente naturale, infatti, corrisponde a una “norma fondamentale universale”, che assume priorità rispetto agli interessi dei singoli della presente generazione¹³.

7. Diviene chiara, a questo punto, l'obiezione di fondo contro la teoria dei beni giuridici, o meglio contro la tesi secondo cui il potere di punire dello Stato troverebbe il suo limite nel concetto di protezione di beni previamente identificati, che soli consentirebbero di essere posti a legittimo fondamento di norme penali.

Riconoscere che i beni giuridici sono storicamente condizionati equivale ad ammettere che essi nascono e muoiono a seconda delle rappresentazioni culturali e/o delle intese sui valori che emergono nella società nei diversi periodi. Roxin giustamente insiste su tale mutevolezza (*Wandelbarkeit*) del concetto di bene giuridico. La esemplifica con il caso di atti esibizionistici, che oggi sono legittimamente reato in quanto suscitano nelle donne il timore di essere vittime di un'aggressione sessuale, ma che in futuro, se apparissero soltanto come il sintomo innocuo di un disturbo psichico, potrebbero non esserlo più; oppure con il caso del materiale pornografico, la cui circolazione tra adulti è oggi essenzialmente non punita, ma che potrebbe esserlo un giorno se si constatasse

¹³ Ancora C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29.

che il consumo di pornografia o di alcune sue forme porta ad un considerevole aumento di delitti sessuali¹⁴.

Ora, già per questa “erraticità” dei beni giuridici, la loro funzione di limiti del potere statale non pare teorizzabile. Inoltre, quando si indagano tali limiti sarebbe opportuno precisare quale diritto penale e quali pene si abbiano in mente. Perché se ci si attesta sul terreno consueto comune ai nostri sistemi, tedesco o italiano, il legislatore dispone com’è noto, per i suoi interventi, di una gamma molto ampia di sanzioni, che vanno dalle pene detentive, a vita o a termine, sino a pene pecuniarie, delle quali è opinione diffusa e fondata che possono a loro volta svolgere un compito non trascurabile.

La puntualizzazione è importante, perché se il campo d’azione del diritto penale assume le dimensioni segnate dall’intero arsenale delle pene disponibili, la delimitazione mediante il concetto di bene giuridico risulta ancora più problematica. Pare infatti illogico postulare la necessità di un bene giuridico di particolare rilievo quando sia possibile impegnare, nel caso della sua lesione, una pena pecuniaria di modeste proporzioni. Non solo. La competenza del potere di punire dei nostri ordinamenti prevede da tempo, accanto al diritto penale tradizionale, un sempre più florido e pingue settore affidato agli illeciti amministrativi, dei quali Roxin a ragione afferma che possono anch’essi tutelare beni giuridici (come negli esempi, da lui proposti, del disturbo della quiete pubblica o dei divieti di parcheggio), rispondendo ai principi di sussidiarietà e al carattere bagatellare della loro lesione. Anch’io sono di questo parere, ma è agevole osservare che in tal modo il concetto stesso di bene giuridico si stempera, divenendo via via sempre più evanescente e pertanto meno capace di delimitare.

8. Questa perdita di incisività del bene giuridico idoneo a legittimare norme penali merita di essere considerata in rapporto ad alcuni casi menzionati nella lunga lista roxiniana di rigetti di beni giuridici idonei a legittimare norme penali. Riguardo al commercio di organi destinati a trapianti a fini terapeutici o alla manipolazione di gameti umani, Roxin afferma che gli attuali divieti penali non possono trovare giustificazione nella violazione della dignità dell’uomo. Tale giustificazione, anzi, si oppone alla liceità di dette condotte, che seppure con opportune regolamentazioni sarebbero importanti per salvare delle vite umane o evitare alla progenie, in futuro, gravi malattie ereditarie. Le norme vigenti, dunque, non rispecchiano il principio della protezione dei beni giuridici, perché

¹⁴ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 33.

le condotte vietate non danneggiano né la sicurezza né la libertà di alcuno¹⁵.

Ma pare difficile sostenere che la dignità dell'uomo, della cui conservazione e rafforzamento abbiamo tutti un gran bisogno, non sia bene giuridico sufficiente a legittimare norme penali (e infatti Roxin stesso ne ammette in un altro esempio il rilievo), specialmente quando la stessa regolamentazione che si auspica potrebbe essere presidiata mediante semplici pene pecuniarie e quando si ammetta – come si è appena visto – che possono essere beni giuridici adeguati anche quelli alla base di illeciti amministrativi.

Per altri casi, poi (ad es. per ciò che concerne l'acquisto e il possesso di droghe d'ogni genere), l'autore si sofferma sulla mancanza di un concreto danno ad altri: danno che solo, secondo il più accreditato canone liberale, potrebbe fondare le norme penali¹⁶. Ma è noto come anche il principio del danno sia controvertibile, perché non riesce a chiarire a quale danno e a quale altro si riferisce. Il rifiuto netto di forme moderate di paternalismo legale, non infrequenti nei sistemi giuridici anglosassoni, non sembra a me sostenibile¹⁷. Non si tratta di negare un amplissimo spazio alla libertà individuale, ma di riconoscere che essa non può essere assoluta. L'imposizione del casco al motociclista o della cintura di sicurezza all'automobilista è certo paternalistica, mirando in primo luogo a proteggere loro stessi. Ma alla pretesa libertà dei singoli di non indossarli finiscono poi per corrispondere costi sociali, di cure e ospedalizzazioni a seguito di incidenti, che gravano sull'intera comunità. Un così scrupoloso rispetto della libertà del singolo, a fronte di tutto sommato lievi interferenze come il casco o la cintura di sicurezza, pare a me degno di miglior causa. Voglio dire che l'obbligo legale di indossarli, suffragato da statistiche che mostrino la riduzione dei danni da scontri o da cadute, non sembra intollerabile. Se un legislatore contemporaneo, costretto a confrontarsi ogni giorno con i rischi delle congestioni del traffico stradale, prevede per la trasgressione una sanzione penale o amministrativa, è difficile opporre altro argomento che non sia una pregiudiziale, postulata, sconfinata ma poco sensata libertà individuale¹⁸.

¹⁵ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 21.

¹⁶ Sull'omogeneità tra il principio del danno e la teoria del bene giuridico, quest'ultima come versione continentale del primo, v. il mio *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984, ove riferim. Per un'ampia tematizzazione del principio del danno nella recente dottrina italiana, DONINI, „Danno“ e „offesa“ nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione „personalistica“ della tutela penale*, ivi, p. 597; G. FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, ivi, p. 276.

¹⁷ Sviluppi in *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 994 ss.

¹⁸ *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 996.

9. Rilievi analoghi potrebbero svolgersi in rapporto ad altre disposizioni penali che paiono oggi tutelare soltanto tabù o che possono apparire prevalentemente simboliche. Non penso che se ne possa negare previamente la legittimità adducendo che non tutelano beni giuridici, dovendosi prestare attenzione non solo al danno attuale di persone “in carne ed ossa”, ma anche agli effetti di determinate condotte sulla società in cui viviamo e dunque sui rapporti interpersonali del domani. Norme penali come l’incesto, o in tema di sostanze stupefacenti, anche di droghe leggere, ecc., del resto ancora oggi in vigore in moltissimi sistemi contemporanei, non possono a mio avviso ritenersi *a priori* illegittime¹⁹. Ancorché siano ovviamente tutte, nessuna esclusa, in qualche misura opinabili.

Vorrei anzi osservare, a tale riguardo, che in parecchi dei casi discussi da Roxin sembra emergere più un dissenso dell’autore circa l’*opportunità* di norme penali per contrastare certe condotte, che non propriamente l’assenza di un sottostante bene giuridico *idoneo*. E sull’opportunità di certe norme penali vigenti io stesso nutro spesso forti dubbi. Devo dire inoltre che su talune delle soluzioni cui Roxin perviene non posso che concordare. Un esempio. Anch’io penso che non sia il caso di affrontare con una norma penale il problema del negazionismo. Ma non condivido la ragione addotta da Roxin, secondo cui la norma penale tedesca non sarebbe legittima perché “prevalentemente simbolica”²⁰. La norma che punisce il negazionismo, infatti, è da respingere in virtù della massima libertà di espressione e di ricerca che un ordinamento democratico deve garantire a ciascuno²¹. Aggiungo, tuttavia, che una norma penale del genere mi parrebbe invece non solo legittima ma anche accettabile se le condotte vietate (di negazione, approvazione, o minimizzazione di taluni fatti relativi all’olocausto) fossero punibili se tenute in circostanze di tempo e di luogo in concreto pericolose per la pace pubblica²².

10. Negare che i beni giuridici siano decisivi per una delimitazione *previa* del potere punitivo statale non significa escludere un loro contributo alla comprensione del reato sotto molteplici aspetti. Compito del diritto penale, infatti, resta non solo e non tanto la garanzia della validità delle norme²³, ma la protezione

¹⁹ Sul punto, *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 989.

²⁰ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 27.

²¹ Ancora *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 994.

²² Per questa conclusione, riguardo all’eventuale (ma non necessaria!) introduzione in Italia di una norma penale relativa al negazionismo, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 502.

²³ Come ritiene G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Berlin-NewYork, 1991, p. 9. Critico

di beni giuridici ad esse preesistenti. E ai beni giuridici devono riconoscersi non trascurabili funzioni: una funzione dogmatica, utile per la ricognizione del sistema penale; una funzione classificatoria, al fine del raggruppamento dei reati in un ordine legale che rispecchi una tendenziale gerarchia di valori; una funzione interpretativa, di aiuto, dall'esterno del reato, alla comprensione del suo significato. È pretesa eccessiva far dipendere la legittimazione di una norma penale dalla speciale "qualità" di questo o quel bene giuridico, ma ai beni giuridici è senza dubbio affidata – come Roxin a ragione limpidamente sottolinea – una rilevante funzione critica di orientamento di politica criminale.

È vero peraltro che il concetto di bene giuridico rimane caratterizzato da una congenita, intrinseca genericità²⁴. Convenzionalmente, i beni possono definirsi "unità funzionali di valore" che si aggregano dal libero pluralismo di idee nella società, nel quale si scontrano e si ricompongono gli interessi dei singoli e delle formazioni sociali. Anche così intesi, tuttavia, va detto che – come afferma la teoria liberale in questione – i beni non sono creati di volta in volta dal legislatore a suo piacimento. Non sono un suo "prodotto", né sono una mera abbreviazione dell'idea di scopo. Essi preesistono al legislatore, al quale spetta di interpretare i segnali che, provenendo dalla società, gli additano concreti valori da proteggere mediante leggi anche penali. In questo processo di identificazione dei beni il diritto penale non è *di per sé* speciale rispetto agli altri rami dell'ordinamento, perché anche questi ultimi – come si è detto – si propongono la difesa di beni: il qualcosa in più che legittima la pena è da trovare *al di fuori* del bene stesso.

Ciò porta a escludere l'ammissibilità di un effettivo controllo della Corte costituzionale sulla reale significatività del bene giuridico tutelato. Per questo già in passato ho creduto di poter affermare che, *con riferimento al ruolo assegnabile al bene giuridico*, sul terreno costituzionale è illegittima soltanto una "tutela penale del nulla", o "del puro inconsistente"²⁵: perché sino a questa linea estrema è soltanto il legislatore – il parlamento, in un ordinamento democratico espressione della sovranità popolare – a porsi come legittimo interprete della meritevolezza e del bisogno di pena presenti nella società.

11. È allora inevitabile concludere che il diritto penale dei nostri ordinamenti potrebbe senza problemi assumere dimensioni sconfinata? Assolutamente no.

U. NEUMANN, »*Alternativen: keine*«.- *Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre*, in "Personale Rechtsgutslehre" (nota 4), p. 88.

²⁴ Così ancora, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 128 ss. e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*³, Torino, 2008, p. 63 ss., entrambi con cospicui sviluppi.

²⁵ *Commentario sistematico* (nota 2), p. 304.

Certo, è al legislatore, alle maggioranze democraticamente elette, che è affidato, per un periodo più o meno lungo, il compito di provvedere al reggimento della cosa pubblica²⁶. È al legislatore, non ad altri, che spetta di volta in volta di cogliere quel nesso essenziale tra società e leggi che solo può vivificare l'arida normatività del diritto. Ma è indubbio che nell'individuare i beni da proteggere con le pene più afflittive di cui dispone (esborsi patrimoniali e limitazioni della libertà personale, cui si aggiungono il "peso" e il dramma del processo penale, con il frequente, connesso stigma sociale), il legislatore non è arbitro insindacabile delle sue scelte. Proprio la gravità *di principio* dell'intervento penale gli impone di meditare *in modo speciale* sull'opportunità o meno di attuarlo. Dovrà ricercare ampio consenso sociale ed estese convergenze parlamentari, procedendo con ogni cautela possibile: sul piano della creazione o meno di reati come su quello del tipo e dell'entità delle pene. Dovrà ancorare ogni previsione di reato, insomma, a una condivisa, "verificabile" dannosità sociale: sebbene non delimitabili *ex ante*, i beni giuridici stanno a rappresentare il momento dell'offesa, della lesione necessaria in ogni reato. Il principio del *diritto penale del fatto*, ricavabile dalla Costituzione del mio Paese, resta pur sempre un "must" per il legislatore, con le conseguenze che ciò comporta.

È vero che ciò vincola il legislatore essenzialmente sotto la sua responsabilità morale e politica. Ma non si sottovaluti l'appello che spesso giustamente gli si rivolge, affinché si attenga sempre nei fatti a una "politica dei beni giuridici". Al di là dei toni declamatori con cui viene talora proposta, l'espressione rappresenta realmente una "direttiva di livello costituzionale"²⁷, una divisa eloquente per denunciare la forte, irrinunciabile esigenza di quel contenimento numerico e qualitativo delle norme penali che, suggerito anche dal principio di sussidiarietà, è condizione per un soddisfacente funzionamento dell'intero sistema. "Politica dei beni giuridici" da intendere – ripeto – non nel senso che per la legittimità costituzionale della norma penale debba trovarsi alla sua base un bene giuridico di speciale "qualità", bensì nel senso che la condotta vietata deve recare una "plausibile" dannosità per l'uomo o per la società. Come dicevo, la Corte costituzionale, organo non elettivo e come tale politicamente non responsabile, non potrà dichiarare illegittima una norma per l'inadeguatezza di

²⁶ Come bene è stato detto (pur dopo avere ribadito che "il diritto penale è l'*ultima ratio*, l'ultimo mezzo disponibile per proteggere un interesse della generalità..."): "Sulle occasioni, gli scopi, gli strumenti degli obblighi e dei divieti penali decide di volta in volta il legislatore". Così W. HASSEMER, *Abweichende Meinung*, I, lett. a) e b), in BVefG, 2 NvR 392/07 del 26 febbraio 2008.

²⁷ Così C. PEDRAZZI, *Presentazione a Studi in onore di Giorgio Marinucci* (nota 1), p. XV.

un bene ritenuto meritevole e bisognoso di tutela penale da parte del legislatore, se non quando la norma, ad onta dei propositi di chi l'abbia introdotta, non protegga in realtà alcunché. L'incostituzionalità, invece, potrà emergere dall'*intera fattispecie astratta di reato*, per l'inosservanza delle procedure previste per il varo delle leggi, o per la violazione dei diritti fondamentali del singolo e del principio di ragionevolezza, ispirato alla coerenza logica dell'ordinamento e al principio di eguaglianza²⁸.

²⁸ Qui effettivamente pare auspicabile un sempre più coraggioso e incisivo ruolo delle nostre corti costituzionali. Sull'esigenza di coerenza interna del sistema penale nel suo complesso ho insistito, riguardo ai rapporti tra la l. 40/2004 (in tema di procreazione assistita) e la legge sull'interruzione della gravidanza (l. 194/1978), in *Principio di laicità* (nota 20), p. 511. Per una palese, penosa violazione del principio di eguaglianza nella legislazione italiana degli ultimi tempi, cfr. art. 61, n. 11-bis c.p. (introdotto nel 2008, modif. nel 2009). Prevista una circostanza aggravante (con un aumento di pena sino a un terzo) per chi commetta il fatto "mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale" (disposizione ora dichiarata illegittima da C. cost. 249/2010). Molto bene, sul punto, G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713; G.L. GATTA, in AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 9.

FRANKLIN E. ZIMRING

LA DIMENSIONE DEL FENOMENO DETENTIVO
NEGLI STATI UNITI:
I MODELLI DEL VENTESIMO SECOLO
E LE PROSPETTIVE PER IL VENTUNESIMO^{(*)(**)}

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La dimensione quantitativa dell'aumento dei tassi di carcerazione. – 3. Due questioni fondamentali. – 4. Il crimine conta? – 5. La volatilità è una strada a senso unico? – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il tema del carcere è stato di gran lunga più importante per la prassi della giustizia penale che per le teorizzazioni accademiche nel corso del secolo preso in esame dal presente studio. La pena detentiva costituisce la sanzione penale predominante e più severa in tutto il mondo e non vi è alcun elemento che faccia ritenere che la sua egemonia come strumento principe del controllo del crimine avrà modo di cambiare. Nonostante ciò lo studio della carcerazione non ha mai rappresentato un argomento di rilievo nella elaborazione teorica del diritto penale, mentre alcuni aspetti dell'esecuzione penitenziaria sono stati oggetto di attenzione da parte della letteratura criminologica. Dunque, se la pena detentiva ha avuto un ruolo dominante nel sistema della giustizia penale americana, ne ha rivestito uno minore nel dibattito scientifico penalistico. La *Harvard Law Review*, ad esempio, conta ventisette articoli con “pena detentiva” o “carcere” nel titolo in cento anni di pubblicazioni iniziate nel 1910.

Il carattere interdisciplinare del *Journal of Criminal Law and Criminology* e la sua attenzione al diritto penale *in action* ne hanno fatto il luogo di elezione per gli studi giuridici concernenti le questioni della funzione e dell'operatività delle carceri. Non meno di centocinquantacinque rilevanti articoli recanti “carceri”

* Traduzione dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda, dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Pavia.

** Ringraziamenti dell'Autore: ringrazio Ginger Jackson-Gleich e Stephen Rushin per l'assistenza, David Johnson per i commenti, ed i partecipanti al simposio del 28 gennaio 2010 per le domande e le osservazioni. Jeff Fagan mi ha fatto conoscere il test statistico della normalità delle distribuzioni ed ha eseguito i calcoli riportati nella tabella 1. Le analisi riportata nella parte 3.A di questo saggio sono state ispirate da una conversazione avuta con Justin McCrary, che deve quindi condividere la responsabilità per parte delle riflessioni che ne risultano.

e “pena detentiva” nei loro titoli sono apparsi in un secolo di pubblicazioni, di gran lunga la più grande concentrazione che sia dato riscontrare in qualsivoglia rivista scientifica strettamente legata alla formazione giuridica¹. Allo stesso modo, il tema della carcerazione ha rivestito un ruolo di primo piano nell’agenda di ricerca di tale rivista fin dall’inizio, con un numero di articoli concernenti argomenti relativi alla detenzione leggermente maggiore nella prima metà dei suoi volumi rispetto alla seconda. La gamma di argomenti correlati al tema della carcerazione trattata fin dal principio – compresi anche lavori di taglio comparatistico ed empirico – è stata impressionante.

Ma assai pochi tra i lavori pubblicati nel primo mezzo secolo della rivista hanno toccato il tema centrale di questa analisi, che chiamerò ‘*dimensione quantitativa del fenomeno detentivo*’.

Zimring e Hawkins definiscono il tema della “dimensione quantitativa” come l’analisi della appropriata estensione della pena detentiva all’interno della società in relazione ad altre sanzioni penali ed alla popolazione in generale. Quanti prigionieri? Quante carceri? Quali criteri dovrebbero ispirare le decisioni relative a quali debbano essere le dimensioni di un istituto di pena e alla sua gestione?².

Solo uno degli oltre settanta articoli con il termine “carcere” nel proprio titolo apparsi sul *Journal of Criminal Law and Criminology* nel suo primo mezzo secolo si è concentrato con particolare attenzione sui tassi di detenzione: si tratta di un lavoro di Edwin Sutherland che descrive la diminuzione dei tassi di carcerazione in Inghilterra³. Una importante ragione della mancanza di attenzione da parte degli studiosi per la variazione dell’indice di carcerazione negli Stati Uniti è che allora non si riscontrava alcuna rilevante variazione nel tempo in relazione al tasso di detenzione.

Infatti, la mancanza di drammatici mutamenti negli indici di reclusione è stata di ispirazione per Alfred Blumstein e Jacqueline Cohen nella elaborazione di quella che hanno definito “*Una teoria della stabilità della pena*”⁴, titolo di un articolo pubblicato sul *Journal of Criminal Law and Criminology* nel 1973,

¹ La ricerca sul *Journal of Criminal Law and Criminology* è stata condotta dallo staff della rivista medesima, mentre quella sulla *Harvard Law Review* è stata effettuata il 22 gennaio 2010 da Ellen Gilmore, bibliotecaria presso la University of California, Berkeley Law Library.

² F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *The Scale of Imprisonment*, Chicago, 1991, p. xi.

³ E.H. SUTHERLAND, *The Decreasing Prison Population of England*, in 24 *J. Crim. L. & Criminology*, 1934, p. 880 ss.

⁴ A. BLUMSTEIN - J. COHEN, *A Theory of the Stability of Punishment*, in 64 *J. Crim. L. & Criminology*, 1973, p. 198 ss.

probabilmente il lavoro scientifico più importante e senza dubbio il più ironicamente collocato da un punto di vista temporale fra quelli pubblicati sul tema della carcerazione nel primo secolo di vita della rivista. Blumstein e Cohen sostengono che i livelli delle pene detentive tendano verso la stabilità nel tempo e adducono quale prova di questo fenomeno i tassi di reclusione piuttosto stabili nel dato aggregato a livello nazionale nel corso degli anni dal 1930 al 1970.

Il grafico 1 è ripreso dal grafico 2 presente nell'articolo di Blumstein e Cohen. L'interpretazione di questi dati è stata semplice:

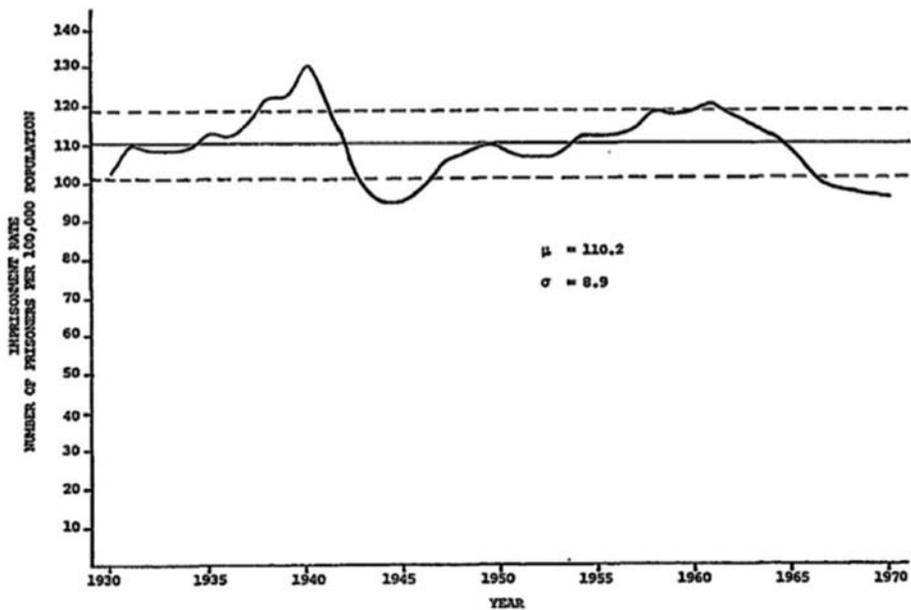


Fig. 1: Tasso di carcerazione annuale negli Stati Uniti, 1930-1970.

Fonte: A. BLUMSTEIN - J. COHEN, *A theory of Stability of Punishment*, in 64 *J. Crim. L. & Criminology*, 1973, p. 201.

«Si può osservare dal grafico 2 come nel corso di quel periodo il tasso di carcerazione sia stato abbastanza costante, con un valore medio di 110,2 detenuti ogni 100.000 abitanti ed una deviazione standard⁵ (...) di 8,9 detenuti ogni 100.000 abitanti. La stabi-

⁵ In statistica, la *standard deviation* è il più utilizzato tra gli indici di variabilità, e misura il grado di dispersione di una variabile attorno alla sua media; viene espresso nella stessa unità di misura dell'elemento che consente di descrivere una popolazione (o campione). In altre parole, la deviazione standard fornisce un'indicazione numerica di quanto i dati siano vicini o lontani dalla media (N.d.T.).

lità nel corso delle serie storiche è particolarmente degna di nota se si considera che la popolazione degli Stati Uniti è aumentato di oltre il 50% nello stesso periodo»⁶.

Altre due volte in quella decade Blumstein ed i suoi colleghi avrebbero prodotto dati ed analisi per argomentare ulteriormente la fondatezza della loro teoria della pena⁷, ma poi la loro intera costruzione teorica è stata superata dagli eventi. Dal punto più basso toccato nel 1972, la popolazione carceraria degli Stati Uniti aveva iniziato una fase di crescita costante e senza precedenti. La figura 2, tratta dai dati del *US Bureau of Justice Statistics*, mostra un aumento continuo nei tassi aggregati di carcerazione, che si è mantenuto costante per l'intero periodo successivo al 1972.

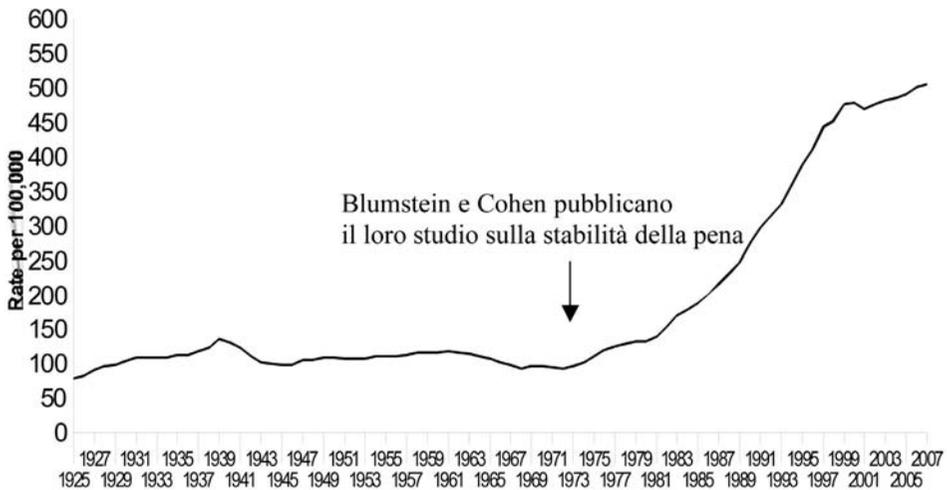


Fig. 2: tasso di detenzione ogni 100,000 abitanti negli Stati Uniti, 1925-2007.

Dati tratti da A. BLUMSTEIN - J. COHEN, *A Theory of Stability of Punishment*, cit., p. 203, e aggiornati fino al 2007 da S. Rushin

Il contrasto tra i quattro decenni successivi al 1930 ed i tre decenni e mezzo successivi al 1972 è netto. Il più alto tasso annuale di carcerazione nel periodo 1930-1970 è stato del 38% superiore a quello minimo (131,5 contro 95,5 detenu-

⁶ A. BLUMSTEIN - J. COHEN, *A Theory of the Stability of Punishment*, cit., p. 201.

⁷ A. BLUMSTEIN - J. COHEN - D. NAGIN, *The Dynamics of a Homeostatic Punishment Process*, in 67 *J. Crim. L. & Criminology*, 1977, p. 317 ss.; A. BLUMSTEIN - S. MOITRA, *An Analysis of the Time Series of the Imprisonment Rate in the States of the United States: A Further Test of the Stability of Punishment Hypothesis*, in 70 *J. Crim. L. & Criminology*, 1979, p. 376 ss.

ti ogni 100.000 abitanti), senza che si sia affermata alcuna chiara tendenza nel corso del tempo. Nei trent'anni successivi al 1972 gli indici di carcerazione sono cresciuti ogni anno, e nel 2007 il tasso di carcerazione era cinque volte superiore rispetto al dato iniziale.

Il primo impatto sul dibattito scientifico prodotto da questo aumento senza precedenti nell'uso del carcere negli Stati Uniti è stato quello di porre fine a qualsiasi seria discussione sulla "stabilità della pena". Tale teoria era stata elaborata sulla scorta di tendenze uniformi nel corso del tempo riscontrate negli Stati Uniti dopo il 1925 ed è stata privata di ogni fondamento dal *boom* carcerario che è seguito al 1972.

La seconda conseguenza del brusco aumento della popolazione carceraria americana è rappresentata dall'interesse scientifico rispetto a quali aspetti della società e dell'amministrazione possano influenzare l'andamento dei tassi di reclusione nel corso del tempo. Una volta che le proprietà dinamiche e non-omeostatiche dei tassi di reclusione sono state dimostrate dalla storia della carcerazione successiva al 1975, le cause della variazione dei tassi di detenzione, sia nelle analisi relative alle serie storiche sia su quelle concernenti dati trasversali (c.d. *cross-sectional analysis*)⁸, sono divenute un tema importante per l'analisi empirica. La stessa continua crescita della popolazione carceraria che ha posto fine all'interesse per la stabilità della pena ha generato interesse per gli indici di reclusione considerati quale variabile nella politica criminale e nella *governance* pubblica.

Vi sono due parallelismi tra le elaborazioni sulla "stabilità della pena" degli anni Settanta e gli sforzi più recenti per comprendere e valutare ciò che determina la dimensione quantitativa della carcerazione negli Stati Uniti. La prima importante caratteristica comune di queste due linee di indagine è che ciascu-

⁸ Nel campo dell'econometria, si suole operare una macro partizione con riguardo alle tipologie di studi a partire da dati empirici: le due ampie categorie sono a) l'analisi delle *serie storiche*; e b) l'analisi su dati trasversali o sezionali (*cross-sectional analysis*).

Solitamente si parla di serie storiche, o serie temporali, quando le osservazioni riguardano la stessa unità in più punti nel tempo. Una serie storica (o temporale) si definisce come un insieme di variabili casuali ordinate rispetto al tempo, ed esprime la dinamica di un certo fenomeno nel tempo. Le serie storiche vengono studiate sia per interpretare un fenomeno, individuando componenti di trend, di ciclicità, di stagionalità e/o di accidentalità, sia per prevedere il suo andamento futuro. Con il termine *cross-sectional*, invece, si intende un tipo di studio basato su un campionamento trasversale ovvero relativo allo stesso punto del tempo e a più unità statistiche. La *cross-sectional analysis* concerne studi condotti in un determinato tempo, prendendo una porzione di popolazione (una sezione incrociata). Gli studi *cross-section* forniscono solo indirettamente un'evidenza circa gli effetti di tempo e devono essere usati con grande cautela quando si traggono conclusioni circa il cambiamento di un determinato fenomeno osservato (N.d.T.).

na teoria è stata ricavata ed è guidata da dati empirici. Per tutta la sua analisi durkheimiana, l'ispirazione per l'intuizione di Blumstein e Cohen relativa alla stabilità della pena fu la distribuzione uniforme dei tassi di detenzione nel corso del tempo negli Stati Uniti, un modello che ha incoraggiato l'elaborazione di svariate ipotesi circa le sue possibili cause. In questo senso, il modello di stabilità era una risultanza pratica in cerca di una copertura teorica prima che fosse elaborata una qualche spiegazione. Gli studi più recenti sulla dimensione quantitativa della carcerazione sono stati indotti altresì dalle tendenze mutevoli che esigevano spiegazioni ed analisi. Tutti gli studi recenti concernenti la 'misura' della carcerazione sono stati ispirati dai forti aumenti riscontratisi, quindi ecco di nuovo che i dati che debbono essere spiegati giungono prima delle teorie che debbono essere verificate.

Il secondo parallelismo si fonda su di un ingiustificato assunto di normalità temporale. Nonostante il fatto che le teorie della stabilità prima e della variabilità poi siano state ispirate da stimolanti tendenze empiriche, l'analisi dei dati storici per testare queste teorie ha assunto quale presupposto che i periodi da analizzare fossero normali e tipici. Negli studi più risalenti si riteneva che la stabilità osservata fosse rappresentativa anche di altri periodi, in modo tale da far ritenere attendibile la generale validità dei modelli considerati. Allo stesso modo, nelle spiegazioni statistiche del periodo successivo al 1972 l'analisi empirica è andata sostenendo che le tendenze nell'incarcerazione nei trent'anni successivi al 1972 siano rappresentative di altri periodi ed opinioni pubbliche, in modo tale da considerare la relazione statistica e la dimensione degli effetti osservati in questo lasso temporale valide anche con riguardo a differenti epoche e condizioni.

Questo articolo si concentrerà su tre aspetti delle tendenze degli indici di carcerazione registratisi negli Stati Uniti a partire dal 1975. In primo luogo, mi occuperò della dimensione quantitativa e dei profili generali dell'aumento della popolazione carceraria, dedicando particolare attenzione alle caratteristiche dell'amministrazione che rendono il modello di crescita così sorprendente. In secondo luogo, identificherò e tratterò due questioni nodali di carattere empirico relative al *boom* carcerario riscontratosi dopo il 1972. Il quarto paragrafo approfondirà gli esiti delle analisi condotte nel paragrafo terzo concernenti il metodo corretto di verificare se i tassi di criminalità siano importanti nel predire i tassi di carcerazione. L'ultima sezione del presente articolo, infine, si chiederà se ed in che misura la volatilità nella crescita della popolazione carceraria possa altresì segnalare che importanti diminuzioni nella dimensione quantitativa della carcerazione possano presto verificarsi.

2. La dimensione quantitativa dell'aumento dei tassi di carcerazione

I trentacinque anni successivi al 1972 hanno prodotto una crescita dei tassi di detenzione che mai è stata registrata nella storia delle nazioni sviluppate. Il grafico 3 mette a confronto il tasso di reclusione del 1972 con quello registrato nel 2007:

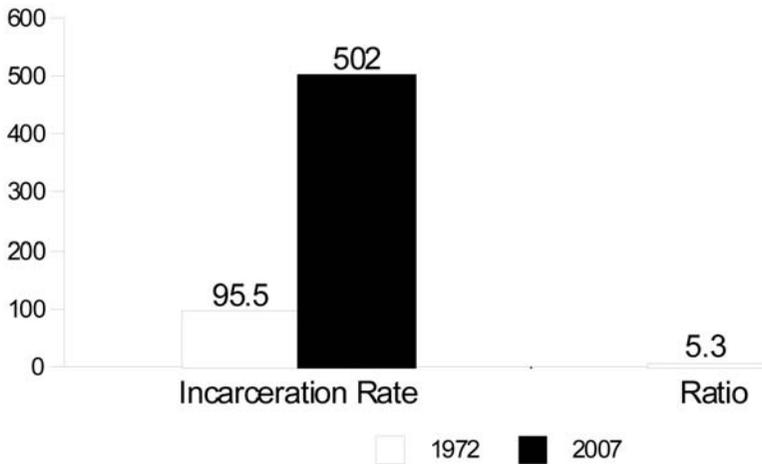


Fig. 3: la carcerazione nel 1972 e nel 2007 negli Stati Uniti; tasso ogni 100.000 abitanti

Fonte: *Bureau of the Census and Bureau of Justice Statistics*.

Il tasso di 502 soggetti detenuti ogni 100.000 abitanti che si riscontra a livello statale e federale non costituisce solamente un tasso di incarcerazione cinque volte superiore rispetto a quello riscontrato nel primo anno del periodo considerato, ossia il 1972, ma è anche quasi quattro volte superiore rispetto al massimo livello di reclusione riscontrato nei quattro decenni precedenti al 1970. Con i primi anni Ottanta, la popolazione carceraria statunitense ha superato il suo precedente livello massimo ed ha continuato a crescere in modo deciso e senza sosta per più di due ulteriori decenni. Nel periodo successivo al 1970, il tasso di incarcerazione negli Stati Uniti è raddoppiato (tra il 1972 e 1988) ed è poi raddoppiato *un'altra volta*.

Quando negli anni Settanta questa crescita ha avuto inizio, il tasso di carcerazione negli Stati Uniti era senz'altro tra quelli più alti che era dato riscontrare tra le democrazie occidentali, ma non corrispondeva certo a quello che gli stati-

stici definirebbero un “*outlier*”⁹ del tutto distante rispetto alle altre nazioni del G7¹⁰. Il tasso di carcerazione raggiunto negli Stati Uniti nel 2007 era invece pari a tre volte quello riscontrabile in una qualsiasi nazione pienamente sviluppata in un momento qualsiasi dell’epoca successivo alla seconda guerra mondiale. Sicché il livello di crescita sperimentato dagli Stati Uniti nei trentacinque anni susseguenti al 1970 sarebbe non comune e degno di nota per qualsiasi nazione in ogni epoca. Ma vi sono tre aspetti della struttura giuridico-amministrativa degli Stati Uniti che rendono la crescita ininterrotta del numero dei detenuti a dir poco sorprendente.

La prima caratteristica peculiare della struttura di governo degli Stati Uniti che dovrebbe bilanciare le variazioni nella popolazione carceraria nel corso del tempo è l’articolazione decentrata del diritto penale e delle relative sanzioni. Il governo federale è responsabile di meno del 10% delle persone detenute negli Stati Uniti, laddove invece ciascuno dei cinquanta Stati ha il compito di definire i reati e le tipologie di pena, così come, di regola, quello di amministrare e finanziare gli istituti penitenziari. Questa ‘politica della pena’ a carattere decentrato significa che i “tassi di carcerazione” aggregati nei grafici 1 e 2 del presente articolo rappresentano realmente una media aggregata relativa a cinquantuno diversi sistemi, ognuno dei quali ha la responsabilità ed il potere di adottare autonome politiche penitenziarie. Questi molteplici centri decisionali dovrebbero teoricamente attenuare i valori estremi dei singoli Stati e produrre modesti cambiamenti nel dato aggregato nel corso del tempo. Invece, dati alla mano, l’influenza moderatrice derivante dall’aggregazione dei dati di cinquantuno diversi sistemi non è stata per nulla tangibile nel periodo successivo al 1970. Pur essendosi riscontrate alcune variazioni nei tassi di crescita da uno Stato all’altro, si è registrata una tendenza irrefrenabile verso alti tassi di crescita sostenuta. Zimring e Hawkins identificano gli anni Ottanta come il periodo in cui la spinta verso ed oltre tassi di carcerazione storicamente alti è divenuta evidente:

«Nel 1980 solo undici Stati riportavano tassi di carcerazione più alti che in qualsiasi momento nel corso del secolo. Ma una ipotesi ciclica è stata decisamente smentita dalle tendenze nella popolazione carceraria riscontrate a partire dal 1980. Quarantasei dei

⁹ In statistica, “*outlier*” è un termine utilizzato per definire, in un insieme di osservazioni, un valore anomalo e aberrante; un valore quindi chiaramente distante dalle altre osservazioni disponibili (N.d.T.).

¹⁰ F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *The Scale of Imprisonment*, cit., p. 150, tab. 6.6; v. anche F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *Crime Is Not the Problem: Lethal Violence in America*, New York, 1997, p. 31, tab. 2.2.

cinquanta Stati americani riferiscono di tassi di reclusione rilevati tra il 1985 ed il 1987 che sono i più alti riscontrati in un secolo»¹¹.

Dunque, la quasi unanimità dei livelli massimi di carcerazione di cui si è detto poc'anzi, è stata riscontrata a metà degli anni Ottanta, quando il tasso aggregato della carcerazione si era soltanto avvicinato a completare il suo primo raddoppio. Dai primi anni Novanta l'andamento a livello statale verso tassi di carcerazione alti come mai in precedenza era ormai divenuto generale, con caratteri uniformi tra i vari Stati. Dunque la combinazione fra la decentralizzazione del potere e l'esistenza di una pluralità di autonomi centri di decisione politica è divenuta la prima caratteristica strutturale del sistema americano che avrebbe dovuto moderare la crescita dei tassi di carcerazione, ma che poi non lo ha fatto in alcuna significativa misura.

La seconda caratteristica del sistema americano negli anni Settanta e Ottanta che ci si aspetterebbe abbia contenuto la crescita della carcerazione è rappresentata dall'assenza di significativi cambiamenti nella legislazione penale nel corso dei primi due decenni della grande 'espansione penitenziaria' americana. Dal 1970 al 1985 non si è infatti riscontrata alcuna tendenza generale né verso l'aumento del numero di reati né verso l'innalzamento dei minimi o dei massimi edittali delle pene detentive. Alcuni Stati (tra cui la California e l'Illinois) nel corso degli anni Settanta sono passati da un sistema indeterminato di commisurazione della pena – c.d. *indeterminate sentencing system* – a sistemi 'vincolati' – c.d. *determinant sentencing systems* –, mentre altri Stati durante gli anni Ottanta hanno adottato sistemi fondati su linee guida elaborate da un'apposita commissione con il fine di indirizzare l'operato discrezionale del giudice in sede di commisurazione – c.d. *sentencing commission systems* –, ma non vi è alcuna prova che questi cambiamenti strutturali abbiano prodotto alcun impatto significativo sulla crescita della carcerazione durante il periodo in esame¹².

Gli ampi margini di discrezionalità nella determinazione delle sanzioni nei sistemi di perseguimento dei reati e di commisurazione della pena esistenti all'interno della struttura giudiziaria degli Stati Uniti implicano che mutamenti sostanziali nella politica penale aggregata possano avvenire senza alcuna modifica sostanziale della legislazione che disciplina i livelli di pena disponibili o la scelta delle sanzioni penali nei singoli casi. Il primo raddoppio della popolazio-

¹¹ F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *The Scale of Imprisonment*, cit., p. 152.

¹² Cfr. A. BLUMSTEIN - J. COHEN - S.E. MARTIN - M. TONRY (eds.), *Research on Sentencing: The Search for Reform*, Washington DC, 1983, p. 206.

ne carceraria degli Stati Uniti dopo il 1972 rappresenta la prova decisiva di come la straordinaria ampiezza nell'esercizio della discrezionalità nei sistemi americani di giustizia penale possa produrre cambiamenti davvero notevoli nei tassi di reclusione pur senza importanti mutamenti nell'impianto giuridico-formale del sistema penale. Giacché vi sono così poche restrizioni rispetto alle scelte discrezionali operate nei singoli casi, un mutamento strutturale nelle scelte compiute dai pubblici ministeri, dai giudici e dalla polizia è in grado provocare cambiamenti molto forti nella politica penale. Certamente per i primi quindici anni di espansione della popolazione carceraria, questo modello fondato su di un mutamento collettivo nelle decisioni discrezionali appare di gran lunga preferibile per la spiegazione dei succitati aumenti rispetto ad un qualsivoglia modello fondato su di una significativa trasformazione del quadro giuridico di riferimento. Il sistema normativo in vigore negli Stati Uniti nel 1972, quando vi era una popolazione carceraria a livello statale pari a 205.000 soggetti, non era infatti molto diverso da quello responsabile di una popolazione carceraria pari a 800.000 detenuti nel 1991.

La terza caratteristica sistemica che ci si potrebbe aspettare moderi il tasso di crescita della carcerazione è il numero relativamente stabile di istituti penitenziari e di spazi per i detenuti presenti negli Stati Uniti. Le prigioni sono beni strumentali con elevati costi fissi, lunghe vite utili e notevoli 'tempi di risposta' tra l'autorizzazione ed il completamento. A metà degli anni Ottanta, oltre il 90% di tutti gli Stati americani aveva raggiunto il punto più alto nel corso del secolo quanto ai tassi di carcerazione, sicché gli spazi tendenzialmente prestabiliti in questi luoghi per ospitare i detenuti erano presumibilmente vicini al raggiungimento della loro capienza standard. In queste circostanze, ci si sarebbe aspettato che l'affollamento delle strutture carcerarie esistenti frenasse il ritmo con cui sempre più prigionieri venivano inviati agli istituti di pena. Le procedure altamente discrezionali che portano a condanne alla reclusione dovrebbero essere sensibili alla pressione della popolazione senza alcun ritardo. Così il tasso di crescita della popolazione carceraria sarebbe dovuto diminuire dopo il primo raddoppio degli indici di detenzione avutosi negli anni Settanta ed Ottanta in quanto le pressioni connesse all'affollamento degli istituti penitenziari avrebbero impedito ai pubblici ministeri e ai giudici di perseguire politiche penali dalla capacità espansiva illimitata. Quanto appena osservato, per quanto astrattamente ineccepibile, non è però accaduto. Anche quando la popolazione carceraria ha raggiunto una dimensione senza precedenti nel corso degli anni Novanta, l'aumento del ricorso alla carcerazione è proseguito, sono state costruite nuove strutture e le vecchie prigioni sono stati adattate per ospitare un numero maggiore di

detenuti. La celle destinate ad ospitare un solo detenuto sono state destinate ad ospitarne due e, non di rado, tre. Così le forze inerziali che, a condizioni normali, ci si aspetterebbe siano in grado di rallentare in modo consistente l'espansione della popolazione carceraria, sono state sopraffatte da tutte quelle forze sistemiche e politiche che stavano sospingevano l'espansione della detenzione.

Forse la continua espansione del ricorso alla reclusione ci dice che le limitazioni nella capienza ed il potere di imporre pene ad un livello decentrato sono stati sovrastimati quali forze in grado di attenuare la crescita del ricorso alla reclusione. Ma lo slancio senza freni della crescita della popolazione carceraria dopo il 1970 mostra anche che le forze politiche che hanno sospinto l'espansione penale sono state fondamentali ed hanno avuto un impatto decisivo. Questo dato può essere di una certa importanza nel prevedere la dimensione e la velocità di ogni futura pressione al ribasso sull'impiego della pena detentiva.

3. Due questioni fondamentali

Le trentacinque voci annuali relative ai tassi di carcerazione a livello nazionale successivi al 1972 riportati nel grafico 2 danno l'impressione di un modello nazionale unitario e di una ininterrotta traiettoria verso l'alto. Ma le apparenze possono risultare ingannevoli. Questa paragrafo affronta due nodi fondamentali concernenti le caratteristiche della crescita dei tassi di reclusione riscontrata negli ultimi trentacinque anni. La prima parte di questa sezione affronta il tema del se sia più corretto considerare la crescita aggregata dei tassi di detenzione nei cinquanta Stati e nel sistema federale come: (a) un singolo processo con cinquantuno diversi livelli di governo che concorrono ad una trasformazione essenzialmente simile della politica penale perseguita; oppure (b) una aggregazione di diversi livelli o tipologie di mutamento della politica penale. La seconda parte del paragrafo, invece, cercherà di comprendere se i trentacinque anni di crescita della popolazione carceraria corrispondano un unico ed omogeneo periodo di crescita oppure se siano composti da due o tre epoche distinte e separate con differenti fattori eziologici e dimensioni quantitative.

A. Unicità o molteplicità dei processi?

I tassi di crescita aggregati rappresentati nel grafico 2 costituiscono la somma dei dati provenienti da cinquantuno diversi sistemi di governo. Per ragioni che attengono alla scienza politica e forse alla logica, è inesatto parlare dell'indice della carcerazione negli Stati Uniti come se si trattasse di una singola misura o,

ancora, riferirsi al tasso di crescita della detenzione come se fosse un fenomeno unitario. Ma la rilevazione della molteplicità delle differenti componenti della politica penale americana costituisce solo il primo passo piuttosto che l'epilogo dell'analisi che sto qui suggerendo essere richiesta. Nonostante il gran numero di Stati e la diversità della loro composizione sociale e demografica, non è insolito che emergano tendenze a livello nazionale in materia di reati e pene. Un esempio recente di tendenza nazionale unitaria in questo settore è stato il forte calo dei reati gravi denunciati negli Stati Uniti durante gli anni Novanta¹³. Zimring e Hawkins hanno osservato nel 1991 che «una delle caratteristiche più sconcertanti degli ultimi decenni è il modo in cui i molti centri politici che si dividono il potere nel sistema americano di giustizia penale hanno modificato le loro linee di condotta in modo che la popolazione carceraria aumentasse contemporaneamente e con intensità simile»¹⁴.

L'aumento di quattro volte del tasso di detenzione negli Stati Uniti rappresenta ovviamente una chiara tendenza rispetto alla produzione di un impatto aggregato di così grandi dimensioni. Ma ci sono due modelli piuttosto differenti che possono produrre una crescita di grandi dimensioni nel dato aggregato. I numeri di una crescita di grandi dimensioni possono mascherare differenze molto rilevanti tra le giurisdizioni a crescita più alta e quelle a crescita più bassa: si riscontrano infatti discrepanze significative tra un gruppo di giurisdizioni e l'altro. In tal caso, i livelli di crescita aggregata non sono il modo migliore per studiare le cause della crescita differenziale. Le differenze tra gli Stati si riveleranno almeno tanto importanti quanto lo sono le tendenze nazionali nel corso del tempo.

Ma gli Stati, visto il loro numero elevato, potrebbero tutti più o meno uniformemente concorrere alla formazione di un *trend* nazionale; nel qual caso lo studio dei fattori associati a differenti tassi di crescita in differenti Stati non consentirà facilmente di comprendere le caratteristiche che gli Stati condividono, che invece costituiscono le cause principali della crescita nella totalità di essi. Questo punto metodologico è stato sostenuto da Zimring e Hawkins:

¹³ Cfr. F.E. ZIMRING, *The Great American Crime Decline*, Oxford - New York, 2007, in part. Cap. 1, pp. 3-24. V. anche C. STEIKER (ed.), *Symposium, Mass Incarceration: Causes, Consequences, and Exit Strategies*, in 9 *Ohio State J. Crim. L.*, 2011, che comprende i saggi di: C. STEIKER, *Introduction*, p. 1 ss.; M. ALEXANDER, *The New Jim Crow*, p. 7 ss.; D. COLE, *Turning the Corner on Mass Incarceration?*, p. 27 ss.; B.E. HARCOURT, *Reducing Mass Incarceration: Lessons from the Deinstitutionalization of Mental Hospitals in the 1960s*, p. 53 ss.; M. KLEIMAN - K. HOLLANDER, *Reducing Crime by Shrinking the Prison Headcount*, p. 89 ss.; L.M. SEIDMAN, *Hyper-Incarceration and Strategies of Disruption: Is There a Way Out?*, p. 109 ss.; e A.E. TASLITZ, *The Criminal Republic: Democratic Breakdown as a Cause of Mass Incarceration*, p. 133 ss.

¹⁴ F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *The Scale of Imprisonment*, cit., p. 137.

«La posta in gioco (...) è l'individuazione della corretta unità di analisi per la definizione della politica della detenzione. Nella misura in cui gli Stati Uniti sono considerati come un sistema sociale unitario, gli approcci che vedono le variazioni nei tassi di carcerazione come una conseguenza dei processi economici e sociali enfatizzerebbero la dimensione quantitativa nazionale come unità di analisi (...); nella misura in cui, invece, la popolazione carceraria è vista più come un risultato di scelte consapevolmente operate a livello amministrativo, il potere politico più importante riguardo alla carcerazione viene esercitato a livello statale e perciò il singolo Stato dovrebbe costituire l'unità di analisi rilevante»¹⁵.

Mentre Zimring e Hawkins hanno individuato una questione importante, la loro analisi salta a conclusioni premature circa il corretto livello di amministrazione sul quale concentrare gli studi sulla dimensione quantitativa della carcerazione. Anche se le influenze principali sui tassi di detenzione sono di natura politica, i meccanismi che producono un mutamento politico a livello statale possono essere di portata nazionale e potrebbero essere meglio studiati ad un livello aggregato nazionale. Se la maggior parte degli Stati risponde in modo relativamente uniforme ad uno stimolo a livello nazionale, la variazione da Stato a Stato non dovrebbe rappresentare il punto focale della ricerca relativa ai fattori causali.

Il grafico 4 mostra la distribuzione percentuale della crescita dei tassi di carcerazione nei cinquanta Stati:

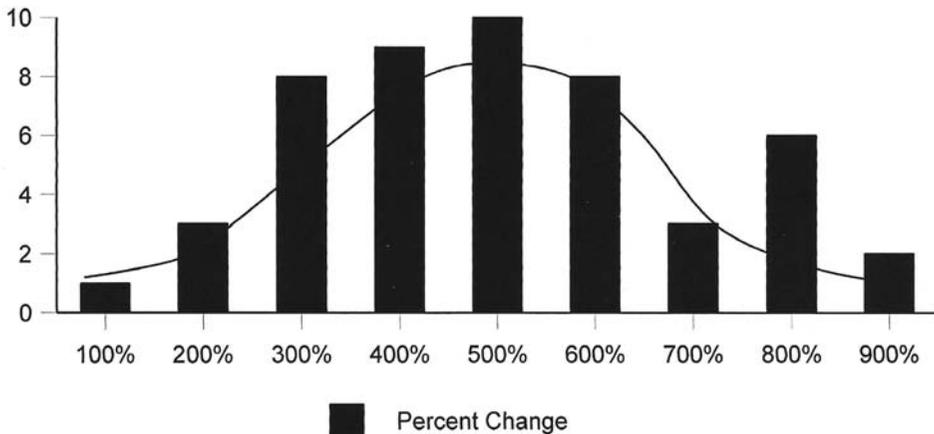


Fig. 4: La curva gaussiana della distribuzione dei tassi di crescita della carcerazione a livello statale, 1972-2007.

Fonte: *Bureau of the Census e Bureau of Justice Statistics*

¹⁵ F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *The Scale of Imprisonment*, cit., pp. 137-138.

Il modello del tasso di crescita a livello statale più coerente con una tendenza nazionale unitaria nel periodo di tempo considerato, mostrerebbe la più grande concentrazione di Stati al centro della distribuzione con pochissimi Stati ad entrambi gli estremi. Il modello per questo tipo di schema è una distribuzione normale intorno ad un valore medio. Nella misura in cui si riscontrassero valori estremi, questi dovrebbero tendere a registrarsi negli Stati più piccoli, e non ci dovrebbe essere alcuna chiara tendenza verso la formazione di raggruppamenti a livello regionale in una parte della distribuzione. Un modello di questo tipo costituirebbe una distribuzione coerente con una tendenza unitaria nazionale.

Una distribuzione pluralistica, invece, non si concentrerebbe nel centro nella scala del tasso di crescita, registrerebbe raggruppamenti di casi collocati ad una certa distanza dal valore medio, e produrrebbe raggruppamenti di casi con somiglianze apparenti quanto alla dislocazione geografica, al tasso di criminalità o alle politiche perseguite, altresì caratterizzati da differenti tassi di crescita. Nella misura in cui una distribuzione suggerisce uno schema unitario, il livello di analisi appropriato è rappresentato dall'aggregato nazionale. Nella misura in cui dei raggruppamenti multipli sono evidenti nella distribuzione, la spiegazione dei modelli di variazione a livello statale diventa un importante punto focale dell'indagine.

Ma quale tipologia di distribuzione è possibile rinvenire nel grafico 4?

Una formale analisi statistica conferma l'impressione visiva che il modello di crescita a livello statale dei tassi di carcerazione nel periodo 1972-2007 sia coerente con una distribuzione normale. Noi utilizziamo i tassi di crescita dei cinquanta Stati quale campione di riferimento poiché tali dati sono stati prodotti nella stessa maniera. I dati federali sono esclusi da questa analisi. Due test statistici analizzano quanto spesso una distribuzione di cinquanta osservazioni (in questo caso, la percentuale di crescita nel tasso di carcerazione a livello statale) come quelli mostrati nel grafico avrebbe la probabilità di verificarsi come variazione casuale rispetto ad una distribuzione normale¹⁶. Si tratta dei test Shapiro-Wilk e Shapiro-Francia, così chiamati dai nomi dei loro creatori¹⁷. La

¹⁶ In teoria della probabilità, la "distribuzione normale" – o distribuzione di Gauss – è una distribuzione di probabilità continua che è spesso usata come prima approssimazione per descrivere variabili casuali a valori reali che tendono a concentrarsi attorno a un singolo valore medio. Il nome "normale" deriva dalla convinzione che molti fenomeni si distribuiscano con frequenze più elevate nei valori centrali e con frequenze progressivamente minori verso gli estremi della variabile. Il grafico della funzione di densità di probabilità associata è a forma di campana, nota come Campana di Gauss (N.d.T.).

¹⁷ V. P. ROYSTON, *A Simple Method for Evaluating the Shapiro-Francia W' Test of Non-Norma-*

tabella 1 mostra i risultati dei cinquanta Stati in relazione alla crescita riportata nel grafico 4.

Tabella 1
La probabile normalità di distribuzione della crescita dei tassi di carcerazione dei cinquanta Stati americani¹⁸

Test	Observations	W	V	Z	Probability > Z
Shapiro-Wilk	50	0.97322	1.259	0.492	0.31151
Shapiro-Francia	50	0.97985	1.045	0.085	0.46612

Minore è la probabilità che questo campione di cinquanta osservazioni derivi da una distribuzione normale, maggiore è la probabilità che gli andamenti delle differenze osservate siano non normali, con la probabilità uguale o inferiore a 0.05 come punto di riferimento per forti evidenze statistiche di una distribuzione non normale. Ma l'utilizzo del test di Shapiro e Wilk produce una probabilità di una distribuzione normale pari a 0.31151, ed il test di Shapiro-Francia conduce ad un risultato di 0.46612. La domanda che questi test pongono è quanto sia "probabile" che una distribuzione come quella che viene osservata possa essere il risultato del campionamento di cinquanta rilevazioni da una distribuzione normale. La risposta è "piuttosto probabile". Non vi sono perciò indicazioni in queste analisi di niente altro rispetto a cinquanta differenti risultati di un processo uniforme.

B. *Un'epoca con una sola politica o tre epoche distinte?*

Una volta che i tassi nazionali di carcerazione vengono riportati nel loro andamento temporale nella grafico 2, l'immagine che se ne ricava è quella di due *trend* separati: un periodo ad andamento regolare e relativamente stabile, che va dal 1930 a circa il 1970, ed un secondo periodo di crescita continua senza interruzioni. Mentre la traiettoria al rialzo dei tassi di reclusione si attenua quando la

lity, in 32 *Statistician*, 1983, p. 297 ss.; ID., *Estimating Departure from Normality*, in 10 *Stat Med.*, 1991, p. 1283 ss.; S.S. SHAPIRO - M.B. WILK, *An Analysis of Variance Test for Normality (Complete Samples)*, in 52 *Biometrika*, 1965, p. 591 ss.; S.S. SHAPIRO - R.S. FRANCA, *An Approximate Analysis of Variance Test for Normality*, in 67 *J. Am. Stat. Ass'n*, 1972, p. 215 ss.

¹⁸ V. BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, Key Facts, http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=tp&tid=13#key_facts; NAT'L CRIMINAL JUSTICE REFERENCE SERV., <http://www.ncjrs.gov/App/Topics/Topic.aspx?TopicID=1>.

probabilità di base¹⁹ della popolazione incarcerata aumenta nel corso degli anni Ottanta e nei primi anni Novanta, il numero dei prigionieri che si sono andati a sommare alla preesistente popolazione carceraria degli Stati Uniti è rimasto tra i 300.000 e i 437.000 per ogni lustro tra il 1985 e il 2000²⁰. Così la tentazione visiva in una illustrazione come la tabella 2 è quella di operare una biforcazione tra una fase storica di stabilità ed una fase storica di crescita.

Una cosa è però osservare che il tasso di crescita è stato costante nel corso di un lungo periodo di tempo, mentre tutt'altra cosa è ritenere che le influenze sostanziali che stavano sospingendo gli aumenti nella popolazione carceraria alla fine degli anni Settanta siano le stesse che operavano negli anni Ottanta e che sono rimaste stabili negli anni Novanta. Vi sono alcuni segnali che indicano come l'enfasi politica sia mutata nel corso del periodo caratterizzato da indici crescenti: l'aumento dei tassi di commissione di un'ampia gamma di reati gravi (*felonies*) ha ricevuto maggiore attenzione nel periodo antecedente al 1986, mentre invece dalla metà degli anni Ottanta alla metà degli anni Novanta è stato dato un peso superiore alla maggiore crescita proporzionale dei reati sessuali e di quelli relativi agli stupefacenti; infine, nella decade successiva al 1995 hanno giocato un ruolo primario aumenti legislativi delle pene detentive e condanne alla reclusione più severe²¹.

Senza dubbio i mutamenti nell'importanza e nella priorità attribuita alla repressione di determinati reati durante le differenti epoche, rendono rischioso il tentativo di operare una generalizzazione sull'intera fase di crescita quanto alle cause dell'aumento degli indici di carcerazione. La forte crescita non soltanto dei detenuti condannati per reati di droga in sé e per sé, ma in particolare della percentuale di detenuti condannati per reati di droga a livello statale tra il 1987 ed il 1991²² suggerisce l'esistenza di paradigmi causali differenti per la crescita della carcerazione riscontrata nel periodo precedente a quella avvenuta durante il picco della fase di "lotta alla droga" (c.d. *war on drug*).

Ma è probabile che nel processo di crescita degli indici di carcerazione vi sia una omogeneità maggiore di quanto la preoccupazione per le mutevoli ca-

¹⁹ Nella teoria delle probabilità e in statistica, la "probabilità di base" (*base rate*) indica l'incidenza di un fenomeno all'interno di una popolazione (N.d.T.).

²⁰ Cfr. la comparazione dei tassi di crescita e i numeri riportati in F.E. ZIMRING, *The Great American Crime Decline*, cit., p. 50, tabella 3.5.

²¹ F.E. ZIMRING, *Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience*, in 58 *Stan. L. Rev.*, 2005, pp. 329-334.

²² V. la tabella 3 in F.E. ZIMRING - B. HARCOURT, *Criminal Law and the Regulation of Vice*, St. Paul, MN, 2007, p. 219.

ratteristiche della criminalità e delle condanne non consentirebbe di ritenere. Per quanto un aumento relativamente costante dei tassi di reclusione possa essere stato desiderato o tollerato negli anni successivi al 1972, la criminalità o la lunghezza delle condanne, il cui manifestarsi ha consentito di raggiungere i livelli attuali, possono non avere avuto un'importante influenza sulle cause della crescita della popolazione carceraria o sulla tolleranza rispetto a tale fenomeno. Per quanto, dunque, la crescita relativamente costante dei tassi di reclusione, prima e dopo il picco toccato durante la 'guerra alla droga', indichi che i *drug offenders* prendevano in carcere il posto di coloro che commettevano reati minori contro la proprietà o impedivano che i criminali di strada venissero condannati a pene detentive più lunghe quando sono divenuti la priorità alla fine degli anni Ottanta, sembrerebbe potersi sostenere che il panico rispetto alla droga non ha costituito di per se stesso una causa primaria della variazione del tasso di crescita della reclusione. Nella sconosciuta misura in cui l'andamento della espansione penitenziaria a livello nazionale ha operato indipendentemente dalla categoria di criminali alla quale è stata data priorità nel riempimento del nuovo spazio carcerario, la concezione della crescita dei tassi di carcerazione successiva al 1972 quale tendenza unitaria nel corso di trentacinque anni appare plausibile.

4. *Il crimine conta?*

In questo paragrafo, verranno applicate le prospettive discusse nel paragrafo terzo del presente lavoro allo scopo di analizzare gli studi pubblicati che trattano il tema del ruolo delle variazioni nei tassi di criminalità quali spiegazioni per i mutamenti del tasso di reclusione sia nelle analisi su dati sezionali (cd. *cross section analysis*) sia in quelle relative alle serie storiche. Delle potenziali questioni da approfondire nell'applicazione degli strumenti analitici per lo studio della dimensione quantitativa della carcerazione, il collegamento tra le variazioni della criminalità e le variazioni dei tassi di carcerazione si pone quale naturale priorità per due ragioni. Il legame tra il volume complessivo dei reati ed il volume della reclusione dovrebbe essere fondamentale, poiché la condanna in sede penale è una condizione necessaria per l'accesso alla prigione. Tutti i detenuti sono criminali condannati²³ sicché le variazioni nell'offerta di criminalità

²³ È importante sottolineare come negli Stati Uniti i soggetti sottoposti a carcerazione preventiva (*preventive detention*) siano detenuti, a differenza di quanto avviene in Italia, in strutture distinte rispetto a quelle in cui vengono eseguite le condanne definitive a pena de-

e, presumibilmente, di criminali è una ovvia fonte di variazione nella quantità con cui la carcerazione è utilizzata o richiesta. Questo essenziale collegamento ha prodotto una seconda condizione che suggerisce come il tema del rapporto tra reclusione e crimine costituisca un esempio dimostrativo: il numero relativamente elevato di studi empirici che hanno esplorato il tema e sono giunti ad esporre risultati significativi allorché i tassi di criminalità sono testati come fattore condizionante rispetto alla crescita relativa dei tassi di reclusione nel periodo di espansione della carcerazione. Non sono stati pubblicati molti studi sulla dimensione quantitativa della carcerazione, né è stata utilizzata un'ampia varietà

tentiva: tali strutture vengono definite con il termine "*jail*" che si riferisce, appunto, a tutte quelle *facilities* utilizzate per le detenzioni di breve periodo che riguardano soggetti in attesa di giudizio. Il termine "*prison*" indica invece gli istituti penitenziari in senso stretto – le carceri – dove, a livello sia statale che federale, vengono reclusi i criminali condannati con sentenza definitiva.

Quanto all'incidenza del fenomeno della carcerazione preventiva, è altresì opportuno sottolineare – anche se si tratta di dati che non vengono trattati nel presente lavoro – come negli Stati Uniti la carcerazione preventiva sia uno strumento normativo relativamente recente e piuttosto limitato. Prima degli anni Settanta, la prassi generale delle corti penali era quella di imporre una cauzione (*bail*) rispetto alla quasi totalità degli imputati. In caso si procedesse per crimini particolarmente efferati, i tribunali imponevano una cauzione dall'importo molto elevato in modo tale da ridurre le probabilità che gli imputati venissero rilasciati. Solo nei casi di omicidio, gli imputati erano tenuti in stato di detenzione senza cauzione fino al termine del processo. Negli anni Settanta, il *District of Columbia* divenne la prima giurisdizione a sperimentare la carcerazione preventiva per imputati diversi da quelli sospettati di omicidio. Il Congresso ha adottato una legge che disciplina la detenzione preventiva per soggetti imputati per reati federali: si tratta del *Bail Reform Act* del 1984. Tale provvedimento normativo si ispira alla legge del *District of Columbia* pur se con varie eccezioni. In particolare, la legge federale non pone limiti temporali alla detenzione preventiva degli imputati. Infine, la classe degli imputati che possono essere posti in regime di carcerazione preventiva è più ampia nella legge federale rispetto alla legge del *District of Columbia*: la legge federale autorizza infatti la Corte a condurre un'udienza di carcerazione preventiva su una mozione fatta dall'organo dell'accusa quando l'imputato è accusato di: (1) un crimine violento, (2) un reato per il quale è prevista la pena di morte o l'ergastolo, (3) un reato che è punibile con la reclusione non inferiore a dieci anni ai sensi del *Controlled Substances Act* o del *Maritime Drug Law Enforcement Act*, o (4) qualsiasi crimine se il soggetto ha riportato due o più precedenti condanne per reati violenti o reati di droga. Inoltre, un imputato può essere sottoposto a detenzione preventiva se la Corte ritiene che possa fuggire, intimidire, minacciare o ferire un potenziale testimone o giurato. In conclusione, si deve evidenziare come la giurisprudenza statunitense abbia sviluppato una forte presunzione contraria alla *preventive detention*. Tale presunzione viene tradizionalmente superata solo in casi in cui la carcerazione sia necessaria per assicurare la comparizione dell'imputato al processo nel caso dei reati più gravi al fine di impedirne la fuga. In ogni caso, gli standard probatori richiesti in relazione alle c.d. *non-bailable offenses* affinché venga disposta la carcerazione preventiva sono quelli della "*evident proof*" e della "*great presumption*" (N.d.T.).

di differenti metodologie analitiche, ma il rapporto tra crimine e carcerazione ha comunque ricevuto tanta attenzione quanto qualsiasi altra causa potenziale.

Dal momento che la condanna in sede penale è condizione necessaria (ma non anche sufficiente) per la detenzione, un aumento nel numero di condanne rappresenta una ragione evidente del perché un maggior numero di persone venga mandato in prigione, ed una naturale influenza sul numero complessivo dei delinquenti condannati è data dal numero complessivo dei reati segnalati. Diversi studi pubblicati hanno rilevato che una variazione nella criminalità a livello statale costituisce un fattore predittivo di variazioni nell'aumento della carcerazione a livello statale. Ma un confronto dettagliato dei dati analizzati suggerisce diversi limiti agli studi esistenti sulla relazione tra criminalità e tassi di reclusione.

Un limite degli studi attuali risiede nel fatto che i periodi di tempo analizzati si riferiscono all'epoca di crescita ininterrotta dei tassi di carcerazione successiva al 1972. L'aumento della criminalità costituisce un fattore predittivo della crescita dei tassi di reclusione nei periodi in cui vi è da motivare una crescita inferiore? Se così non fosse, la relazione tra i *trend* della criminalità ed i *trend* dell'incarcerazione può essere assai più debole in ulteriori periodi "normali" caratterizzati da relativa stabilità, durante i quali le variazioni nei tassi di commissione di molti reati non sono predittivi di una crescita differenziale della reclusione.

Ed anche in periodi di grande crescita dei tassi di carcerazione il tipo di aumento più chiaramente associato al numero crescente dei detenuti può avere un'influenza rilevante sull'impatto dei tassi della criminalità sull'aumento della carcerazione. Nella prima fase di crescita, dal 1974 al 1987, la principale causa dell'aumento dei tassi di reclusione è stato l'aumento della carcerazione per i reati per i quali le pene astrattamente previste erano alternativamente la prigione o sanzioni minori, come nel caso del furto con scasso, del furto d'auto, della rapina senza l'impiego di armi e dell'aggressione senza conseguenze lesive²⁴. Le variazioni nei tassi di criminalità possono avere una grande influenza sul ricorso alla detenzione tramite l'aumento del numero di tali reati proprio quando il rischio di finire in prigione per i medesimi cresce: in un simile caso le due forze possono interagire per raddoppiare l'aumento del rischio che si stava verificando in maniera indipendente. Ma le variazioni nelle statistiche relative ai c.d. *Part I crimes*, noti anche come *index crimes* (reati contro il patri-

²⁴ V., ad es., F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *Prison population and criminal justice policy in California*, Berkeley, CA, 1992, p. 14 .

monio con coinvolgimento di vittime e crimini contro l'incolumità personale di una certa gravità)²⁵ non avrebbero un'influenza tanto rilevante nel corso di un'epoca in cui la priorità nelle scelte di politica detentiva era rappresentata dall'aumento delle condanne per reati in materia di stupefacenti e per reati sessuali diversi dallo stupro – fattore che ha rappresentato la caratteristica peculiare dell'aumento degli indici di carcerazione nel periodo dal 1987 al 1995: non vi è infatti alcun computo preciso dei reati in materia di stupefacenti o dei reati sessuali diversi dallo stupro in grado di misurare le variazioni nei tassi di commissione di questo tipo di reati²⁶. Quindi la relazione tra le variazioni dei tassi ufficiali della criminalità e la crescita differenziale dei tassi di carcerazione a livello statale dovrebbe essere assai più debole in un'epoca in cui si pone un'attenzione speciale alla repressione di tali reati che non rientrano tra i c.d. *index crimes*. Infatti, molti degli studi che riscontrano forti legami tra la criminalità e la carcerazione hanno utilizzato dati relativi al primo periodo di crescente rischio-carcere per alcuni *index crimes* marginalmente gravi²⁷. Per

²⁵ Negli Stati Uniti il *Federal Bureau of Investigation* (FBI) pubblica annualmente l'*Uniform Crime Report* (UCR), un documento avente ad oggetto lo studio ed il monitoraggio della criminalità nel Paese. Tale rapporto costituisce una sintesi dei crimini rilevati negli oltre 18.000 distretti presenti sul territorio americano.

Il *report* divide i dati sulla criminalità in due distinte sezioni: la prima concerne gli otto reati ritenuti maggiormente 'gravi' quanto a sicurezza e allarme sociale, denominati *index crimes*, e costituisce la c.d. Part I. Tra questi crimini di maggiore gravità viene poi operata una ulteriore distinzione, quella tra crimini violenti (*violent crimes*) e crimini contro la proprietà (*property crimes*). Al primo gruppo appartengono: l'aggressione aggravata, lo stupro, l'omicidio doloso e la rapina; formano invece il secondo gruppo: l'incendio doloso, il furto in abitazione e con scasso, il furto di autoveicoli e i furti semplici.

Le ulteriori tipologie di reati che sono prese in considerazione dal rapporto vanno a costituire la c.d. Part II. Appartengono a questo secondo raggruppamento: l'aggressione semplice, le violazioni del coprifuoco, il bighellonaggio, la malversazione, i reati di falso, la contraffazione, il disturbo della quiete pubblica, la guida sotto l'effetto di droga o alcool, i reati in materia di stupefacenti, la frode, il gioco d'azzardo, i reati in materia di produzione e vendita di bevande alcoliche, i reati contro la famiglia, i reati in materia di prostituzione, l'ubriachezza in luoghi pubblici, l'evasione, i reati sessuali, la ricettazione, il vandalismo, il vagabondaggio dei senzatetto e i reati in materia di armi (N.d.T.).

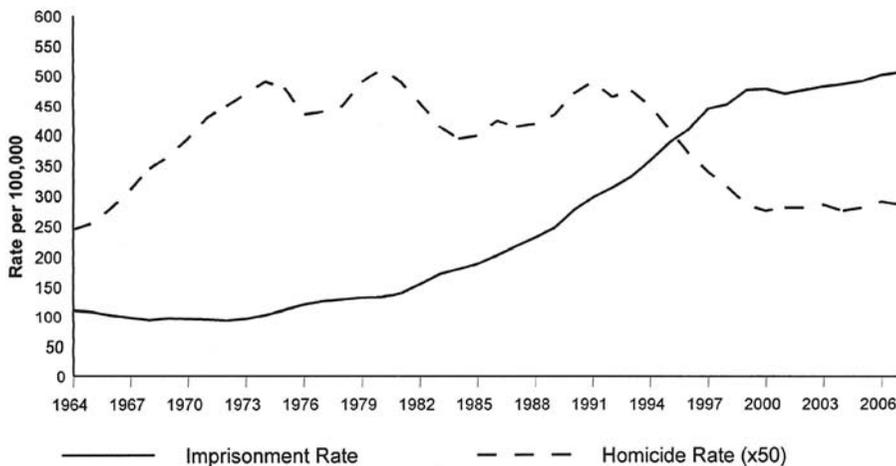
²⁶ Le *Law Enforcement Agencies*, in relazione ai reati previsti dalla Part II – che comprende, come visto, anche i reati sessuali diversi dallo stupro e quelli in materia di stupefacenti – si limitano infatti a segnalare esclusivamente le informazioni relative agli arresti compiuti, fornendo dunque dati non così attendibili, in quanto non tengono conto dei crimini denunciati ovvero di quelli di cui le autorità abbiano conoscenza ma rispetto ai quali non siano ancora stati disposti dei fermi (N.d.T.).

²⁷ Cfr. ad, es. il grafico 1 in J.F. PFAFF, *The Empirics of Prison Growth: A Critical Review and Path Forward*, in 98 *J. Crim. L. & Criminology*, 2008, p. 547.

questo motivo, tali studi probabilmente ne sopravvalutano l'impatto sui tassi ufficiali degli *index crimes* e della popolazione carceraria anche per l'intero set di epoche di forte crescita.

E poiché questi studi stavano solo cercando di ricavare il ruolo della crescita differenziale della criminalità nello spiegare le differenze da Stato a Stato nella crescita della carcerazione, le ricerche che sono state condotte non hanno prodotto alcuna prova diretta in merito alla questione del quanto la crescita dei tassi di reclusione a livello nazionale sia stata sospinta da una crescita della criminalità. Più alta è la probabilità che un unico processo a livello nazionale abbia avuto luogo durante l'epoca che è iniziata negli anni Settanta, più opportuno diventa esplorare le relazioni tra la criminalità e gli indici di carcerazione nel corso del tempo a livello nazionale.

Il grafico 5 utilizza i tassi degli omicidi nel corso del tempo quale indicatore indiretto degli andamenti della criminalità a livello nazionale e compara le tendenze temporali riguardanti l'omicidio ed il tasso di carcerazione ogni 100.000 abitanti considerate nel loro insieme.



Fonte: in relazione alla detenzione, Fig. 1 in F.E. ZIMRING., *Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience*, cit., pp. 323-338; in relazione all'omicidio: Fig. 1 in F.E. ZIMRING, *The Great American Crime Decline*, cit.

L'omicidio viene selezionato quale indicatore indiretto della criminalità grave poiché si tratta di un reato che viene riportato in modo affidabile nelle statistiche e costituisce un buon indice di variazione dei tassi dei criminali violenti che

minacciano l'incolumità individuale²⁸. Nei quarantatré anni successivi al 1964, i tassi riscontrati in relazione agli omicidi e alla carcerazione si collocano su linee di tendenza molto differenti. I tassi degli omicidi negli Stati Uniti sono raddoppiati tra il 1964 e il 1974, mentre i tassi di reclusione hanno continuato a diminuire fino al 1973. Quando gli indici di carcerazione hanno iniziato a salire alla fine degli anni Settanta, i tassi degli omicidi sono prima calati e poi nel 1980 sono saliti appena sopra il picco toccato nel 1974; in seguito, sono calati in modo sostanziale fino al 1984, poi cresciuti dal 1986 al 1991, ed infine andati calando in modo stabile per tutto il corso degli anni Novanta, per poi stabilizzarsi negli anni dopo il 2000.

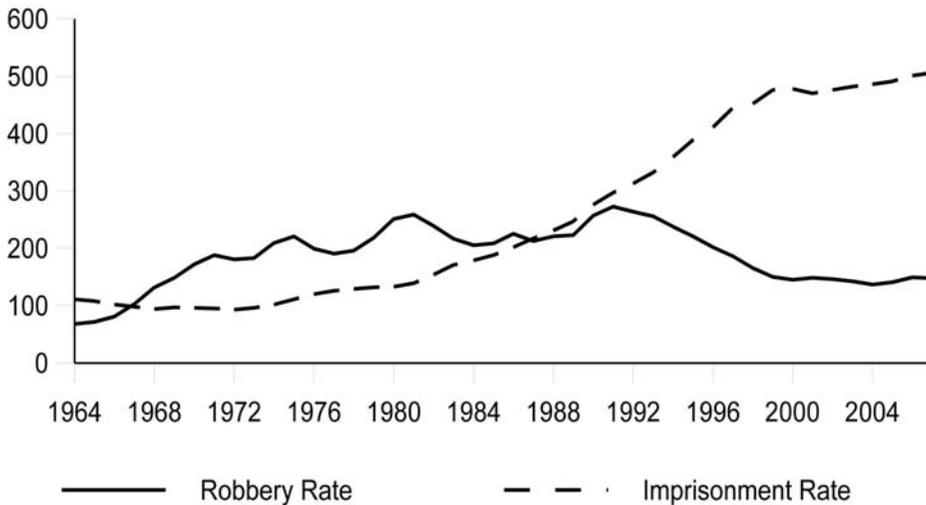
Il *pattern* temporale dei tassi di reclusione mostra ben poca della ciclica variazione riscontrata in relazione ai tassi di omicidio. Gli indici di carcerazione sono rimasti in calo per otto anni e poi hanno iniziato a crescere ininterrottamente per trentacinque anni. Si potrebbe sostenere che l'aumento degli omicidi avvenuto alla fine degli anni Sessanta abbia iniziato a guidare la risalita dei tassi di reclusione dopo una lunga fase di latenza, ma un gap di otto anni tra l'aumento degli omicidi e l'aumento della carcerazione sarebbe molto più esteso di qualunque normale "periodo di latenza"²⁹ economico o politico. E la forma delle curve temporali per gli omicidi ed i tassi di reclusione si presenta assai differente per l'intero periodo piuttosto che rivelare delle somiglianze allorché si verificano dei periodi di latenza. C'è una relazione significativa tra l'andamento degli omicidi e quello della carcerazione, ma è negativo (-0,53) nel periodo 1964-2007. Ciò potrebbe costituire una buona notizia per chi suggerisce che la reclusione riduca la criminalità, ma costituisce una cattiva notizia per chi sostiene che i tassi di criminalità spingano la reclusione.

Il grafico 6 mostra le tendenze relative alle rapine e ai tassi di reclusione per metterle in paragone con l'andamento storico riguardante gli omicidi.

²⁸ Cfr. F.E. ZIMRING - G. HAWKINS, *Crime Is Not the Problem*, cit., pp. 67-71.

²⁹ Nel testo inglese l'Autore utilizza l'espressione "*economic or policy lag*". Con tale locuzione in politica economica si indicano i periodi di tempo che si verificano tra l'insorgenza di un problema economico ed il pieno impatto della politica destinata a correggere tale problema. I *policy lags* si dividono in due ampie categorie: gli *inside lags* (fase in cui una determinata politica viene 'attivata') e gli *outside lags* (fase in cui si verifica il conseguente impatto della politica adottata).

Dunque, i *policy lags* sorgono perché le azioni di governo non sono istantanee. L'implementazione di qualsiasi politica di stabilizzazione incontra perciò *policy lags* tra il manifestarsi di un determinato problema economico, come ad es. una contrazione del ciclo economico o l'aumento dell'inflazione, e l'effettiva incidenza della politica progettata per risolverlo (N.d.T.).



Fonti: in relazione alla detenzione, Fig. 1 in F.E. ZIMRING, *Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience*, in 58 *Stan. L. Rev.*, cit., pp. 323-338; in relazione al reato di rapina: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, *Uniform Crime Reports*, 1964-2007.

Questa volta, la relazione complessiva tra rapine e reclusione è inesistente (-0.08), ed è pienamente coerente con i due andamenti che procedono in modo del tutto indipendente da una qualsivoglia interazione sistematica.

Certamente l'aggiunta di periodi di latenza ed altre funzioni statistiche opzionali produrrebbe una variazioni nei risultati. Ma il punto centrale di queste analisi appare certo: l'idea in forza della quale le variazioni nei tassi di criminalità nelle epoche successive al 1964 sospingono i tassi di reclusione – cosa che emerge con chiarezza negli studi sulle variazioni da Stato a Stato – non è ben supportata una volta che l'attenzione si sposta al dato nazionale aggregato. Così, se quello è il livello di analisi corretto (una plausibile implicazione³⁰ di una distribuzione normale dei tassi di crescita a livello statale), si è punto e a capo.

³⁰ Il concetto di "implicazione statistica", originato dalla estensione del concetto "laico" di implicazione, si riferisce a situazioni particolarmente strutturate e mira a risolvere il problema della gerarchizzazione dei dati. L'analisi della gerarchia implicativa delle classi fornisce delle informazioni sulla implicazione tra classi di variabili, problema particolarmente delicato in ambito multivariato (N.d.T.).

5. *La volatilità è una strada a senso unico?*

Retrospectivamente, la metà degli anni Settanta è stata testimone di una transizione da tendenze relativamente stabili nei tassi di reclusione ad un loro forte rialzo. Ma descrivere gli andamenti degli indici relativi alla popolazione carceraria come “volatili” in tale epoca può essere poco corretto se questo termine viene inteso nel suo comune significato economico o linguistico di “mutevole” o “tendente ad oscillare in modo deciso ed abituale”. La storia recente della detenzione negli Stati Uniti ha evidenziato che la popolazione carceraria tende ad oscillare in modo deciso ed abituale ma solo nel verso crescente.

L'aumento “medio” nel tasso di reclusione ogni 100.000 abitanti è stato all'incirca di quattro volte, una variazione veramente sostanziale. Con riferimento agli anni recenti, vi è altresì una forte evidenza che i tassi di crescita siano diminuiti e che gli aumenti nei livelli della popolazione carceraria aggregata siano, in base a standard da poco disponibili, piuttosto contenuti. Qualche Stato registra già tassi di reclusione in ribasso, e c'è ragione di credere che la stabilità e la diminuzione degli indici di carcerazione possano riguardare molti sistemi nel prossimo futuro.

Perciò, dunque, tassi di reclusione in diminuzione paiono essere probabili nel breve termine negli Stati Uniti. Ciò che non è dato sapere è la *dimensione quantitativa* della diminuzione che potrebbe seguire agli aumenti della storia recente. I considerevoli aumenti registrati nelle ottime decadi costituiscono indicazioni in forza delle quali le variazioni al ribasso nei tassi di reclusione potrebbero avvicinarsi all'entità quantitativa degli aumenti successivi al 1973? Oppure esistono forze inerziali nella politica o nella *governance* dell'incarcerazione che ci si può attendere limitino le variazioni al ribasso della popolazione carceraria in modo tale che i movimenti ciclici appaiano asimmetrici? Le illustrazioni della contrastante aritmetica delle variazioni, simmetriche e a-simmetriche, al ribasso non sono difficili da costruire. L'equivalente di un aumento del 400% nel tasso della popolazione carceraria è costituito da una diminuzione dell'80% nel tasso di reclusione ogni 100.000 abitanti che muova dal tasso di partenza esageratamente alto fino al raggiungimento di un equilibrio. È possibile o probabile che una variazione verso il basso di tale grandezza si verifichi un lasso di tempo di trentacinque anni nel corso del ventunesimo secolo?

Non è dato riscontrare variazioni *al ribasso* nella popolazione carceraria di simili dimensioni nella storia di alcuna nazione sviluppata sulla terra, così come non vi erano precedenti di una crescita statistica paragonabile a quella illustrata nel grafico 2 prima che questa si verificasse negli Stati Uniti. Il numero di

decescite significative della popolazione carceraria nella storia degli Stati Uniti è piuttosto esiguo, e la misura delle riduzioni registrate fino ad oggi è di gran lunga inferiore alla metà di quell'80% che costituirebbe la simmetria statistica rispetto all'aumento riscontratosi alla fine del ventesimo secolo. In California nei primi anni Settanta si è verificato un declino nei tassi di reclusione pari a circa il 30%, e nello Stato di New York, il cui dato è dominato dal numero di detenuti di New York City, si è registrata una diminuzione come conseguenza della riduzione dell'80% nelle maggiori tipologie di crimini violenti avvenuti in città³¹. L'esperienza californiana di decrescita dei tassi di reclusione poc'anzi citata è durata solo per un decennio prima di essere superata per effetto degli aumenti verificatisi nel corso degli anni Ottanta.

La misura in cui l'attuale dimensione quantitativa della carcerazione sia reversibile è questione che non attiene alla statistica ma alla politica economica della detenzione. Vi è una varietà di ragioni politiche e istituzionali perché i tassi della popolazione carceraria potrebbero essere più aderenti ad un *trend* discendente rispetto all'andamento che hanno invece assunto nel verso crescente. Una volta che la capienza degli spazi detentivi è stata aumentata, ci *possono* essere forze inerziali o economie di scala che influenzano i sistemi affinché si continui ad utilizzarli appieno. L'aumento della capienza delle carceri può anche riflettere un mutamento nelle preferenze pubbliche rispetto alla carcerazione e queste preferenze possono resistere indipendentemente da ogni valutazione economica reale relativa ai costi della carcerazione. E mentre le preferenze ed i valori pubblici possono non avere una forte influenza indipendente sui tassi di carcerazione, questo 'sostrato attitudinale' potrebbe interagire con i mutamenti sia nel tasso della criminalità sia nella paura pubblica della criminalità medesima, al fine di produrre pressioni politiche per una espansione penale o limitazioni alle spinte verso una contrazione³².

Di tutti i *trend* rilevati nella storia moderna, il periodo successivo al 1994 fornisce la più impressionante prova di volatilità asimmetrica nella carcerazione americana. Questa è stata l'unica era in cui i tassi di detenzione negli Stati Uniti hanno sfidato la gravità, in cui i tassi medesimi sono aumentati mentre la criminalità diminuiva. Nella misura in cui i modi pensare e le congiunture politiche riscontratisi alla metà e alla fine degli anni Novanta resisteranno in futuro, l'i-

³¹ Cfr. R. GARTNER - A. DOOB - F.E. ZIMRING, *The Past as Prologue? Decarceration in California: Then and Now*, in 10 *Criminology & Pub.Pol'y*, 2011, p. 287 ss.

³² Cfr. F.E. ZIMRING, *The City that Became Safe. New York's Lessons for Urban Crime and Its Control*, Oxford - New York, 2011, Cap. 8.

potesi che la volatilità si dimostri una strada a senso unico è piuttosto forte. Ma ci sono due ragioni per sospettare che le condizioni che si sono verificate alla fine degli anni Novanta muteranno. La prima concerne il fatto che una ulteriore fase di tassi di criminalità stabili o declinanti potrebbe ridurre la paura e diminuire l'ostilità pubblica. È probabile che intercorrano tempi di latenza piuttosto lunghi prima che la diminuzione della criminalità e della violenza si trasformino in dati acquisiti nella percezione della sicurezza sociale. Il rallentamento della crescita nei tassi di reclusione sette o otto anni dopo l'inizio del declino della criminalità può costituire un tempo di latenza tipico tra le risultanze dell'analisi statistica e la percezione della pubblica sicurezza.

Vi è un secondo punto rispetto al quale gli anni Novanta potrebbero non essere rappresentativi dei futuri orientamenti rispetto al tema della criminalità e delle pene. La metà degli anni Novanta è stata un'epoca di ostilità punitiva senza pari nella storia moderna degli Stati Uniti, e ciò può non essere stato strettamente connesso ai tassi di criminalità. L'epoca dei "tre colpi e sei fuori" e della "certezza della pena"³³ può essere stata guidata da insostenibili livelli di paura e ostilità, piuttosto che da una condizione cronica e continuativa. Ciò che di certo sappiamo del periodo successivo alla metà degli anni Novanta è che il sostrato di paura e preoccupazione della pubblica opinione costituisce un fattore assai più predittivo delle politiche che verranno adottate di ogni tendenza statistica relativa alla commissione dei reati o all'uso degli stupefacenti. Ciò che non è dato sapere è la variabilità degli atteggiamenti dell'opinione pubblica nel secondo e nel terzo decennio del ventunesimo secolo. Si tratta di un'analisi che sarà interessante compiere in futuro.

³³ Simile alla nostra "certezza della pena", la filosofia del "*Truth in Sentencing*" (TIS) rappresenta una delle tappe principali del processo di *Sentencing reform* in senso più severo e restrittivo avvenuto negli Stati Uniti a partire dagli anni Settanta. In breve, essa prevede una reale corrispondenza tra la pena comminata all'esito del giudizio e la pena effettivamente eseguita. Attualmente, infatti, la legge richiede che i condannati per crimini federali scontino una "parte sostanziale" (*substantial portion*) della durata originaria della pena detentiva irrogata. Questo risultato è stato ottenuto eliminando o limitando al massimo gli sconti per buona condotta e l'idoneità alla libertà vigilata. La prima legge in materia è stata approvata nel 1984, ed attualmente anche in molti Stati è vigente una disciplina del tutto simile (N.d.T.).

6. *Conclusione*

Così come le teorie sulla stabilità della pena sono seguite a periodi prolungati caratterizzati da mutamenti di lieve entità nella popolazione carceraria, una preoccupazione per la spiegazione della rilevante variazione dei tassi di carcerazione è cresciuta a causa del quadruplicarsi degli indici di reclusione negli Stati Uniti nell'epoca successiva al 1970. Nel lungo elenco di domande senza risposta circa i fattori che determinano gli indici di carcerazione, vi è quella relativa al fatto se il drammatico aumento della popolazione detenuta nei decenni passati costituisca la nuova regola per la dimensione quantitativa della carcerazione oppure se rappresenti un fenomeno precursore di significative diminuzioni negli indici di reclusione nei primi decenni del nuovo secolo.

Dibattito

*Verso un equivalente funzionale
della riserva di legge?*

DIBATTITO

VERSO UN EQUIVALENTE FUNZIONALE DELLA RISERVA DI LEGGE?

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

La riserva di legge versa da tempo in crisi. Ne è una prima conferma la crescita continua del numero delle fattispecie incriminatrici integrate da fonti non legislative, siano esse nazionali o di provenienza europea. Di fatto il vincolo costituzionale, concernente la produzione del diritto penale da parte del solo Parlamento, si è progressivamente relativizzato. Parrebbe uscirne accreditata la tesi, non certo nuova, secondo cui la riserva di legge non riguarderebbe il campo di materia (ossia la compiuta descrizione del fatto tipico), bensì unicamente il tipo di disciplina (ossia la scelta di qualificare come reato un certo fatto, per la cui tipizzazione il Parlamento può avvalersi, all'occorrenza, di enunciati normativi provenienti da fonti di per sé non abilitate alla produzione del diritto penale).

Sennonché, anche la libertà del Parlamento nella scelta del *penale* come tipo di disciplina riscontra oggi significative compressioni in presenza di obblighi di tutela di matrice europea, i quali, preannunciandosi in prospettiva futura sempre più dettagliati, parrebbero spingere il Parlamento nazionale verso un'attività – secondo alcune interpretazioni – di mera ratifica della scelta politica effettuata in sede europea. Da questa angolazione la tradizionale concezione del legiferare in materia penale, espressa nell'art. 25, comma 2, Cost., mostra evidenti cedimenti di fronte al nuovo che avanza. Nello scenario sovranazionale, infatti, la procedura di codecisione non fa del Parlamento europeo il luogo dell'iniziativa legislativa e della formazione della norma, ma il titolare di poteri meno pregnanti, consistenti nell'approvazione, nella proposta di emendamenti o nel respingimento della scelta normativa effettuata dal Consiglio. Per non dire, segnatamente con riguardo alla nostra odierna esperienza nazionale, delle ondate di antipolitica che, complice una discutibile legge elettorale, attraversano anche il mondo del diritto, nel cui contesto non sono pochi coloro che, muovendo dalle "miserie del Legislatore", auspicano un maggiore pluralismo delle fonti di produzione del diritto, elevando di fatto a fonte lo *ius dicere*, nell'implicita convinzione dell'utile che la collettività trarrebbe dall'integrazione aristocratica del diritto per mano dell'interprete. In effetti il giudice, anche quando non si spinge a interpretazioni che travalicano il significato del testo normativo, è venuto acquisendo un'accresciuta libertà ermeneutica già nella

scelta della disposizione ritenuta prevalente tra le molte che popolano l'odierno ordinamento multilivello. Da questa angolazione, però, la crisi della riserva di legge assume una profondità ancora maggiore. Essa non si limita a intaccare la funzione legittimante del diritto penale, affidata dalla Costituzione al monopolio del Legislatore in nome del principio della rappresentanza politica, che vede nel Parlamento lo specchio più fedele (o meno distorto) del corpo sociale; la crisi della riserva di legge coinvolge la legalità parlamentare come limite invalicabile della giurisdizione, lasciando intravedere criticità che si estendono alla riserva di regola, ossia alla concezione della legalità quale parametro di giudizio preesistente all'interpretazione e indisponibile da parte del giudice: quella soggezione alla legge affermata dall'art. 101, comma 2, Cost., nei cui confronti, come è stato osservato da Riccardo Guastini, "la dottrina (anche la giurisprudenza costituzionale) mostra (...) un singolare atteggiamento di *unterstatement*".

Tanto premesso, considerato infine che la riserva di legge è una categoria storica e non logica del diritto penale, esiste allo stato un'alternativa garantistica e legittimante del diritto penale compatibile con la Costituzione? Quali prospettive dischiude l'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del Parlamento? Può la crisi della riserva di legge lasciare indenne l'attuale legittimazione del giudice?

Abbiamo rivolto queste domande a Giovanni Fiandaca, Alberto Gargani e Carlo Federico Grosso.

GIOVANNI FIANDACA

CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE
E DISAGIO DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA
NELL' ETÀ DEL PROTAGONISMO GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Premesse storico-giuridiche e culturali. – 2. La riserva di legge nell'evoluzione della dottrina penalistica novecentesca: dalla *ratio* garantista alla *ratio* democratica, insieme con l'emergere della prospettiva costituzionale. – 3. Sintomi e ragioni di crisi della riserva di legge, a partire dalla fine degli anni '70 (del Novecento). – 4. Riserva di legge e orizzonte sovranazionale europeo. – 5. Riserva di legge ed espansione del potere giudiziario. – 6. Quale certezza del diritto, oggi?

1. *Premesse storico-giuridiche e culturali*

La legalità penale, tradizionalmente concepita – in particolare negli ordinamenti di *civil law* – come legalità legislativa, risente di una molteplicità di fattori di condizionamento, e al tempo stesso di 'mitologie', che per un verso risalgono abbastanza indietro nel tempo e per altro verso trascendono il diritto penale in sé considerato. Se così è, un intervento contenuto in uno spazio non eccessivo non può avere la pretesa di 'decostruire' in profondità tutti i significati e le implicazioni di un principio come quello di riserva di legge in materia penale, rilevanti sui diversi versanti storico-politico, costituzionale, tecnico-giuridico e altresì pragmatico-applicativo. Senza contare gli ulteriori aspetti filosofico-politici e filosofico-giuridici che da sempre si accompagnano – almeno a cominciare dalla speculazione greca – all'idea generale di 'legge' come simbolo di razionalità, scudo contro l'arbitrio del potere e garanzia di trattamento eguale a confronto delle decisioni prese caso per caso sulla base di mutevoli valutazioni particolaristiche soggette all'influenza delle passioni. Ma, com'è noto, l'ideale del "governo delle leggi", che indubbiamente costituisce una delle idee-forza della cultura occidentale, si è storicamente declinato in maniera diversa a seconda delle differenti tradizioni politico-costituzionali e ordinamentali.

In estrema sintesi, ci limitiamo a ricordare che, mentre nella tradizione storica del costituzionalismo inglese e americano sono stati assunti soprattutto i giudici a baluardo contro i possibili arbitrii a difesa delle libertà del singolo, nella tradizione europeo-continentale (quale – per intendersi – è poi sfociata nel modello di Stato liberale di matrice ottocentesca) questa funzione è stata assegnata

alla legge: lo Stato di diritto è stato concepito come Stato legislativo, nel quale il parlamento è stato elevato a centro del sistema politico-istituzionale, il diritto lo si è ritenuto pressoché interamente assorbito nella legislazione, alla legge generale e astratta emanata dal potere legislativo è stata attribuita la funzione di governare la società e proteggere le libertà, mentre al potere giudiziario sarebbe dovuta spettare una posizione subalterna, una posizione cioè (più ideologica che realistica!) di semplice organo applicatore del dettato legislativo, con conseguente interdizione di potere creativo in sede ermeneutica. In questo quadro, non può esservi spazio per un controllo di costituzionalità delle leggi affidabile ad una istanza giurisdizionale autonoma rispetto alle assemblee legislative [per un buon quadro di sintesi storico-ricostruttiva dei tratti salienti, come fin qui accennati, delle due tradizioni ordinamentali anglosassone e europea-continentale cfr. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Bologna, 2004, 119 ss].

Questo modello di ordinamento 'legocentrico' di ascendenza giacobina, che si è a un tempo incontrato con la tradizione tedesca del *Rechtsstaat*, può invero considerarsi il generale contesto politico-istituzionale di riferimento, in cui è venuto a collocarsi il principio penalistico di riserva di legge così come da penalisti continentali, a partire dall'Ottocento, siamo stati propensi a concepirlo.

Ma vi è di più.

Riconsiderando la storia della cultura penalistica continentale nel complessivo orizzonte delle influenze culturali e ideologiche che l'hanno condizionata, è appena il caso di ricordare che l'idea di una legalità penale incentrata sul primato della legge scritta ha rappresentato il tema, o meglio la preoccupazione dominante dell' Illuminismo giuridico settecentesco (nelle diverse versioni francese, inglese, tedesca e italiana), a cominciare da alcune sue anticipazioni rinvenibili nella filosofia empirista (Bacone, Hobbes, Locke). Pensatori di diversa provenienza e dalle differenti inclinazioni (Beccaria e Pietro Verri, Montesquieu, Voltaire e Rousseau, Bentham, Feuerbach), accomunati – diremmo, non a caso – dall'essere quasi tutti intellettuali 'non giuristi' di mestiere, furono infatti concordi nell'esaltare la legge generale e astratta come fonte del diritto, in particolare del diritto penale: individuando nel contempo nella legge – secondo un apparente paradosso – l'espressione di principi e valori sia giusnaturalistici o giusrazionalistici, sia giuspositivistici *ante litteram* in termini di certezza legale e di garanzia di trattamento non discriminatorio. Da qui il rifiuto della produzione giudiziale del diritto, e una prevalente avversione per l'attività interpretativa dei giudici e per la medesima scienza o dottrina giuridica, anch'essa avversata come causa di dannose complicazioni e astruserie concettuali – e perciò considerata come non più necessaria, una volta che l'auspicato nuovo modello di

diritto, costituito da un numero ridotto di leggi semplici e facilmente comprensibili dal comune cittadino, fosse stato tradotto in realtà!

Una concezione così accentuatamente legalistica del diritto penale, non poco irrealistica nel suo estremismo ideologico, ebbe peraltro alla base una ispirazione politica non omogenea, nel senso che risultava compatibile sia con l'assolutismo illuminato, sia con orientamenti più assimilabili alla liberaldemocrazia. Mentre infatti alcuni autori si accontentavano di assumere la legge scritta a strumento privilegiato di produzione di un auspicato diritto razionale, unificato e certo emanato da un'autorità sovrana finalmente accentrata, assumendo come obiettivo prioritario la certezza giuridica; altri autori motivavano la loro preferenza per la legge altresì con la tendenza a considerarla come la più tipica espressione democratica della sovranità popolare [cfr. più in dettaglio, CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966].

Tale duplice ispirazione – ora garantistica, ora democratica – della preferenza accordata alla produzione legislativa del diritto penale tornerà, in effetti, ad emergere in anni a noi più vicini.

2. La riserva di legge nell'evoluzione della dottrina penalistica novecentesca: dalla ratio garantista alla ratio democratica, insieme con l'emergere della prospettiva costituzionale

Proprio per il collegamento esistente tra la riserva di legge e gli assetti politico-costituzionali di riferimento, nel metterne in evidenza le ragioni giustificatrici nell'ambito dell'evoluzione dottrinale occorre distinguere tra la fase storica dello Stato otto/novecentesco, e quella dello Stato costituzionale che si afferma nella seconda metà del Novecento.

Quanto alla prima fase, e con specifico riferimento al contesto italiano, assumerei come emblematico il punto di vista espresso ad esempio nel celeberrimo trattato di Vincenzo Manzini – un penalista di indirizzo tecnico-giuridico, sostenitore di un positivismo di marca liberale conservatrice (non esente da inclinazioni autoritarie) tipico degli anni a cavallo tra Ottocento e Novecento, il quale tende di conseguenza a privilegiare una concezione fortemente statocentrica del diritto e una visione formalistica del diritto penale [cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 28 ss.]. Orbene, per un penalista di tale formazione scientifico-culturale, la riserva di legge in materia penale – come si legge sino alle edizioni più recenti del trattato manziniano – assolverebbe una duplice funzione di garanzia, da un lato nell'assicurare il

funzionamento obiettivo della giustizia, dall'altro nel proteggere la libertà. Più precisamente, riportando le parole dell'autore: "Riservata alla legge la potestà di stabilire i reati e le pene, l'individuo rimane garantito dal fatto che il legislatore forma preventivamente le norme penali, senza sapere a chi queste si applicheranno. Viene quindi esclusa ogni personalità ed ogni impulsività, almeno di regola. I soggetti rimangono così legislativamente avvertiti circa i limiti della loro libertà, e conseguentemente sono posti in grado di agire, da un lato, con sicurezza, dall'altro, con il senso della propria responsabilità. Ed in tal modo si consegue pure lo scopo di soddisfare il sentimento di giustizia e di eguaglianza, perché colui che ha incontrato una responsabilità sa che questa fu stabilita preventivamente, in modo eguale per tutti, senza che la sua persona potesse venire in alcuna considerazione" [ed. 1981, p. 229].

Il ventaglio delle possibili *rationes* sottese alla riserva di legge si amplia – e non poteva, del resto, essere diversamente – a seguito del passaggio alla democrazia costituzionale, com'è testimoniato dalla letteratura penalistica che matura nell'orizzonte assiologico della Costituzione repubblicana. Com'è noto, in questo nuovo quadro di riferimento l'accento cade sulla garanzia *democratica*, che finisce col prevalere sulla più tradizionale garanzia di certezza (la quale – come non a caso si osserva – potrebbe al limite essere assicurata anche con norme penali di rango sub-legislativo, purché emanate preventivamente rispetto al tempo della commissione del reato, in modo da essere anticipatamente conoscibili da parte dei cittadini). Così, con esplicito riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., ad esempio nell'ultima edizione degli *Appunti* di Marcello Gallo troviamo efficacemente espressi i seguenti concetti: "Il costituente ha conferito alla legge il monopolio della enunciazione della fattispecie penalmente sanzionata (e delle conseguenze sanzionatorie penali) perché le regole penali incidono sui beni fondamentali dei loro destinatari (...). La ragione della disciplina adottata sta nel consentire, ed è tipico del pensiero liberal-democratico, una riflessione particolarmente attenta sulle ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, nonché la possibilità alle minoranze di intervenire sugli indirizzi e sulle scelte di politica criminale della maggioranza: in un processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ed essere convinti" [p. 48 s.].

Per parte mia, ho avuto in altra sede [cfr. *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36/2007, p. 1247 ss.] occasione di rilevare che il modello di democrazia, che sembra implicito nella concezione del principio della riserva di legge divenuta dominante tra noi penalisti negli ultimi decenni, evoca la nota visione kelseniana della

democrazia come accordo o compromesso tra maggioranza e opposizione. Infatti l'enfasi posta sulla garanzia di democraticità quale risultato dell'auspicato confronto tra tutti gli orientamenti politici in campo, riflette questa esigenza di fondo: che le deliberazioni relative a che cosa e come punire, appunto perché fortemente incidenti sulle libertà fondamentali della persona, siano coperte da un consenso il più ampio possibile. Da questo punto di vista, la sottolineatura della centralità della istituzione parlamentare, come luogo atto a promuovere una vera dialettica tra tutte le forze politiche, sembra privilegiare un modello di democrazia penale che non si accontenta del criterio puramente maggioritario: piuttosto, le deliberazioni in materia di delitti e pene, per risultare autenticamente democratiche, dovrebbero essere adottate mediante un coinvolgimento attivo delle stesse forze di opposizione in termini di concorso di punti di vista o, meglio ancora, di vera e propria co-decisione.

A una legittimazione democratica così concepita si aggiunge, nel nuovo quadro di democrazia costituzionale, il controllo di legittimità (costituzionale) ad opera del giudice delle leggi. Peraltro, la portata e i limiti di questo controllo non potevano non apparire (specie nei primi anni di funzionamento della Consulta) particolarmente problematici rispetto alle norme penali, e ciò proprio in ragione della forte valenza del principio democratico nella materia penale desumibile dalla stessa avvenuta costituzionalizzazione della riserva di legge. Da qui il porsi, e il riproporsi fino ai nostri giorni, del problema di fondo dei limiti di ammissibilità di un sindacato costituzionale di ragionevolezza che tenda a coinvolgere il merito politico-criminale delle scelte legislative di penalizzazione. Problema che in effetti ammette soluzioni di maggiore o minore apertura in base, appunto, al grado di disponibilità a ripensare la stessa riserva di legge parlamentare in termini tali da evitarne preconette assolutizzazioni, come sembrerebbe del resto imposto dalla complessiva fisionomia della democrazia costituzionale [per riflessioni più dettagliate in proposito rinvio a due miei saggi, rispettivamente pubblicati in *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cantabia e T. Vettor, Milano, 2009, p. 115 ss., e in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, 2011, p. 265 ss.].

Inoltre, l'inclusione della materia penale in un orizzonte costituzionale ha prodotto come effetto, tutt'altro che secondario, di promuovere nella stessa dottrina un progressivo superamento della tradizionale dogmatica legalistica, con un conseguente incoraggiamento della tendenza ad argomentare in modo 'creativo' sulla base di valori e principi sovra-ordinati alla legge ordinaria. Come sappiamo, è grazie allo sviluppo di questo stile argomentativo, che nel corso degli anni ha finito altresì col prendere piede nella giurisprudenza (non solo

costituzionale) più evoluta, che sono andati via via definendosi i lineamenti di un modello teorico di diritto penale costituzionalmente orientato, trascendente il penale contenutisticamente conforme alla mera legalità legislativa (ordinaria).

3. *Sintomi e ragioni di crisi della riserva di legge, a partire dalla fine degli anni '70 (del Novecento)*

La capacità e i limiti di prestazione della riserva di legge ordinaria sono peraltro andati evidenziandosi – al di là del trascendente approccio costituzionale così come sviluppato da dottrina e giurisprudenza – in rapporto a linee di tendenza (per un verso vecchie, per altro verso nuove) della politica penale concreta dei vari periodi dell'età repubblicana.

Invero, sino ai primissimi anni Ottanta, gli aspetti più discussi della riserva di legge hanno riguardato in primo luogo il problema dei suoi limiti di assolutezza, specie con riferimento alla possibilità che fonti sub-legislative contribuissero legittimamente a integrare elementi della fattispecie incriminatrice; in questa prospettiva, l'assolutezza tendeva, dunque, a fungere da argine rispetto ad arbitrarie invadenze del potere esecutivo. In proposito, merita di essere ricordato il commento di Franco Bricola dell'art. 25, comma 2, Cost., rivisitato alla fine degli anni Settanta [pubblicato in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1980]. Nell'ambito di tale commento il compianto studioso lamentava la persistente tendenza del legislatore italiano ad un affievolimento del carattere assoluto della riserva anche ad opera del legislatore post-costituzionale, (affievolimento) prevalentemente avallato dalla Corte costituzionale, e ulteriormente favorito da orientamenti contingenti del quadro politico: orientamenti cioè inclini ad annacquare la dialettica maggioranza/opposizione, per favorire convergenze politiche molto ampie intorno a interventi normativi a carattere urgente di ispirazione e impulso governativi, in un clima generale di solidarietà nazionale imposto dal succedersi di diverse emergenze (mentre la *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge avrebbe, appunto, dovuto in teoria suggerire un atteggiamento di diffidenza verso il potere normativo dell'esecutivo). È comunque significativo che nell'ambito di questa rivisitazione critica per mano di Bricola, sfociante nella diagnosi di una grave entrata in crisi del principio della riserva, non si dedichi ancora spazio alla rilevazione e all'analisi di un fenomeno destinato invece, in futuro, a essere bollato quale causa principale della crisi della legalità penale a carattere democratico-parlamentare: all'udiamo, com'è facile intuire, alla espansione del c.d. diritto penale giurisprudenzia-

le, quale fonte sempre più rilevante del penale vivente nella realtà applicativa.

Il discorso sulla crisi della riserva di legge diventa, in realtà, più complesso e articolato via via che ci accostiamo ai decenni successivi. Ciò, da un lato, per effetto di ulteriori mutamenti di tendenza della democrazia reale; e, dall'altro, grazie – direi – ad una maggiore ed esplicita presa di consapevolezza (di cui cominciano ad emergere segnali pur all'interno della tendenzialmente più conservatrice cultura penalistica) del ruolo protagonista, anche in termini di interpretazione 'creativa', che il giudice nello stesso settore penale finisce inevitabilmente con l'assumere (cfr. *infra*, par. 5).

Che mutamenti ulteriormente intervenuti nell'ambito della democrazia reale abbiano concorso a rendere ancora più debole la *ratio* democratica della riserva di legge, può ormai considerarsi un assunto quasi pacifico. I mutamenti in questione si sono tradotti in fattori aggiuntivi di crisi rispetto a quelli già noti, e si tratta invero di fattori che rimandano allo stato di crescente "disagio" delle democrazie contemporanee, come effetto di un insieme di cause quali: il declino della centralità del parlamento e la sua sempre maggiore inettitudine a fungere da luogo istituzionale di esercizio di razionalità discorsiva; la perdita di capacità progettuale e di attitudine innovativa della politica; l'indebolimento dei partiti e le derive populistiche delle maggioranze governative; la tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione della politica; lo scadimento della qualità e del livello culturale e di professionalità del personale politico ecc. [per un ottimo quadro di sintesi cfr., di recente, GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011].

Queste ragioni di crisi, diagnosticabili beninteso anche fuori dai confini italiani, hanno subito una perversa accentuazione nel nostro paese durante l'egemonia politica berlusconiana, che ha esemplificato un modello di governo esasperatamente maggioritario, poco rispettoso dell'autonomia del parlamento e per nulla interessato al contributo critico delle opposizioni, e persino insensibile alla garanzia di diritti fondamentali costituzionalmente protetti. Sia o no destinata ormai a un definitivo tramonto, un'esperienza come quella berlusconiana fornisce comunque al giurista elementi utilissimi di riflessione sull'insufficienza di una riserva di legge affidata pur sempre ad una maggioranza semplice a preservare dal rischio di leggi illiberali, dettate da pulsioni populistiche e al tempo stesso mirate a strumentalizzare elettoralmente preoccupazioni securitarie [a favore di riforme costituzionali, dirette a introdurre maggioranze qualificate per le deliberazioni parlamentari che toccano il sistema delle libertà fondamentali, si pronuncia di recente MANZELLA, ne *la Repubblica* 3 gennaio 2012].

Ulteriori cause di indebolimento della *ratio* democratica della riserva di legge

possono, al contempo, essere individuate in fattori distorsivi che attengono alla disciplina del procedimento legislativo e alla logica dei rapporti tra governo e parlamento (assunzione da parte del governo della *leadership* del processo legislativo anche in materia penale, maxi-emendamenti, frequente ricorso al voto di fiducia ecc.).

Per reagire a un tale andazzo, sono certo pensabili rimedi istituzionali volti a rivitalizzare il ruolo del parlamento, e ciò anche con specifico riferimento alla produzione normativa in materia penale. Tra i rimedi prospettabili, com'è ormai noto, rientra in realtà l'idea di introdurre maggioranze qualificate (ad esempio dei due terzi) per approvare leggi che configurano nuovi reati o modificano fattispecie incriminatrici preesistenti [cfr. FIANDACA, *Legalità e democrazia*, cit., 1260 e letteratura ivi cit.]. Si tratta di un'ipotesi che, forse, meriterebbe di essere presa in seria considerazione in misura maggiore di quanto non sia finora avvenuto. Ma è quasi superfluo rilevare che il rimedio avrebbe pur sempre un carattere formale-procedurale, e sarebbe pertanto inidoneo da solo a restituire all'assemblea parlamentare la dignità di sede privilegiata di razionalità discorsiva. Il problema è, soprattutto, di cultura democratica sia in generale, sia nel settore più specifico della politica penale. Se le cose stanno così, per promuovere un miglioramento della cultura politica su entrambi i versanti non bastano né modifiche formali dei meccanismi deliberativi, né tantomeno nuove escogitazioni teoriche di singoli studiosi che riconcettualizzano la legalità penale 'a tavolino'.

4. *Riserva di legge e orizzonte sovranazionale europeo*

La riserva di legge è però insidiata e messa in crisi da altri fattori che possono essere definiti "esogeni", in quanto derivano da una fonte non già nazionale, bensì esterna: come, appunto, quella che com'è noto trae origine dal complesso contesto ordinamentale europeo [per la distinzione tra fattori "endogeni" ed "esogeni" di crisi della riserva cfr., ad esempio, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 48 ss.].

A quale sorte va incontro, in tale contesto, la riserva di legge considerata in funzione di garanzia democratica? Come sappiamo, tale garanzia è originariamente concepita e tematizzata in un orizzonte di pensiero incentrato sulla sovranità statale e su di un sistema democratico incorporato in uno Stato sovrano. Ed è guardando da una tale prospettiva visuale che il noto *deficit* democratico degli organi istituzionali europei ha finora funto da sostanziale ostacolo – al di là dei dati formali ricavabili dall'analisi dei documenti normativi – al pacifico

riconoscimento di una loro competenza (specie in forma diretta) nel settore penale. Certo, l'obiezione di insufficiente democraticità ha un peso maggiore o minore, a seconda che si militi nel partito degli "eurocredenti" o in quello degli "euroscettici". Sicché, la militanza nel primo partito può indurre a ridimensionare questo tipo di obiezione, e ciò anche sulla base della constatazione che la garanzia democratica sottesa alla riserva di legge è da tempo entrata in crisi pure nell'ambito degli ordinamenti domestici. Perché, allora, insistere nell'enfatizzarla come argomento ancora opponibile alla irresistibile avanzata nei fatti del processo di europeizzazione del diritto penale? Se qualcuno invece insiste, costui – obietterà l'eurocredente – non può che farlo per persistente attaccamento a una vetusta ideologia statualista! Piuttosto che rimanere legati a pregiudizi ideologici ormai obsoleti, meglio dedicarsi senza paraocchi – seguirà ad argomentare l'eurocredente – alla elaborazione di una legalità penale a carattere europeo costruita su nuove basi [così come alla stregua di nuove o rinnovate categorie giuridiche dovrebbe, del resto, più in generale essere concettualizzata l'intera costruzione europea: sulle possibili implicazioni di teoria generale del diritto cfr., per tutti, BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008].

In effetti, una prospettiva di fondo tanto 'aperturista' sembrerebbe la più persuasiva – non foss' altro per il fatto che essa trae alimento dalla "forza normativa del fattuale" [BERNARDI, *Presentazione a GRANDI, Riserva di legge*, cit., IX]. Tutto sta, ovviamente, nel determinare quali siano il senso e la portata plausibili di una legalità europea concepita fuori o al di là della logica sottesa alla riserva di legge secondo la accezione nazionale.

I penalisti di fede europeistica, d'altra parte, non possono non affrontare essi stessi il problema del *deficit* di democraticità, assumendo in particolare oggi a punto di riferimento l'ancora recente Trattato di Lisbona. Non essendo questa la sede per addentrarsi in dettagliate analisi degli orientamenti in campo, si può in sintesi rilevare che la previsione generalizzata da parte del trattato della procedura cosiddetta di codecisione anche per l'emanazione di atti normativi (direttive e regolamenti) di contenuto penalistico viene, per lo più, salutata come un rilevante passo avanti che già consentirebbe di attingere un grado di democraticità tutto sommato accettabile [per tutti, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2009, p. 64]. Rimane tuttavia il fatto che questa valutazione di sufficienza sembra derivare, più che da un reale riconoscimento del carattere autenticamente democratico del meccanismo di codecisione, dalla realistica (rassegnata?) presa d'atto che gli stessi parlamenti nazionali oggi non riescono neppure essi a raggiungere livelli di vera democraticità nella elaborazione delle leggi penali,

o vedono – come sempre più spesso accade – progressivamente erose le loro prerogative legislative in questo campo [emblematici, in proposito, i rilievi dello stesso BERNARDI, *ibidem*]. È da assecondare questo realistico avallo di un crescente processo di europeizzazione della legislazione penale imposto dalla pressione della realtà effettuale? L'interrogativo diventa più tormentoso se si considera che il problema si ripropone sui versanti nazionali, al momento di tradurre gli *input* normativi europei dotati di efficacia obbligatoria in disposizioni penali interne: trovandoci di fronte – come sappiamo – a veri e propri obblighi di penalizzazione, il singolo parlamento nazionale finisce col rimanere di fatto espropriato del potere sia di prendere l'iniziativa nell'importante settore della politica criminale, sia di esprimere sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti della tutela penale [per una trattazione a livello monografico del tema, cfr. ora PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009].

Il quadro fin qui sintetizzato appare già sufficientemente problematico, anche senza aggiungere la dibattuta questione se sia sin da oggi configurabile, in base all'art. 86 TFUE, una forma di competenza penale *diretta* dell'Unione per la protezione degli interessi finanziari. Anche in proposito si registrano prese di posizione variegata, ora più aperturista ora più prudente [per una sintesi del dibattito, GRANDI, *op. cit.*, 122 ss.]: di fronte all'ambiguità testuale dell'art. 86, il diverso grado di apertura o di prudenza sembra avere alla base atteggiamenti ermeneutici alimentati, ancora una volta, dal diverso livello di favore (o sfavore) con cui il singolo interprete guarda al traguardo di un diritto penale di diretta fonte europea, sia pure circoscritto in campi di materia specificamente predefiniti.

Sul versante più conservatore, invece, l'incombere di prospettive di accentuata regressione della riserva di legge statale sollecita sentimenti di doglianze e reazioni preoccupate. Suona, dunque, come musica più che gradita una presa di posizione critica come quella espressa nell'ormai celebre *Lissabon-Urteil* dal *Bundesverfassungsgericht*. Nella cui motivazione – com'è ormai noto – la Corte costituzionale tedesca sostiene, con particolare enfasi, che proprio le deliberazioni relative alla materia penale esemplificano emblematicamente decisioni politiche assai impegnative sotto il profilo dei presupposti intellettuali, culturali e assiologici coinvolti: per cui si tratterebbe di decisioni bisognose di una legittimazione democratica costruita “discorsivamente” in uno spazio pubblico strutturato in senso partitico e parlamentare e, allo stesso tempo, alimentato da un aperto confronto di idee a livello di pubblica opinione. Ciò premesso in linea di principio, dalla constatazione del persistente *deficit* democratico – connesso

anche alla mancanza, a tutt'oggi, di un *demos* o comunque di un'opinione pubblica europea – deriverebbe l'esigenza di interpretare in senso restrittivo la stessa competenza penale indiretta riconosciuta dalle vigenti norme convenzionali.

Senza poterci qui dilungare in un'analisi critica di questa (comunque) importante pronuncia costituzionale [per un commento critico in dettaglio cfr. BOESE, in questo *Annuario*, 2009, p. 267 ss.], l'impressione che si trae è che la Corte tedesca abbia (strumentalmente?) ecceduto nel finire col richiamare un modello idealtipico di democrazia *à la* Habermas che, in verità, sta più nel cielo della filosofia politica che nella concreta realtà delle democrazie di oggi (inclusa quella tedesca). A parte la crisi dei partiti politici e della funzione parlamentare, è il fenomeno di crescente personalizzazione, mediatizzazione e popolarizzazione della comunicazione politica (politica "pop"!) che produce l'effetto di modificare lo stesso concetto di opinione pubblica, trasformandola da luogo di dibattito e di controllo sul potere in un insieme anonimo di individui facilmente manipolabili dai *leaders* politici, dagli esperti di comunicazione e dai media [cfr. l'efficace sintesi di DIAMANTI, *Gramsci, Manzoni e mia suocera*, Bologna, 2012, 39 ss., il quale tuttavia sottolinea l'esigenza di non trascurare la perdurante influenza, sugli atteggiamenti politico-culturali del pubblico, dei "microclimi d'opinione" che improntano i mondi locali e i rapporti interpersonali]. E di questo progressivo venir meno di una reale partecipazione critica e propositiva della società civile alle decisioni di pubblico interesse si hanno riscontri vistosi – non a caso – se si considerano le modalità correnti della discussione, politica e giornalistica (specie televisiva), sui fatti criminali, sull'allarme-sicurezza, sul problema della certezza della pena, sul rischio del concedere permessi ai detenuti ecc. : luoghi comuni, *slogans*, pulsioni emotive, atteggiamenti irrazionali, contraddizioni e confusione tendono a prevalere rispetto al discorso razionale e all'attitudine al confronto critico. È tipica, d'altra parte, del populismo penale l'inclinazione a (ri-)politicizzare in chiave di tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza pressoché tutte le questioni attinenti all'universo dei delitti e delle pene, con conseguente emarginazione degli esperti e disinteresse per gli aspetti scientifici o tecnici dei problemi sul tappeto. (Un parlamentare di mia conoscenza ha privatamente confessato che è comparativamente molto più facile per i politici di oggi occuparsi di riforme del processo, perché temi di grande impegno come quelli relativi ai presupposti della responsabilità penale o agli scopi della pena ben trascendono le capacità di elaborazione e di risposta della politica attuale, anche al di là degli schieramenti e della distinzione tra destra e sinistra).

Nel contempo, vi sarebbe da chiedersi – rimanendo nell'ottica del giudice costituzionale tedesco – se l'enfatizzata esigenza di una legittimazione demo-

cratico-discorsiva debba riguardare tutta la materia penalistica indistintamente considerata; ovvero, in particolare, quelle sue parti che risultano maggiormente influenzate da concezioni culturali e sistemi di valore legati a storie, tradizioni e identità nazionali specifiche. Distinguendo, se si trattasse di una differenziazione plausibile, tra (per dir così) un diritto penale *di giustizia*, ancora intriso di etica e di assiologia e un diritto penale *di governo*, politicamente funzionalizzato a obiettivi di lotta a fenomeni di criminalità transnazionale o di contrasto a tipologie di condotta lesive di interessi economico-finanziari rilevanti anche a livello comunitario.

È soprattutto rispetto a un diritto penale di giustizia (nel senso appena detto) che sembrerebbe in linea di principio giustificato preservare una riserva di legge concepita in una accezione forte, vale a dire come una sorta di *riserva di razionalità discorsiva*: si pensi in particolare a quelle forme di condotta che ricadono più da vicino nelle aree eticamente sensibili (aborto, fecondazione assistita, sfera sessuale e simili), e la cui valutazione in termini di liceità o illiceità risente di giudizi di valore culturalmente orientati, ma da filtrare criticamente oggi alla stregua dei principi costituzionali di laicità e pluralismo [più diffusamente, FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, 143 ss., e, più di recente, ID., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.]. Meno giustificato, invece, rispetto alla vasta area di quel diritto penale ideologicamente più neutro o annacquato che risponde a contingenti obiettivi utilitaristici di governo politico-amministrativo anche mediante la legge penale, e nel cui ambito sono diffuse tipologie sanzionatorie a carattere extradetentivo che finiscono col far apparire l'illecito penale sostanzialmente simile alla violazione amministrativa.

Ma, per altro verso, si potrebbe forse rilevare che una tale differenziazione di modelli penalistici è ancora troppo condizionata dalla tradizione statale-nazionale; mentre la prospettiva da privilegiare dovrebbe essere quella di una concezione della materia penale elaborata autonomamente sulla base di *standard* europei. Come da tempo, ad esempio, fa la giurisprudenza della Corte EDU che – com'è noto – prescinde dalle qualificazioni formali di fonte nazionale e considera decisiva, ai fini della attribuzione di una valenza penale alle norme, la valutazione sostanziale relativa al carattere concretamente punitivo e al livello di afflittività della sanzione prevista. Ne consegue pertanto una dilatazione dell'area del penalmente rilevante, che, se anche può apparire eccessiva e foriera di maggiori incertezze rispetto al più sicuro criterio positivistico-nominalistico di individuazione del penale, trae in realtà la sua *ratio* dal prevalente fine garanti-

stico che ispira l'attività della Corte di Strasburgo. Dovrebbe questa concezione ampia, in quanto giustificata dall'obiettivo di evitare surrettizi aggiramenti delle garanzie individuali, esser fatta valere in una prospettiva più generale a livello europeo, anche al di là cioè della sfera di competenza della Corte predetta? [in senso affermativo sembra orientarsi D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di Zanon, Napoli, 2006, p. 161 s.].

In effetti, oggi si assiste a un crescente pluralismo di modelli di diritto penale [in proposito rinvio al mio recente scritto *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, ne *La corte d'assise*, 2011, n. 1, p. 59 ss.]; il che rende sempre più opinabile l'identificazione di una 'essenza' ontologica del penale, che dovrebbe valere a distinguerlo con certezza da altri settori dell'ordinamento pur sempre a carattere sanzionatorio. Certo, esiste ancora un penale *hard*, facilmente riconoscibile anche da parte della gente comune, che è ovviamente quello simboleggiato dai delitti gravi sanzionabili (almeno potenzialmente) con una pena detentiva di lunga durata. Ed è senza dubbio rispetto a questo diritto penale della prigione che continuiamo ad avvertire come insufficiente una genesi tecnocratico-efficientistica a livello di "*gubernative Rechtssetzung*", ed insistiamo pertanto nel pretendere una legittimazione democratica scaturente dalla *lex parlamentaria* [cfr. LUEDERSSEN, in *GA*, 2003, n. 2, p. 71 ss.]. L'immaginario democratico è infatti a tutt'oggi suggestionato da miraggi: là dove si esprime la volontà popolare per bocca del parlamento, ciascun cittadino si sente idealmente padrone delle scelte politiche, incluse quelle che riguardano il contenuto dei reati e il tipo o l'entità delle pene. Ma si tratta, più che di realtà, di illusione. Per un insieme di ragioni legate alla crisi della rappresentanza parlamentare e della partecipazione democratica, cui abbiamo in precedenza accennato. E per ulteriori ragioni che esplicitiamo adesso, e che attengono ai rapporti tra democrazia e tecnocrazia nel mondo moderno. Come ha messo lucidamente in evidenza Norberto Bobbio già parecchi anni orsono, la sovranità del cittadino comune è espropriata o insidiata dal peso crescente assunto nelle pubbliche decisioni dalla tecnocrazia e dagli esperti, e ciò a causa della sempre maggiore complessità delle questioni da decidere: la politica si tecnicizza, e la tecnica si politicizza. Ciò emerge in maniera particolarmente chiara nella fase di grave crisi economica che stiamo vivendo, contrassegnata da un pressoché necessitato passaggio di competenze da un governo politico a un governo cosiddetto di tecnici. Ma ciò vale – *mutatis mutandis* – anche nel campo della giustizia penale, che per la sua peculiare dimensione tecnica non può fare a meno del contributo di elaborazione proveniente dagli esperti di diritto. Lo dimostra del

resto il fatto che – se si prescinde dagli anni più recenti di accentuato populismo penale – la maggior parte delle più significative riforme della giustizia sono state solitamente preparate ed elaborate con l' indispensabile apporto ideativo dei giuristi (mentre il contributo è provenuto – non a caso – soprattutto dai giuristi pratici, e in particolare dai magistrati requirenti nelle diverse stagioni della legislazione d'emergenza, sul duplice versante della criminalità politico-terroristica e di quella mafiosa).

Si potrebbe obiettare che i politici hanno, rispetto ai tecnici, una maggiore sensibilità e attitudine per cogliere e interpretare (per dir così) la cultura penale di volta in volta corrispondente allo *Zeitgeist*. Ma si potrebbe pur sempre replicare che, specie nelle attuali società pluralistiche e frammentate, non esiste un modo sufficientemente condiviso di concepire il senso del reato e il senso della punizione; e che dal canto loro i politici, più che farsi fedeli interpreti di preesistenti orientamenti sociali accertabili con chiarezza, strumentalizzano e manipolano le stesse risorse penali nei circuiti della comunicazione politico-mediatica finalizzata al consenso.

Perché dovrebbe allora rimanere preferibile – nonostante tutto – una deliberazione di tipo democratico-parlamentare rispetto a una procedura di co-decisione europea di norme penali? A ben guardare, il vero problema concerne, ancor prima che l'individuazione dell'organo o degli organi politico-istituzionali idealmente più adatti a deliberare, la qualità (della cultura politica e) della cultura penale in atto prevalente nel ceto politico e, a un tempo, nelle opinioni pubbliche dei paesi europei. È il modo con cui le società contemporanee si pongono rispetto alla questione penale il nodo cruciale da affrontare criticamente, e prioritariamente, quale preconditione di una rinnovata e più matura cultura politica della penalità (sia consentito rinviare, in proposito, al mio scritto *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in corso di pubblicazione).

5. *Riserva di legge ed espansione del potere giudiziario*

Assumendo consapevolmente il rischio di una estremizzazione eccessiva, ho di recente scritto che può apparire plausibile persino rispetto al settore penale affermare che oggi viviamo nell' *età della giurisdizione* o – detto altrimenti – nell' *epoca del giudice*. E il prenderne atto non è soltanto un dato imposto dalla constatazione della crescente, e difficilmente contenibile, espansione del potere giudiziario e del diritto penale giurisprudenziale nel mondo contemporaneo.

Dal mio personale punto di vista, è non meno importante registrare come oggi cominci finalmente, tra gli stessi penalisti, a far breccia (ancorché tra persistenti resistenze, dovute in parte a ritardo culturale, in parte a comprensibili preoccupazioni garantiste) la *scoperta* – divenuta, nel frattempo, una verità quasi banale fuori dal recinto penalistico – che il giudice in qualche modo e misura *crea* (ancorché rimanga impreciso il significato di questo ‘creare’), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali: e come a tale scoperta inizi ad accompagnarsi, ad un tempo, la presa di consapevolezza o (almeno) il dubbio che non possa accadere altrimenti. Nel senso di cominciare a riconoscere che l’interprete/applicatore finisce con l’essere ‘creativo’ non per voluta infedeltà al suo ruolo, non perché animato da una perversa intenzione di manipolare o eludere la legge scritta: ma perché – come dimostrano le teorie contemporanee dell’interpretazione giuridica, le quali, se hanno un fondamento, non possono certamente perderlo non appena osino avvicinarsi al recinto spinato della materia penalistica! – la visione (cara soprattutto al penalista tradizionale) dell’interprete fedele e passivo servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto non è altro che pura ideologia; e il vecchio formalismo interpretativo (che sosteneva che ogni disposizione normativa presenta un solo significato corretto che spetterebbe all’interprete cogliere) ormai “è una sorta di cane morto” della teoria dell’interpretazione, e appunto mantiene tutt’al più una valenza ideologica priva di rilievo conoscitivo [BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Annuario 2004* dell’Ass. it. dei costituzionalisti, Padova, 2008, p. 20 e nota 25].

Ma vi è di più. Al di là del piano speculativo, e cioè dei possibili riflessi delle più aggiornate teorie dell’interpretazione sulla teoria dell’interpretazione penale [cfr., nella letteratura penalistica più recente, DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006], è la stessa conoscenza non preconcepita della prassi giudiziale – quale emerge dagli studi critico-ricostruttivi che da qualche tempo, e con interesse crescente, come studiosi dedichiamo ai materiali giurisprudenziali – che ci rende ben edotti di quello che i giudici effettivamente fanno nell’applicare le norme generali ai casi concreti (a prescindere dal fatto che essi ne abbiano o non ne abbiano piena consapevolezza, e anche a prescindere dal fatto che esplicitino o non esplicitino di averla!). Sono sufficienti alcune esemplificazioni emblematiche che parlano, per dir così, con la forza delle cose. Se fosse plausibile rivendicare il principio della legalità legislativa in quella accezione forte (mitologica) enfatizzata da non pochi penalisti, si dovrebbero coerentemente bollare come manifestazione di abusivo diritto penale giurisprudenziale ad esempio tutti i meritori tentativi

giudiziali di riempimento ermeneutico, concretizzazione e implementazione applicativa di categorie e istituti quali la causalità, la colpa nelle sue diverse forme tipologiche, il dolo eventuale, il concorso esterno nel reato associativo, ovvero di principi fondamentali come quelli di offensività e di colpevolezza. In tutti questi casi, infatti, il vero artefice dei principi e delle regole, nel determinare i presupposti dell'illecito punibile e i limiti della responsabilità, è il l'interprete/applicatore: mentre le disposizioni legislative che vengono in gioco – a volerlo riconoscere senza ipocrisia – sono simili a generiche e flessibili 'linee-guida', che non possono fare a meno di una ampia e decisiva attività di specificazione e concretizzazione giudiziale. Né si obietti, con distinzione formalistica, che le esemplificazioni di cui sopra pongono problemi di determinatezza o tassatività, piuttosto che di riserva di legge. La sostanza della questione non muta, tanto più se a rimanere sul tappeto è anche l'esigenza di stabilire se vi sia e chi sia il signore delle norme penali, unitamente alla preconcepita preoccupazione di escludere che i giudici possano in ogni caso contribuire a produrre diritto.

In realtà sarebbe irrealistico, illusorio continuare a confidare che, per contenere l'ampio spazio della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali e, quindi, il potere creativo dei giudici, il rimedio risolutore consista in una più precisa tipizzazione legislativa dei fatti punibili. Si tratta di una ricetta vecchia, nella cui efficacia miracolistica si potrebbe seguitare a credere soltanto rimanendo ingenuamente affezionati a mitologie del passato. Anche la legislazione più scrupolosa, sotto il profilo di una descrizione puntuale e accurata dei presupposti della responsabilità penale, mai potrebbe avere l'effetto di annullare l'autonomia e l'inevitabile 'creatività' della funzione interpretativo/applicativa. Pur immaginando che un giorno o l'altro un qualche legislatore riesca ad esempio a riscrivere la disciplina generale del reato colposo, regalandoci un nuovo art. 43 meno generico dell'attuale, saranno sempre gli interpreti a dirci come la colpa penale diversamente si atteggi e moduli in rapporto alle esigenze dei vari contesti di riferimento, per cui anche in futuro la colpa medica non sarebbe mai la copia perfetta della colpa sportiva e la colpa del datore di lavoro non sarebbe mai la stessa cosa della colpa stradale, ecc.

D'altra parte, una caratteristica culturalmente rilevante del tempo presente consiste proprio nel fatto che la più evoluta giurisprudenza penale contemporanea mostri una crescente consapevolezza del proprio ruolo di co-produttrice del diritto [ben lo riconosce, assai di recente, DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 92 ss.], e ciò in modi diversi e concorrenti. In estrema sintesi: nel far propria la distinzione tra "disposizione" e "norma" (nella previa consapevolezza, dunque,

che è l'interprete a ricavare la norma attribuendo significato alla disposizione scritta mediante il lavoro interpretativo); nello scegliere tra più interpretazioni possibili sulla base di valutazioni teleologiche, di opzioni politico-criminali, di considerazioni orientate alle conseguenze o comunque di giudizi di valore, peraltro sempre più spesso esplicitati in sede motivazionale; nel valorizzare la mediazione ermeneutica tra norma generale e caso concreto; nell'elaborare casi tipologici per (tentare di) tassativizzare per via giudiziale istituti che a livello di previsione legislativa rimangono assai indeterminati [si consideri, ad esempio, la meritoria costruzione ad opera della giurisprudenza di legittimità dei due casi tipologici del "patto di scambio politico-mafioso" e dell' "aggiustamento di processi" per precisare, nei due diversi contesti, i presupposti della punibilità del concorso esterno nell'associazione mafiosa: cfr., più in dettaglio, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1734 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008].

Il discorso diventa sotto alcuni aspetti più complesso se si passa a considerare l'interpretazione costituzionalmente orientata in diritto penale, nel cui ambito il livello di autonomia o discostamento dal tenore letterale della legge ordinaria può risultare ancora maggiore. Si pensi, per limitarci ad esempi macroscopici, ai problemi di implementazione applicativa di principi (frutto, a loro volta, di elaborazione teorica a partire da disposizioni costituzionali in proposito non esplicite o non del tutto esplicite) quali quelli di lesività e colpevolezza; o si pensi anche ai procedimenti di riconversione interpretativa di vecchi beni giuridici ereditati dal passato e divenuti, successivamente, non più compatibili con l'impianto assiologico della Costituzione repubblicana. Ora, tutta quest'opera di lettura o rilettura costituzionalmente orientata di testi normativi vecchi o nuovi, bisognosi di correttivi ortopedici per renderli legittimi a cospetto della Costituzione, si avvale di tecniche e stili argomentativi (argomentazioni per principi dallo spettro generale e indeterminato, giudizi di valore, bilanciamenti tra valori o principi ecc.) che non potrebbero essere più lontani da quella scienza o dogmatica di stampo strettamente concettualistico-legalistico che appariva, fino ad alcuni anni addietro, la più congeniale a un principio di riserva di legge concepito alla vecchia maniera giuspositivistica (altro discorso è se, e in che misura questo tipo di dogmatica, additato in astratto come modello da seguire, abbia poi di fatto ricevuto reale riscontro nelle concrete operazioni interpretativo-ricostruttive del diritto vigente, essendo una verità scontata che la stessa dottrina penalistica di orientamento pre-costituzionale ha sempre lavorato effettuando anche valutazioni a carattere sostanziale, sia pure non esplicitate e dissimulate

sotto la veste di argomentazioni logico-formali).

Ma il ruolo dei giudici e il costituzionalismo giurisdizionale, come sappiamo, è andato vieppiù espandendosi anche a livello internazionale e sovranazionale, e questo fenomeno espansivo si manifesta ancora una volta a scapito del momento politico-legislativo. Ciò è particolarmente evidente nel processo di costruzione europea: senza il lavoro delle Corti non avremmo avuto un diritto europeo, e ciò vale anche per il settore penale. Anzi, è proprio dal versante sovranazionale che sono di recente scaturite le sollecitazioni più forti a prendere esplicitamente atto dell'apporto del formante giurisprudenziale alla produzione del diritto, sino al punto di giungere a riconoscere alla giurisprudenza il ruolo di fonte normativa accanto al diritto legislativo. Emblematica, da questo punto di vista, l'ormai nota sentenza a sezioni unite Beschi del 21 gennaio-13 maggio 2010: dove, a proposito di un caso di riproposizione di una richiesta di indulto a seguito di un intervenuto mutamento giurisprudenziale e con riferimento all'art. 7 Cedu, si riconosce alla giurisprudenza di Strasburgo il ruolo di fonte concorrenziale, rispetto al potere legislativo, nel determinare significato e portata del principio europeo di legalità [sul punto cfr., più diffusamente, DONINI, *op. cit.*, 97 ss.].

Il discorso meriterebbe svolgimenti ben più ampi di quanto è consentito in questa sede. Certo, che la stessa Cassazione potesse spingersi sino al punto di riconoscere apertamente al formante giurisprudenziale il ruolo di fonte del diritto, fino a poco tempo addietro non era pensabile. Ma, a ben vedere, quel che una simile evoluzione induce a rimettere sul tappeto, sollecitando rivisitazioni e ripensamenti, è lo stesso concetto di 'fonte' del diritto. Con ogni probabilità, vede giusto chi di recente pone in evidenza, guardando da un versante teorico-generale, il complesso intreccio esistente tra 'fonte' e 'interpretazione', pervenendo a questa conclusione a prima vista sconcertante: lungi dal trovare le fonti come dati preesistenti alla loro attività interpretativa, sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinarne di volta in volta il grado di precettività [PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI-2011, 19 ss., 53].

Ciò ripropone, e a un tempo drammatizza il problema dei limiti, dei vincoli alla discrezionalità ermeneutica dell'interprete e, in particolare, del giudice. Quali difese, quali antidoti garantistici opporre di fronte al rischio di una discrezionalità giudiziale esercitata con troppa disinvoltura? È possibile confidare nella fissazione di nuovi limiti, di nuovi vincoli nascenti da una più chiara definizione di funzioni, di competenze e di rapporti di coordinamento tra le varie Corti oggi operanti a livello sia nazionale che sovranazionale, in modo tale che il 'dialogo' costruttivo e virtuoso alla fine prevalga rispetto a forme di

concorrenza conflittuale se non proprio anarchica ovvero rispetto a spiacevoli tentazioni di “colonialismo giurisdizionale”? [Cfr., più diffusamente, CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. cartabia, Bologna, 2007, 57 ss.].

Ci troviamo in realtà all'interno di un orizzonte complessivo ancora troppo incerto e mutevole, e condizionato da troppi fattori eterogenei incidenti sulle complesse dinamiche tra politica e diritto, per potere pronosticare quali saranno gli sbocchi finali nell'alternativa possibile tra una prospettiva 'irenica' o armonizzante e una prospettiva invece di tipo conflittuale o confusivo.

6. *Quale certezza del diritto, oggi?*

A dispetto delle ragioni di incertezza desumibili dal pur approssimativo quadro fin qui tracciato, un punto sembra nondimeno plausibile, ed è questo: a livello sia nazionale che sovranazionale, il diritto penale (e, prima ancora, il diritto più in generale) non potrà neppure nell'immediato futuro fare a meno della complessa interazione tra la legittimazione politico-democratica, la elaborazione dottrinale e la concretizzazione giurisprudenziale: all'interno di un circuito collettivo di produzione normativa, caratterizzato da spazi di diversa 'creatività' connaturati alle differenti funzioni del deliberare, del sistematizzare e dell'applicare norme generali ai casi concreti. In effetti la nostra è un'epoca storica, in cui il diritto torna ad assumere con particolare evidenza le sembianze di un'ardua impresa collettiva, alla cui realizzazione ciascuno dei poteri istituzionali (e dei saperi) coinvolti prende parte attiva secondo dinamiche ora cooperative, ora conflittuali. Il pluralismo culturale e assiologico, d'altra parte, oggi attraversa tutti i diversi ambiti, da quello politico a quello scientifico-dottrinale a quello giurisprudenziale. È pertanto fisiologico che pluralità e conflittualità di punti di vista si registrino, oltre che a livello governativo e politico-parlamentare, tra gli stessi studiosi e giudici.

In un quadro così complesso e articolato, inevitabilmente dinamico e instabile, a risentirne – e non potrebbe essere altrimenti – è quel fondamentale aspetto della legalità che va tradizionalmente sotto il nome di 'certezza' giuridica o certezza del diritto. Come sappiamo, è questo – non a caso – il profilo sinora privilegiato sia dalla Corte di giustizia del Lussemburgo, sia dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Secondo un orientamento pragmatico di mediazione tra i rispettivi ordinamenti di *civil law* e di *common law*, entrambe le Corti tendono a privilegiare una concezione della legalità penale che pone soprattutto

l'accento sulla accessibilità e conoscibilità delle norme e che, dunque, enfatizza l'esigenza che il cittadino sia messo anticipatamente in condizione di percepire il discrimine tra lecito e illecito (mentre non si considera necessario che la fonte della norma penale sia una legge in senso stretto, quale atto normativo tipico di una assemblea parlamentare).

Ma una certezza giuridica così concepita fino a che punto regge a un vaglio critico che tenga conto della molteplicità e della complessità delle dinamiche che stanno oggi alla base, per un verso, dei processi di costituzionalizzazione, europeizzazione e internazionalizzazione degli ordinamenti giuridici e, per altro verso, dell'applicazione delle norme nei casi concreti? Come è stato rilevato da Juergen Habermas, il concetto di certezza andrebbe ormai problematizzato: un ordinamento giuridico non più costituito da sole regole, ma sempre più arricchito di principi enucleati in laboratori giudiziari multilivello non può, infatti, assicurare alle decisioni giudiziarie lo stesso grado di prevedibilità reso possibile dai sistemi legali di matrice ottocentesca [HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, 1996, 262]. Se ciò è vero, ne deriverebbe che la certezza giuridica, ormai irrealizzabile come certezza della legge o della norma in senso giuspositivistico, sposta le sue aspettative al livello dei principi e della loro concretizzazione applicativa; ma assumendo a punto di riferimento, più che la conoscibilità delle singole norme o delle singole decisioni in sé considerate, la chiarezza e stabilità dei fondamenti assiologici e dell'insieme dei principi sottesi al diritto vivente.

Questa prospettiva può valere anche per il diritto penale, cioè il settore giuridico per sua natura più legato al concetto tradizionale di certezza? Il discorso meriterebbe, forse, ulteriori sviluppi e approfondimenti. Ma, sin da ora, di una cosa si può essere abbastanza sicuri: e cioè che la certezza del diritto penale, ammesso che sia realistico continuare ad auspicarla, appare oggi come una variabile dipendente da un gioco sempre più complesso di interazioni tra poteri e saperi collocati, a loro volta, a più livelli. Ci troviamo ormai, dunque, in un orizzonte di riferimento in cui il potenziale beneficiario della certezza non potrà a maggior ragione mai essere quel generico cittadino comune, in grado di conoscere un numero ridotto di leggi penali semplici e chiare, vagheggiato con ideologica ingenuità dai filosofi dell'età dei lumi.

ALBERTO GARGANI

VERSO UNA 'DEMOCRAZIA GIUDIZIARIA'?
I POTERI NORMATIVI DEL GIUDICE
TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indebolimento del principio democratico-rappresentativo nel nuovo pluralismo istituzionale. – 3. Riserva di legge e potere normativo del giudice. – 4. Dalla sussunzione del fatto alla selezione della fonte. – 5. Il giudice interno nell'ordinamento multilivello. – 6. Diritto penale giurisprudenziale e 'soggezione alla legge'. – 7. *Hic sunt leones*: la legalità processuale e penitenziaria. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nell'affrontare i profili dell'attuale crisi della riserva di legge si dovrebbe tenere conto della perenne *relatività* che ha caratterizzato il predetto principio sul piano fenomenologico, evitando, altresì, di considerare il diritto penale una sorta di 'monade' isolata, avulsa dai processi di trasformazione della legalità che attraversano il sistema giuridico nel suo complesso. Avuto riguardo al primo aspetto, non appare, in effetti, proficuo indulgere in nostalgiche mitizzazioni, rievocative di una presunta 'Arcadia' o 'age d'or' della legalità penale, idealizzando quello che appare, invero, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità. Dal secondo punto di vista, "l'idea che il diritto penale possa essere impermeabile e immune rispetto ai fenomeni di grave crisi istituzionale della legalità, senza condividere le sorti dell'intera realtà ordinamentale, rimanendo fedele ai propri principi, non può essere realisticamente coltivata"¹. Se è indubbio che la legalità in ambito penale assuma uno statuto assiologico *sui generis* e una spiccata specificità garantistica, in termini di esclusività monopolistica della legge, uno sguardo retrospettivo consente di cogliere agevolmente i nessi di dipendenza della legalità penale rispetto ai mutamenti strutturali del sistema giuridico e agli sviluppi storici degli attributi dello Stato di diritto. In questo senso, quale categoria storica del diritto penale, il principio

¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, 2007, 1281.

di stretta legalità – oltre che delle cangianti dinamiche socio-economiche – risente inevitabilmente delle criticità politico-istituzionali e dei modelli di diritto che si intrecciano a livello di ordinamento nazionale, europeo, e internazionale.

Globalizzazione giuridica, condizionamento del diritto europeo, influenza dei mercati, sono solo alcuni dei fattori alla base della “fuga dallo Stato” e della crisi del monopolio statale di produzione normativa che caratterizza l’evoluzione del diritto contemporaneo. Due sono i paradigmi della modernità, tra loro interconnessi, dai quali il diritto sembra prendere congedo: il modello hobbesiano che coniuga la *ratio essendi* del diritto al principio di *sovranità* (e in base al quale solo chi emana la *lex* può disporre l’abrogazione), da un lato, e il paradigma weberiano, che associa a *rationes* economiche le istanze di semplificazione dei regimi giuridici, di prevedibilità del diritto e di calcolabilità dell’azione politica, dall’altro².

Con il declino dello Stato liberale monoclasse, l’avvento delle costituzioni democratiche e la conseguente introduzione del sindacato di legittimità costituzionale, viene meno la tradizione legicentrica. Ad essere messa in discussione è la razionalità intrinseca alla legge, che non è più data in quest’ultima, ma deve essere scoperta, sindacata, valutata, corretta, attraverso la giurisprudenza costituzionale, chiamata a costruire un nuovo diritto che non ha matrice politica³. Lo Stato di diritto assume funzionalità e contenuti giurisdizionali, che limitano il principio politico: oggi nuovi poteri, ulteriori produttori di norme, sovranazionali e subnazionali, al di sopra e accanto allo Stato, ne espropriano progressivamente il potere legislativo, dando luogo alla dimensione *plurale* degli ordinamenti giuridici; dal canto suo, il processo di armonizzazione europea accentua l’arretramento della sovranità, mettendo in discussione l’adeguatezza strutturale delle istituzioni statuali tradizionali a fronteggiare le esigenze sociali e le emergenze economiche transnazionali.

Passando al secondo aspetto, all’idea del diritto calcolabile quale macchina legislativa dotata di forma razionale, posta all’apice dell’assetto gerarchico dell’ordinamento, in funzione ordinante e coordinante, è subentrata la presa d’atto del particolarismo giuridico, della coesistenza di più fonti, che proliferano intrecciandosi. La parabola discendente del diritto legislativo di formazione politica si riflette nella perdita – da parte dei sistemi nazionali delle fonti – del tradizionale ordine gerarchico, nella stratificazione di regole e nella sovrappo-

² V. M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009, 55 ss.

³ V. M. FIORAVANTI, *op. loc. ult. cit.*

sizione di istituzioni, sovente rispondenti a modelli di difficile adattamento⁴. Il nuovo annodarsi di particolarismo e di universalismo, il rinato pluralismo degli ordinamenti giuridici, sono stati accostati ad alcuni aspetti del “Medioevo del diritto”⁵: la conseguente flessione della certezza preventiva tipica della legge richiede, infatti, una più ampia e intensa funzione creativa degli organi di garanzia e degli operatori giuridici, chiamati a stabilire raccordi, a risolvere contraddizioni, a dare coerenza, a cercare principi primi e regole generali⁶. In un simile contesto, il giudice non si limita più, in effetti, ad applicare il diritto, ma è chiamato a decidere quale diritto applicare, contribuendo alla costruzione della *regula iuris*. Nel nuovo ordine giuridico – osserva S. Cassese – si apre la strada alla scelta del diritto da parte di chi vi è soggetto e la stessa soggezione al diritto assume un significato diverso⁷. Creatività ed elasticità del sistema sono il riflesso del declino irreversibile dell’idea di autosufficienza e di onnipotenza decisionale della legge: da massima espressione della sovranità parlamentare, quest’ultima tende a trasformarsi nell’espressione di una mera discrezionalità, da valutare sotto il profilo della ragionevolezza⁸. Di fronte all’impossibilità di distinguere tra *diritto* e *legge* e al pluralismo delle fonti di produzione del diritto, il legislatore – come scrive G. Zagrebelsky – deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come “parti” del diritto, non come “tutto il diritto”, e i giudici divengono garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia, in quanto “il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti”⁹.

Nella sua tradizionale identità ‘autarchica’ e nazionale, il diritto penale è quello che risente in modo maggiormente critico della globalizzazione giuridica e della europeizzazione degli ordinamenti¹⁰. Il crescente trasferimento di deci-

⁴ V. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in AA.VV., *Fine del diritto?*, cit., 32.

⁵ V. M. DONINI, *Un nuovo medio evo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, a cura di L. Foffani, Milano, 2006, 78.

⁶ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 34.

⁷ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 30.

⁸ A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 887.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213.

¹⁰ Cfr. F. SGUBBI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. FONDAROLI, Padova, 2008, 3 ss.; sui rapporti tra riserva di legge e diritto europeo, v. i recenti studi di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010 e A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell’Unione Europea e Costituzione*, Napoli, 2011.

sioni verso l'alto e verso il basso restringe la sfera di sovranità statale: da questo punto di vista, la crisi della forma legislativa della produzione di norme investe il diritto penale quale bene protetto nelle sue coordinate nazionali e impermeabile a influenze o incursioni dall'esterno¹¹. All'indebolimento del nazionalismo penale a seguito delle pressioni delle fonti internazionali ed europee si aggiunge l'accentuarsi del fenomeno di etero-integrazione della fattispecie incriminatrice ad opera di fonti sub-legislative, che da sempre pregiudica l'assolutezza della riserva¹².

Al fine di evidenziare meglio lo scenario innovativo che fa da sfondo alla destrutturazione della legalità penale è opportuno impostare l'indagine alla luce del duplice profilo di garanzia che il canone della riserva di legge è chiamato tradizionalmente a presidiare: la *democraticità*, in termini di monopolio del legislatore sulle scelte di criminalizzazione, da un lato, e il significato di limite all'arbitrio del legislatore e del giudice, in funzione di tutela della *libertà*, dall'altro.

2. *L'indebolimento del principio democratico-rappresentativo nel nuovo pluralismo istituzionale*

Se il passaggio dalla dimensione di *omogeneità* dello Stato liberale monoclasse alla dimensione di *conflittualità* propria dello Stato democratico ha posto le premesse per il graduale sovvertimento della teoria classica della rappresentanza¹³, oggi l'effettività del canone della riserva di legge è messa a dura prova dall'inarrestabile decadenza politico-istituzionale del principio democratico-rappresentativo e dal mutamento del sistema delle fonti, sotto il profilo della netta recessione del diritto legislativo di formazione politica¹⁴. Sul piano della distribuzione del potere politico, uno sguardo alla più recente produzione legislativa consente, in effetti, di verificare agevolmente come le poche leggi approvate dal Parlamento siano quasi tutte legate – direttamente o indirettamente – a provvedimenti di fonte governativa. Il legislatore parlamentare opera *per relationem* rispetto all'attività normativa del Governo oppure ratifica scelte

¹¹ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività: vecchi e nuove prospettive del diritto penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di M. DONINI e G. INSOLERA, Bologna, 2005, 115 ss.

¹² V. M. DONINI, *Un nuovo medio evo penale?*, cit., 71 ss.

¹³ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., 862 ss.

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti, v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, cit., 1247 ss.

adottate in ambito europeo. Nel primo caso, l'istituzione parlamentare, quale sede principale della rappresentanza politica, deve subire il ruolo egemonico del Governo, in conseguenza dello spostamento del baricentro normativo del sistema all'apparato amministrativo, dovuta alla preponderanza delle esigenze tecnocratiche e alla tendenza della razionalità giuridica a ridursi a mera razionalità tecnica¹⁵.

La ricerca di forme di disciplina e di tutela in grado di fronteggiare in modo rapido ed efficiente la complessità tecnica dei problemi e delle crisi favoriscono il moltiplicarsi delle sedi decisionali, l'emersione di nuovi strumenti di rappresentanza, sensibili alle istanze socio-economiche, ma al contempo avulsi dal circuito politico. Oltre alla ben nota difficoltà di rapporti tra principio democratico e canone maggioritario, merita un cenno il fenomeno del consolidamento di *poteri senza responsabilità* e dell'affermarsi di nuovi vettori della volontà sociale, che contribuiscono alla destabilizzazione del circuito democratico. La rappresentanza si manifesta, infatti, non solo attraverso i partiti ma "in più sedi e in più stadi attraverso i gruppi di interesse, le associazioni professionali, i movimenti collettivi, i mass media"¹⁶. Al di là della crisi del sistema partitico, sempre più frammentato e sradicato dal territorio, ciò che preme sottolineare, sotto il profilo dei processi decisionali, è che il sistema politico interno non riflette più la configurazione formale del potere delineata dalla Carta fondamentale. Assumono, infatti, crescente rilievo nuovi poteri e attori sociali, che si formano al di fuori delle strutture formali dello Stato e che influenzano in modo determinante le scelte e le strategie politiche, con il vantaggio di una sostanziale irresponsabilità. Il fenomeno dei poteri "invisibili" e senza doveri, che interferiscono sulle decisioni pubbliche si iscrive nel quadro della imponente dislocazione del potere politico-amministrativo che, dalle sedi istituzionali proprie, è 'transitato' in sedi private, rappresentate da *lobbies*, gruppi di pressione, potentati, ecc.¹⁷ Gli apparati di potere visibili, istituzionali si riducono sempre più spesso a camere passive di registrazione della volontà formatasi in sedi extra-istituzionali, che sfuggono a qualunque forma di controllo che consenta di verificarne l'esistenza, i modi e le finalità dell'azione: un fenomeno intrinsecamente ostile alla democrazia che, anziché essere ignorato dal legislatore, dovrebbe essere riconosciuto e legalizzato come negli Stati Uniti (*Lobbying disclosure act*), al fine di ricondurlo

¹⁵ V. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005,

¹⁶ G. PASQUINO, *Corso di scienza politica*, Bologna, 1997, 153.

¹⁷ V. T. PADOVANI, *Tangentopoli o la 'soave inquisizione'*, in AA.VV., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca politica*, Ancona, 1996, 36 ss.; 43 ss.

entro limiti e regole predefiniti e assicurare un minimo di trasparenza. Ebbene, la crescente influenza dei gruppi di pressione sulle decisioni pubbliche è il sintomo della crisi di partecipazione politica, tipica di un contesto, come quello attuale, incisivamente ricondotto alla c.d. *post-democrazia*. Deideologizzazione, pratiche neocorporative, forme di interazione privata tra governo e potentati economici, sono tra le cause della decadenza della democrazia deliberativa e del processo di *privatizzazione* della politica, le cui radici affondano proprio nella *governance* europea, ove l'impatto dei gruppi di pressione assume caratteri evidenti, con funzionalità multi-livello ormai profondamente radicate nell'arena decisionale. Oligarchie che promuovono interessi settoriali fanno da tempo parte della nostra 'normalità' istituzionale, nel quadro di quello che appare un pluralismo trasfigurato e anomico, negazione intrinseca della trasparenza e dell'uguaglianza e contraddizione del principio secondo cui l'elettore deve poter sapere come si sono comportati i propri eletti, al fine di deciderne la permanenza o meno al potere. Da questo punto di vista, il principio della riserva di legge risente della ineffettività del modello procedurale di democrazia, della dissociazione tra titolarità formale del potere politico e reali centri decisionali, posti al di fuori del controllo pubblico.

Il prodotto 'istituzionale' del distacco dal circuito politico-rappresentativo in funzione di istanze di efficienza e di tecnicismo, è rappresentato dal moltiplicarsi di autorità indipendenti, 'legislatori' tecnici esenti da responsabilità politico-elettorale, la cui legittimazione poggia su competenza, autorevolezza e neutralità e i cui penetranti poteri normativi si esprimono in varia guisa¹⁸, godendo di una forza di fatto che sfugge al primato della legge e che trova nel predominio del principio tecnocratico sul principio democratico la sua prima *ratio*.

Le istituzioni politiche non sono più in grado di garantire la democraticità che dovrebbe giustificare e fondare la riserva di legge: il deficit di rappresentatività dell'assemblea parlamentare pregiudica la corrispondenza tra contenuto delle scelte politiche e volontà popolare espressa tramite i rappresentanti elettivi della collettività, intaccando il tradizionale carattere di razionalità discorsiva che tramanda la *lex parlamentaria*, quale risultato del confronto tra maggioranza ed opposizione¹⁹. Con il venir meno della presunzione di democraticità contenutistica – la riserva non è più in grado di assicurare la bontà intrinseca e la

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti, v. D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 5 ss.

¹⁹ V. G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Il Foro it.*, 2011, V, 3.

qualità della legge – sul piano delle garanzie residua il profilo formale procedurale, in termini di controllo democratico sul procedimento legislativo²⁰. A ben vedere, il ‘ripiegamento’ sul momento democratico-procedurale della riserva di legge è il sintomo di un più ampio e generale processo di destabilizzazione del diritto di produzione legislativa, che vede nell’influenza della normazione di fonte europea e nella correlativa restrizione degli spazi di libertà delle scelte politiche la forma di manifestazione più evidente. In ambito penale, il monopolio legislativo sulle scelte politico-criminali appare sempre più virtuale: l’attuazione sostanzialmente governativa degli input normativi europei, la crescente concretizzazione giurisprudenziale della *regula iuris*, la produzione normativa da parte di organi interni privi di legittimazione democratica, restringono progressivamente gli spazi di manovra e la discrezionalità dell’organo parlamentare in sede legislativa. Vincoli, limiti ed obblighi di tutela penale, affermati prima in via giurisprudenziale e poi formalizzati nei Trattati, fanno sì che “i meccanismi di influenza del diritto europeo sulla materia penale siano diventati col tempo particolarmente incisivi e penetranti, fino al punto da condizionare e da vincolare in varia guisa le scelte operate dai singoli ordinamenti nazionali”²¹. Se, per ora, le fonti europee non possono incidere *in malam partem*, a causa del noto deficit di legittimazione democratica e del mancato rispetto dovuto ai principi di garanzia di natura costituzionale, appare difficile arginare la latente e crescente espropriazione delle prerogative riconosciute alle assemblee parlamentari degli Stati membri. Uno sguardo ai fenomeni di integrazione a livello di fonti del diritto tra UE e Stati membri e, in particolare, all’incidenza delle direttive sulla normazione penale interna, in base agli artt. 83/1-2 del Trattato, consente di apprezzare la particolare pregnanza e forza vincolante dei poteri di direttiva. Come è stato rilevato in dottrina, la previsione della competenza europea a stabilire il ricorso a sanzioni di natura penale rischia, peraltro, di offuscare la differenza tra materie di rilevanza europea e la disciplina sanzionatoria ricollegabile alle fattispecie rientranti in tali materie: il fatto che determinati settori siano attribuiti alla competenza comunitaria non implica, infatti, che anche il modo di disciplina relativo alle condotte illecite debba considerarsi parimenti di competenza europea, rischiandosi altrimenti di inglobare in una prospettiva unitaria due profili meritevoli di essere considerati in una prospettiva separata²².

Il profilo della riserva di legge parlamentare mostra, inoltre, segni di ulteriore

²⁰ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1295.

²¹ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2. ed., Torino, 2011, 93.

²² V. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 98.

cedimento nella sfera della tutela europea dei diritti dell'uomo²³. Nella misura in cui si pretende – da parte della Corte EDU, formata da giudici di nomina governativa e quindi in sé priva di legittimazione democratica – di individuare vincoli positivi alla discrezionalità del legislatore in termini di selezione delle condotte e di determinazione delle sanzioni, vengono, infatti, introdotti obblighi sovranazionali di tutela penale che solo formalmente rispettano il vincolo di cui all'art. 25/2 Cost.²⁴. La constatazione che, in tal modo, il parlamento non è più l'unico arbitro delle scelte punitive, dovendo 'fare i conti' con il controllo e l'intervento positivo di organi giurisdizionali che fissano obblighi punitivi, non dovendo rispondere agli elettori²⁵, pone in primo piano il tema dei (contro-) limiti alle riduzioni di sovranità conseguenti dall'adesione degli Stati membri all'UE o alla CEDU e del deficit di legittimazione democratica delle fonti europee.

Nell'impossibilità di ripercorrere analiticamente i termini di quest'ultima questione²⁶, ci si limita a rilevare come l'irriducibilità dell'assetto condiviso dei poteri che caratterizza l'ordinamento europeo al tradizionale modello della divisione dei poteri abbia favorito, in dottrina, il formarsi di un pensiero *debole* in tema di legalità penale, incline a ritenere che il predetto deficit democratico non sia un ostacolo insormontabile per la configurabilità in capo all'UE di una potestà legislativa in materia penale²⁷. Nonostante il predominio dei poteri e delle istanze intergovernative, veri motori della produzione normativa europea, un approccio pragmatico-funzionalista, di carattere tendenzialmente descrittivo-riproduttivo del dato fattuale, tende a porre in secondo piano il problema del rispetto della componente democratico-partecipativa delle fonti comunitarie. Al fine di razionalizzare il divario viepiù profondo tra democrazia formale e democrazia reale e di esorcizzare il rischio di derive oligarchiche, si sottolinea il carattere pur sempre indiretto della competenza normativa europea in materia penale, assumendo il processo di trasformazione che la legalità penale subisce in ambito europeo come un dato inevitabile, di cui occorre farsi una ragione.

²³ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011, 2249 ss.

²⁴ V. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 2647 ss.

²⁵ V. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2696 ss.

²⁶ V., ad es., M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in questo *Annuario*, 2009, 267 ss.

²⁷ V., ad es., G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 152 ss.

Sotto l'effetto inebriante del "nuovo che avanza" il solo fatto di chiedersi se il sacrificio delle garanzie correlate alla componente democratico-rappresentativa sull'altare dell'art.11 Cost. possa legittimare gli innumerevoli effetti deformativi e performativi che il processo di integrazione europea comporta sullo statuto costituzionale della legalità penale, viene considerato come uno scrupolo 'vetero-illuminista'.

3. Riserva di legge e potere normativo del giudice

Il monopolio sulla normazione penale sembra ridursi alla formale ratifica un diritto penale di marca intergovernativa, come quello europeo, 'veicolato' in chiave egemonica dalla CGUE ed applicato da giudici nazionali, prescindendo dal controllo di legittimità della Corte costituzionale²⁸.

La crescente importanza del potere normativo giurisprudenziale è una delle prospettive dischiuse dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del parlamento. Le peculiari dinamiche del diritto europeo hanno impresso alla legalità una curvatura funzionale all'interventismo giudiziario, sul presupposto che sul giudice ricada l'onere di rimediare all'inerzia o all'inadeguatezza del legislatore. Ricorrente, infatti, è l'idea che il diritto penale costituzionale non possa essere più esclusivamente legale e che la legalità vada ricostruita *in primis* attraverso l'intervento della giurisprudenza, la cui mediazione occorrerebbe ormai accettare come un dato acquisito ed ineluttabile.

Alla luce della crescente importanza degli organi di giustizia e dell'incremento del potere interpretativo del giudice nella individuazione della *regula iuris*²⁹, la garanzia della legalità, sotto il profilo della democraticità e della libertà, ha spostato molto del suo peso dal momento genetico della legge a quello applicativo³⁰. Ai processi di trasformazione della sovranità e di revisione della tradizione legicentrica si tenta, infatti, di ovviare restringendo il principio della legalità al suo contenuto minimo, realisticamente giustiziabile, ovvero al corollario della tassatività o sufficiente determinatezza delle norme³¹. Le spiccate libertà e di-

²⁸ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 393 ss.

²⁹ V. M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2006, 49.

³⁰ Così F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1328.

³¹ V. G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., 418.

screzionalità di cui gode la giurisprudenza in sede interpretativa³² riflettono, dunque, la notevole estensione del diritto giudiziario in ambito normativo, che, come è stato osservato, costituisce un tratto tipico della mentalità giuridica americana³³. Emblematica della libera discrezionalità normativa di cui gode oggi il giudice interno è, ad es., la gestione giurisprudenziale del diritto intertemporale. Ad assumere rilievo sono le ipotesi di cd. abolizione giudiziale, ossia i casi in cui il giudice collega effetti abolitivi all'evoluzione delle discipline richiamate dall'incriminazione (cd. modifiche mediate) o che su di essa convergano (ampliamento diacronico di scriminanti, scusanti, etc.)³⁴. L'assenza di regole *ad hoc*, e la mancanza di un intervento diretto del legislatore, rendono il giudice l'autentico *dominus* del fenomeno: la predetta "delega in bianco" pone la necessità di individuare un criterio di valutazione atto a restituire un ragionevole tasso di stabilità e certezza ad un ambito attualmente posto sotto l'esclusivo e pressoché incontrollato dominio giurisprudenziale³⁵.

L'ampliamento del potere normativo giudiziale costituisce il riflesso di istanze metagiuridiche, *lato sensu* politico-culturali e di trasformazioni politico-istituzionali. Dal primo punto di vista, assumono rilievo la delegittimazione della politica, la valorizzazione di criteri di legalità sostanziale e la riscoperta del diritto naturale, favorita anche dall'implementazione del diritto internazionale penale, con una latente e silente integrazione del diritto positivo, a fronte di una realtà sociale percepita come bisognosa di un'interpretazione giudiziale immediata e diretta, che trascende l'interposizione di fonti formali³⁶. Il prezzo che si paga in termini di certezza e di prevedibilità sarebbe compensato dall'equilibrio della norma giudiziale e dalla sua maggiore aderenza al dato empirico. Liquidità, discorsività, dialogicità, apertura, divengono le parole d'ordine di un approccio metodologico etero-diretto rispetto al fulcro garantistico della legalità penale; la perdita di certezza a livello di legalità formale si apprezza nella progressiva svalutazione della tipicità e dei criteri logico-strutturali e nel contestuale *favor* manifestato nei confronti di parametri valutativi preterlegali, dotati di elasticità, con conseguente deficit di preventivabilità dei giudizi.

³² V. F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2000, I, 63 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1280.

³³ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività*, cit., 115 ss.

³⁴ V. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 287 ss.

³⁵ Cfr. V. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ V. F. GIUNTA, v. *Riserva di legge*, in AA.VV., *Diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, 40 ss.

Sul piano delle trasformazioni sistemiche, è necessario soffermarsi sull'evoluzione del ruolo del giudice, a seguito della progressiva modificazione del sistema delle fonti. E' noto che il sistema delle fonti tenda ad assumere carattere policentrico e reticolare, secondo un *continuum* di vasi comunicanti, in attesa di essere governati e coordinati. Un quadro articolato e complesso, sul quale esercita un'influenza determinante il diritto europeo, plasmando quello che viene abitualmente qualificato come ordinamento multilivello³⁷. Come è stato rilevato in dottrina, la vera novità del tempo presente è rappresentata dalla "nascita di una vera 'rete normativa' complessa, legislativa e giudiziaria, nazionale, comunitaria e internazionale", "un intreccio reticolare di fonti di produzione delle norme e un pluralismo orizzontale e verticale di quelle medesime fonti e dei rispettivi universi culturali"³⁸. All'assetto informale delle fonti giuridiche che fa da sfondo alla globalizzazione giuridica non si sottrae nemmeno il diritto penale: la creazione di regole alternative alla legge, l'intrecciarsi di fonti-diritto, fonti-fatto e fonti-istituzioni nella *law in action*, fanno sì che diritto non sia più solo norma, ma anche decisione e istituzione, a conferma del successo dell'istituzione giudiziaria nella globalizzazione³⁹. In un simile contesto, la crescente affermazione di un diritto penale giudiziario, la flessione della oggettività del significato delle norme e dell'automatismo normativo, imprime alla sfera giuridica una postura di tipo giudiziario⁴⁰, destinata a porsi in contrasto con il principio della riserva di legge e, in particolare, con la finalità di garanzia teleologicamente riferita al potere normativo giudiziale⁴¹.

4. Dalla sussunzione del fatto alla selezione della fonte

Per comprendere le linee di sviluppo dei poteri normativi del giudice è necessario, in primo luogo, sintetizzarne l'evoluzione. Procedendo per ordine e per inevitabili schematizzazioni, il modello precostituzionale, è caratterizzato – oltre che dal predominio del momento politico della formazione del diritto

³⁷ Cfr. M. DONINI, *Lo 'ius commune' di un sistema policentrico*, in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 141 ss.; sulla rivoluzione 'post moderna' del diritto penale, v. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss.

³⁸ M. DONINI, *Un nuovo medioevo*, cit., 77.

³⁹ V. M. DONINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività*, cit., 116.

⁴¹ V. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9 ed., Milano, 2008, 23.

– dall’idea del giudice, che – in virtù delle proprie capacità tecnico-giuridiche – applica meccanicamente norme legislative, intrinsecamente depositarie di razionalità e di giustizia.

Nel ciclo della produzione giuridica, che prende le mosse dalla fase politicamente qualificata delle scelte di valore e si sviluppa di seguito meccanicamente, “attraverso un ‘apparato di trasmissione’ che assume carattere servente e natura essenzialmente dichiarativa”, il potere giurisdizionale si configura come un potere pressoché “nullo” e “invisibile”⁴². Lo statuto organizzatorio si conforma a tale paradigma: la magistratura è un ramo della pubblica amministrazione, “con giudici-funzionari ed un’organizzazione interna di tipo gerarchico, per gradi”, “una carriera fatta attraverso concorsi, con i quali selezionare i soggetti tecnicamente più bravi, la presenza di scarse garanzie di autonomia e di indipendenza, sia sotto il profilo della indipendenza esterna che di quella interna”⁴³.

L’entrata in vigore della Costituzione, ossia di una fonte rigida, organizzata per principi, fa sì che, sul piano della formazione del diritto, diventi determinante l’operato dei giudici chiamati ad assicurarne il rispetto insieme alla Corte Costituzionale⁴⁴. L’attività interpretativa assume una maggiore pregnanza e complessità, con esiti creativi dischiusi dal declino dell’idea di certezza e dalla valorizzazione dell’obbiettivo di tutela: come osserva L. Paladin, con la Costituzione “svanisce l’idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo” e “subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema ‘in movimento’ soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell’ordinamento, ma dall’intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi”⁴⁵. Con l’ingresso del costituzionalismo, la soggezione alla legge non è, dunque, più soggezione assoluta ma soggezione condizionata alla verifica della sua legittimità, con l’apertura alla via della interpretazione adeguatrice della legge alla Costituzione e dell’applicazione diretta della Carta fondamentale⁴⁶. A risentirne gli effetti è la presunzione di intangibilità dei contenuti della legge,

⁴² T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 529.

⁴³ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁴⁴ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

⁴⁵ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110.

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 351.

correlata tradizionalmente alla sua onnipotenza⁴⁷. In ambito penale, simili sviluppi si risolvono nella regressione della dimensione meramente descrittiva della fattispecie incriminatrice, con l'apertura a profili assiologici che condizionano il giudizio di tipicità⁴⁸, sradicandolo dalla avalutatività in cui lo aveva ristretto la prospettiva giuspositivistica.

Lo stadio evolutivo successivo registra l'ulteriore potenziamento del ruolo ermeneutico del giudice interno. L'affermarsi del sistema delle fonti del diritto europeo, la prevalenza delle norme comunitarie, la necessità di un'interpretazione europeisticamente conforme, la legittimazione del giudice nazionale a disapplicare il diritto di produzione nazionale in contrasto con norme comunitarie⁴⁹, comportano, infatti, la notevole amplificazione dei poteri normativi dell'organo giudicante⁵⁰. Chiamato istituzionalmente ad implementare il diritto europeo vivente – secondo la connotazione dinamica sottesa all'idea del consolidamento pretorio del sistema giuridico sovranazionale – il giudice interno giunge alla decisione attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali, con la possibilità di addivenire ad un esito – quello della disapplicazione della legge dello Stato ritenuta in contrasto con una norma europea – che si pone radicalmente agli antipodi della visione del giudice quale mero applicatore della legge e alla cui stregua un simile risultato sarebbe apparso un vero e proprio attentato alla sovranità statale.

5. Il giudice interno nell'ordinamento multilivello

Nell'assetto pluralistico e complesso che caratterizza l'attuale sistema delle fonti si moltiplicano, dunque, i problemi legati ai rapporti tra ordinamenti giuridici⁵¹. Il crescente ruolo di arbitro di conflitti tra regimi giuridici, fa sì che il giudice interno concorra alla determinazione ed alla produzione del diritto⁵². Recenti indagini sottolineano la centralità del potere giudiziario nell'adempimento

⁴⁷ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1294.

⁴⁸ V. F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione* in *Giust. pen.*, 2011, 267 ss.

⁴⁹ *Amplius*, v. il fondamentale studio di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, 227 ss.; 259 ss.

⁵⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico*, cit., 345 ss.; 352.

⁵¹ Sul dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, v. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2010, 3 ss.

⁵² V. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 31.

mento degli obblighi sovranazionali e il ruolo di ‘giudice europeo’ ormai assunto dal giudice nazionale, alla luce dell’innovativa e peculiare posizione rivestita nel crocevia dei rapporti interordinamentali⁵³.

Prendendo le mosse dal diritto UE⁵⁴, è noto come la funzionalità del sistema giuridico europeo sia, in effetti, quasi interamente affidata al binomio giudice comune-Corte di giustizia. In quanto garante dell’immediata applicazione delle norme di diritto UE, il giudice ordinario nazionale diviene l’interlocutore privilegiato della CGUE⁵⁵. In un processo di integrazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo che assume natura principalmente giurisprudenziale, il giudice interno è, infatti, il primo giudice del diritto UE⁵⁶. In riferimento alle fonti di diritto europeo dotate di effetto diretto e che godono del primato sul diritto interno, si prevede un controllo di conformità delle leggi interne di carattere diffuso, di competenza del giudice ordinario, che, interloquendo direttamente con la CGUE, disapplica, se necessario, la norma interna in contrasto con la norma comunitaria, senza che sia necessario passare attraverso il vaglio di legittimità della C. Cost. o l’interposizione di ulteriori atti normativi interni. Avuto, invece, riguardo al diritto UE non dotato di effetto diretto, va dato atto della difficoltà di raccordo tra gli orientamenti della CGUE in merito al potere di disapplicazione e la correlativa posizione della C. cost. Se, da un lato, con una recente sentenza (n.28/2010), la C. Cost., ha dichiarato incostituzionale una norma di legge in contrasto con una direttiva UE non dotata di efficacia diretta, dall’altro, secondo la CGUE, il giudice interno potrebbe e dovrebbe disapplicare anche norme interne in contrasto con direttive non *self executing*, purchè espressive di principi generali⁵⁷. Come è stato osservato in dottrina, ai fini del riparto delle competenze tra UE e stati membri sembra, dunque, non assumere più rilievo il *nomen juris* dell’atto attraverso il quale si estrinseca il potere normativo europeo, rilevando solo il carattere sostanziale delle norme prodotte, la loro attitudine ad essere richiamate direttamente davanti ai giudici

⁵³ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 393 ss.

⁵⁴ Per ulteriori approfondimenti, *ex multis*, v. A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

⁵⁵ Cfr. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396.

⁵⁶ V. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ, O. MAZZA, *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, Speciali 2011, 16; sull’opera di incanalamento giurisprudenziale del diritto europeo nel nostro ordinamento, v. F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

⁵⁷ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 413.

nazionali⁵⁸. Il potere di disapplicazione della norma interna in contrasto con fonte europea priva di effetti diretti (e la conseguente al deroga al sindacato accentratore di legittimità costituzionale) si fonderebbe sull'art.11 Cost. e, cioè, sulla limitazione di sovranità derivanti dalla partecipazione Italia all'UE. In tal modo nello svolgimento delle proprie funzioni, il giudice interno è chiamato ad adempiere ad obblighi tra loro asimmetrici e in parte inconciliabili: egli è in effetti, tenuto, da un lato, al rispetto delle prerogative degli altri organi costituzionali, dall'altro, a garantire l'effetto utile del diritto UE, oltrepassando i confini della propria attività ermeneutica e, se necessario, una volta disapplicata la norma interna, ricavando da altre disposizioni nazionali un significato compatibile con gli obiettivi del diritto UE, con un'evidente usurpazione di competenze spettanti al legislatore⁵⁹.

Passando alle fonti sovranazionali prive di effetto diretto e di primazia (CEDU e generalità delle norme internazionali), è necessario fare riferimento alle sentt. C. cost. n. 348 e 349/2007 (cd. sentenze gemelle), secondo le quali l'eventuale contrasto tra norma interna e obbligo internazionale, non eliminabile dal giudice ordinario attraverso l'interpretazione adeguatrice, dovrà essere valutato dalla C. cost., con eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme interne contrastanti⁶⁰. In tal modo, la disciplina della CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU divengono parametro interposto di legittimità costituzionale, per il tramite dell'art.117 Cost.⁶¹: La portata dell'esclusione del potere di disapplicazione – da parte del giudice ordinario – della norma interna in contrasto con CEDU, deve, peraltro, essere riconsiderata e ridimensionata alla luce della cd. europeizzazione dei diritti dell'uomo e, cioè, dell'incorporazione nel diritto UE della Carta di Nizza sui diritti fondamentali (art. 6/1 Trattato di Lisbona). A prescindere dal valore assunto da tale testo normativo nel quadro delle fonti UE, ai fini della presente indagine preme sottolineare come la C. cost., con sent. 80/2011, abbia affermato l'innovativo principio secondo il quale il giudice ordinario può applicare direttamente la Carta sui diritti fondamentali, e disapplicare la norma interna contrastante – sia pur limitatamente alle materie di competenza dell'UE e previo eventuale coinvolgimento della CGUE – senza necessità di passare attraverso il controllo di legittimità accen-

⁵⁸ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 414.

⁵⁹ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 415.

⁶⁰ V. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 16 ss.

⁶¹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i 'nuovi' vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 2422

trato della C. cost.⁶². In tal modo, l'ambito del controllo di legittimità di carattere diffuso e del correlativo potere di disapplicazione, si estende ulteriormente, tenuto altresì conto dell'ineffettività del criterio di delimitazione rappresentato dalla materia di competenza europea, alla luce del rilievo essenziale assunto dal modo di disciplina in ambito penale. Come è stato osservato di recente, la disapplicazione diretta presuppone che le due norme in contrasto si pongano ad uno stesso grado di astrazione, il che avviene di rado: nella maggior parte dei casi occorre un'opera di concretizzazione contenutistica che richiede grandi margini di apprezzamento e che solo organi aventi consolidazione storica e competenza istituzionale come parlamento o Corte costituzionale possono percorrere legittimamente⁶³. Quella di rimettere al giudice ordinario la predetta opera di concretizzazione della norma convenzionale rappresenta una scelta di rilievo costituzionale, indotta dalle fonti europee, che solleva il problema della *legittimazione* del giudice in ordine a tale compito⁶⁴.

Nell'insieme, l'impatto del diritto UE (anche quale 'tramite' normativo della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU) sulla discrezionalità ermeneutica del giudice nazionale è tale da allargarne decisamente i margini di manovra. Attraverso interpretazione conforme e disapplicazione si allenta progressivamente il vincolo di soggezione alla legge interna e si conferiscono al giudice interno poteri ben più ampi di quelli ricavabili dalla Carta fondamentale⁶⁵, che esorbitano dalla tradizione giuridica dei sistemi di *civil law*. L'intermediazione interpretativa del giudice al fine di garantire l'effetto utile del diritto UE pone, in definitiva, la necessità di verificare quand'è che l'operato del giudice rimanga all'interno dell'ambito interpretativo-applicativo, senza sfociare in un'attività nomo-poietica⁶⁶. Nell'attribuzione a disposizioni nazionali di un significato comunitariamente compatibile con il diritto UE è, in effetti, un insito un potere creativo, difficilmente riducibile al piano delle mere interpretazioni evolutive. Come è stato osservato, l'interpretazione conforme – quale anello di congiunzione per eccellenza tra diritto UE e ordinamento interno – dà luogo all'applicazione di una disciplina di sintesi, in cui la disposizione applicata è nazionale, ma il suo contenuto è determinato alla luce del diritto UE⁶⁷. Una simile ibridazione normativa dà la misura dell'aumento davvero considerevole dei poteri decisori

⁶² Cfr. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 20.

⁶³ Così F. PALAZZO, *Europa e diritto penale*, cit., 660.

⁶⁴ V. F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 441.

⁶⁶ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 402.

⁶⁷ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 406.

di ogni singolo giudice dell'ordinamento interno⁶⁸ e della correlativa riduzione degli spazi di valutazione della C. Cost.⁶⁹, il cui ruolo funzionale – sia pur al livello più complesso di integrazione tra diritto UE e diritto interno – sembra essere oggetto di progressiva espropriazione da parte dalla CGUE.

Non vi è dubbio, peraltro, che sia proprio la legalità convenzionale in tema di diritti umani quella che comporta i fattori innovativi più dirompenti sul piano della tenuta della riserva di legge in rapporto al potere normativo giudiziario⁷⁰. Se il superamento dello schema sillogistico, l'approccio antiformalistico, la fusione di orizzonti tra *common law* e *civil law*, sono alcuni dei profili maggiormente innovativi che, secondo la dottrina, caratterizzano il diritto EDU, è senz'altro l'equiparazione funzionale tra *legge* e *giurisprudenza* quella che – da un punto di vista non solo culturale – è destinata a mettere in discussione i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge⁷¹. Nel valorizzare i contenuti basilari e storici della legalità – accessibilità e prevedibilità del comando legale in funzione dell'esigenza di certezza e delle istanze del principio di colpevolezza – il diritto EDU prescinde – è vero – dall'archetipo dell'esclusività monopolistica, ma estende al contempo al diritto giurisprudenziale le predette garanzie meta-storiche della legalità⁷². Il tradizionale riferimento dell'irretroattività all'operato del solo organo parlamentare, pone, infatti, la necessità di estendere la predetta garanzia anche alle ipotesi di mutamento interpretativo (cd *overruling*), alla luce del pregnante condizionamento esercitato dall'interpretazione europeisticamente conforme. In un sistema – come quello italiano – che non riconosce carattere vincolante al precedente e in cui ricorrono mutamenti d'indirizzo giurisprudenziale e applicazioni imprevedibili, l'esigenza della prevedibilità sociale è destinata, invece, almeno per ora, a rimanere largamente sottovalutata⁷³. Le ricadute interpretative che le istanze di tutela dei diritti umani sono in grado di produrre in capo al giudice ordinario non implicano solo l'impossibilità di un contemperamento tra obbligo di interpretazione conforme a CEDU e l'obbligo di rispettare i limiti imposti alla ermeneutica giudiziale dalla Costituzione (art.25/2)⁷⁴, bensì

⁶⁸ V. A. GIARDA, *Norme derivanti da fonte 'europea': applicabilità diretta o semplici referenti di rilevanza costituzionale?*, in *Il corriere del merito*, 2011, 778.

⁶⁹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2428.

⁷⁰ In tema di legalità convenzionale, v. A. ESPOSITO, *Il diritto penale 'flessibile'. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 301 ss.

⁷¹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2431 ss.; 2442 ss.

⁷² V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2443.

⁷³ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2644 ss.

⁷⁴ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2460.

rendono possibili forme di tutela multilivello e reticolare dall'indubbia portata normativa, che vedono nel giudice nazionale il protagonista positivo, il primo costruttore del diritto EDU.

6. Diritto penale giurisprudenziale e 'soggezione alla legge'

In quello che viene ormai definito *europèismo giudiziario*, il giudice codefinisce, dunque il contenuto del diritto⁷⁵. Il primato del diritto UE e EDU ha, infatti, trasformato l'attività ermeneutica e decisionale del giudice, dal quale non ci si limita più pretendere l'esplicitazione della volontà racchiusa nell'atto normativo. Lo stesso assetto costituzionale della magistratura presenta nuove criticità, sia per quel che concerne la dimensione organizzativo-istituzionale del potere giudiziario, sia per quel che concerne la conformazione costituzionale del rapporto tra autorità e libertà⁷⁶. Ad essere posto in discussione dal poterdovere del giudice comune di disapplicare la legge in contrasto con fonti europee, secondo un modello di controllo diffuso in deroga all'art. 134 c.p., è soprattutto il principio di soggezione alla legge. Come è noto, la legittimazione della deviazione dall'art. 101/2 Cost. viene ricercata in varie direzioni⁷⁷: dalla tesi della riconducibilità della non applicazione (sul presupposto del carattere 'patologico' della disapplicazione) al fisiologico percorso ermeneutico al richiamo alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. (salvo il limite dei principi supremi dell'ordinamento) passando attraverso l'impostazione che – prendendo spunto dal processo di integrazione europea e dalla configurazione pluralistica del sistema delle fonti – tende a comprendere nell'art.101 Cost. tutto il diritto oggettivo, compreso il diritto UE, che concorrerebbe in tal modo alla qualificazione del principio di legalità⁷⁸. Nella misura in cui incorpora i due livelli di legalità – interno ed europeo – che si intrecciano nella dinamica ermeneutico-applicativa, quest'ultima reinterpretazione della soggezione costituzionale del

⁷⁵ V. M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europèismo giudiziario*, in questo *Annuario*, 2010, 165 ss.; 171 ss. dello stesso autore, v. altresì, *L'europèismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim*.

⁷⁶ Cfr. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396; 402.

⁷⁷ Per una sintesi delle varie impostazioni, v. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396 ss.

⁷⁸ Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al 'diritto'. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 127.

giudice alla legge risulta funzionale alla legittimazione degli sviluppi fattuali. In posizione maggiormente critica si pongono gli orientamenti che, sulla base di una lettura unitaria dei due commi dell'art.101 Cost., circoscrivono la soggezione del giudice alla sola legge in senso formale, quale fonte espressiva della sovranità popolare, esercitata per il tramite di organi rappresentativi⁷⁹. Infine, chi non riduce l'art.101/2 Cost. a mera garanzia di indipendenza del giudice da interferenze esterne, ne valorizza il significato di limite all'autorità e di garanzia – a favore dei destinatari dell'azione giudiziaria – del rispetto della certezza del diritto⁸⁰.

Nei fatti, soggezione del giudice alla legge significa oggi *soggezione al diritto*: il venir meno della legalità parlamentare quale limite invalicabile della giurisdizione, il passaggio dall'effetto indiretto di produzione normativa tipica del modello precostituzionale alla scelta giudiziaria della fonte e alla co-formazione della *regula iuris*, pongono, di riflesso, la necessità di verificare la fonte di legittimazione dell'attività normativa del giudice. Come è stato rilevato, “le erosioni che registra oggi il principio di soggezione di cui all'art.101, comma 2, Cost. si ripercuotono inevitabilmente, anche se non sempre consapevolmente, sull'istanza di legittimazione del giudice professionale, favorendo forme di investitura politica della magistratura”⁸¹.

In quanto posta al di fuori di un rapporto di rappresentanza – diretta o indiretta – del corpo elettorale, l'attività di produzione del diritto da parte del giudice trova in effetti alcuni limiti, rappresentati dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate e dalla “processualità” dell'agire del giudice⁸², che impone al medesimo doveri di imparzialità, di tutela del contraddittorio, nonché la necessaria motivazione delle proprie decisioni⁸³. Si tratta, peraltro, di garanzie legate ad un modello di attività giudiziaria che non corrisponde più alla libertà e alla discrezionalità ermeneutica che caratterizza oggi il cd. *judicial law making*⁸⁴. Molteplici appaiono, infatti, i nodi problematici: il fondamento costituzionale dell'attività svolta dal giudice interno

⁷⁹ V., ad es., A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1982, 54 s.

⁸⁰ V. L. CHIEFFI, *La magistratura. Origini del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, 23.

⁸¹ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., 4.

⁸² V. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*, Milano, 1984, 126.

⁸³ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

⁸⁴ Sul costante ampliamento del potere del giudice, v. B. RÜTHERS, *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*, in questo *Annuario*, 2007, 121 ss.

nella veste di giudice europeo, il complesso rapporto tra soggezione alla legge ed interpretazione autoritaria del diritto UE da parte della CGUE, come tale veicolante e vincolante il giudice interno, il delicato rapporto tra libera sfera interpretativa del giudice interno e il primato del diritto UE⁸⁵.

Ai poteri penetranti ed estesi di cui dispone il giudice nel rinnovato assetto delle fonti normative, ai nuovi e complessi ruoli sistemici assunti in prospettiva dell'integrazione europea del diritto, corrisponde, inoltre, una struttura istituzionale ed organizzativa ancora legata al passato (forme di reclutamento, forme di responsabilità, valutazione attitudinale, ecc.). Da questo punto di vista, come osservato da G. Zagrebelsky, colpisce "la distanza che separa la straordinaria profondità e creatività della funzione giudiziaria odierna e l'organizzazione ad essa preposta, originariamente pensata per un corpo di pubblici dipendenti il cui carattere maggiormente apprezzato era l'apatia sociale e l'abitudine di nascondere le proprie decisioni dietro un burocratico '*ita lex*'"⁸⁶.

Se la professionalità, la formazione tecnica del giudice deve considerarsi una condizione della legittimazione 'democratica' dell'attività giurisdizionale⁸⁷, essa deve sussistere "a livello diffuso", dal momento che, a differenza di quanto avviene per i difensori o per altri professionisti, il cittadino non ha la possibilità di scegliersi il giudice competente ed ha quindi il diritto che lo stato lo assicuri della professionalità del giudice, quale che sia il magistrato che andrà a giudicarlo⁸⁸. In quanto essenzialmente basate sulla verifica di un'astratta preparazione tecnica⁸⁹, le forme odierne di controllo della professionalità non appaiono adeguate al ruolo riconosciuto al giudice dall'attuale, in considerazione delle profonde trasformazioni del diritto e della connessione necessaria tra ruolo assegnato al giudice dall'ordinamento e disciplina dell'organizzazione giudiziaria.

Nella prassi, la strenua difesa 'nazionalistica' di istituti e prerogative connaturati alla nostra tradizione giudiziaria (si pensi solo all'obbligatorietà dell'azione penale), si coniuga all'assunzione di poteri normativi assimilabili a quelli di cui dispongono i giudici di *common law* e ai quali però non corrispondono – e questo è emblematico dell'anomalia italiana – "il sistema di garanzie e di legitti-

⁸⁵ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 400.

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 206.

⁸⁷ V. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico*, cit., 345 ss.; A. PROTO PISANI, *Controriforma dell'ordinamento giudiziario: ultimo atto?*, in *Foro it.*, 2004, 109 ss.

⁸⁸ Così R. ROMBOLI, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e possibili riforme*, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, Milano, 2003, 9 ss.

⁸⁹ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

mazioni democratiche tipiche degli ordinamenti angloamericani”⁹⁰.

Particolarismo istituzionale ed europeismo giudiziario si fondono in una sintesi tutta italiana di formalismo e pragmatismo, di corporativismo e di mimetismo. La peculiarità che il processo di polarizzazione del diritto sulla produzione giudiziale assume nell’esperienza italiana è data dal fatto di manifestarsi in un contesto giuridico-istituzionale non ‘abituato’ al protagonismo della giurisdizione e impreparato a fronteggiare il crescente ruolo concorrenziale rispetto al legislatore. Le garanzie sono teleologicamente orientate a salvaguardare l’indipendenza e l’autonomia dell’ordine giudiziario soprattutto in riferimento al potere esecutivo, ma non fanno presa sull’inedita libertà ermeneutica assunta dal giudice. Si tratta, infatti, di garanzie concepite in rapporto ad un giudice-burocrate, omogeneo alle scelte politiche espresse dal legislatore, e dotato, dunque, di una investitura democratica – per così dire – indiretta e implicita.

Venuta definitivamente meno la rassicurante idea del momento interpretativo-applicativo quale cinghia di trasmissione della volontà racchiusa nell’atto legislativo, il reale peso del formante giurisprudenziale andrebbe valutato tenendo conto anche del peculiare modello di garantismo che viene germinando a livello europeo. Si allude, in particolare, all’alterità genetica intercorrente tra i modelli giuridico-penali di stampo continentale e i tratti evolutivi del diritto europeo e, più in generale, del diritto penale post-moderno⁹¹. Alla fisionomia reo-centrica e individuale della garanzia sottesa agli ordinamenti penali degli Stati membri si contrappone, infatti, la vocazione vittimo-centrica del diritto europeo, in quanto polarizzata su esigenze di prevenzione e di anticipazione della tutela, nel quadro di un garantismo-collettivo che tende a marginalizzare la considerazione del reo. In un contesto normativo complesso come quello europeo che registra l’uso di criteri di giudizio fluidi, di una legalità ‘debole’ in rapporto alle cause di giustificazione e al diritto processuale, di un diritto penale della sicurezza che torce le funzioni della pena, orientandole al soddisfacimento di istanze di difesa sociale⁹², il problema della legittimazione del giudice assume un rilievo cruciale, chiamando in causa la preparazione e la professionalità quali condizioni per legittimazione ‘democratica’ dell’attività giurisdizionale.

Alla luce della attuale difficoltà di definire gli spazi rimessi alla decisione politica e quelli affidati all’autorità giudiziaria e del cangiante rapporto tra fonte

⁹⁰ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice*, cit., 269; sul ruolo dei giudici nel diritto di *common law*, in rapporto al principio di legalità, v. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e diritto penale*, cit., 1181 ss.

⁹¹ V. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 33 ss.

⁹² V. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*

politica e fonte giudiziaria, non può non sollevare perplessità l'idea di legittimare il 'reale' richiamandosi pedissequamente alle limitazioni di sovranità di cui all'art.11 Cost., quale clausola di giustificazione automatica ed acritica delle molteplici deroghe allo statuto costituzionale della legalità penale. Le asimmetrie tra quadro formale e realtà sostanziale della funzione giurisdizionale, gli squilibri tra politica e giurisdizione, sono tali da rendere necessaria la compensazione del difetto di rappresentatività democratica del giudice-funziario con un maggior controllo sui percorsi argomentativi che conducono alla decisione, con la ridefinizione dei termini della soggezione al diritto e dei vincoli e limiti atti a far sì che la decisione possa essere quanto più 'obbiettivizzata', così da farne un autentico 'atto di giustizia' e non l'espressione di un arbitrio.

Come è stato osservato in dottrina, la garanzia della legalità non si cristallizza necessariamente ed esclusivamente nel principio della esclusività del monopolio parlamentare⁹³. Essa segue l'evoluzione del diritto, posizionando i presidi della libertà dei consociati laddove risultano effettivamente allocati i poteri normativi e vengono adottate e attuate le scelte politico-criminali. Da questo punto di vista, l'attuale crisi della riserva di legge riflette il declino della forma prototipica di partecipazione sociale alle scelte punitive che risente del soverchiante effetto congiunto della produzione normativa di matrice intergovernativa, da un lato, e della accresciuta libertà ermeneutica del giudice, dall'altro. Affrontare la questione del deficit di legittimazione democratica sotteso ai produttori post-moderni di norme penali sulla base di una ontologica corrispondenza tra materia penale e determinate tipologie di fonti del diritto significherebbe irrigidire i contenuti e la funzionalità del principio di stretta legalità entro gli schemi della tradizione giuridica interna, senza cogliere la necessità e l'urgenza di orientare teleologicamente le garanzie ai nuovi scenari politico-istituzionali di matrice sovranazionale e ai nuovi rischi sottesi al conseguente aumento di potere del sottosistema giudiziario. Come osservato da F. Palazzo, la prepotente realtà dei fatti pone la necessità di mettere mano al futuro e di recuperare i valori sostanziali e profondi della legalità⁹⁴. In caso contrario, l'irrigidimento fideistico sul carattere assoluto della riserva è destinato ad assecondare gli imprevedibili sviluppi di un approccio 'giustizialista', aperto alla forza normativa del fattuale.

Se il principio della divisione dei poteri non trova più corrispondenza nel modello di condivisione dei poteri emergente a livello di integrazione europea, si tratta, allora, di "porsi alla ricerca di nuovi equilibri tra la garanzia della ri-

⁹³ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1321 ss.

⁹⁴ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1281.

serva di legge e la necessità di conferire il dovuto spazio ai progressi compiuti nel più ampio contesto europeo”⁹⁵. Se la ‘tenuta’ complessiva dei rapporti tra ordinamento interno e diritto UE è affidato al circuito delle corti e se i giudici sono abilitati a scegliere la fonte e a codefinire la *regula iuris*, è inevitabile riconsiderarne la legittimazione. Se, nella configurazione tradizionale, la riserva di legge mira a garantire la qualità contenutistica della formulazione della fattispecie incriminatrice, oggi – in rapporto all’accresciuto potere normativo assunto dalla giurisprudenza e al rischio di decisioni arbitrarie – si pone la necessità di predisporre regole e criteri in grado di assicurare la maggiore prevedibilità del giudizio. Da questo punto di vista, la “soggezione del giudice alla giurisprudenza” rappresenterebbe la prima condizione necessaria per garantire l’omogeneità e l’uniformità degli indirizzi ermeneutici ed assicurare una maggiore stabilizzazione e certezza del sistema.

La supplenza giudiziaria, l’erosione di prerogative parlamentari, pone, inoltre, sotto una nuova luce la questione dell’*indipendenza* del giudice. Tradizionalmente considerato sul piano dei rapporti con il potere esecutivo, tale profilo pare dover essere oggi valutato anche in relazione al grado di rappresentatività democratica del diritto penale giurisprudenziale. Si muovono in questa direzione i tentativi di ridurre la distanza tra la volontà del corpo sociale e le politiche criminali giudiziarie, mediante il ricorso a rimedi e correttivi – estensione applicativa dell’istituto della giuria popolare, elezione del pubblico ministero, ecc. – atti ad incrementare le forme di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia e, di riflesso, alla cd. *law in action*. Pur non essendo certamente questa la sede per valutare la congruità e la praticabilità di simili soluzioni, non si può fare a meno di osservare che la discussione circa i criteri di riconduzione dei giudici nel circuito della legittimazione democratica conferma il valore metastorico della garanzia sottesa alla riserva⁹⁶.

7. *Hic sunt leones*: la legalità processuale e penitenziaria

Se il ciclo della produzione giuridica si è stabilmente insediato anche e soprattutto all’interno dei meccanismi giurisdizionali e se il processo costituisce

⁹⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 100.

⁹⁶ V. F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.* 2010, 526; D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., 134.

l'unica forma di rilevanza del diritto penale quale fenomeno giuridico, diviene, allora, necessario un breve cenno alle dimensioni processuali della legalità penale⁹⁷. Da questo punto di vista – come è stato osservato – in ambito processuale il principio della legalità non funge soltanto da regola fondamentale di giudizio per la pronuncia della sentenza, bensì dovrebbe valere ancor prima quale parametro e fondamento vincolante rispetto alle fasi che precedono il momento decisorio: dall'acquisizione della notizia di reato allo svolgimento delle indagini preliminari, dall'imputazione al dibattimento⁹⁸. L'analisi delle dinamiche dei meccanismi processuali consentono, in questo senso, di verificare la precarietà della collocazione della legalità nel processo penale e soprattutto la “crasi vistosa” tra “legalità offerta” e “legalità raggiunta”⁹⁹. In un sistema che insegue, anche a livello normativo, l'idea della custodia cautelare come anticipazione della pena, il provvedimento applicativo della misura cautelare assume i caratteri di un'ipoteca sulla decisione finale, in cui i “gravi indizi” di colpevolezza e le esigenze specialpreventive fungono da presupposti di una sentenza parziale di condanna, che poggia su una soglia probatoria opaca e generica, inspiegabilmente sotto-determinata rispetto allo standard richiesto in fase decisoria. Se gli eccessi e gli abusi nel ricorso alla carcerazione preventiva sono la conseguenza di un approccio intuitivo-irrazionale al problema della colpevolezza in sede cautelare, la tendenza a far coincidere la definizione dell'illecito con i rispettivi coefficienti probatori e l'emersione di reati a ‘formazione giudiziaria’, sono i tristi figuranti della legalità sostanziale in ambito processuale.

Il ‘territorio’ penitenziario è, peraltro, quello in cui il principio di legalità trova maggiore difficoltà di penetrazione (basti pensare alla resistenza opposta – anche dalla C. cost. – all'applicazione del principio di irretroattività alla disciplina delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari). Se la rieducazione sociale può essere ormai considerato un evento miracolistico, i livelli inumani di sovraffollamento carcerario sono lo specchio dell'ineffettività dei controlli giurisdizionali di legalità, a conferma che l'esecuzione delle sanzioni detentive è tuttora rimessa alla discrezionalità e all'arbitrio dell'amministrazione penitenziaria.

⁹⁷ Sul punto, v. E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss.

⁹⁸ V. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità processuale*, cit., 531 ss.

⁹⁹ Così T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità processuale*, cit., 534 ss.

8. Considerazioni conclusive

Ci si chiede se, allo stato attuale, esista un'alternativa garantistica e legittimamente del diritto penale compatibile con la Costituzione. La risposta non può che essere negativa, giacchè quello previsto dalla Carta fondamentale è un ordinamento democratico, che presuppone organi in grado di valutare dialetticamente le esigenze punitive della comunità, assicurando certezza in funzione della libertà. Preso atto del fatto che in ambito europeo non si riesce a dare vita a forme di garanzia equivalenti a quelle sottese alla riserva di legge¹⁰⁰, non si può fare a meno di modulare e presidiare le istanze della legalità penale che sopravvivono alla crisi della legge parlamentare, secondo i nuovi scenari politico-istituzionali, salvaguardandone il significato di garanzia che è – e sarà sempre – quello di garantire la libertà delle persone coinvolte nell'applicazione di una norma penale. Se l'espressione e la realizzazione di tale garanzia assumono, dunque, forme e contenuti storicamente condizionati, non si può escludere, peraltro, che sia proprio il confronto – a livello di integrazione europea – tra le esperienze degli ordinamenti continentali a propiziare la sperimentazione e il successivo consolidamento di nuovi strumenti di controllo della legalità. Considerare *a priori* il diritto europeo una minaccia la nostra tradizione legicentrica, si rivela limitativo e controproducente (se non un comodo *alibi* per rimanere inerti di fronte alle distorsioni del sistema): alla luce della 'precaria' collocazione della legalità nel nostro ordinamento processuale e penitenziario (abusi ed eccessi nel ricorso alla carcerazione preventiva, sovraffollamento carcerario, ecc.), non potremmo che trarre giovamento dalla vocazione europea alla difesa dello stato di diritto e dei diritti dell'uomo, dall'universalità dell'idea della dignità e della libertà di tutti gli esseri umani. Soltanto un severo ed energico intervento europeo che, metta il nostro Stato di fronte alle proprie responsabilità, sanzionando lo stato in cui versa la nostra giustizia penale e imponendo il rispetto di standard minimi di civiltà giuridica, sembra poter invertire la tendenza all'implosione della legalità.

Come è stato osservato fa Todorov, tra le lezioni dell'illuminismo vi è l'idea dell'integrazione delle differenze in un'unità di tipo superiore: da questo punto di vista, più che in una caratteristica condivisa da tutti, l'identità dell'Europa può essere apprezzata nella sua pluralità interna. Il vantaggio offerto da quest'ultima è di rendere vigili di fronte ad ogni sorta di affermazione e di reputazione: dalla mancanza d'identità deriva, infatti, la presenza di quello "spirito critico vigilante, che non si ferma davanti ad alcun tabù, che ha l'ardire di esaminare

¹⁰⁰ Sul tema, v. C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., XI.

con imparzialità tutte le tradizioni, basandosi su ciò che gli uomini condividono, vale a dire la ragione”¹⁰¹. A livello di integrazione europea, non si tratta, dunque, di isolare una data qualità, di imporre un dato modello ‘nazionale’ di legalità, ma piuttosto di giungere ad un livello di garanzia che includa e consideri le istanze di sistemi diversi, valorizzandone la tradizione giuridico-culturale e traendo profitto dalle differenze. Tra le eredità più preziose dell’illuminismo vi è la ricerca di equilibrio tra unità e pluralità¹⁰²: la difesa della legalità avverso l’arbitrio dell’autorità non può che avvenire in una dimensione europea ed universale, nella consapevolezza che il perenne stato di crisi nel quale il principio della legalità penale è destinato ad operare non può esimerci dal presidiarlo con vivo spirito illuminista.

¹⁰¹ T. TODOROV, *Lo spirito dell’illuminismo*, Milano, 2007, 113.

¹⁰² In riferimento alla necessità di “pensare il molteplice”, v. G.A. DE FRANCESCO, *Internalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 9 e s., secondo il quale il principio di legalità da ‘principio’ della formazione è destinato “sempre più ad incarnare il ruolo e la vocazione di un ‘programma’ e di una strategia di composizione delle diverse sfere di intervento implicate nella vicenda punitiva”.

CARLO FEDERICO GROSSO

IL FASCINO DISCRETO DELLA CONSERVAZIONE
(CONSIDERAZIONI IN MARGINE ALL'ASSERTITA CRISI DEL PRINCIPIO
DI RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE)

SOMMARIO: 1. La *ratio* della riserva di legge in materia penale. – 2. Il principio di riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica. – 3. Il principio di riserva di legge alla luce delle più moderne linee di tendenza in tema di sanzioni penali. – 4. Il principio di riserva di legge in materia penale alla luce del sistema delle fonti di diritto europeo o internazionale. – 5. Il principio di riserva di legge alla luce della funzione interpretativa della giurisdizione. – 6. Davvero sarebbe necessario ricercare, oggi, un “equivalente funzionale” della riserva di legge?

1. *La ratio della riserva di legge in materia penale*

Il principio di riserva di legge enunciato dagli artt. 1 c.p. e 25 comma 2 Cost. non risponde ad un'esigenza di certezza del diritto, che costituisce invece la *ratio* dei principi di stretta legalità e di tassatività delle fattispecie penali, considerati anch'essi espressione del più ampio principio di legalità previsto, nella sua completezza, negli artt. 1 e 2 c.p. e 25 comma 2 Cost. Una legge, com'è accaduto sovente nell'esperienza italiana soprattutto recente, può essere sommaria e incerta a causa dell'oscurità, della farraginosità o della sommarietà della sua formulazione, mentre un regolamento può essere formulato in termini chiari e tassativi.

La riserva di legge in materia penale risponde, invece, all'esigenza, del tutto diversa, di riservare la scelta di criminalizzare le condotte umane all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica. Il Parlamento, eletto a suffragio universale, rappresenta il popolo che lo ha eletto. Attraverso la riserva di legge si vuole pertanto riservare al popolo (che gestisce questa funzione attraverso il suo maggior organo rappresentativo) la scelta di considerare una condotta penalmente rilevante o meno.

La ragione dell'istituzione di questo monopolio dev'essere ulteriormente individuata nella circostanza che la violazione della norma penale comporta la limitazione del diritto fondamentale della libertà personale. In questa prospettiva s'intende riservare appunto al Parlamento, quale organo rappresentativo del

popolo, le scelte che possono incidere su tale sfera di libertà.

Individuata questa *ratio*, ci si deve domandare se la riserva di legge coinvolga nella sua interezza la fattispecie penale (nel senso che la legge debba tipizzare tutti gli elementi del reato e individuare la relativa sanzione, c.d. riserva assoluta di legge), ovvero soltanto la scelta di qualificare come reato un certo fatto (per la cui tipizzazione sarebbe consentito utilizzare enunciati normativi provenienti da fonti diverse dalla legge, c.d. riserva relativa di legge).

Nonostante, soprattutto agli albori dell'entrata in vigore della Costituzione, vi siano state opinioni di segno diverso, a mio avviso la riserva di legge penale dev'essere interpretata in modo rigoroso. È la sua stessa *ratio*, individuabile nella volontà di riservare al legislatore (in quanto rappresentativo della volontà popolare) le scelte che possono incidere sulla libertà personale, ad imporre tale risposta. Se s'intende costituire un monopolio legislativo in materia penale, è infatti giocoforza affermare che esso deve coinvolgere ogni dettaglio della fattispecie, perché altrimenti, contraddicendo il punto di partenza, si consentirebbe a fonti diverse dalla legge d'interferire comunque sulla delimitazione della libertà personale. Si tratta pertanto, sicuramente, di una riserva assoluta, destinata a coinvolgere ogni elemento della fattispecie penale oltre che la sanzione.

Questo precisato, per aderire alle sollecitazioni degli organizzatori di questo dibattito ci si deve domandare quale sia la condizione attuale del principio di riserva di legge alla luce delle modificazioni che sono intervenute, negli anni, su diversi terreni che coinvolgono specificamente tale principio: il tasso di rappresentatività della volontà degli elettori esercitata dal Parlamento, la nuova tipologia delle sanzioni penali, l'irruzione nel diritto penale italiano di norme provenienti da fonti normative europee o internazionali, il ruolo "creativo" che, in determinati periodi, è venuta ad assumere l'attività interpretativa del giudice.

In questa sede parliamo di riserva di legge, non della rilevanza nella materia penale di tutti gli aspetti del principio di legalità. Concentrerò pertanto, ovviamente, la mia attenzione su tale specifico profilo, disinteressandomi degli altri profili (stretta legalità, tassatività) che, pure, potrebbero risentire di talune delle predette modificazioni. Dati i limiti di spazio molto ristretti imposti agli interventi dagli organizzatori del dibattito, cercherò d'altronde di limitare all'essenziale le mie riflessioni.

2. Il principio di riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica

L'affermazione secondo cui il Parlamento, votando le leggi, dà voce alla volontà popolare sulla base del potere di rappresentanza acquisito con il voto sembrava dotata di sufficiente efficacia persuasiva quand'era in vigore il modello elettorale proporzionale ed i cittadini sceglievano i rappresentanti indicando le preferenze. Con tale sistema ciascun partito acquisiva un numero di seggi proporzionato al numero dei voti, e la scelta dei rappresentanti corrispondeva, grosso modo, alle indicazioni degli elettori. In questa cornice era dunque, tutto sommato, possibile affermare che il Parlamento costituiva specchio fedele del corpo sociale, e che, quindi, il ragionamento concernente la *ratio* della riserva di legge era nella sostanza salvo.

Quando il sistema proporzionale è stato sostituito da quello maggioritario, e sono stati introdotti premi di maggioranza, il rapporto numerico fra voti espressi e rappresentanti eletti si è alterato. Quando, abolite preferenze e collegi elettorali, i parlamentari sono risultati eletti sulla base della posizione loro assegnata nella lista, il singolo eletto, più che rappresentante dell'elettore, è diventato debitore di chi, ponendoli nella cima della lista, ha loro consentito di diventare deputati.

In questa situazione il Parlamento è diventato specchio meno fedele del corpo sociale. Le distorsioni determinate dai premi di maggioranza e dall'eliminazione della possibilità di scegliere fra i candidati hanno alterato l'immagine riprodotta dallo specchio. Il principio di rappresentanza formalmente è rimasto; nella sostanza è risultato inevitabilmente distorto.

Non solo. Gli scandali nella politica, le corrotte, l'abbassamento del livello culturale e morale dei parlamentari, hanno determinato un'acuta sfiducia dei cittadini nei loro rappresentanti. Si tratta di un profilo ulteriore che ha contribuito ad alterare, nella sostanza, il rapporto fra eletti ed elettori.

Davvero, tuttavia, quest'ampliata lontananza fra il mondo dei rappresentanti e quello dei rappresentati è in grado di mettere in crisi il principio di riserva di legge? Sostenerlo mi sembrerebbe quantomeno azzardato. In realtà, già quando i seggi parlamentari riflettevano, numericamente, i voti dati dagli elettori, ed i parlamentari erano scelti dai cittadini, il principio di rappresentanza della volontà popolare costituiva un'astrazione. Ciò che contava era il concetto, l'immagine, del rapporto eletti/elettori, che doveva comunque esprimere l'idea democratica. Ma nessuno avrebbe mai scommesso che gli elettori, se fosse stato chiesto loro un'opinione su di una scelta politico-criminale, si sarebbero espressi davvero come gli eletti.

Ed allora, purché il sistema faccia appunto salvi i principi fondamentali della democrazia, la maggiore o minore conformità della rappresentanza al corpo sociale dei cittadini non potrà influire seriamente sulla maggiore o minore tenuta del principio di riserva di legge, che risponderà in ogni caso all'“idea” secondo la quale pare opportuno che la limitazione dei diritti fondamentali sia consentita soltanto a chi, sia pure astrattamente, rappresenta il popolo sovrano sulla base di elezioni democratiche.

C'è d'altronde un profilo che induce a conservare comunque il principio di riserva di legge. Il principio di riserva assoluta di legge (statuale) è in grado di salvaguardare meglio di altri eventuali principi l'imprescindibile esigenza di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla norma penale. Se, ad esempio, si consentisse alla legge regionale od a regolamenti operanti nei soli confronti di ambiti territoriali o di categorie di persone di essere fonte del diritto penale, con buona pace per l'eguaglianza si rischierebbe di “frantumare” il sistema penale, permettendogli d'incidere in modo diverso a seconda dei territori o delle soggettività. Il che mi sembrerebbe, francamente, poco accettabile.

Fino a questo punto, quindi, non vedo ragioni serie per abbandonare il principio di riserva di legge.

3. *Il principio di riserva di legge alla luce delle più moderne linee di tendenza in tema di sanzioni penali*

Secondo le più moderne tendenze della dottrina penalistica, emerse negli ultimi tre progetti di riforma del codice penale elaborati da altrettante commissioni ministeriali, al principio secondo cui il diritto penale deve costituire *extrema ratio* di tutela si tende affiancare quello secondo cui la pena carceraria deve, a sua volta, costituire *extrema ratio* nella repressione dei reati. Ciò significa che una ragionevole riforma del codice penale dovrebbe prevedere un ampio ventaglio di pene alternative, in grado di circoscrivere la pena carceraria soltanto ai casi in cui essa sia assolutamente necessaria.

Nel contempo, è maturata ormai da diversi anni l'idea secondo cui l'illecito penale non dovrebbe essere considerato un sistema separato; occorrerebbe piuttosto procedere all'elaborazione di una teoria unitaria degli illeciti, penali ed amministrativi, rispondenti ai medesimi principi. Tracce di questa prospettiva sono individuabili nella legge n. 689/81, che ha previsto per gli illeciti amministrativi principi generali mutuati dal diritto penale.

Ed allora ci si potrebbe domandare se l'eventuale realizzazione di un sistema

penale aperto all'utilizzazione di pene alternative assimilabili a quelle utilizzate nel diritto amministrativo, induca a sua volta ad abbandonare il principio della riserva di legge in materia penale.

In realtà, ciò che è avvenuto sul terreno del diritto positivo sembra orientare diversamente. La legge n. 689/1981, nel momento in cui ha introdotto nel settore degli illeciti amministrativi regole e garanzie della materia penale, nell'art. 1 ha previsto che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione".

Ciò significa che, sia pure con una formulazione meno stringente di quella di cui all'art. 1 c.p., ma in ogni caso corrispondente a quella utilizzata nell'art. 25 comma 2 Cost., la riserva di legge è stata estesa agli illeciti amministrativi. Si è considerato, evidentemente, che pure la sanzione diversa dalla detenzione (usata, questa sì, soltanto nell'ambito del diritto penale) costituisca una limitazione della libertà personale tale da giustificare comunque il monopolio parlamentare.

Semmai, ci si potrebbe domandare se la nozione di riserva di legge estesa ad ogni profilo di limitazione della libertà personale giustifichi quell'assolutezza della riserva di legge che si è imposta nell'interpretazione dominante del concetto operante nel settore del diritto penale. La dizione utilizzata dalla legge n. 689/99, che non parla di "fatto" previsto dalla legge come illecito amministrativo, bensì di "sottoposizione a sanzione amministrativa se non *in forza* di una legge", potrebbe, in effetti, aprire la strada verso una "relativizzazione" della riserva di legge nei confronti di tutte le norme, penali ed amministrative, che prevedono sanzioni consistenti in limitazioni personali diverse dalla detenzione. Con una precisazione ulteriore, tuttavia. Se con riferimento alla materia penale fosse stabilito che in caso d'inosservanza delle prescrizioni si applica il carcere, il tema della riserva di legge in termini assoluti si riproporrebbe con tutta a sua forza.

Anche sotto il profilo dell'eventuale irrompere nell'ambito del diritto penale di pene alternative alla detenzione, il principio di riserva di legge non dovrebbe, pertanto, risultare stravolto; tutt'al più, vi potrebbe essere una spinta a rendere "relativa" la riserva nei confronti delle norme penali che dovessero prevedere sanzioni alternative non convertibili in detenzione.

4. *Il principio di riserva di legge in materia penale alla luce del sistema delle fonti di diritto europeo o internazionale*

Anche l'irrompere del diritto comunitario e dei vincoli internazionali sul terreno del diritto penale interno solleva interrogativi sulla tenuta del principio di riserva di legge in materia penale. Si tratta, in realtà, d'interrogativi più seri di quelli affrontati, in quanto tale irruzione ha determinato una profonda modificazione del sistema delle fonti del diritto penale.

La Comunità Europea può emanare norme vincolanti per gli Stati membri (regolamenti, direttive, decisioni) ovvero non vincolanti (raccomandazioni, pareri). Le norme vincolanti possono essere, a loro volta, direttamente applicabili agli Stati (cioè senza che sia necessario un atto formale di recepimento o d'attuazione), ovvero non essere immediatamente applicabili (in quanto per diventare applicabili sul terreno del diritto interno devono costituire oggetto di provvedimenti nazionali di recepimento o d'attuazione). I trattati internazionali, per essere operativi nei singoli Paesi, devono a loro volta essere ratificati dal Parlamento.

Poiché sia le norme comunitarie sia i trattati internazionali possono contemplare norme penali, ci si deve di conseguenza porre il problema di come reagisca, nei loro confronti, il principio di riserva di legge in materia penale.

La questione suscita problemi d'intensità diversa a seconda che si tratti di norme destinate a diventare operative in Italia soltanto in seguito ad una legge che recepisca la normativa sovranazionale, ovvero di norme sovranazionali automaticamente operative sul terreno del diritto penale interno.

Il primo fenomeno si manifesta sia con riferimento ai trattati internazionali, le cui norme per diventare operative in Italia presuppongono di regola un atto di ratifica da parte del Parlamento, sia con riferimento a numerose norme comunitarie (si consideri che le direttive, di regola, al pari delle convenzioni internazionali, per diventare operative in Italia presuppongono un atto di ricezione parlamentare).

Il secondo fenomeno, originariamente circoscritto, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea sta acquistando un peso maggiore, e se il processo d'integrazione europea dovesse intensificarsi, è verosimile che sia destinato a diventare regola di produzione normativa diretta sul terreno dei diritti interni di ciascun Stato membro.

A titolo di esempio dell'ampliamento dell'efficacia diretta del diritto internazionale convenzionale e del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, mi limito a ricordare che l'art. 6 comma 1 del Trat-

tato sull'Unione Europea stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti di libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2000 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati", sancendo in questo modo che tutte le norme della Carta, in quanto disposizioni aventi la medesima efficacia del TUE, sono destinate ad operare appunto direttamente in ciascun Stato membro.

D'altro canto, con riferimento al tema dei rapporti tra diritto interno, norme della Convenzione Europea e diritto comunitario, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale in materia, la Convenzione (come interpretata dalla Corte europea) e il diritto comunitario (come interpretato dalla Corte di Giustizia) devono essere ormai considerati prevalenti sul diritto interno e vincolanti nell'interpretazione che di tale diritto può dare il giudice italiano.

Tornando ora specificamente al tema della riserva di legge in materia penale, si può rilevare che nei casi nei quali la normativa internazionale o comunitaria diventa operativa in Italia soltanto dopo che il Parlamento l'ha recepita, da un punto di vista formale non sembrerebbero sorgere particolari problemi: con la ratifica legislativa, parrebbe possibile rilevare, la riserva di legge in materia penale è in ogni caso rispettata.

In realtà, la questione presenta qualche profilo di maggiore complessità. Con la ratifica di una direttiva, atto obbligatorio per gli Stati membri, il Parlamento recepisce comunque norme che non corrispondono a scelte, elaborazioni o decisioni assunte autonomamente; esso si limita a rispettare un obbligo che gli deriva dall'aver lo Stato italiano aderito all'Unione Europea. In questa prospettiva si potrebbe di conseguenza sostenere che il principio di riserva di legge, salvo nella forma, si stempera comunque nella sostanza.

Il problema d'altronde si complica ove si consideri che a livello europeo non vi è, fino ad ora, una totale coincidenza fra l'istituzione parlamentare, come tale quantomeno astrattamente rappresentativa della volontà popolare europea, e l'organo deputato ad elaborare e ad approvare le norme destinate ad operare all'interno degli Stati membri: la procedura che conduce all'elaborazione ed all'approvazione della normativa comunitaria costituisce, di regola, il risultato dell'attività congiunta di diverse istituzioni europee (Parlamento, Consiglio, Commissione), alcune delle quali non sono rappresentative della popolazione, bensì dei governi (Consiglio), od esprimono il "governo" (svincolato dal Parlamento) della Comunità stessa (Commissione). Il che significa che anche a livello europeo, al momento della formazione della normativa comunitaria, chi la elabora e determina non è soltanto l'istituzione rappresentativa della popolazione ma sono, soprattutto, istituzioni che non hanno alcuna legittimazione popolare

diretta. Anche all'origine è, pertanto, ravvisabile una frattura rispetto a ciò che costituisce *ratio* della riserva di legge in materia penale.

Il problema si pone, d'altronde, in una dimensione ancora più stringente nei casi d'inserimento diretto ed automatico della norma penale sovranazionale nel diritto penale interno. Qui il principio della riserva di legge in materia penale sembrerebbe andare in crisi anche nella forma e non soltanto nella sostanza.

Conclusivamente, non v'è dubbio che il proliferare di fonti sovranazionali del diritto, che s'affiancano a quelle tradizionali interne ai singoli Paesi, complica il contesto in cui si colloca un istituto, come quello di riserva di legge in materia penale, che è stato enunciato quand'esistevano soltanto fonti di diritto interno, e che deve ora fare i conti con una situazione più variegata e complessa.

Ancora una volta, prima di sbarazzarci di un principio che svolge una funzione utilissima di garanzia, sarei tuttavia cauto. Quando la norma sovranazionale diventa operativa in Italia soltanto dopo la sua ratifica, a far ritenere rispettato il vincolo costituzionale di cui all'art. 25 comma 2 Cost. è comunque sufficiente il dato formale costituito dall'intervento del Parlamento italiano. Per il caso di un'eventuale, ulteriore, proliferazione delle ipotesi d'ingresso automatico di norme penali sovranazionali nel diritto interno, deve esservi, a sua volta, l'auspicio che tale ampliamento si realizzi unitamente ad un'evoluzione istituzionale in grado di assicurare al Parlamento europeo la medesima funzione in materia di produzione legislativa che compete, oggi, ai Parlamenti nazionali.

Se ciò avvenisse, le questioni concernenti il rispetto del principio di riserva di legge sarebbero tutto sommato risolte, poiché la "copertura legislativa" della norma penale sarebbe comunque assicurata, direttamente all'origine, a livello europeo.

5. Il principio di riserva di legge alla luce della funzione interpretativa della giurisdizione

Un ultimo profilo nel quale si potrebbe cogliere un'incidenza preoccupante di elementi estranei sul principio di riserva di legge è individuabile nell'attività interpretativa della magistratura. A me sembra che, se s'intendono correttamente i rapporti fra la sfera della legiferazione, riservata al Parlamento, e quella dell'interpretazione ed applicazione delle leggi, assegnata all'ordine giudiziario, tale tema non dovrebbe suscitare peraltro problemi.

Affronterò, prima di tutto, la questione sul terreno, tradizionale, dei rapporti fra attività legislativa ed attività giurisdizionale dei magistrati ordinari con rife-

rimento al diritto penale interno. Accennerò poi al tema della funzione esercitata dalla Corte Costituzionale ed ai problemi suscitati, in materia di giurisdizione, dall'irrompere sul terreno del diritto penale interno delle fonti di diritto internazionale e comunitario.

Secondo un insegnamento che risale alla fine del '700, al Parlamento compete la funzione di produrre le leggi, alla magistratura quella di applicare le leggi approvate dal Parlamento. Secondo l'originaria impostazione illuministica della ripartizione dei poteri, il giudice doveva, tuttavia, limitarsi ad essere "bocca della legge", non essendogli consentito d'interferire sull'attività di 'creazione normativa' attraverso sue eventuali interpretazioni personali (o funzionali) delle leggi.

Questo concetto rigido si è, con il tempo, ammorbidito, ed ai giudici è stata riconosciuta un'importante funzione interpretativa della legge, propedeutica alla sua applicazione al caso concreto. La magistratura, si è sostenuto, per applicare una legge deve innanzitutto interpretarla, utilizzando i criteri tradizionali dell'interpretazione letterale, logica, storica e sistematica, ed attraverso l'interpretazione attribuire alla norma il suo significato 'reale' fra gli eventuali suoi diversi significati possibili.

Se si eccettuano alcune forzature emerse nei periodi di maggiore tensione politica o sociale (nei quali in sede di giurisdizione si è dato libero sfogo alla "funzione creatrice del giudice", o all'interpretazione "funzionale agli scopi politici o pratici che s'intendeva perseguire"; cosa del tutto diversa, si badi, sono stati i tentativi d'interpretazione diretti ad adeguare la legislazione ordinaria ai dettami costituzionali, poiché essi hanno in ogni caso operato all'interno del sistema complessivo di legalità), nel configurare questo (circoscritto) contributo della giurisdizione alla formazione del contenuto della norma si è, comunque, insistito sui limiti dell'interpretazione. Essa non può mai essere 'libera', deve tenere rigorosamente conto del dato letterale, pur potendo essere 'estensiva' non può stravolgere la lettera della legge. C'è, quindi, un 'limite esegetico', si sostiene, costituito dalla dizione lessicale, che non può essere superato se si vuole evitare di confondere i confini fra la funzione di creazione legislativa (di competenza parlamentare) e quella interpretativa/applicativa (di competenza giurisdizionale).

Questi principi sono enunciati con chiarezza dalla Costituzione, che riserva la funzione legislativa al Parlamento, assicura alla magistratura indipendenza da ogni altro potere dello Stato, ma enuncia senza ambiguità che anche l'ordine giudiziario è soggetto alla legge (stabilendo, nell'art 101 comma 2, che "il giudice è soggetto *soltanto* alla legge", la Costituzione enuncia la garanzia d'indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere dello Stato, ma chiarisce che la

magistratura deve rispettare comunque la legge, applicandola e mai forzandola).

Se questi sono i principi costituzionali, io credo che nel nostro sistema giuridico non vi sia spazio per concezioni che mettano in dubbio “l’esistenza della legalità quale parametro di giudizio preesistente all’interpretazione e indisponibile da parte del giudice”. Ecco perché, sul terreno della funzione esercitata dalla magistratura ordinaria in sede d’interpretazione ed applicazione della legge penale interna italiana, non è prospettabile un problema di crisi del principio di riserva di legge determinato dall’interferenza interpretativa dei giudici sulla produzione normativa.

Se una tale interferenza si è manifestata, o i magistrati hanno tenuto un comportamento loro non consentito, o si è trattato di patologia dovuta al modo improprio con il quale il Parlamento ha legiferato (più il legislatore legifera male, creando norme oscure, contraddittorie, illeggibili, più dà, infatti, spazio all’attività “creatrice” del giudice; rimedio appropriato alla cattiva gestione del potere legislativo non è, tuttavia, la legittimazione di una funzione impropria della magistratura, bensì l’eliminazione della cattiva gestione).

Problemi particolari, con riferimento al principio di riserva di legge in materia penale, non sono d’altronde suscitati neppure dalla funzione di controllo della legittimità costituzionale delle leggi esercitata dalla Corte costituzionale. La Corte, dichiarando illegittima una legge, o stabilendo con le sentenze interpretative quale è il contenuto costituzionalmente corretto delle norme, non vanifica l’attività parlamentare, non contraddice la *ratio* della riserva di legge, ma, semplicemente, garantisce l’osservanza dei principi fondamentali che lo stesso Parlamento ha dato al Paese approvando la Costituzione.

Problemi particolari non suscita neppure, l’ho già accennato, l’attività del giudice ordinario quando, anziché trasmettere gli atti alla Corte costituzionale, ritenendo possibile farlo utilizzando gli strumenti ordinari dell’ermeneutica, fra più significati possibili di un testo normativo opta per l’interpretazione più conforme al dettato costituzionale.

Con riferimento specifico al tema della riserva di legge in materia penale, problemi particolari (ulteriori rispetto a quelli esaminati al n. 4 trattando delle fonti del diritto comunitarie ed internazionali) non dovrebbe d’altronde suscitare, neppure, l’attività giurisdizionale che il giudice italiano è chiamato ad esercitare di fronte all’irrompere diretto sul terreno del diritto interno italiano di norme sovranazionali. Su questo terreno, semmai, potrebbero nascere problemi specifici con riferimento all’esigenza di certezza del diritto (che, come ho pure già rilevato – *retro*, n. 1 –, nulla ha a che vedere con la riserva di legge e la sua *ratio*) o della discrezionalità giudiziale.

Com'è noto, nell'ambito dell'ordinamento giuridico "multilivello" emergente dal sovrapporsi di fonti del diritto di origine comunitario od internazionale a fonti di diritto interno, il giudice nazionale è diventato, talvolta, garante dell'immediata applicazione in Italia delle norme sovranazionali, e della, corrispondente, disapplicazione di norme interne che siano in contrasto con le norme comunitarie o convenzionali.

Non è, ovviamente, questa la sede per approfondire i dettagli di tale fenomeno. Sia sufficiente ricordare come sia stata la stessa Corte costituzionale a stabilire (nelle c.d. "sentenze gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007) che i giudici comuni sono tenuti a ricorrere all'interpretazione "conforme" al fine di armonizzare la legislazione nazionale alla CEDU, per cui in caso di potenziale contrasto tra una norma di diritto interno ed una norma della Convenzione il giudice deve tentare di risolverlo in via interpretativa adottando un significato della norma interna conforme al significato della norma della CEDU (quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte Europea); mentre, nel caso d'insanabilità del contrasto, quando esso non sia cioè risolvibile attraverso un'operazione ermeneutica, il giudice è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale in quanto essa, irrimediabilmente contrastante con la CEDU, contraddice l'art. 117 comma 1 Cost. (c.d. incostituzionalità per violazione di norma interposta). E rammentare come sia stata, di nuovo, la Corte costituzionale a stabilire, nell'ancora più recente ed incisiva sentenza n. 80/2011, che il giudice ordinario può applicare direttamente la Carta sui diritti fondamentali, e disapplicare la norma interna che la contraddica, sia pure limitatamente alle materie di competenza dell'Unione Europea e previo eventuale coinvolgimento della Corte Europea, senza dovere passare attraverso il controllo di legittimità della Corte costituzionale.

Questa realtà, che produce un grande ampliamento dei poteri del giudice ordinario, crea sicuramente incertezza giuridica ed attribuisce alla magistratura ordinaria compiti non marginali (ed ampiamente discrezionali) sul terreno dell'innovazione dei contenuti normativi. A ben vedere, siamo tuttavia pur sempre nell'ambito della specificazione di ciò che "è dato giuridicamente", cioè dell'interpretazione e dell'applicazione, all'interno del sistema giuridico ormai formato da un insieme di norme nazionali e sovranazionali, di ciò che costituisce davvero "la normativa complessivamente vigente".

Il tema della riserva di legge, in questa situazione, è tuttavia specificamente coinvolto nella misura in cui la norma sovranazionale non possieda le caratteristiche della legge, e non rispetti pertanto *ratio* ed esigenze sottese al principio di riserva di legge stabilito dalla nostra Costituzione per la materia penale. Non è invece coinvolto dall'eventuale attività del magistrato chiamato ad applicare la

norma sovranazionale (ritenuta di rango superiore a quella nazionale) o a disapplicare quella nazionale (perché appunto in contrasto con quella sovranazionale che possiede quel rango). Quest'attività, che sicuramente aumenta i poteri del giudice e l'incisività della giurisdizione, solleva, come dicevo, problemi sul terreno della certezza del diritto e della legittimazione del giudice ordinario. Ma si tratta di problemi diversi da quelli specificamente sottoposti all'attenzione di questo dibattito, concentrato, secondo l'indicazione dei suoi organizzatori, sul tema della riserva di legge.

6. *Davvero sarebbe necessario ricercare, oggi, un "equivalente funzionale" della riserva di legge?*

Alla luce delle considerazioni che ho sviluppato, il mio pensiero emerge con sufficiente chiarezza. È vero che la riserva di legge è una categoria storica e non logica del diritto penale e che, in teoria, potrebbe essere abbandonata. Non credo che il suo abbandono porti tuttavia, al momento, vantaggi tangibili nel sistema della produzione normativa in materia penale. Potrebbe, anzi, cagionare danni.

Sul terreno della *ratio*, si può affermare che la riserva di legge, nonostante l'appannamento del principio di rappresentanza politica del Parlamento, risponde comunque all'esigenza d'assicurare al destinatario del precetto penale quantomeno la sicurezza della provenienza (appunto "legislativa") della norma, e pertanto la legittimità della limitazione della libertà personale nella quale si concreta, di regola, la pena. D'altro canto, intesa come riserva di legge "nazionale", impedisce utilmente che il diritto penale si frantumi, assumendo contorni diversi a seconda del luogo o dei soggetti ai quali risulta applicabile.

L'eventuale evoluzione del diritto penale verso una più ampia utilizzazione di pene alternative alla detenzione, non è d'altronde d'ostacolo al mantenimento del principio. Anzi, nel momento in cui il legislatore, con la legge n. 689/81, ha pensato di codificare la "parte generale" dell'illecito amministrativo, non ha esitato a prevedere, all'art. 1, che le sanzioni amministrative possono essere applicate soltanto se previste dalla legge.

Diverso è il problema che scaturisce dall'interferenza sulla produzione del diritto penale nazionale di fonti normative di emanazione europea o internazionale. La proliferazione di queste fonti mette maggiormente in crisi il principio di riserva di legge in materia penale. Secondo quanto ho rilevato, penso che esso dovrebbe essere tuttavia affrontato non tanto sul terreno dell'abbandono o della

modifica del principio di riserva di legge, quanto su quello di una più adeguata articolazione dei meccanismi di produzione normativa europea.

Quanto, infine, al problema della legittimazione dell'attività giurisdizionale a fronte di una riserva di legge che vieta ogni attività interpretativa che sconfini nella produzione normativa, tale questione con riferimento alla tradizionale funzione interpretativa del diritto penale interno non ha neppure ragione di essere posta. Se il giudice, nell'interpretare la legge, sconfinava arbitrariamente in un'attività di creazione legislativa compie un'attività illecita. Punto e basta.

Con riferimento all'attività alla quale il giudice ordinario è talvolta chiamato, oggi, in materia di applicazione diretta in Italia della normativa comunitaria o convenzionale, e di corrispondente disapplicazione delle norme di diritto interno che siano in contrasto con le norme sovranazionali di rango superiore, essa pone problemi specifici sul terreno del rispetto certezza del diritto o della legittimazione del giudice, non su quello della riserva di legge (che potrebbe essere messa in crisi soltanto se la fonte sovranazionale applicata in Italia dovesse risultare priva di ogni impronta legislativa, sia essa nazionale od europea).

D'altro canto, esiste davvero, oggi, la possibilità d'individuare regole, ugualmente garantistiche, in grado di sostituire la funzione esercitata dal principio di riserva di legge in materia penale? Ne dubito. Ed allora, pur con le sue ammaccature, teniamoci stretto il vecchio principio, comunque utilissimo.

Il punto su...

*La giustizia disciplinare dei magistrati:
lo stato dell'arte*

DANIELA CAVALLINI

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI
TRA INNOVAZIONE E CONTINUITÀ
(BREVI OSSERVAZIONI ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL 2006)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve inquadramento normativo. – 3. Il codice disciplinare e i suoi effetti sulla giurisprudenza: i ritardi dei magistrati nell'espletamento di attività dovute. – 4. (Segue) Gli illeciti nell'esercizio dell'attività giurisdizionale (c.d. atti abnormi). – 5. Alcune considerazioni derivanti dall'analisi dei casi concreti. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

L'interesse per il tema della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari è dovuto essenzialmente a tre ragioni di ordine generale.

La prima è da ricondurre alla tendenza, che negli ultimi anni si è manifestata a livello internazionale, ad approntare regole di condotta giudiziaria più chiare e dettagliate, dotate di maggiore o minore forza vincolante. L'accresciuta rilevanza del ruolo del giudice, che interviene a regolare settori sempre più vasti della vita sociale, politica, economica e familiare dei cittadini, nonché della vita di enti e istituzioni pubbliche, ha reso ancor più evidente la necessità di rafforzare il controllo sul comportamento giudiziario, al fine di garantire una magistratura professionalmente competente, indipendente e imparziale¹.

La seconda ragione risiede nel fatto che l'esercizio del controllo disciplinare si riflette non solo sullo *status* del magistrato in generale, determinando quali sono i doveri connessi alla sua funzione e quando essi devono considerarsi violati, ma anche su alcuni aspetti riguardanti il processo vero e proprio, l'organizzazione dell'ufficio giudiziario, il ruolo dei magistrati dirigenti, le garanzie costituzionali. La disciplina si occupa infatti sia delle violazioni dei doveri di indipendenza, correttezza, riserbo, ecc., sia degli errori nel processo dovuti a

* Questo contributo è tratto dal libro: CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011. Il libro analizza, in modo più ampio e approfondito, le novità introdotte dalla riforma del 2006 e l'evoluzione della giurisprudenza disciplinare con riferimento alle principali tipologie di illecito. Ulteriori informazioni e approfondimenti sugli argomenti del presente scritto sono dunque reperibili nel testo sopra citato.

¹ ÉPINEUSE, Il dibattito sulla deontologia in Europa, in ASCHETTINO *et al.* (a cura di), *Deontologia giudiziaria: il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, p. 153 ss.

grave negligenza, della violazione dell'obbligo di astensione dal giudizio, della scarsa produttività del singolo, della violazione delle tabelle organizzative dell'ufficio, delle garanzie del giusto processo. Da qui l'importanza del tema non solo per l'ordinamento giudiziario, ma anche per il diritto processuale, costituzionale e per gli studi più prettamente organizzativi.

La terza ragione, infine, deriva dalla carenza di studi specifici sul modo in cui viene concretamente esercitato il controllo disciplinare nei confronti dei magistrati e sulla reale efficacia di tale controllo. Solo di recente vi è stata qualche apertura in tale direzione². Un conto, infatti, è analizzare l'inquadramento formale-normativo della giustizia disciplinare, aspetto di tutto rilievo da cui non si può certo prescindere, un altro è analizzare il merito delle sentenze per individuare i criteri adottati dal giudice disciplinare, gli orientamenti che si sono consolidati nel tempo (se ve ne sono), i comportamenti sanzionati e quelli per cui vi è stata l'assoluzione.

2. Breve inquadramento normativo

La responsabilità disciplinare si configura come la soggezione del magistrato a una sanzione in caso di comportamento illecito, posto in essere all'interno o all'esterno delle funzioni giudiziarie, ed è una conseguenza del rapporto di impiego (di natura pubblicistica) che intercorre tra il magistrato e lo Stato. Essa tende ad assicurare sia il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, garantendo il corretto adempimento dei doveri ad essa connessi, sia il prestigio del singolo magistrato e dell'ordine giudiziario a cui i cittadini devono fiduciosamente potersi rivolgere, tutelando l'onestà e la competenza della professione giudiziaria³.

Al controllo disciplinare vengono essenzialmente riconosciute due funzioni: una funzione didattico-preventiva, volta ad orientare i comportamenti futuri dei magistrati e a prevenire possibili atti lesivi della funzione giudiziaria, e una funzione repressivo-sanzionatoria, intesa ad imporre una sanzione nei confronti del magistrato responsabile di una determinata violazione⁴. Nell'ambito della

² V. FANTACCHIOTTI *et al.*, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010.

³ CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, p. 46 e 65 ss.; ZAGREBELSKY, La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali, *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 418 ss.; ZANON - BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2006, p. 161.

⁴ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 65 ss.; ZANON - BIONDI, *op. cit.*, p. 165.

funzione repressiva, inoltre, il controllo disciplinare costituisce un importante strumento di selezione negativa dei magistrati poiché – potendo disporre anche di sanzioni con effetti espulsivi, come la rimozione dall'ufficio – è potenzialmente in grado di allontanare dal servizio le persone che non si sono dimostrate idonee allo svolgimento della funzione giudiziaria⁵. Il fondamento del potere disciplinare va ricercato, in base all'opinione prevalente, nell'interesse dello Stato alla tutela dell'imparzialità e dell'autonomia della funzione giudiziaria a garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini⁶.

Attualmente la responsabilità disciplinare dei magistrati di professione è regolata dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, emanato in attuazione della l. delega di riforma dell'ordinamento giudiziario 25 luglio 2005, n. 150. Il decreto n. 109 del 2006 ha dato un nuovo assetto alla materia, riformulando pressoché interamente la disciplina previgente e introducendo rilevanti novità, sia sul piano sostanziale (rispetto all'illecito e alla sanzione disciplinare), sia su quello processuale.

Com'è noto, la disciplina previgente era stata criticata essenzialmente per due ragioni. La prima era l'indeterminatezza della normativa di riferimento, che conferiva al giudice disciplinare ampia libertà nel decidere quali comportamenti punire e con quale tipo di sanzione. La seconda – una conseguenza della prima – era l'eccessiva indulgenza che di fatto aveva finito per caratterizzare i giudizi disciplinari, ampiamente dimostrata dalla netta prevalenza delle assoluzioni e delle condanne minime⁷. In tale sistema, il giudice disciplinare aveva assunto un doppio ruolo: quello di “legislatore”, quando stabiliva quali fossero in concreto i comportamenti punibili, e quello di giudice, quando era chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno della responsabilità dell'incolpato, irrogando se del caso una sanzione. La mancanza di terzietà del giudice derivante da tale cumulo di funzioni e l'ampia discrezionalità sono state considerate le principali cause dell'inefficacia del sistema disciplinare come strumento di controllo della condotta dei magistrati.

La novità più importante sul piano sostanziale è rappresentata dalla tipiz-

⁵ Il controllo disciplinare rientra tra le occasioni di selezione negativa che si riconnettono a eventi di tipo eccezionale e si affianca agli strumenti, per così dire, ordinari che sono legati a momenti particolari e ricorrenti della vita lavorativa del personale togato, DI FEDERICO, *Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati*, in PEDRAZZI *et al.*, *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976, p. 11 e 20 ss.

⁶ MELE, *op. cit.*, p. 98; DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2008, p. 148 s.

⁷ CAVALLINI, *op. cit.*, cap. II, par. 5.

zazione degli illeciti disciplinari. In luogo del previgente art. 18, r.d.lgs. n. 511 del 1946, che dava una definizione del tutto generica dell'illecito disciplinare, è stato introdotto un elenco tassativo dei comportamenti concretamente punibili⁸. Questo elenco costituisce un vero e proprio "codice disciplinare", valido sia per i giudici sia per i pubblici ministeri. In stretta connessione con la tipizzazione, va menzionata anche la predeterminazione per legge di sanzioni minime. Per alcuni illeciti di particolare gravità, infatti, la legge ha fissato una sanzione minima, al di sotto della quale il giudice disciplinare non può andare. Ad esempio, è punibile con una sanzione non inferiore alla censura il magistrato che disattende consapevolmente l'obbligo di astensione stabilito dalla legge o il magistrato che tiene comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti di parti, difensori, testimoni, o di chiunque abbia rapporti con lui nell'ambito dell'ufficio.

La tipizzazione non ha impedito però al legislatore di preservare alcuni spazi di discrezionalità rispetto all'applicazione dei nuovi illeciti. Di particolare rilievo, per es., è la disposizione che consente di escludere l'illecito per irrilevanza della condotta. È la stessa legge a prevedere espressamente che: "l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza" (art. 3-*bis*, d.lgs. n. 109 del 2006). Esiste poi un limite generale alla responsabilità del magistrato, contenuto nell'art. 2, comma 2°, secondo il quale: "l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare". Tale limite, volto a salvaguardare la libertà del giudice nell'attività sua propria di *ius dicere*, può risultare a tutt'oggi piuttosto controverso, soprattutto a séguito di alcune pronunce a livello comunitario relativamente alla responsabilità civile dei magistrati. Esso tuttavia non sembra avere valore assoluto in ambito disciplinare, tale cioè da escludere sempre e comunque una responsabilità del magistrato (v. oltre nel testo)⁹.

⁸ La definizione data dall'art. 18, r.d.lgs. n. 511 del 1946, era la seguente: "Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti".

⁹ V. la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea C-379-10. Tale sentenza, pur facendo riferimento alla responsabilità dello Stato (e non del giudice) per violazione del diritto dell'Unione europea imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, di fatto sembra indebolire la generale validità del principio di irresponsabilità del giudice per l'attività interpretativa delle norme o valutativa dei fatti e delle prove. Sul piano disciplinare, tuttavia, non sembra potersi affermare che la responsabilità del giudice sia esclusa in assoluto, poiché la giurisprudenza disciplinare sull'atto abnorme dimostra che vi sono state delle condanne, seppur

Per quanto riguarda il piano processuale, particolarmente dibattuta è stata l'introduzione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare in capo al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione. L'iniziativa disciplinare spetta, infatti, al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Cassazione, con la sola differenza che per il primo è discrezionale, mentre per il secondo è obbligatoria.

L'introduzione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare mira a limitare il potere discrezionale connesso all'iniziativa disciplinare, obbligando formalmente il Procuratore generale ad esercitare l'azione ogni qual volta egli venga a conoscenza di un fatto costituente illecito disciplinare. L'innovazione ha sollevato diverse critiche da parte dei magistrati e del Consiglio superiore della magistratura (Csm), preoccupati del possibile moltiplicarsi degli esposti disciplinari e della conseguente mole di lavoro che si sarebbe riversata sulla Sezione disciplinare, proprio a causa della mancanza di filtri contro le eventuali denunce persecutorie o pretestuose (che potrebbero per esempio provenire dalle parti del processo, per il solo fatto di essere risultate soccombenti)¹⁰. In realtà, l'obbligatorietà è stata di fatto temperata dalla facoltà attribuita allo stesso Procuratore generale di archiviare direttamente il procedimento.

Il Procuratore generale, infatti, può procedere direttamente all'archiviazione del procedimento in una serie di ipotesi: quando il fatto non costituisce condotta rilevante ai fini disciplinari (poiché ritenuto "di scarsa rilevanza" ai sensi dell'art. 3-bis sopra citato), se il fatto forma oggetto di denuncia non circostanziata, quando il fatto non rientra in nessuna delle fattispecie previste dalla legge e, infine, se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. L'archiviazione, tuttavia, è subordinata all'accettazione implicita del Ministro della giustizia. La legge prevede infatti che il provvedimento di archiviazione sia comunicato al Ministro, il quale può richiedere al presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando lui stesso l'incolpazione.

L'archiviazione pertanto acquista efficacia solo se il Ministro della giustizia non avanza richiesta di rinvio a giudizio. In questo modo, la facoltà di archiviare

in casi estremi di "grossolane e macroscopiche violazioni di legge", "uso anomalo e scorretto di uno strumento processuale", ecc. Va anche tenuto presente che il nuovo codice disciplinare ha previsto alcuni illeciti che in vario modo fanno riferimento alla violazione di legge (v. oltre, par. 4). Quindi, sul fronte disciplinare non vi sono le stesse problematiche denunciate dalla Corte europea con riferimento alla l. 117 del 1988, quanto meno rispetto alla concreta applicazione del principio in parola.

¹⁰ I magistrati e il loro organo di governo si erano, già da tempo, dimostrati favorevoli all'introduzione della tipizzazione degli illeciti, ma non a quella dell'obbligatorietà incondizionata dell'azione disciplinare, cioè priva di adeguati filtri, v. ROSSI, Il potere disciplinare, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Torino, 2001, p. 78 ss.

concessa al Procuratore generale costituisce una specie di filtro che funge da contrappeso all'obbligo di esercitare l'azione disciplinare. Infatti, se con l'introduzione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare il Procuratore generale si è visto formalmente togliere il proprio potere discrezionale in merito all'iniziativa, con l'attribuzione della facoltà di archiviazione immediata recupera un importante momento di discrezionalità, condizionato solo dall'eventuale intervento del Ministro della giustizia.

3. *Il codice disciplinare e i suoi effetti sulla giurisprudenza: i ritardi dei magistrati nello svolgimento di attività dovute*

Non potendo in questa sede dare atto della copiosa giurisprudenza della Sezione disciplinare del Csm, ci si limiterà ad alcune osservazioni in merito a due fattispecie illecite: i ritardi dei magistrati nell'esercizio di attività dovute e gli illeciti nell'esercizio dell'attività giurisdizionale (i c.d. atti abnormi)¹¹.

In base all'orientamento consolidato della Sezione disciplinare il semplice ritardo nell'adozione di provvedimenti giudiziari non costituisce, di per sé, illecito disciplinare. Il fatto illecito sorge soltanto qualora il ritardo dipenda da negligenza o neghittosità, cioè sia sintomo di inerzia, scarsa operosità, indolenza del magistrato e non trovi giustificazione in situazioni di forza maggiore o altri impedimenti a lui non imputabili. Secondo la Sezione disciplinare infatti: "non il ritardo in sé (anche se notevole e grave) contrasta con i doveri del magistrato, ma la condotta neghittosa di cui quel ritardo costituisca effetto e manifestazione senza trovare cause di giustificazione, quali ad esempio un negativo stato di salute o di famiglia del magistrato, il notevole carico di lavoro di cui egli sia gravato e le particolari situazioni di difficoltà dell'ufficio in cui abbia operato"¹². Il ritardo va quindi valutato con riferimento alla complessiva situazione lavorativa del magistrato e cioè sia sotto il profilo quantitativo e qualitativo dell'attività svolta, sia sotto quello dell'organizzazione dell'ufficio, sia, infine, con riguardo ad eventi soggettivi idonei comunque ad influire sulla produttività¹³.

Di regola, proprio per la configurazione che gli è stata data, il ritardo è sanzionabile quando è imputabile ad un magistrato poco laborioso, indolente e

¹¹ Per informazioni e approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza disciplinare in relazione ai vari illeciti, v. CAVALLINI, *op. cit.*, cap. IV ss.

¹² V., per tutte, Sez. disc., 13 ottobre 2000, n. 142 (proc. n. 35/00).

¹³ Sez. disc., 12 luglio 2002, n. 87.

neghittoso. Viceversa, l'elevata produttività del magistrato generalmente elide quel collegamento ritardo-neghittosità necessario a configurare la responsabilità disciplinare. Nel giudizio volto ad accertare la responsabilità del magistrato un fattore di primaria importanza è costituito dunque dalla valutazione della produttività del magistrato.

In concreto, però, la produttività rappresenta un elemento "critico" del giudizio disciplinare perché il lavoro del magistrato non è facilmente misurabile mediante parametri chiari e obbiettivi. Solitamente, per escludere la responsabilità dell'incolpato è richiesta una produttività superiore alla media, ma in varie occasioni è stata sufficiente una produttività "discreta", "nella media dell'ufficio", "non straordinariamente elevata ma molto prossima alla normale accettabilità". La media, comunque, è sempre riferita all'ufficio di appartenenza del magistrato, per cui può variare da un ufficio all'altro. La produttività, inoltre, deve essere generale e omogenea così da evidenziare anche una capacità organizzativa del magistrato, che si dimostra in grado di assicurare un buon rendimento in tutti i settori in cui è impiegato¹⁴.

In passato, le sanzioni più gravi (perdita di anzianità e censura) hanno coinvolto solitamente magistrati che, oltre ad essere incorsi in gravi e prolungati ritardi, hanno mostrato di essere recidivi e nel complesso poco produttivi e poco organizzati nella gestione del lavoro. Il ritardo si configura quindi come un fenomeno "cronico e perdurante" nella vita lavorativa del magistrato. Le assoluzioni, invece, hanno per lo più fatto riferimento alla buona produttività del magistrato (superiore o comunque nella media dell'ufficio), spesso in concorso con altre cause di giustificazione, come il carico di lavoro eccessivo e la carenza di organico; la pluralità delle funzioni svolte dal magistrato; l'assunzione di altre funzioni comunque connesse agli obblighi di servizio (come ad es. la partecipazione alla commissione giudicatrice agli esami di avvocato); la mancata lesione al prestigio dell'ordine giudiziario; l'impegno comunque manifestato dall'incolpato (è il caso di quei magistrati che, nelle more del procedimento disciplinare, sono riusciti a sanare i ritardi contestati) ecc. Nel complesso delle valutazioni della Sezione disciplinare compare spesso anche un riferimento alla stima di cui gode il magistrato incolpato, ai giudizi positivi espressi sul suo conto dal dirigente dell'ufficio, dal Consiglio giudiziario o dal Csm, agli elogi dei colleghi o al generale apprezzamento degli utenti.

¹⁴ Per approfondimenti v. CAVALLINI, *op. cit.*, cap. IV. Nel periodo 1998-2009 sono state rinvenute 388 sentenze disciplinari in materia di ritardi, di cui 92 condanne e 296 assoluzioni/proscioglimenti.

In questo contesto si è inserita la riforma del 2006. In base al nuovo d.lgs. n. 109 del 2006 (art. 2, comma 1°, lett. q), costituisce illecito disciplinare “il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell’atto”. A questa tipologia di illecito è applicabile una sanzione non inferiore alla censura.

L’esame delle prime sentenze che applicano la nuova disciplina rivela la presenza di vari elementi di continuità con il passato; il permanere di ampi spazi di discrezionalità nella definizione dell’illecito; un trattamento sanzionatorio più severo, nel senso che in caso di condanna non può più essere disposto l’ammnimento.

Le nuove sentenze sembrano porsi sostanzialmente in una linea di continuità con il passato. La tendenza è quella di interpretare i nuovi illeciti recuperando i criteri già utilizzati dalla giurisprudenza precedente. Le nuove pronunce infatti, come in passato, escludono l’illecito qualora il ritardo non sia indice di negligenza o indolenza del magistrato e appaia invece giustificato da una o più circostanze, come le insufficienze di organico, il gravoso carico di lavoro, la pluralità di funzioni svolte e, soprattutto, la produttività superiore alla media¹⁵. Ciò è possibile in quanto la nuova norma richiede che il ritardo, per essere punibile, debba essere ingiustificato (oltre che grave e reiterato), consentendo così l’ingresso nel giudizio disciplinare di tutte quelle cause di giustificazione già ammesse dalla giurisprudenza precedente.

Vi sono però anche dei fattori di novità, tra cui l’idea di separare la valutazione sui ritardi da quella sulla laboriosità (essendo due condotte che integrano fattispecie illecite diverse)¹⁶ e la maggiore attenzione verso la capacità di autoorganizzazione del magistrato, ritenuta “un’essenziale qualità della sua indipendenza”. Con riguardo a quest’ultimo punto, viene sottolineato che il magistrato, nell’ambito delle regole del suo ufficio, ha un’ampia capacità di determinare i tempi del proprio lavoro e la possibilità di gestire il proprio ruolo in modo professionale e non burocratico. Egli, di conseguenza, “è responsabile del suo risultato professionale e dunque del rispetto delle regole del processo”, ivi inclusi i tempi destinati alla redazione dei provvedimenti¹⁷.

¹⁵ Sez. disc., 23 gennaio 2009, n. 17 (proc. n. 81/08).

¹⁶ Sez. disc., 15 febbraio 2008, n. 11.

¹⁷ Non vale dunque ad escludere l’addebito disciplinare l’affermazione secondo cui il giudice avrebbe concentrato la propria attenzione sul momento della decisione, piuttosto che su quello della redazione dei provvedimenti, prendendo in carico anche processi per quali sapeva

Da ultimo, è interessante notare che alcuni procedimenti in materia di ritardi hanno riguardato la tardiva scarcerazione dell'indagato sottoposto a custodia cautelare. La ricerca effettuata ha messo in luce che su 47 procedimenti rinvenuti negli anni 1998-2009 riguardanti persone che hanno subito la protrazione ingiustificata del proprio stato detentivo (nella maggior parte dei casi per mancata scarcerazione a seguito dello scadere dei termini massimi di custodia cautelare), solo quattro si sono conclusi con la condanna del magistrato che non ha provveduto alla scarcerazione. Queste quattro condanne, peraltro, consistono in tre ammonimenti e una perdita di anzianità¹⁸.

In tutti gli altri casi il magistrato (pm o gip) è stato assolto sulla base di varie motivazioni, quali la singola dimenticanza, l'eccessivo carico di lavoro, l'unicità dell'episodio, i pareri positivi che il Consiglio giudiziario ha espresso in occasione delle valutazioni per le promozioni, la mancata disponibilità materiale del fascicolo processuale. Così facendo, la Sezione disciplinare ha negato qualsiasi responsabilità in capo al pm e al gip per la gestione dell'indagato detenuto, con grave pregiudizio per la libertà individuale del singolo cittadino. Il giudice disciplinare non sembra aver percepito la gravità di tali violazioni, che incidono direttamente sul bene primario della libertà personale.

4. (Segue) *Gli illeciti nell'esercizio dell'attività giurisdizionale (c.d. atti abnormi)*

Il tema in questione è molto delicato e si ricollega al noto problema dei limiti del sindacato disciplinare sull'attività giurisdizionale posta in essere dal magistrato, tenuto conto che, secondo le disposizioni generali in materia di responsabilità, l'attività di interpretazione delle norme e di valutazione del fatto e delle prove non può dare luogo a responsabilità¹⁹. Tali attività, infatti, rappresentano l'essenza stessa della giurisdizione e sono espressione della libertà di coscienza e di giudizio del magistrato, del suo libero apprezzamento e della sua incondizio-

che non avrebbe potuto provvedere in tempo. Sez. disc., 20 febbraio 2009, n. 29 (proc. n. 65/08). In realtà, sulla capacità di auto-organizzazione del magistrato l'orientamento giurisprudenziale non è molto chiaro.

¹⁸ Dei 388 procedimenti in materia di ritardi, 47 riguardano ritardi nella scarcerazione degli indagati. Per approfondimenti v. CAVALLINI, *op. cit.*, cap. IV, par. 5 e 7.

¹⁹ V. l'art. 2, comma 2°, l. n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati e l'art. 2, comma 2°, d.lgs. n. 109 del 2006 sulla responsabilità disciplinare, nonché l'art. 101, comma 2°, Cost.

nata valutazione degli elementi di fatto e di diritto, per cui ogni tentativo di rendere il magistrato responsabile per un'attività che deve essere libera e priva di condizionamenti appare illegittimo²⁰. Esse, tuttavia, non possono trasformarsi in un privilegio incondizionato e nella assoluta irresponsabilità del giudice per i giudizi emessi, per cui anche l'attività di giudizio può essere sindacabile entro certi limiti, quando un errore o una manchevolezza del giudice siano dovuti a dolo o negligenza.

In particolare, secondo la giurisprudenza disciplinare, ciò che è censurabile è l'erronea interpretazione e applicazione delle norme dovuta a trascuratezza o inerzia nell'esame delle questioni giuridiche o nella valutazione delle situazioni di fatto. In tal caso, infatti, "non viene censurato il risultato di un'attività intellettuale del giudice ma l'insufficienza di una attività dovuta, e cioè l'inosservanza del dovere di impiegare la massima diligenza nell'esercizio della propria funzione al fine di ridurre al minimo la possibilità di errore". L'accertamento di tale negligenza richiede la considerazione delle circostanze di fatto in cui i magistrati si sono trovati ad agire, della novità e difficoltà dei problemi giuridici affrontati, dello stato della giurisprudenza e della dottrina, della motivazione che il provvedimento presenta a giustificazione della soluzione adottata, in modo da potersi concludere che il magistrato sia venuto meno ai suoi doveri di ufficio, perché l'impiego di cultura e diligenza medie avrebbe consentito di evitare l'errore²¹. Solo in questi casi, dunque, l'attività giurisdizionale è sindacabile dalla Sezione disciplinare.

Il concetto principale che la giurisprudenza disciplinare ha elaborato per sanzionare la mancanza di diligenza nell'attività di giudizio è quello di atto anormale. Anormale è il provvedimento che non corrisponde a nessuna delle tipologie previste dai codici di rito, ovvero, secondo una definizione più articolata, che si discosta "non solo dalla previsione di determinate norme ma anche dall'intero sistema organico della legge processuale, tanto da porsi come atto insuscettibile di ogni inquadramento normativo e da risultare impreveduto e imprevedibile rispetto alla tipizzazione degli atti processuali compiuta dal legislatore [...] Esso rappresenta un'evenienza del tutto eccezionale essendo emesso in assoluta carenza di potere, oltre che con radicale divergenza dagli schemi e dai principi ispiratori dell'ordinamento processuale"²².

²⁰ BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, p. 291.

²¹ V., fra le tante, Sez. disc., 18 aprile 1997, n. 60 (proc. n. 4-107/1996); 15 maggio 1998, n. 73 (proc. n. 27/1998); 8 giugno 2001, n. 74 (proc. n. 124/2000).

²² V. per tutte Sez. disc., 8 novembre 2002 (proc. n. 107/2002) con riferimenti anche alla giurisprudenza passata. Nel periodo 1991-2009 (v. CAVALLINI, *op. cit.*, cap. V) sono state rinve-

Per esempio, è stato considerato abnorme l'uso anomalo e scorretto di uno strumento processuale al di fuori dei presupposti previsti dalla legge o per erronea valutazione dei presupposti di fatto²³. Provvedimenti abnormi sono anche quelli che, andando al di là delle mere esigenze processuali, rivelano mancanza di imparzialità e correttezza nell'esercizio delle funzioni. Viceversa, la responsabilità disciplinare va esclusa sia per difetto degli elementi oggettivi dell'illecito (non sono abnormi i provvedimenti che rientrano nei poteri processuali tipici del magistrato), sia per carenza dell'elemento soggettivo, in forza del principio di diritto secondo cui non costituisce illecito disciplinare la commissione di un errore scusabile²⁴. L'errore scusabile è forse il motivo di assoluzione più ricorrente e su di esso si è formata una variegata giurisprudenza disciplinare²⁵. Esso può derivare da una molteplicità di cause, tra cui, per es.: l'incertezza della questione interpretativa che il giudice ha dovuto affrontare (di regola l'atto non è abnorme se "l'interpretazione prescelta dal giudice trova fondamento nella dottrina o giurisprudenza – anche minoritaria – e rivela l'esistenza di una questione interpretativa su cui non vi è concordia di vedute"); la complessità e l'elevata difficoltà tecnica delle questioni giuridiche da risolvere; la buona fede dell'incolpato²⁶.

Gli illeciti previsti dal nuovo d.lgs. n. 109 del 2006 che in vario modo attengono all'attività giurisdizionale sono: la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile; l'emissione di provvedimenti privi di motivazione²⁷; l'adozione di provvedimenti in casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali; l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo; l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza;

nute 54 sentenze disciplinari in materia di "atti abnormi", di cui 23 condanne e 31 assoluzioni/proscioglimenti.

²³ Sez. disc., 10 aprile 1992 (proc. n. 63 e 80/1991).

²⁴ V. per tutte Sez. disc., 5 ottobre 2000, n. 141 (proc. n. 78/2000).

²⁵ CAVALLINI, *op. cit.*, cap. V.

²⁶ Sez. disc., 8 giugno 2001, n. 74, proc. n. 124/2000.

²⁷ Ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge.

l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.

Le fattispecie sopra elencate rappresentano pur sempre delle eccezioni al generale principio secondo cui l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare, espressamente ribadito anche nel nuovo codice disciplinare.

Rispetto alla precedente definizione di atto abnorme, vi è sicuramente una maggiore specificazione dei comportamenti sanzionabili, che vengono articolati in diverse fattispecie. Tra di essi sono certamente riconoscibili molti di quei comportamenti che già in passato consentivano in via eccezionale il sindacato disciplinare sull'attività giurisdizionale. Dalle nuove sentenze emerge invero un principio generale: l'ambito di interpretazione della legge immune dal vaglio disciplinare "deve comprendere l'intera area della discutibilità, mentre costituisce una violazione di legge tutto ciò che rientra nella palese indiscutibilità". L'errore nell'interpretazione di norme può dunque essere sanzionato solo quando sia la conseguenza di una grave e inescusabile negligenza e non invece quando derivi da una "consapevole scelta interpretativa, pur opinabile, non ortodossa, o del tutto minoritaria, purché non si ponga del tutto al di fuori del sistema ordinamentale". Peraltro l'aggettivo "grave", utilizzato in diverse fattispecie incriminative, deve essere inteso non solo in riferimento all'importanza della norma e all'entità del danno prodotto, ma anche "alla gravità dell'errore e quindi al suo carattere macroscopico, palese, evidente e ingiustificabile, al di là di ogni ragionevole dubbio e possibile discussione, e quindi per ciò solo inescusabile"²⁸.

L'analisi casistica rivela come, di fatto, la valutazione dell'errore inescusabile sia ancora legata alla discrezionalità del giudice disciplinare. Nei primi casi affrontati dal giudice disciplinare si ritrovano molti dei concetti "tradizionali" come atto abnorme, buona fede, negligenza inescusabile; le condanne sono poche e generalmente contenute in censura e ammonimento; le cause di giustificazione hanno il contenuto più vario e ammettono ampia discrezionalità²⁹. Peraltro, il compito della Sezione disciplinare, cioè lo stabilire quando ci si trovi nell'area della legittima interpretazione delle norme di diritto o, viceversa, in presenza di una violazione di legge, è divenuto ancora più complesso con l'aumento della "creatività" del giudice, il quale può scegliere tra più interpretazioni parimenti legittime e suffragare la propria decisione con una o più sentenze

²⁸ Sez. disc., 19 dicembre 2008, n. 4 (proc. n. 84/2007) e 27 giugno 2008, n. 71 (proc. n. 17/2008).

²⁹ CAVALLINI, *op. cit.*, cap. V.

della Corte di Cassazione. Anche il solo riferimento a una giurisprudenza minoritaria, purché consapevole e ragionato, può bastare ad escludere l'illecito. Quindi solo i casi veramente gravi di iniziative al di fuori della propria competenza o di provvedimenti al di là di ogni schema processuale vengono di fatto sanzionati. Si è visto inoltre che l'oggetto del giudizio della Sezione disciplinare non è tanto l'atto o il provvedimento in sé, quanto la diligenza, la perizia, l'impegno e lo studio impiegati dal magistrato nell'adottare il provvedimento. Ciò è dimostrato anche dal fatto che l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento che si assume abnorme (cioè annullamento da parte della Cassazione per violazione di legge) non influisce, di per sé, sulla valutazione disciplinare che può benissimo escludere l'illecito nonostante l'avvenuto annullamento giurisdizionale. Il giudizio disciplinare dunque non è preordinato ad assicurare il rispetto della legge (non è infatti un "terzo grado" di giudizio); la violazione di legge è solo l'elemento da cui partire per valutare l'eventuale violazione della diligenza richiesta al magistrato nell'adempimento della funzione giurisdizionale, da intendersi in senso ampio come impegno, cura, dedizione e precisione nell'esercizio della giurisdizione.

5. Alcuni rilievi derivanti dall'analisi dei casi concreti

L'analisi dei procedimenti disciplinari serve non solo a valutare l'applicazione concreta delle varie tipologie di illecito, ma anche ad individuare con più precisione l'oggetto e le finalità del controllo disciplinare, le problematiche più ricorrenti, il funzionamento del procedimento disciplinare. Si riportano qui di séguito alcune questioni di particolare rilievo che sono emerse proprio dall'analisi dei casi concreti. Esse riguardano, nello specifico: la tutela dei diritti dei cittadini nel procedimento disciplinare; la maggiore o minore severità della nuova disciplina rispetto alla precedente; la tassatività degli illeciti; gli effetti dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare. Vediamone brevemente il contenuto³⁰.

La prima questione attiene senza dubbio all'oggetto e ai limiti del controllo disciplinare. Secondo la dottrina prevalente, la disciplina tutela il corretto esercizio della funzione giudiziaria, a garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini³¹. La disciplina, in realtà, come emerge dai casi concreti, ha come oggetto la

³⁰ Per maggiori approfondimenti v. CAVALLINI, *op. cit.*

³¹ V. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2008, p. 148 s.

valutazione del comportamento del magistrato e come fine diretto la tutela dei valori della professione giudiziaria (imparzialità, diligenza, riserbo, prestigio, ecc.), *tenuto conto del contesto in cui la professione viene svolta e delle caratteristiche del magistrato incolpato*. Sicuramente, il rispetto dei doveri connessi alla funzione giudiziaria va indirettamente a beneficio anche dei diritti dei cittadini che alla giurisdizione sono sottoposti. Di fatto però non sempre ciò avviene poiché la violazione di diritti fondamentali dei cittadini non sembra avere, di per sé, un peso determinante nella valutazione della gravità dell'illecito commesso.

Questo aspetto emerge in primo luogo dalla peculiare struttura del procedimento disciplinare e, in particolare, dal fatto che la persona offesa da un (presunto) comportamento illecito del magistrato, e quindi colui che ha subito la lesione di un proprio diritto e che invia la segnalazione alle autorità disciplinari³², non partecipa al procedimento disciplinare, non può intervenire per far valere le proprie ragioni, né viene in alcun modo informato dell'esito dell'esposto presentato (archiviazione o rinvio a giudizio). Ciò deriva dalla "scelta del legislatore di configurare l'illecito disciplinare dei magistrati come lesivo esclusivamente dell'interesse pubblico alla credibilità dell'ordine giudiziario"³³ e non anche come tutela del singolo³⁴.

Oltre a tale fatto, l'analisi delle sentenze ha messo in evidenza che, talvolta, nel giudizio di bilanciamento tra le varie circostanze che caratterizzano il caso concreto la lesione di un diritto fondamentale del cittadino soccombe di fronte ad altre esigenze di tutela della professione giudiziaria. In questi casi, i diritti fondamentali non sembrano trovare un riconoscimento neanche indiretto, poiché il giudice disciplinare non sanziona in alcun modo, o non sanziona in modo adeguato, i comportamenti del magistrato che quei diritti hanno violato. Si è visto, per esempio, che su 47 procedimenti riguardanti persone che hanno subito la protrazione ingiustificata del proprio stato detentivo, solo 4 si sono conclusi con la condanna del magistrato che non ha provveduto alla scarcerazione³⁵. Leggendo questi casi, non è facile sostenere che il controllo disciplinare

³² Ad es. l'avvocato che è stato offeso in pubblico dal magistrato, con conseguente danno alla propria immagine e reputazione, il privato che ha atteso oltre il dovuto la pronuncia della sentenza nei suoi confronti, ecc.

³³ Sez. disc., 13 luglio 2004, n. 67 (proc. n. 100/2002).

³⁴ Solo di recente (v. intervento del Procuratore generale della Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011), la Procura generale sembra aver adottato un nuovo orientamento sul punto, sebbene la legge nulla dica al riguardo, impegnandosi a comunicare "a coloro che ne facciano richiesta e che siano portatori di un interesse qualificato (privato esponente, magistrato coinvolto) il provvedimento conclusivo del procedimento (disciplinare)".

³⁵ V. *supra* il par. sui ritardi dei magistrati.

sia volto a garantire il corretto esercizio della professione, a tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

Altra questione di particolare rilievo attiene al dibattito sulla maggiore o minore severità della nuova disciplina rispetto alla precedente.

Di regola, come si evince dalle sentenze disciplinari, la vecchia disciplina è considerata più favorevole al magistrato incolpato perché più discrezionale, sia nella determinazione dell'illecito, sia nella determinazione della sanzione. Dato che uno degli elementi costitutivi dell'illecito era la lesione del prestigio dell'ordine giudiziario, l'illecito veniva generalmente escluso, pur se accertato nella sua materialità, quando il comportamento non aveva avuto alcuna ripercussione sul prestigio del magistrato, valutazione, questa, di fatto rimessa alla discrezionalità della Sezione disciplinare. La legge poi non prevedeva sanzioni minime per le varie tipologie di illecito, per cui anche la decisione sulla misura della sanzione era rimessa al libero apprezzamento del collegio disciplinare. La nuova disciplina, invece, è considerata meno favorevole all'incolpato perché fissa in maniera più puntuale e rigorosa i limiti dell'illecito deontologico, circoscrivendo maggiormente la discrezionalità del giudice.

In realtà, ad un esame più attento, si nota che la maggiore precisione dell'illecito non rappresenta affatto un fattore negativo, anzi aumenta la certezza e la conoscibilità dell'illecito per una migliore tutela dell'indipendenza del magistrato. Né va necessariamente a sfavore del magistrato. Infatti, visto che l'illecito è definito attraverso elementi più puntuali, tutti questi elementi devono sussistere nel caso di specie, altrimenti l'illecito deve essere escluso. Peraltro anche le nuove norme consentono spazi di discrezionalità al giudice disciplinare, discrezionalità dunque che è stata ridotta rispetto al passato ma non eliminata.

Una sentenza disciplinare coglie proprio questo aspetto e individua nelle nuove norme la disciplina più favorevole al magistrato incolpato. Essa, anzi, rileva che la nuova normativa "finisce per essere quasi sempre più favorevole all'incolpato" per una serie di ragioni. In primo luogo perché la tipizzazione tende a circoscrivere l'area dell'illecito rispetto all'onnicomprendente art. 18, r.d. n. 12 del 1941. In secondo luogo perché, sebbene le nuove condotte siano sanzionate indipendentemente dalla loro ricaduta sul prestigio dell'ordine giudiziario, "l'apparente maggior rigore è di fatto compensato dalla esclusione dell'illiceità disciplinare per i fatti di scarsa rilevanza" (art. 3-*bis*, d.lgs. n. 109 del 2006) e, comunque, il parametro della irrilevanza non potrà non tenere conto della ridotta ricaduta della condotta sul prestigio della funzione. Infine, aggiunge la Sezione disciplinare, in caso di lesione di diritti fondamentali di libertà, la disciplina più favorevole sembra essere senza dubbio quella nuova, poiché tale lesione, in

assenza di una reale giustificazione, è di per sé idonea a menomare il prestigio dell'ordine giudiziario, mentre la fattispecie tipizzata impone esplicitamente di valutare elementi ulteriori come la inescusabilità della negligenza o la riferibilità dell'errore ad ignoranza³⁶.

In definitiva, soprattutto per quegli illeciti a cui non è stata attribuita una sanzione minima, la nuova disciplina può rivelarsi più favorevole al magistrato incolpato.

Per quanto riguarda, invece, la tassatività o meno degli illeciti individuati dalla legge, considerato il procedimento di approvazione del d.lgs. n. 109 del 2006, caratterizzato dalla progressiva eliminazione di (quasi) tutte le norme di chiusura³⁷, l'elenco degli illeciti disciplinari dovrebbe considerarsi tassativo. Tale fatto, peraltro, è stato oggetto di varie critiche perché una tipizzazione troppo rigida porterebbe a cristallizzare nel tempo le fattispecie illecite, impedendo o rendendo più difficile un loro adeguamento o aggiornamento all'emergere di nuove esigenze sociali. Anche il Procuratore generale, nella relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2010 ha denunciato che: "la rigida tipizzazione degli illeciti disciplinari e la mancanza di clausole di chiusura non consente di perseguire talune condotte, soprattutto extrafunzionali, idonee a ledere la credibilità del magistrato e a compromettere l'autorevolezza dell'amministrazione della giustizia quanto, e a volte più, di quelle tipizzate"³⁸.

In concreto, però, la tassatività degli illeciti sembra trovare una serie di correttivi. Il dibattito dottrinale, innanzitutto, ha posto l'accento sull'art. 1, d.lgs. n. 109 del 2006 che, indicando i doveri ai quali il magistrato dovrà uniformare la propria condotta, costituisce un esempio di clausola di chiusura tipica delle forme di tipizzazione tendenzialmente rigide. Quindi, stando a queste tesi, ogni comportamento ulteriore, oltre a quelli tipizzati dalla legge, che contravviene ai doveri di imparzialità, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio potrebbe ricadere nelle maglie dell'illecito. Sarà interessante vedere se e come questa lettura sarà accolta dalla giurisprudenza e se effettivamente i titolari dell'azione disciplinare si serviranno di tale norma per perseguire condotte non tipizzate.

Particolarmente critico è poi il significato da attribuire all'art. 3-bis, d.lgs. n. 109 del 2006 (non punibilità dei fatti di scarsa rilevanza). Secondo la Se-

³⁶ Sez. disc., 18 maggio 2007, n. 58 (proc. n. 81/06) relativa alla presunta violazione dell'art. 2, comma 1°, lett. g (grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile).

³⁷ Ad eccezione di quella prevista per gli illeciti conseguenti a reato.

³⁸ Intervento del Procuratore generale della Corte di Cassazione, dott. Esposito, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010, in www.giustizia.it.

zione disciplinare, con il ricorso alla tipizzazione il legislatore ha provveduto sì, *ex ante*, all'individuazione dei fatti potenzialmente lesivi del bene giuridico tutelato, ma introducendo la norma di cui all'art. 3-*bis* "ha lasciato al giudice il compito di verificare se, *ex post* ed in concreto, una tale lesione vi sia stata". Ciò consente di interpretare la norma in esame alla luce del principio di offensività. Tale principio si afferma nel nuovo sistema disciplinare proprio attraverso una norma di portata generale che rende non punibile il fatto conforme al modello legale ma in concreto inoffensivo³⁹. Questa interpretazione, prosegue il collegio, "permette di temperare le rigidità di un sistema fondato sulla tipizzazione e sull'obbligatorietà dell'azione disciplinare"⁴⁰.

Da ultimo, altre ragioni che sembrano "allentare" la rigidità della tipizzazione derivano sia dal modo in cui molti illeciti sono formulati sia dal modo in cui essi vengono interpretati dalla giurisprudenza.

Prendendo ad esempio la norma, già esaminata, sul ritardo del magistrato nell'adempimento delle proprie funzioni, il ritardo sanzionabile è quello reiterato, grave e ingiustificato. Solo il significato di gravità viene precisato in modo più puntuale dalla legge, mentre gli altri due aggettivi utilizzati, e soprattutto l'aggettivo "ingiustificato", sono lasciati alla libera interpretazione dell'interprete. Ma anche in merito alla gravità dei ritardi, la Sezione disciplinare ha già affermato che se, da un lato, il ritardo si presume non grave quando non eccede il triplo dei termini previsti, dall'altro ciò non significa che nell'ipotesi opposta (ritardo eccedente il triplo dei termini previsti) si sia necessariamente in presenza di un ritardo grave. La gravità del ritardo deve essere apprezzata caso per caso⁴¹. Ciò dimostra quanto la discrezionalità del giudice disciplinare possa ancora influire sulla determinazione dell'illecito, nonostante l'avvenuta tipizzazione.

³⁹ Un'offesa al bene giuridico quindi "è sempre necessaria perché si abbia un illecito, pur in presenza di un fatto astrattamente integrante il modello tipico corrispondente alla fattispecie legale".

⁴⁰ L'art. 3-*bis*, quando stabilisce che il fatto, per esser meritevole di sanzione, non deve essere di scarsa rilevanza, all'evidenza richiede un elemento ulteriore e comune alle condotte descritte nelle singole fattispecie". Nel caso di specie, il giudice disciplinare individua il bene giuridico tutelato dalle norme disciplinari nell'"immagine del magistrato", espressione che richiama sinteticamente quelle utilizzate in precedenza (prestigio, decoro, credibilità), posto che è chiaramente riferibile al magistrato "modello". Quindi, per tutte le fattispecie occorrerà verificare se dagli atti risultino elementi tali da poter "ritenere, nello specifico, il fatto di scarsa rilevanza in ordine alla sua potenzialità di compromissione dell'immagine del magistrato, con conseguente applicabilità dell'art. 3-*bis*". Sez. disc., 17 ottobre 2008, n. 116 (proc. n. 58/2008).

⁴¹ Sez. disc., 15 febbraio 2008, n. 11 (proc. n. 59/07). V. *supra*, il par. 3.1.

La discrezionalità, viceversa, appare decisamente ridimensionata con riguardo alla determinazione della sanzione, soprattutto con riferimento agli illeciti per cui la legge prevede una sanzione minima. I ritardi, ad es., ora sono punibili con una sanzione non inferiore alla censura e, poiché sono gli illeciti più ricorrenti, hanno probabilmente determinato un inasprimento delle sanzioni che, secondo i dati del Csm, si è verificato negli anni 2009 e 2010⁴². La determinazione della sanzione rappresenta quindi l'ambito in cui la riforma sembra avere effettivamente ridotto la discrezionalità della Sezione disciplinare, a vantaggio di una maggiore oggettività.

Il discorso sulle sanzioni deve però sempre tener presente che per la maggioranza degli illeciti non è fissata alcuna sanzione minima e che il vincolo della sanzione potrebbe essere facilmente "aggirato" al momento della scelta dell'incolpazione. Per esempio, ci sono casi in cui fatti di ritardo nella scarcerazione dell'indagato vengono classificati (in modo discutibile) come violazioni di legge, ai sensi dell'art. 2, comma 1°, lett. g), illecito che non prevede alcuna sanzione minima⁴³.

Meritano attenzione, infine, alcuni dati relativi al procedimento disciplinare e, in particolare, all'obbligatorietà dell'azione disciplinare. Secondo le informazioni fornite dalla Procura generale in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, 2010 e 2011⁴⁴, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare ha di fatto incontrato un significativo temperamento nella facoltà di archiviazione diretta del Procuratore generale.

Il Procuratore generale ha rilevato infatti che: "contrariamente a talune pessimistiche previsioni, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare non ha comportato un abnorme incremento dei procedimenti disciplinari, in conseguenza dell'afflusso alla Procura generale di una massa enorme e indiscriminata di esposti e/o denunce di privati, ovvero di rapporti di pubbliche autorità"⁴⁵. Ciò è stato possibile soprattutto grazie all'art. 16, comma 5°-bis, che consente l'archiviazione diretta nei casi in cui sia chiaramente da escludere che il fatto addebitato

⁴² Negli anni 2009 e 2010, infatti, per la prima volta le censure superano gli ammonimenti, invertendo una tendenza pressoché costante nella giurisprudenza disciplinare, che ha sempre visto, tra le condanne, la netta prevalenza degli ammonimenti su ogni altro tipo di sanzione. V. le Relazioni annuali sull'attività del Csm (predisposte per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010 e 2011).

⁴³ Sez. disc., 10 ottobre 2008, n. 110 (proc. n. 29/08); 10 ottobre 2008, n. 111 (proc. n. 30/08).

⁴⁴ Dati relativi, rispettivamente, al 2008, 2009 e 2010.

⁴⁵ Intervento del Procuratore generale, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, cit., p. 27 ss.

sussista o abbia rilevanza disciplinare.

Nell'anno 2009 sono pervenute alla Procura generale oltre 1.400 notizie (di cui 564 originate da esposti da privati) e solo il 6% circa di esse ha dato luogo all'inizio di un procedimento disciplinare, mentre nel restante 94% dei casi vi è stata l'archiviazione⁴⁶. In totale nell'anno 2009 sono state esercitate 185 azioni disciplinari, con un incremento del 23% rispetto all'anno precedente. L'aumento ha tratto origine, secondo il Procuratore generale, dal consistente aumento delle azioni promosse dal Ministro⁴⁷. Non molto diversi sono i dati del 2010 (92% di archiviazioni).

I dati forniti mostrano dunque che il meccanismo dell'archiviazione diretta ha prodotto i suoi effetti in modo massiccio, tanto che c'è da chiedersi se veramente si possa parlare di obbligatorietà dell'azione disciplinare in capo al Procuratore generale. Il Procuratore, inoltre, imputa l'aumento delle azioni disciplinari ad un maggior attivismo del Ministro della giustizia e non, di per sé, all'introduzione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare.

6. Conclusioni

Le novità introdotte dalla riforma del 2006 vanno senz'altro lette in un'ottica positiva, sia in relazione alla funzione didattico-preventiva della responsabilità disciplinare, sia a quella repressivo-sanzionatoria.

La prima è stata senza dubbio rafforzata dalla codificazione degli illeciti che ha reso più certe e chiare le fattispecie disciplinari e, di conseguenza, i comportamenti in concreto esigibili dai magistrati. Il codice disciplinare svolge infatti una funzione proattiva, nel senso che, rendendo espliciti i comportamenti punibili, aiuta i magistrati ad evitarli. In questo modo è stata anche limitata rispetto al passato la discrezionalità degli organi disciplinari, sia nell'instaurazione del procedimento sia nel giudizio disciplinare, poiché gli illeciti perseguibili ora sono solo quelli espressamente indicati dalla legge.

Anche la seconda è stata rafforzata sul piano normativo. Le novità introdotte

⁴⁶ Intervento del Procuratore generale in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010, cit., p. 28 e 47 s. Il dato si riferisce al momento in cui la notizia di illecito è pervenuta alla Procura generale, ma non è detto che le relative azioni (nella percentuale del 6% sopra menzionata) abbiano tutte avuto inizio nel 2009. Alcune potrebbero essere state esercitate nel 2010.

⁴⁷ Che hanno registrato, secondo i dati della Procura generale, un aumento del 131% rispetto all'anno precedente. Mentre le azioni esercitate dalla Procura generale, sempre secondo la sua rilevazione, sono diminuite dell'8%.

con riferimento alle sanzioni e, in particolare, la fissazione per legge di sanzioni minime per le violazioni più gravi, dovrebbero garantire un intervento punitivo più rigoroso ed efficace. Una delle funzioni del controllo disciplinare è proprio quella di assicurare che alla gravità delle violazioni corrispondano sanzioni efficaci, cioè non irrogate come “mere punizioni” a se stanti, ma volte a garantire al cittadino la “qualità” dei suoi magistrati⁴⁸.

Restano ancora, in ogni modo, ampi spazi di discrezionalità derivanti sia da clausole generali previste dalla legge (v. la non punibilità del fatto di scarsa rilevanza) sia, soprattutto, rispetto all’iniziativa disciplinare. È sufficiente ricordare che, negli ultimi due anni, sebbene l’azione disciplinare sia divenuta obbligatoria per il Procuratore generale, l’archiviazione diretta ha trovato applicazione nel 92-94% dei casi (sui quali, peraltro, esistono pochissime informazioni).

Nel merito, al di là del dato normativo, le nuove sentenze riprendono in buona parte la giurisprudenza anteriore al 2006, che viene ampiamente utilizzata per interpretare le nuove fattispecie illecite. Questo riduce l’impatto della riforma sull’attività della Sezione disciplinare. Tale fenomeno, peraltro, era forse prevedibile, dato che per quasi 50 anni la responsabilità disciplinare si è retta sostanzialmente sulla casistica elaborata dalla Sezione disciplinare del Csm e che anche il codice disciplinare è stato costruito su tale base.

Si potrebbe per il futuro rendere più trasparente e conoscibile anche la giurisprudenza disciplinare, pubblicando non più solo le massime delle sentenze disciplinari (come avviene già da tempo nei Quaderni del Csm) ma tutte le sentenze per esteso, o quanto meno quelle più rilevanti. Nelle massime, infatti, generalmente i fatti contestati sono riportati in modo sintetico e di norma non vi è alcuna indicazione sul tipo di sanzione irrogata (ammonimento, censura, ecc). Le sentenze oggi sono più facilmente catalogabili, se si prende come riferimento l’elenco del d.lgs. n. 109 del 2006. Ne nascerebbe una raccolta esplicativa dei vari illeciti disciplinari, che renderebbe più chiaro e trasparente il modo in cui essi vengono interpretati e applicati dalla giurisprudenza specializzata. Non solo, dunque, maggior chiarezza nella definizione dell’illecito, ma anche nella sua applicazione/interpretazione.

⁴⁸ DI FEDERICO, *Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati*, cit.

GIUSEPPE DI FEDERICO

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA GIUDIZIARIA NEI PAESI DEMOCRATICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Etica giudiziaria e codici di condotta vincolanti. – 3. Il monitoraggio dei codici di etica giudiziaria e dei procedimenti disciplinari. – 4. La funzione proattiva dei codici di etica. – 5. Procedimento disciplinare e ruolo dei cittadini. – 6. Il sistema disciplinare italiano in prospettiva comparata. - 6.1. Disciplina giudiziaria e governo della magistratura. - 6.2. Regole di condotta giudiziaria e procedure disciplinari. - 6.3. Rilievo proattivo delle regole di disciplina. - 6.4. Sistemi di monitoraggio e trasparenza. - 6.5. Il ruolo dei cittadini nel procedimento disciplinare. - 6.6. Sanzioni disciplinari.

1. *Introduzione*

Uno degli aspetti più evidenti dell'evoluzione del moderno Stato democratico è il crescente rilievo politico, sociale ed economico che ha assunto il potere giudiziario. La diffusione di una legislazione che tutela interessi sociali ed economici sempre più vasti ha dato ai cittadini maggiori occasioni di ricorrere ai giudici per la protezione dei loro diritti (come ad esempio i diritti umani, i diritti riguardanti la salute, la sicurezza sociale, l'educazione, il lavoro, le relazioni familiari, commerciali, i diritti dei consumatori e persino le attività ricreative e i *media*). Invero, ci sono poche aree di vitale interesse per i cittadini che sono rimaste immuni dalle decisioni dei giudici¹. Tali fenomeni sono essenzialmente dovuti alla c.d. "esplosione del diritto" e alla particolare natura della legislazione connessa allo sviluppo del *welfare state*. Inoltre, la pericolosa evoluzione delle attività criminali – a partire da quelle nelle aree metropolitane fino a quelle di dimensione internazionale – ha reso la repressione dei reati da parte dei giudici ancora più importante. Di fatto lo stesso sviluppo del *welfare state* ha avuto importanti conseguenze anche nel settore penale, in quanto lo Stato e gli altri organismi pubblici sono divenuti i principali soggetti di spesa, con la conseguenza di fare aumentare anche le occasioni di corruzione, ora presenti ad un

¹ La letteratura sull'argomento è piuttosto ampia. V. per es. L. Friedman, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, New York, 1985; K. Malleon, *The New Judiciary. The effects of expansion and activism*, Dartmouth Publishing Co., Aldershot, 1999.

livello senza precedenti. Inoltre, poiché il corretto e sollecito funzionamento del sistema giudiziario è un elemento cruciale per attrarre investimenti esteri, esso diventa anche un fattore rilevante per lo sviluppo economico². Si può dunque dire che il benessere dei cittadini e dell'intera comunità è legato oggi, molto più che in passato, al contenuto delle decisioni giudiziarie e alla rapidità con cui le stesse vengono rese.

Per queste ed altre ragioni, il carico di lavoro degli uffici giudiziari è aumentato considerevolmente e le attività e le responsabilità dei giudici sono divenute molto più complesse. Le stesse qualificazioni professionali ora richieste per il corretto esercizio della funzione giudiziaria vanno ben al di là della necessaria conoscenza del diritto e dalla capacità tecnico-giuridica di interpretarlo nei casi concreti³.

Queste evoluzioni del ruolo politico, sociale ed economico del potere giudiziario hanno a loro volta stimolato, in alcuni paesi democratici più che in altri, la ricerca di adeguati strumenti per rendere il corpo dei giudici più responsabile ed efficiente, salvaguardando al contempo la loro indipendenza. A tal fine, in molti Stati sono state realizzate riforme del sistema di governo della magistratura e/o sono in procinto di essere introdotte e/o sono soggette a continuo dibattito. Queste riforme o iniziative si prefiggono di migliorare il processo di recluta-

² V. i rapporti "Doing Business" della Banca Mondiale, in www.doingbusiness.org/ExploreTopics/EnforcingContracts/?direction=Asc&sort=3.

³ La tendenza a includere tra le qualificazioni richieste per il corretto esercizio della funzione giudiziaria requisiti ulteriori rispetto alla conoscenza del diritto emerge piuttosto chiaramente dall'analisi dell'evoluzione dei processi di reclutamento e valutazione professionale dei giudici, nonché dai programmi di formazione iniziale e continua. In Germania, ad esempio, le valutazioni compiute nei processi di reclutamento o le valutazioni periodiche di professionalità nel corso della carriera includono "qualità" come "la capacità di lavorare sotto pressione", "l'apertura verso nuove tecnologie", la "capacità di lavorare in gruppo", la "capacità di mediare" e molti altri aspetti che hanno poco a che fare con la conoscenza del diritto e la capacità di applicarlo ai casi concreti. V. Riedel, *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Germany*, in G. Di Federico (ed.), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe*, Lo Scarabeo, Bologna, 2005, pp. 86-98 (il libro è disponibile sul sito www.irsig.cnr.it). In altri paesi come l'Austria, l'Olanda e l'Ungheria, il processo di reclutamento include test psicologici che valutano, *inter alia*, la capacità del candidato di concentrarsi e di lavorare sotto stress, la capacità di lavorare in gruppo, quella di mediare e trattare i conflitti. Queste informazioni e altri dati sulla gestione dei test psicologici sono stati raccolti dallo scrivente sia con interviste (in Austria), sia per corrispondenza (relativamente all'Olanda e all'Ungheria). Oltre a ciò, in un numero crescente di paesi i programmi di formazione iniziale e continua includono temi che non sono solo di natura giuridica, come ad esempio programmi volti a migliorare la capacità dei giudici di organizzare e gestire il proprio carico di lavoro, l'uso di moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

mento, la formazione iniziale e continua, le valutazioni professionali, l'etica e la disciplina giudiziaria. In questo saggio tratterò di etica e disciplina dei giudici, ben consapevole del fatto che la disciplina è funzionalmente interconnessa ad altri aspetti del governo della magistratura. Si può dire, infatti, che il ruolo più o meno rilevante della disciplina giudiziaria è inversamente proporzionale alla qualità del reclutamento, all'efficacia della formazione iniziale e continua, alla meticolosità delle periodiche valutazioni di professionalità⁴. In ogni modo, l'etica giudiziaria gioca un ruolo cruciale per promuovere la fiducia dei cittadini nei loro giudici e per consolidare, quindi, anche la legittimazione della funzione giudiziaria.

Lasciando da parte le complesse considerazioni che quest'argomento meriterebbe, si può certamente ricordare in termini generali che, tradizionalmente, la legittimazione del potere del giudice di decidere sui diritti dei cittadini risiedeva nel fatto che egli doveva "semplicemente" applicare la legge a casi specifici⁵. La responsabilità per il merito delle sue decisioni era perciò da attribuire esclusivamente ai legislatori che, a loro volta, ne avrebbero risposto di fronte all'elettorato. È dubbio che tale rappresentazione del ruolo giudiziario abbia mai corrisposto alla realtà o rappresentato la vera natura e sostanza del lavoro del giudice. Tuttavia, il crescente ruolo del giudice nella definizione dei diritti dei cittadini che si è verificato negli ultimi 40-50 anni ha reso quella rappresen-

⁴ È stato più volte osservato, ad esempio, che la disciplina giudiziaria svolge un ruolo più limitato quando il sistema di reclutamento è molto rigoroso. In un rapporto inedito presentato a una conferenza sull'etica giudiziaria, tenutasi a Londra nel 1996, Sir Thomas Bingham, allora Lord Chief Justice dell'Inghilterra, ricordò che nei trecento anni precedenti nessun giudice delle High Courts era mai stato destituito per ragioni etiche, proprio in virtù della "pratica di scegliere i giudici tra un ristretto gruppo di candidati che condividono una comune esperienza professionale e che sono conosciuti personalmente o per reputazione professionale da coloro che effettuano le nomine e da coloro che sono chiamati ad esprimere il loro parere in merito". Similmente, la rigorosa e complessa procedura di nomina dei giudici federali negli Stati Uniti è considerata la principale ragione del numero così limitato di giudici federali coinvolti in procedimenti disciplinari. V. ad es. A. D. Hellman, *Judges Judging Judges: the federal Judicial Misconduct Statutes and the Breyer Committee Report*, in *The Justice System Journal*, n. 3, 2007, p. 430.

⁵ Questa concezione del ruolo giudiziario ha dominato per almeno due secoli, cioè almeno dal momento in cui fu delineata da Montesquieu nel suo famoso libro *De l'Esprit des Lois* del 1748. Il giudice, per usare la definizione di Montesquieu, era la mera "bocca della legge". Nell'ambito di questa concezione del potere nullo del giudice, le differenze tra decisioni su casi simili o la riforma della decisione da parte del giudice di grado superiore erano di regola considerate una conseguenza delle diversità esistenti tra le qualificazioni tecnico-giuridiche dei vari giudici, cioè della loro capacità di individuare nel corpo delle leggi l'unica soluzione corretta per i casi al loro esame.

tazione tradizionale del ruolo giudiziario ancora meno credibile e sostenibile che in passato. La vera legittimazione del potere giudiziario risiede oggi, ancor più che in passato, nella capacità del giudice e del corpo giudiziario di acquisire e mantenere la fiducia dei cittadini e della collettività. Da qui il crescente bisogno non solo che il giudice sia indipendente e imparziale, ma anche che il suo comportamento, all'interno e all'esterno dell'ufficio, sia tale da farlo apparire "imparziale e indipendente" agli occhi dei cittadini.

Negli ultimi decenni l'etica e la disciplina giudiziaria hanno, quindi, ricevuto un'attenzione senza precedenti in molti paesi democratici. Uno degli aspetti più visibili è stata l'adozione, in un numero sempre maggiore di Stati (sia in paesi a consolidata democrazia che in paesi in transizione verso di essa), di codici contenenti regole di comportamento giudiziario più o meno dettagliate.

Crescente attenzione, inoltre, è stata dedicata ad altri aspetti rilevanti della disciplina giudiziaria, quali: i diritti dei giudici sottoposti a procedimento disciplinare; la ricerca di un adeguato bilanciamento tra trasparenza e riservatezza del procedimento e della decisione disciplinare; l'adozione di procedure che facilitino i cittadini a presentare i loro esposti alle autorità competenti; i diritti dei cittadini ad essere informati dell'esito del loro esposto; l'inclusione del tema dell'etica giudiziaria nei programmi di formazione iniziale e continua dei giudici e nelle scuole di specializzazione per le professioni legali. Le riforme su questi temi sono più avanzate in alcuni Stati piuttosto che in altri e di sicuro gli Stati che per primi hanno affrontato questi argomenti sono all'avanguardia rispetto agli altri nell'adozione di riforme volte a rendere la disciplina giudiziaria più efficace, trasparente e corretta. Fino a dieci anni fa molti di questi aspetti erano stati presi in considerazione e regolati solo negli Stati Uniti d'America. Più di recente sono stati regolati in varia misura anche altrove. Ne deriva che la quantità di informazioni di cui possiamo disporre è molto ampia per gli Stati Uniti e più limitata per altri paesi. Oltre a ciò, mentre per la maggior parte dei paesi dell'Europa Occidentale, Stati Uniti e Canada disponiamo di molte più informazioni di quelle incluse in questo saggio, per la maggior parte degli altri paesi sono qui utilizzate solo quelle disponibili in un linguaggio a me accessibile⁶.

Sulla base del materiale disponibile mi è sembrato che la scelta migliore nello scrivere questo lavoro fosse quella di offrire una visione generale della evoluzione dei sistemi di disciplina giudiziaria nei paesi democratici soffermandomi

⁶ Per i paesi ex comunisti la maggior parte delle informazioni sono tratte da A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Dordrecht, 2012. Altre informazioni su quei paesi sono state reperite su internet (in particolare i testi dei codici di etica giudiziaria).

in particolare sulle innovazioni più rilevanti, con particolare riferimento alla diffusione di codici di etica, al loro monitoraggio e alla loro revisione, alla loro funzione proattiva, al ruolo dei cittadini nel procedimento disciplinare, alla tutela dei diritti di difesa e dell'indipendenza del giudice. In questo saggio mostrerò che alcune di queste innovazioni si stanno diffondendo al di là dei confini nazionali degli Stati che per primi le hanno adottate. Con ciò non intendo, tuttavia, dire che tali innovazioni saranno o dovranno essere adottate in altri paesi. Il mio intento è solo quello di illustrare e discutere possibili risposte a sfide che sono reali.

Alcuni Stati hanno adottato codici di condotta non solo per i giudici ma anche per il personale tecnico-amministrativo degli uffici giudiziari, come ad esempio, Inghilterra, Russia e Stati Uniti⁷ La considerazione di questi codici va al di là degli obiettivi di questo lavoro. Ciò non significa, ovviante, che io intenda sottovalutare il considerevole contributo che anche questi codici potrebbero dare alla promozione della fiducia dei cittadini nella giustizia ed al corretto funzionamento dell'apparato giudiziario.

Da ultimo, va precisato che i codici contenenti regole e principi di condotta giudiziaria sono variamente etichettati nei diversi paesi, benché assolvano alla stessa funzione. Per evitare confusione, nel riferirmi alle regole di condotta giudiziaria in generale userò le due definizioni più ricorrenti: codici di etica e codici di condotta. Naturalmente, quando farò riferimento al codice di un paese specifico userò la dizione ufficiale.

2. Etica giudiziaria e codici di condotta vincolanti

Il ruolo dei giudici è inestricabilmente legato a una serie di caratteristiche e valori che sono essenziali per la legittimazione della funzione giudiziaria. In primo luogo, i giudici devono svolgere le loro funzioni con integrità, imparzialità, indipendenza e diligenza (in quanto la giustizia se ritardata è giustizia negata). Ci si aspetta, quindi, che i giudici esercitino le loro funzioni con competenza

⁷ Questi codici per gli impiegati e tecnici delle corti possono essere reperiti su internet: quello della Russia sul sito <http://www.courtethics.org/Russian>; quello degli Stati Uniti sul sito <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/RulesAndPolicies/conduct/Vol02A-Ch03.pdf>; quello di Inghilterra e Galles sul sito http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/B7FC7310-E7F8-49C7-A5C8-79226D8B0CF4/0/guidancejusticeclerkscodeconduct_updated_Oct07.pdf. Codici di etica per gli impiegati delle corti sono stati adottati anche in diversi altri paesi come Romania, Serbia, Filippine ed altri ancora.

e trattino le parti in causa, i testimoni e gli avvocati con cortesia e rispetto. Si richiede inoltre che essi si comportino con onestà e correttezza, sia nell'esercizio delle funzioni sia nella vita privata, in modo da ispirare fiducia nella collettività ed evitando quei comportamenti che possano svilire il loro alto ufficio⁸. Sebbene questi valori siano indiscussi in tutti i paesi democratici, il modo in cui vengono promossi, implementati o attuati varia considerevolmente da paese a paese. Tra le differenze più evidenti e significative bisogna includere la specificità con cui questi principi di etica o condotta giudiziaria sono formulati e il fatto che siano o meno applicati nei procedimenti disciplinari. Di certo la responsabilità disciplinare esiste da lungo tempo e in diverse forme in tutti i paesi democratici. Tradizionalmente, tuttavia, i giudici erano sanzionabili, e in alcuni paesi ancora lo sono, sulla base di regole formulate in termini molto vaghi. Tali sistemi disciplinari sono stati criticati per ragioni che concernono sia l'indipendenza sia la responsabilità. Da un lato, infatti, l'ampia discrezionalità degli organi disciplinari nell'applicare norme a contenuto vago può essere una minaccia per l'indipendenza, poiché può essere utilizzata in modo scorretto, cioè al fine di sanzionare i giudici per i loro orientamenti giurisprudenziali. Dall'altro, un'ampia discrezionalità, posta nelle mani di organi spesso composti esclusivamente o prevalentemente da giudici, può rendere il sistema disciplinare inefficace, in quanto i componenti di quegli organi possono utilizzare i loro poteri disciplinari con eccessiva clemenza nel giudicare il comportamento dei loro colleghi-giudici.

Proprio per queste ragioni in molti paesi si è spesso invocata l'esigenza di codificare l'etica giudiziaria, e certamente tra le più decise prese di posizione in materia si può ricordare quanto detto a riguardo dall'ex *Chief Justice* dell'India, Giudice Verna:

Con il crescere dell'attivismo giudiziario, si è avuto anche un crescente bisogno di responsabilizzazione del giudiziario. Vi è una diffusa percezione che la gente dubiti che alcuni di noi soddisfino i necessari standards di condotta. Poiché noi siamo quelli che decidono sui comportamenti di tutti gli altri, dobbiamo mostrare che i nostri standards di comportamento sono tanto alti quanto i più alti da noi applicati nel giudicare gli altri. Dobbiamo acquisire l'autorità morale e giustificare la fiducia che i cittadini ripongono in noi. Un modo per farlo è codificare le regole di etica giudiziaria e conformarci ad esse⁹.

⁸ V. J.M. Shaman, S. Lubert and J.J. Alfini, *Judicial Conduct and Ethics*, Michie Law Publications, Charlottesville Virginia, 1995, p. 1.

⁹ In Datò Param Kumaraswamy, *Tensions between judicial independence and judicial accountability*, p. 9, in www.article2.org/mainfile.p.h.p/0205/104.

Effettivamente negli ultimi cinquant'anni, e in particolare negli ultimi dieci, un numero crescente di paesi ha adottato – in diverse forme e livelli di specificità – codici di etica giudiziaria o codici di condotta vincolanti. Il primo codice volto a fissare standard di comportamento professionale ed etico per i giudici, chiamato “Canons of Judicial Ethics”, è stato emanato dall’American Bar Association (ABA) nel 1924. Al tempo tali Canoni non erano intesi come regole vincolanti ma come una guida ideale, una fonte d’ispirazione per i giudici. Nel 1972 l’ABA ha revisionato i canoni del 1924, dando loro un nuovo nome, “Model Code of Judicial Conduct”, un codice che è poi stato nuovamente modificato nel 1990 e nel 2007. Diversamente dal Codice del 1924, il nuovo Codice è stato concepito come un insieme di regole vincolanti. E infatti è stato adottato come tale da 50 Stati su 50, nonché dal sistema di giustizia federale. Sebbene gli Stati e il sistema federale nell’adottare il codice si siano sentiti liberi di modificarlo in più punti, esso ciò nonostante costituisce la base di un corpo di norme di condotta giudiziaria pressoché unico in tutta la nazione¹⁰. Come vedremo, la struttura del codice ABA ha influenzato in diversi modi la scrittura dei codici di etica di vari altri paesi. Per questo motivo sembra utile illustrare in via generale le sue caratteristiche fondamentali.

I principi (o canoni) del codice di condotta giudiziaria illustrano in termini generali le implicazioni dei valori fondanti del ruolo del giudice, quali: indipendenza, integrità, imparzialità, competenza, diligenza. Tali principi sono poi seguiti da una lista di regole relative a ciò che il giudice può o non può fare in applicazione degli stessi, sia all’interno sia all’esterno dell’esercizio delle funzioni giudiziarie¹¹. Sebbene queste regole siano vincolanti ed esecutive, non è previsto che ogni infrazione dia origine a una sanzione disciplinare: fattori come la gravità dell’infrazione, precedenti violazioni disciplinari, le conseguenze negative per l’immagine della giustizia o altre circostanze attenuanti possono essere prese in considerazione.

Analogamente a ogni altra regola scritta, le regole di condotta lasciano spazio

¹⁰ J. M. Sharman, *Judicial Ethics: Independence, Impartiality, and Integrity*, p. 8, in <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=991625>. Esso include una breve descrizione dell’evoluzione della disciplina giudiziaria negli Stati Uniti d’America. Una descrizione più dettagliata è contenuta in J.M. Shaman, S. Lubet and J.J. Alfini, *op. cit.*, pp. 1-28; per una descrizione aggiornata della storia e dell’evoluzione dell’American Bar Association Model Code v. A.J. Lievens and A. Cohn, *The Federal Judiciary and the ABA Model Code: the Parting of the Ways*, in *The Justice System Journal*, 2007, n. 3, pp. 271-280.

¹¹ V. il testo dell’ABA Model Code of Judicial Conduct aggiornato al 2007 in http://www.abanet.org/judiciaethics/ABA_MCJC_approved.pdf.

all'interpretazione. Al fine di ridurre il rischio di interpretazioni improprie, il codice è introdotto da un glossario, che specifica ulteriormente il significato delle espressioni utilizzate nelle regole di condotta. Inoltre, ogni gruppo di regole è seguito da un commentario che ne esamina le implicazioni e fornisce esempi di comportamenti "legittimi" o "illegittimi". I commentari non hanno né vogliono avere natura vincolante, essi forniscono tuttavia una guida sulle finalità, il significato e la corretta applicazione delle regole.

Fino ai primi anni '90 le regole di etica o condotta giudiziaria sono state adottate solo negli Stati Uniti a livello sia statale che federale. Nel giugno 1996 il *Lord Chancellor's Department of England and Wales* e il Ministero della Giustizia francese hanno tenuto un seminario a Londra sull'etica giudiziaria, con la partecipazione di giudici e studiosi da undici paesi europei: Belgio, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Olanda, Polonia, Portogallo, Gran Bretagna, Spagna e Svezia¹². Ne è risultato che, al tempo, nessuno di quei paesi aveva un codice di etica o condotta e che in molti di essi le decisioni erano prese prevalentemente sulla base di norme formulate in termini vaghi¹³. Una ricerca del 2004 della Rete Europea dei Consigli per la Giustizia¹⁴ mostra che, al tempo, solo uno dei dodici paesi dell'Europa Occidentale che avevano risposto al questionario aveva approvato una legge contenente un dettagliato elenco di regole vincolanti di condotta giudiziaria, cioè la Spagna¹⁵. Negli altri undici paesi la disciplina dei giudici era ancora largamente basata su regole generiche che, in alcuni casi, erano state integrate da un numero limitato di disposizioni su aspetti specifici del comportamento giudiziario (per esempio le regole di ricusazione)¹⁶. Bisogna aggiungere che dal 2004 diversi paesi dell'Europa Occidentale hanno adottato

¹² Purtroppo i rapporti nazionali presentati a quel seminario, a cui ho partecipato in qualità di relatore generale (*key speaker*), non sono mai stati pubblicati.

¹³ Per le regole e i sistemi disciplinari di Austria, Francia, Germania, Italia, Olanda e Spagna nel 2005 v. G. Di Federico (ed.), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, cit.

¹⁴ Attualmente la Rete Europea dei Consigli per la Giustizia raggruppa i Consigli di 17 nazioni. Altri paesi europei che non hanno un Consiglio per la giustizia, come Germania e Austria, sono stati associati come osservatori. V. <http://www.ency.net/ency/>.

¹⁵ Queste regole non sono contenute in un documento *ad hoc*, come un codice di etica, ma sono inserite in un capitolo della *Ley Organica del Poder Judicial*, dove è regolato anche il sistema disciplinare. Tale legge contiene una lista di 19 tipi di violazioni disciplinari, suddivise in "molto gravi", "gravi" e "minori". V. M. Poblet and P. Casanovas, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Spain*, in G. Di Federico (ed.), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, cit., pp. 207-210.

¹⁶ V. http://www.csm.it/ENCJ/pdf/Questionnaire_answers_JudicialConduct.pdf.

codici di etica, come Inghilterra e Galles¹⁷, Olanda e Italia, o perseguito lo stesso fine attraverso la pubblicazione delle decisioni disciplinari, come la Francia (che ha creato così un corpo di “*judge-made laws*”, utilizzate come precedenti nei procedimenti disciplinari¹⁸). In molti altri paesi l'adozione di un codice è in discussione, come per esempio in Germania. Più diffusa è stata l'adozione di codici di condotta giudiziaria in paesi post-comunisti, come nel caso di Armenia, Bielorussia, Estonia, Georgia, Moldavia, Kazakistan, Ungheria, Polonia, Romania e Russia¹⁹. Un ruolo significativo nel promuovere l'adozione di codici di etica o condotta giudiziaria è stato svolto da iniziative internazionali che hanno elaborato modelli come i *Bangalore Principles of Judicial Conduct* e il *Latin American Code of Judicial Ethics*²⁰. Tali modelli sono espressamente diretti a quei paesi che non hanno ancora adottato codici di etica giudiziaria, proprio al fine di promuoverne l'adozione e l'implementazione.

A livello internazionale il documento più completo e conosciuto in materia è costituito dai *Bangalore Principles of Judicial Conduct*²¹, predisposti su iniziativa della *United Nations Organization on Drugs and Crimes* (Unodc). Tali principi sono stati inizialmente elaborati dai capi delle corti supreme e dai giudici più esperti di otto Stati dell'Asia e dell'Africa, attingendo da ventiquattro diversi codici e da altri documenti adottati a livello internazionale in materia di indipendenza dei giudici. Successivamente il documento è stato oggetto di ampie consultazioni, coinvolgendo magistrati dirigenti ed esperti di oltre settantacinque Stati.

I *Bangalore Principles of Judicial Conduct* hanno la stessa struttura di base dei codici di condotta dell'ABA sopra citati ma si differenziano sotto alcuni profili (di contenuto e di formulazione). I *Bangalore Principles* sono articolati intor-

¹⁷ Per il testo della “Guide to Judicial Conduct” di Inghilterra e Galles, vedi http://new.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/F8F48439-2E5C-4DAD-A241-DE5E9675FBDA/0/guidance_guide_to_judicial_conduct_update_2008.pdf

¹⁸ V. A. Garapon e H. Epineuse, *Judicial Independence in France*, in A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, cit.

¹⁹ A mia conoscenza solo i codici etici di alcuni dei suddetti paesi sono disponibili *online*, vedi quelli di Estonia in <http://www.nc.ee/?id=842>; Georgia in http://www.supremecourt.ge/default.aspx?sec_id=933&lang=2; Polonia in <http://www.komornik.pl/en/01ethics.php3>; Romania in http://www.abanet.org/rol/publications/romania_magistrates_ethics_06.2005.pdf. Altri codici disponibili in lingua inglese, ad esempio quelli di Bielorussia, Moldavia e Russia, non sono reperibili *online*.

²⁰ La versione inglese di questo documento è disponibile *online*, digitando “Latin American code of Judicial Ethics”.

²¹ V. http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_e.pdf.

no a sei valori fondamentali: indipendenza, imparzialità, integrità, correttezza, uguaglianza, competenza e diligenza. Essi forniscono una breve definizione del significato di ciascun valore, nonché una lista dei comportamenti cui i giudici debbono attenersi in applicazione di ciascuno di essi. Più di recente, l'Unodc ha anche formulato un manuale di formazione sull'etica giudiziaria²² e sta attualmente sviluppando un programma di formazione informatizzato (*computer-based*). Negli ultimi anni molti Stati hanno utilizzato i *Bangalore Principles* per scrivere i loro codici di etica o condotta, come per esempio l'Armenia, l'Inghilterra e Galles²³.

I codici di etica o condotta che sono stati adottati finora nel mondo si differenziano l'uno dall'altro sotto diversi aspetti²⁴. Basti qui indicare solo alcuni di quelli più significativi.

Nella maggior parte degli Stati i codici sono applicati nei procedimenti disciplinari. In altri invece non sono concepiti come regole vincolanti ma piuttosto come una guida ideale per il comportamento giudiziario. Questo è il caso, per esempio, dei codici adottati in Estonia, Canada, Australia, Inghilterra e Galles²⁵.

In alcuni Stati le regole di comportamento giudiziario sono corredate da commenti dettagliati che ne illustrano le implicazioni, come per esempio negli Stati Uniti, in Canada e in Australia. In altri paesi i codici consistono in un semplice elenco di regole che ha la stessa struttura di un codice penale, come ad esempio in Estonia, Italia e Romania. In generale, il primo tipo è caratteristico dei paesi di *Common Law* mentre il secondo è tipico dei paesi di *Civil Law*.

²² http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_judicial_training.pdf.

²³ Le informazioni che ho acquisito da Unodc indicano che numerosi Stati hanno redatto, o stanno preparando, codici di condotta giudiziaria adottando i *Bangalore Principles* o prendendo ispirazione dagli stessi: Filippine, Serbia, Giordania, Afghanistan, Bielorussia, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Inghilterra e Galles, Ecuador, Germania, Grecia, Ungheria, Iraq, Lettonia, Lituania, Marshal Islands, Mauritius, Messico, Namibia, Olanda, Nigeria, Slovenia, Uzbekistan, Venezuela e diversi paesi dell'Africa orientale.

²⁴ Solo alcuni codici etici di paesi al di fuori dell'area Osce sono disponibili *online*. Tra di essi, solo per menzionarne alcuni, il codice etico della Cina (<http://www.accci.com.au/code.htm>) e delle Filippine (<http://www.accci.com.au/code.htm>); i codici di Sud Africa, Nigeria, Uganda, Ruanda, Tanzania possono essere consultati in <http://www.judicial-ethics.umontreal.ca/en/codes%20enonces%20deonto/africa.html>.

²⁵ V. pp. 3-4 dei Principi di etica giudiziaria canadesi in www.cjc-ccm.gc.ca. V. anche la prefazione di "*Guide to Judicial Conduct of England and Wales*" in www.judiciary.gov.uk/docs/judges_council/published_guide0606.pdf. Per i codici etici di Australia ed Estonia, v. <http://www.ajja.org.au/online/GuidetoJudicialConduct%282ndEd%29.pdf> e www.nc.ee/?id=842.

Con alcune eccezioni tuttavia. Per esempio nel codice della Moldavia, di certo un paese di *Civil Law*, le regole di condotta sono seguite da ampi commentari. Anche in Georgia è stato già preparato un commentario²⁶.

Tra i pochi paesi in cui giudici e pubblici ministeri appartengono allo stesso corpo, ve ne sono alcuni che hanno un codice valido per entrambi, nonostante le sostanziali differenze che esistono tra i due ruoli, come per esempio l'Italia. In altri paesi invece il codice include regole specifiche e separate per i pubblici ministeri, come per esempio in Romania²⁷.

Tutti i codici regolano il comportamento giudiziario sia nell'esercizio delle funzioni, sia al di fuori di esse. Tutti forniscono regole riguardanti il comportamento del giudice nei confronti degli altri soggetti del processo, tutti regolano le attività extragiudiziarie e, in particolare, il coinvolgimento dei giudici nella politica attiva. Tutti includono disposizioni volte a proteggere l'immagine di imparzialità e decoro del giudice, alcuni persino dal comportamento scorretto dei membri della sua famiglia. È certamente al di là delle finalità di questo saggio fornire un'analisi sistematica e comparativa dei contenuti dei codici attualmente in vigore. Come già indicato, molti di essi possono essere consultati *online*. È sufficiente qui aggiungere che in alcuni codici i vari aspetti del comportamento del giudice sono regolati più in dettaglio che in altri. Alcune di queste differenze sono dovute alle diverse caratteristiche dei vari sistemi giudiziari²⁸, altre rivelano differenze sostanziali tra i paesi nella regolamentazione degli stessi aspetti del comportamento giudiziario o indicano in modo molto specifico aspetti del comportamento che in altri paesi sarebbero considerati impliciti in norme più generali²⁹.

²⁶ V. <http://www.aija.org.au/online/GuidetoJudicialConduct%28ndEd%29.pdf>. A riguardo bisogna tuttavia ricordare che sia il codice della Georgia che quello della Moldavia sono stati elaborati col supporto di organizzazioni non governative statunitensi.

²⁷ In realtà nel codice rumeno ci sono 30 regole che sono dirette ai "magistrates" (cioè sia a giudici sia a pubblici ministeri) e solo 3 dirette esclusivamente ai p.m., v. http://www.abanet.org/rol/publications/romania_magistrates_ethics_06.2005.pdf.

²⁸ Negli Stati americani in cui i giudici vengono eletti, una parte specifica del codice regola in dettaglio la condotta dei giudici che si presentano alle elezioni. Per una breve analisi della natura di tale regolamentazione v. M. I. Harrison, *The 2007 ABA Model Code of Judicial Conduct: Blueprint for a Generation of Judges*, in *The Justice System Journal*, 2007, n. 3, pp. 268-270.

²⁹ Per esempio, nel codice etico della Moldavia il commento all'articolo 6 su "*Order and Solemnity During Court Hearings*" prescrive che "All'inizio del dibattimento i giudici devono spegnere il loro telefono cellulare".

3. *Il monitoraggio dei codici di etica giudiziaria e dei procedimenti disciplinari*

In diversi paesi gli autori che si sono occupati di disciplina giudiziaria lamentano che i codici di etica includono alcune regole formulate in termini generici e ritengono che ciò possa avere conseguenze negative sull'indipendenza dei giudici a causa dell'ampia discrezionalità lasciata nelle mani degli organi disciplinari. Non voglio certo sottovalutare queste preoccupazioni ricordando che di fatto tutti i codici di condotta contengono in varia misura regole generiche. La lettura di numerosi codici di condotta giudiziaria mi ha reso pienamente consapevole che il grado di indeterminazione varia considerevolmente da paese a paese e che queste differenze possono certamente essere rilevanti in sede applicativa. Sollevo questa questione solo al fine di indicare, da un lato, le ragioni per cui i codici di solito includono per lo meno alcune regole che lasciano spazio alla discrezionalità e, dall'altro, gli strumenti che alcuni paesi hanno adottato per chiarire il più possibile il significato di tali regole e per promuovere la loro corretta applicazione e comprensione.

La presenza nei codici di etica giudiziaria di regole formulate in termini generici sembra connaturata alla natura stessa di questi codici poiché una delle loro principali finalità è quella di "suggerire e ispirare i giudici ad aderire ai più alti standard di condotta [...]". Tuttavia un altro scopo dei codici è di fungere da strumento di disciplina³⁰. In altri termini, persino i codici più dettagliati cercano di conciliare nello stesso documento due finalità che sono in un certo senso contrastanti: fornire allo stesso tempo sia una ispirazione ideale sia regole disciplinari³¹.

³⁰ V. Mark I. Harrison, "The 2007 ABA Model of Judicial Conduct: Blueprint for a Generation of Judges", *The Justice System Journal*, n. 3, 2007, p. 262.

³¹ *Ibidem*, v. anche P. L. Ostermiller, "The New ABA Judicial Code as a Basis for Discipline: Defending a Judge", pp. 308-316. In buona parte sono le "regole ispiratrici" contenute nel codice ABA revisionato nel 2007. Ad esempio, la regola 1.2 stabilisce che: "In ogni momento il giudice si deve comportare in modo da promuovere la fiducia dei cittadini nell'indipendenza, integrità ed imparzialità del corpo giudiziario e deve evitare comportamenti impropri e anche l'apparenza di comportamenti impropri". La natura vocazionale di tale regola è espressamente riconosciuta dal relativo commento dell'ABA, secondo il quale: "La condotta che compromette o sembra compromettere l'indipendenza, l'integrità e l'imparzialità del giudice mina la fiducia dei cittadini nei giudici. Poiché non è possibile elencare tutte queste condotte, è necessario formulare la regola in termini generali". Considerazioni simili riguardano altre disposizioni del codice, come l'articolo 3.1 (C) in base al quale i giudici non devono: "partecipare ad attività che potrebbero apparire ad una persona ragionevole come atte a minare l'indipendenza, l'integrità o l'imparzialità del giudice". Per il modello ABA di codice di condotta giudiziaria v. http://www.abanet.org/judiciaethics/ABA_MCJC_approved.pdf.

Questa tensione tra due finalità contrastanti non significa naturalmente che non si debba o non si dovrebbe cercare di rendere le regole più precise nella loro formulazione. In realtà questo obiettivo, come vedremo, è stato perseguito in molti paesi, soprattutto, ma non solo, attraverso un costante monitoraggio del reale funzionamento del sistema disciplinare e una costante revisione dei codici. Il paese con il sistema di monitoraggio più diffuso e diversificato è quello che vanta la più lunga esperienza nell'uso dei codici: gli Stati Uniti. Di regola, le organizzazioni che si occupano di condotta giudiziaria nei 50 Stati preparano un rapporto annuale che descrive la natura delle loro attività, le interpretazioni date al codice e, se del caso, le modifiche che sulla base della loro esperienza sarebbero consigliabili. Tale rapporto è disponibile al pubblico e in molti Stati è distribuito a tutti i giudici³². A livello federale il compito di monitorare l'applicazione del codice è non solo attribuito a diverse autorità interne alla magistratura federale (come i capi di Corte, i Consigli distrettuali e la *U.S. Judicial Conference*), ma è stato anche affidato a commissioni nominate *ad hoc* per verificare l'efficacia del *Judicial Conduct and Disability Act for Federal Judges* del 1980. Finora due sono le commissioni chiamate ad effettuare questo monitoraggio: una nel 1990³³ e l'altra nel 2004 (per quest'ultima vedi il paragrafo seguente). Svariate organizzazioni private, inoltre, hanno svolto e continuano a svolgere

³² Sia i rapporti annuali sia i codici statali sono consultabili *online*, Stato per Stato, insieme ad un gran numero di altre informazioni sulle attività delle organizzazioni statali per la condotta giudiziaria. V., ad es., il sito web della California (<http://cjp.ca.gov>) o del Connecticut (<http://www.ct.gov/jrc/site/default.asp>). I siti web di tutte e 50 le organizzazioni statali per la condotta giudiziaria sono consultabili all'indirizzo web http://www.ajs.org/ethics/eth_conduct-orgs.asp.

³³ Nel 1990 il Congresso degli Stati Uniti ha creato la Commissione Nazionale per la Disciplina Giudiziaria e la dispensa dal servizio incaricata sia di investigare sui problemi relativi a questi due istituti con riguardo ai giudici federali nominati a vita, sia di valutare possibili alternative alle disposizioni allora vigenti in materia di disciplina e rimozione, inclusi eventuali emendamenti legislativi e costituzionali. La Commissione ha tenuto sei pubbliche udienze durante il 1992 e il 1993 e, il 2 agosto 1993, ha presentato il suo rapporto finale al Presidente, al Congresso e al Chief Justice degli Stati Uniti. Il rapporto è strutturato in tre parti: (1) una descrizione delle procedure con cui le Corti d'appello avevano provveduto a trattare le questioni relative alla disciplina ed alla dispensa dal servizio; (2) una discussione dei dati sugli effetti del *Judicial Conduct and Disability Act for Federal Judges* che gli autori hanno raccolto: intervistando i giudici presidenti delle corti di distretto, i manager di corte e gli impiegati degli uffici giudiziari, revisionando reclami e decisioni, analizzando i dati statistici dell'*Administrative Office* delle corti americane; (3) un resoconto delle valutazioni espresse dai giudici presidenti delle corti di circuito sul *Judicial Conduct and Disability Act* e dei suggerimenti di modifica. Il rapporto illustra le opinioni dei giudici capi di corte sull'effettivo impatto della legge del 1980. Questi documenti possono essere consultati su internet digitando: *National Commission on Judicial Discipline and Removal 1990*.

un ruolo importante nel monitorare l'applicazione dei codici nei procedimenti disciplinari, anche attraverso la pubblicazione e il commento delle decisioni disciplinari statali e federali, l'organizzazione di ricorrenti convegni su questioni disciplinari, nonché operando come consulenti su questioni riguardanti i codici e la loro applicazione sia a livello statale che federale³⁴.

Di sicuro negli Stati Uniti il monitoraggio sull'applicazione dei codici, sui procedimenti e sulle sanzioni disciplinari è molto più diffuso che altrove e ciò è dovuto in buona parte al fatto che essi hanno preceduto gli altri paesi nel promulgare e implementare i codici di condotta. Tuttavia, anche in altri paesi si può ora trovare un formale riconoscimento dell'importanza di attivare meccanismi istituzionali volti specificamente a favorire la revisione e l'aggiornamento dei codici di etica attraverso un costante monitoraggio del loro effettivo utilizzo. Monitoraggio utile altresì per acquisire informazioni sull'insorgere di aspetti critici del comportamento giudiziario che richiederebbero una regolamentazione. Questo è il caso di Inghilterra e Galles. Nella premessa alla prima edizione della *Guide to Judicial Conduct of England and Wales* del 2004, l'allora Lord Chief Justice, Harry Kenneth Woolf, riconosce il bisogno di una continua attività di monitoraggio³⁵. Dopo aver dichiarato il suo orgoglio per gli standard di condotta giudiziaria esistenti nel suo paese, egli nondimeno sottolinea che la Guida di condotta giudiziaria deve essere aperta a future innovazioni poiché "le responsabilità e la percezione pubblica degli standards ai quali i giudici dovrebbero conformarsi si evolvono in continuazione"³⁶. Uno *Standing Committee* è poi stato nominato dal Consiglio dei Giudici (*Judges' Council*) "per mantenere la Guida di condotta sotto costante osservazione e per affrontare qualsiasi

³⁴ Tra le organizzazioni private emergono l'*American Bar Association* (<http://www.abanet.org>) che per prima ha creato il Modello di Codice di Condotta giudiziaria, e l'*American Judicature Society* (<http://www.ajs.org>). Due dei periodici dell'*American Judicature Society* forniscono regolarmente informazioni aggiornate sull'evoluzione e sui dibattiti in materia di condotta e disciplina giudiziarie negli Stati Uniti: il bimestrale *Judicature* e il trimestrale *The Judicial Conduct Reporter*. Quest'ultimo riporta per ogni questione disciplinare le più recenti opinioni consultive e decisioni disciplinari (citare in forma anonima). Entrambi i periodici sono stati pubblicati a dir poco dagli anni ottanta (è da allora che iniziai a consultarli).

³⁵ Per il testo della *Guide to Judicial Conduct* di Inghilterra e Galles v. http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/6AA2E609-537A-4D47-8B11-02F86CD30851/0/judicialconduct_update0408.pdf.

³⁶ *Ibidem*, v. pp. iii-iv, in cui il Lord Chief Justice dà anche un esempio personale dell'evoluzione dei costumi, ricordando che "quando sono entrato nell'avvocatura si considerava fosse accettabile che un figlio svolgesse la funzione di avvocato in un caso giudicato dal padre. Questo oggi sarebbe inaccettabile. Pertanto questa *Guide* dovrà di necessità evolvere per adeguarsi ai cambiamenti".

questione di principio che non sia stata inclusa nella Guida o che sia necessario modificare³⁷. E infatti due supplementi al codice sono stati successivamente pubblicati nel 2006 e nel 2008³⁸. Inghilterra e Galles hanno anche avviato attività di monitoraggio su specifici aspetti del procedimento disciplinare di cui parlerò nel paragrafo 5.

Per promuovere l'aggiornamento dei codici di etica e la correttezza del procedimento disciplinare sono poi stati adottati altri strumenti oltre quelli sin qui indicati. Essi sono "le opinioni consultive" che sono rese per chiarire il significato delle regole di etica e l'adozione di dettagliate regole che governano il procedimento disciplinare. Ne tratterò nei paragrafi seguenti.

4. *La funzione proattiva dei codici di etica*

L'obiettivo principale delle regole di etica o condotta giudiziaria è quello di tutelare e ristabilire la fiducia dei cittadini nei propri giudici e, allo stesso tempo, supportare la legittimazione della funzione giudiziaria. Sanzionare il comportamento scorretto dei giudici è di fondamentale importanza, come vedremo oltre, per la promozione e il mantenimento della fiducia pubblica nei giudici. Tuttavia lo scopo principale delle regole di etica giudiziaria "è essenzialmente promozionale e non punitivo, l'obiettivo principale è quello di prevenire eventi che possano interferire con il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia"³⁹. Quanto più i giudici sono consapevoli di quelle regole e ad esse conformano i propri comportamenti, tanto più i codici saranno efficaci e conseguiranno il loro scopo primario. Da qui l'importanza di predisporre adeguati strumenti per massimizzare la funzione proattiva dei codici. Lo strumento più largamente utilizzato a tal fine consiste nell'inserimento del tema dell'etica giudiziaria nei programmi di formazione iniziale e continua dei giudici. Ciò emerge anche da una recente ricerca riguardante 20 paesi sia di consolidata democrazia sia ex comunisti dell'est Europa e del Caucaso: dei quindici paesi che hanno adottato un codice di etica o condotta, dieci hanno attivato programmi di insegnamento sul tema, nel periodo della formazione iniziale (generalmente obbligatori) o continua (generalmente facoltativi)⁴⁰. Questa funzione è stata

³⁷ *Ibidem*, p. viii.

³⁸ *Ibidem*, v. la pagina iniziale.

³⁹ Citazione tratta dal commento alla regola 1, che individua l'obiettivo del *Judicial Conduct and Disability Act for US Federal Judges* del 1980. V. Arthur D. Hellman, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁰ Vedi A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, cit.

facilitata, e molto probabilmente sarà ulteriormente sviluppata, in molti paesi grazie alla creazione e diffusione di scuole dedicate al tirocinio iniziale e alla formazione continua dei giudici, una innovazione relativamente recente nel governo della magistratura, anch'essa correlata al crescente ruolo politico, economico e sociale della funzione giudiziaria nelle moderne società democratiche. Basti qui ricordare che, tradizionalmente, dopo il reclutamento, i processi di addestramento e socializzazione professionale dei giudici, inclusa l'acquisizione di regole etiche, si svolgevano negli uffici giudiziari nel corso del tirocinio pratico iniziale, e che tradizionalmente la formazione continua veniva lasciata all'iniziativa personale e alla responsabilità degli stessi giudici⁴¹. Di fatto la creazione delle prime due scuole di livello nazionale dedicate alla formazione iniziale e continua dei giudici risale solo a circa 50 anni fa con la creazione dell'École Nationale de la Magistrature in Francia, nel 1958⁴², e del *Federal Judicial Center* negli USA nel 1967⁴³.

Poche informazioni sono a tutt'oggi disponibili sul modo in cui l'etica giudiziaria viene insegnata nella maggior parte dei paesi che hanno attivato corsi in materia, mentre l'efficacia dei metodi di insegnamento è, ovviamente, di cruciale importanza affinché il codice possa svolgere la sua funzione proattiva. Questa mancanza di informazioni non deve tuttavia sorprendere se si considera che l'introduzione dei codici in molti paesi è un fenomeno recente. L'esperienza dei paesi che da più tempo hanno adottato codici di condotta giudiziaria – cioè gli USA, sia a livello dei 50 Stati sia a livello federale – e che hanno monitorato l'efficacia della loro applicazione, fornisce interessanti indicazioni sia sulle ragioni che causano la violazione delle regole di condotta da parte dei giudici, sia dei mezzi che potrebbero essere efficaci per ridurre il verificarsi di tali violazioni. Laddove l'applicazione dei codici è stata monitorata con continuità, i risultati mostrano che le violazioni sono generalmente involontarie e che tra le cause più frequenti vi sono la “mancanza di conoscenza, la mancanza di attenzione e, non da ultimo, l'eccesso di fiducia in se stessi”⁴⁴ da parte dei giudici. Inoltre

⁴¹ Con riguardo alla formazione continua, le interviste che ho condotto in Italia nei primi anni sessanta e in Inghilterra nel 1973 mostrano che, ai quei tempi, l'idea che i giudici già in servizio potessero aver bisogno di ulteriore formazione era considerata da loro offensiva, poiché implicava il riconoscimento che i giudici non possedessero già le conoscenze professionali necessarie all'espletamento delle loro funzioni con la necessaria competenza.

⁴² V. <http://www.enm.justice.fr/>.

⁴³ V. <http://www.fjc.gov/>.

⁴⁴ Con riguardo alla eccessiva sicurezza dei giudici è interessante citare John S. Cooke, un ex giudice ed ex direttore della formazione, ora vice direttore dell'*US Federal Judicial Center*: “L'attenzione della maggior parte dei giudici, specialmente quelli appena nominati, è totalmente

i codici spesso necessitano di essere interpretati, al fine di determinare cosa è permesso e cosa no: “trovare e leggere la regola appropriata è di solito solo l’inizio di un’indagine in materia di etica giudiziaria. Per rispondere a molte delle questioni che possono insorgere è necessario esaminare e analizzare l’insieme delle interpretazioni che riguardano la regola in esame e le circostanze che le hanno determinate. Ciò significa che l’insegnamento di tali regole implica molto di più del semplice impartire regole in bianco e nero”⁴⁵. Due principali misure sono state prese per fronteggiare queste difficoltà: da un lato rendere gli strumenti educativi più efficaci e dall’altro fornire opinioni consultive ai giudici che abbiano dubbi riguardanti i loro obblighi etici.

Per quanto riguarda l’adozione di strumenti didattici più efficaci, i seminari frontali di formazione iniziale e continua sono stati integrati con “metodi dimostrativi e interattivi”, supportati da specifiche tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Trasmissioni via satellite, sistemi tutori su *web* e pubblicazioni su questioni etiche sono rese disponibili e possono essere utilizzate da ogni giudice direttamente dal proprio ufficio in qualsiasi momento⁴⁶. I coniugi sono incoraggiati a partecipare ai seminari di etica giudiziaria dei giudici statali e federali, poiché, soprattutto su questioni inerenti all’apparenza di correttezza e indipendenza, è spesso difficile separare la condotta professionale del giudice dalla condotta familiare ed è anche difficile evitare che un comportamento scorretto dei membri della famiglia non si ripercuota sull’immagine di integrità del giudice⁴⁷.

Un’importante funzione proattiva è inoltre svolta dalle opinioni consultive.

assorbita da centinaia di casi che richiedono molte decisioni per non rimanere indietro col lavoro, e le questioni etiche possono essere perse di vista sotto la pressione del lavoro da svolgere particolarmente quando tali questioni insorgono in un contesto di lavoro proficuo o sono nascoste nell’ambito di un numero insieme di dettagli. Poiché giudicare non è cosa da timidi, poiché la fiducia del giudice nelle sue capacità – e rettitudine – è essenziale nel suo lavoro, l’autostima e fiducia in se stessi necessaria per assumere decisioni che possono sostanzialmente alterare la vita di altre persone può a volte nascondere agli occhi del giudice la percezione che gli altri hanno delle sue azioni, cosa questa di particolare preoccupazione quando insorgono questioni etiche”. Vedi J. S. Cooke, *Judicial Ethics Education in the Federal Courts*, in *The Justice System Journal*, n. 3, 2007, p. 388.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 386.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 388-393, dove l’autore fornisce una descrizione dei metodi didattici e delle tecnologie adottate dall’*US Federal Judicial Center* per i programmi formativi in materia di etica giudiziaria.

⁴⁷ V. Ellen F. Roseblum, *Judicial Ethics for All: An Expansive Approach to Judicial Ethics Education*, in *The Justice System Journal* n. 3, 2007, pp. 400-401. V. anche J.S. Cooke, *op. cit.*, p. 391.

Negli Stati Uniti i giudici federali e statali che hanno dubbi sul significato di regole etiche possono chiedere e ricevere un'opinione consultiva da un organismo autorevole e qualificato. Tali opinioni servono non solo ad assistere i giudici che chiedono di essere aiutati nell'interpretazione del codice ma sono anche utili, essendo disponibili *online*, all'intero corpo dei giudici statali e federali per comprendere meglio le regole dei rispettivi codici di condotta⁴⁸.

Bisogna precisare che alcune critiche sono state espresse sulla opportunità di queste opinioni, soprattutto quando l'organismo consultivo è anche investito di poteri disciplinari. Specialmente in questi casi si teme che le opinioni espresse possano vincolare lo stesso organismo a prendere una decisione diversa da quella che vorrebbe prendere successivamente quando tutti i fatti di rilievo disciplinare si sono concretamente verificati. Sebbene le opinioni consultive non siano per loro natura vincolanti, alcuni dei suddetti organismi specificano, nel testo stesso dell'opinione consultiva, che si riservano di assumere un orientamento diverso in sede disciplinare nel caso dovessero emergere ulteriori fatti disciplinarmente significativi⁴⁹.

5. *Procedimento disciplinare e ruolo dei cittadini*

L'iniziativa disciplinare è formalmente attribuita a uno o più soggetti, a seconda del paese considerato. Talvolta l'iniziativa è esclusivamente nelle mani di autorità giudiziarie, ma più di frequente appartiene a una pluralità di soggetti tra cui, a seconda del paese, i dirigenti degli uffici giudiziari, i Consigli Superiori della Magistratura o Commissioni composte da giudici e da laici, membri dell'esecutivo come il Ministro della Giustizia e il Presidente della Repubblica, Parlamentari, e altri soggetti pubblici. Sia come sia, in tutti i paesi i reclami dei cittadini svolgono di fatto o formalmente un ruolo fondamentale nel provocare le indagini e l'iniziativa disciplinare da parte delle autorità competenti. La trasparenza nell'utilizzo dei reclami dei cittadini è tanto importante quanto quella

⁴⁸ Per le opinioni consultive a livello statale v. per es. quelle dell'Arizona in <http://www.azcourts.gov/ethics/JudicialEthicsAdvisoryOpinions.aspx>; dell'Alaska in <http://www.azcourts.gov/ethics/JudicialEthicsAdvisoryOpinions.aspx>; del Texas in <http://www.courts.state.tx.us/judethics/ethicsop.asp>.

Per le opinioni espresse in merito al codice federale v. <http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/CodesOfConduct.aspx>. In ciascuno di questi siti si possono trovare non solo le opinioni consultive ma anche il testo del rispettivo codice di condotta.

⁴⁹ V. J.M. Shaman, S. Lubet and J.J. Alfani, *op. cit.*, pp. 22-23.

riguardante le indagini disciplinari e la decisione finale, se si vuole evitare che essi possano essere utilizzati discrezionalmente o arbitrariamente con possibile pregiudizio per l'indipendenza della magistratura, come segnalato da alcuni paesi⁵⁰. Questo aspetto del procedimento disciplinare è stato trascurato persino in paesi a democrazia consolidata, come per esempio Francia, Germania e Italia. In altri paesi democratici invece il ruolo dei reclami dei cittadini è considerato una risorsa essenziale per la promozione e il mantenimento della fiducia dei cittadini stessi nella giustizia, nonché uno strumento fondamentale per l'efficace e corretto funzionamento del sistema disciplinare. È il caso degli Stati Uniti e, più di recente, di Inghilterra, Galles e Nuova Zelanda.

Le prime iniziative volte ad assegnare un ruolo formale ai cittadini nella promozione dell'azione disciplinare e, in diversa misura, un ruolo anche nelle fasi successive del procedimento sono state promosse negli Stati Uniti a livello sia statale, sia federale. A partire dagli anni 1970 la maggior parte dei 50 Stati ha adottato (con frequenti revisioni) regole dettagliate sul procedimento disciplinare ed ha istituito organismi per la condotta giudiziaria (*Judicial Conduct Organizations*), composti da giudici e laici in diverse proporzioni, che in vario modo facilitano la presentazione di esposti da parte di privati e li tengono informati sul loro esito⁵¹. Molti di tali organismi agevolano la presentazione di reclami fornendo al cittadino moduli per inoltrare correttamente la domanda e varie forme di assistenza per la loro compilazione. Nel 1980 il Congresso USA ha approvato una legge, il *Judicial Conduct and Disability Act* (JCDA), specificamente intesa a

⁵⁰ V. O. Schwartz and E. Sykiainen, *Judicial Independence in the Russian Federation*, in A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, cit. Gli a. sottolineano che: "A volte una lamentela ricevuta da un cittadino diviene una occasione che il capo di corte utilizza per regolare passate divergenze. Tali pratiche potrebbero essere causate dal fatto che il processo di presentazione delle lamentele è informale e non regolato. La formalizzazione del procedimento potrebbe prevenire tali abusi". V. anche *Ibidem*, Z. Fleck, *Judicial Independence in Hungary*. L'a. precisa che non ci sono regole in merito alla trattazione dei reclami e perciò i presidenti di corte possono usarli, secondo la loro completa discrezionalità, nella valutazione delle prestazioni professionali e nel decidere, sempre discrezionalmente, se iniziare o meno un procedimento disciplinare.

⁵¹ V. C. Gray, *How judicial commissions work*, in *The Justice System Journal*, 2007, n. 3, pp. 405-418. L'articolo dà informazioni anche sulle diverse disposizioni esistenti nei 50 Stati in merito alla segretezza/pubblicità delle indagini e del giudizio, e nei casi di dispensa dal servizio. Lo stesso argomento è trattato da R. H. Temberckhan, *Judicial Disciplinary Should be Opened*, *ibidem*, pp. 419-425. Per la composizione degli organismi per la condotta giudiziaria nei 50 Stati v. <http://www.ajs.org/ethics/pdfs/Commissionmembership.pdf>. Come si può notare consultando questo sito, ho utilizzato nel testo l'espressione "organismi per la condotta giudiziaria" per indicare organizzazioni che, pur svolgendo lo stesso tipo di funzione, hanno adottato nei vari Stati nomi diversi.

permettere a ogni cittadino, attraverso una particolare procedura, di inoltrare un esposto contro giudici federali per cattiva condotta o incapacità. Questa procedura mirava altresì ad assicurare che i reclami fossero debitamente considerati e istruiti in sede disciplinare nei casi in cui apparissero fondati. Nei primi anni del 2000 furono avanzate critiche dal Congresso sull'efficacia con cui il JDCA era stato implementato. Queste critiche si fondavano sull'opinione che la trattazione dei reclami fosse soggetta a "colpevole favoritismo" dovuto al fatto che, diversamente da quanto avviene per le magistrature statali, a livello federale le indagini disciplinari e le decisioni sono esclusivamente nelle mani degli stessi giudici⁵². Nel 2004 fu istituita una commissione incaricata di verificare se i reclami dei cittadini fossero stati effettivamente trattati con la dovuta diligenza ed efficacia. La commissione, presieduta da un giudice della Corte Suprema ed assistita da un gruppo di esperti, esaminò un ampio campione di reclami e nel 2006 pubblicò le sue conclusioni⁵³. In tale contesto fu precisato che: "i proscioglimenti non conformi alle disposizioni di legge sono rari e ammontano a circa il 2-3% di tutti i proscioglimenti"⁵⁴. Tra le varie raccomandazioni suggerite dalla commissione per rendere il JDCA più efficace è sufficiente qui ricordare: quelle volte ad agevolare i cittadini nell'inoltro dei loro esposti; la raccomandazione che siano promossi comitati di avvocati locali "che fungano da collegamento tra avvocati e giudici per comunicare i problemi relativi al comportamento giudiziario"; il bisogno di fornire una formazione adeguata ai dirigenti degli uffici giudiziari per una più accurata trattazione dei reclami dei cittadini; la necessità di promuovere un accurato monitoraggio dei procedimenti disciplinari⁵⁵. Da allora sono state messe a punto procedure nuove e più dettagliate che includono anche regole che permettono al cittadino insoddisfatto di chiedere un riesame delle decisioni in materia disciplinare⁵⁶. Ciò nonostante, nel Congresso USA vi sono ancora voci critiche ed è in corso di discussione una proposta di legge più rigorosa per garantire che i reclami dei cittadini siano trattati in modo più efficace⁵⁷.

⁵² Per una concisa descrizione dei procedimenti disciplinari e degli organi competenti ad istruire e decidere le questioni concernenti la disciplina dei giudici federali americani v. http://www.ajs.org/ethics/eth_fed-jud-conduct.asp.

⁵³ Il testo del rapporto può essere consultato *online* in <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/breyercommitteereport.pdf>.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ *Ibidem*, tutte le raccomandazioni sono elencate alle pp. 8-9.

⁵⁶ Per il testo delle *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings* rivisto nel 2008 vedi http://www.ca7.uscourts.gov/jm_memo/compla.pdf. In appendice al testo si può trovare una copia del modulo che deve essere compilato per presentare gli esposti

⁵⁷ V. la proposta di legge *Judicial Transparency and Ethics Enhancement Act of 2009* che è sta-

Nel 2006 in Inghilterra e Galles è stato creato un ufficio *ad hoc*, denominato *Office for Judicial Complaints* (OJC), per la gestione dei reclami relativi alla condotta dei giudici. Prima dell'istituzione dell'OJC i cittadini che volevano esprimere doglianze sul comportamento di un giudice dovevano scrivere al Lord Chancellor o al Presidente dell'ufficio giudiziario competente, e non vi era una specifica procedura per trattare i reclami. L'OJC è ora incaricato di ricevere i gli esposti, svolgere le relative indagini e mantenere informato il proponente del risultato della sua iniziativa (accoglimento, accettazione, ragioni del rigetto, prosecuzione delle indagini, ecc.), secondo una dettagliata procedura⁵⁸. Dato che qui mi limito a illustrare l'importanza attribuita al ruolo degli esposti dei cittadini nel promuovere e mantenere la fiducia pubblica nella giustizia, è importante ricordare che l'OJC agevola in vario modo i cittadini nel formulare i loro esposti, sia fornendo sul suo *web site* un modulo interattivo contenente tutte le informazioni necessarie all'OJC per condurre le indagini ed evitare "ritardi per il completamento delle informazioni mancanti", sia registrando e trascrivendo i reclami dei cittadini che hanno difficoltà a inviare un documento scritto. Oltre a ciò, viene fornita una formazione specifica al personale dell'OJC per trattare i reclami di soggetti con infermità mentale⁵⁹. L'OJC pubblica un rapporto annuale delle sue attività⁶⁰. Al fine di migliorare i suoi servizi l'OJC conduce e pubblica annualmente anche un'indagine effettuata tra i cittadini che hanno presentato ricorsi al fine di verificare sia l'efficienza che la qualità del servizio con riferimento alla tempestività, cortesia, chiarezza delle prestazioni professionali del suo personale, nonché la efficacia del servizio reso dall'OJC (incluso

ta presentata sia al Senato sia alla Camera dei Rappresentanti. Entrambe le proposte prevedono la creazione dell'ufficio dell'Ispettore Generale delle Corti federali (*Office of the Inspector General of the Federal Courts*). L'Ispettore Generale verrebbe nominato dal Chief Justice della Corte Suprema per un periodo di quattro anni. I suoi compiti dovrebbero essere quelli: di condurre, sulla base di quanto previsto dal *Judicial Conduct and Disability Act* del 1980, le indagini su presunti illeciti disciplinari dei giudici che possano rendere necessarie revisioni o altre iniziative da parte del Congresso; condurre e supervisionare l'andamento delle indagini; presentare al Chief Justice e al Congresso un rapporto annuale sulle attività svolte dall'Ispettore Generale; riferire senza ritardo al Chief Justice e al Congresso su questioni che potrebbero richiedere ulteriori iniziative; proporre modifiche a leggi e regolamenti che governano il corpo giudiziario.

⁵⁸ Le *Judicial Discipline Regulations*, così come emendate nel 2008, possono essere consultate in http://www.judicialcomplaints.gov.uk/docs/Judicial_discipline_regs_-_consolidated_version.pdf.

⁵⁹ V. il rapporto annuale 2008-2009 dell'*Office for Judicial Complaint*, www.judicialcomplaints.gov.uk.

⁶⁰ I quattro rapporti annuali pubblicati finora possono essere consultati all'indirizzo indicato nella nota precedente.

il numero di squilli telefonici prima che la telefonata del cittadino abbia risposta⁶¹). I cittadini che ritengono che l'OJC non abbia trattato il loro reclamo in modo corretto ed equo possono rivolgersi al *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman*, che tuttavia può valutare soltanto la correttezza della procedura seguita dall'OJC per archiviare il caso ma non pronunciarsi sul merito della decisione presa⁶². L'OJC non ha alcun potere oltre a quello di effettuare indagini o archiviare i casi per i quali le indagini non sono consentite dalla legge. Il compito di sanzionare i giudici appartiene ad altri organi⁶³ che comunque sono tenuti a informare gli autori degli esposti della loro decisione⁶⁴.

Dal 2005 i cittadini della Nuova Zelanda possono formalmente indirizzare i loro reclami a una nuova istituzione, il *Judicial Conduct Commissioner*, creato allo scopo di “migliorare la fiducia pubblica e tutelare l'imparzialità e l'integrità del sistema giudiziario”⁶⁵. Oltre a ciò, è stata approvata una legge che regola in dettaglio i compiti del *Judicial Conduct Commissioner* e l'intero procedimento disciplinare⁶⁶. Analogamente all'OJC di Inghilterra e Galles, il *Judicial Conduct Commissioner* non solo fornisce ai cittadini un modulo per formulare correttamente i loro esposti con tutte le informazioni necessarie, ma offre anche la sua assistenza a coloro che non sono in grado di provvedere autonomamente. In ogni modo il *Commissioner*, dopo aver ricevuto l'esposto, deve comunicarlo al proponente e, nel caso esso venga archiviato, deve anche notificargliene i motivi. Nel considerare il ruolo dei cittadini nei procedimenti disciplinari è importante notare che, tra le ragioni per cui il *Commissioner* può archiviare un reclamo, due sono di particolare interesse: a) “il cittadino è rimasto soddisfatto dalle spiegazioni fornite dal giudice”; b) “il cittadino è rimasto soddisfatto dalle scuse presentate dal giudice”⁶⁷. Il *Commissioner* prepara un rapporto annuale sulle sue attività, che viene presentato alla Camera dei Rappresentanti, e viene anche

⁶¹ *Ibidem*, v. il rapporto annuale 2009-2010, *Office for Judicial Complaint*, annex D.

⁶² V. *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman* in <http://www.judicialombudsman.gov.uk/docs/Conductbookletforwebsite.pdf>.

⁶³ Le decisioni su questioni disciplinari sono prese congiuntamente dal Lord Chancellor e dal Lord Chief Justice.

⁶⁴ L'articolo 40 delle *Judicial Discipline and Regulations* prevede che: “Il Lord Chancellor e il Lord Chief Justice devono informare il cittadino se il suo esposto è stato preso in considerazione o archiviato, e se del caso quale azione disciplinare si è deciso di intraprendere”.

⁶⁵ V. <http://www.jcc.govt.nz/>.

⁶⁶ Il *Judicial Conduct Commissioner* e il *Judicial Conduct Panel*, così come emendati nel 2010, possono essere visionati in <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0038/latest/DLM293553.html>.

⁶⁷ V. *ibidem*, section 15 A, *Judicial Conduct Commissioner and Judicial Conduct Panel Act*.

adeguatamente pubblicizzato⁶⁸. Come l'OJC in Inghilterra, anche il *Commissioner* neozelandese non ha alcun potere al di là del condurre indagini o archiviare i casi per i quali le indagini non sono consentite dalla legge. Il compito di sanzionare i giudici appartiene ad altri organismi⁶⁹.

In molti altri paesi il ruolo del cittadino nei procedimenti disciplinari o è del tutto assente o è piuttosto limitato e di regola consiste nel ricevere notifica dell'avvenuta ricezione dell'esposto da parte delle autorità competenti, come avviene ad esempio in Germania. Tra i paesi dell'Europa dell'Est alcuni dettagli rilevanti sulla presentazione e trattazione degli esposti sono forniti dalla Polonia. Una procedura formale per l'inoltro degli esposti è stata stabilita dal Ministro della Giustizia. Gli esposti possono essere presentati anche verbalmente sia al Ministro sia all'ufficio giudiziario competente, una procedura questa intesa a facilitare coloro che per varie ragioni hanno difficoltà a redigere documenti scritti. Il Ministro della Giustizia polacco pubblica annualmente informazioni riguardanti i "tipi di reclamo" ricevuti, ed "esempi di particolari reclami e informazioni su come i reclami vengono trattati"⁷⁰.

Tradizionalmente, nella maggior parte dei paesi Occidentali dell'Europa continentale i procedimenti disciplinari sono ancora considerati un affare interno al sistema giudiziario, a tal punto che in alcuni paesi, come l'Italia, i cittadini non hanno nemmeno diritto ad essere informati dell'avvenuta ricezione degli esposti inviati alle autorità competenti⁷¹. La più importante eccezione è data dalla Svezia dove l'*Ombudsman*, istituzione di lunga e consolidata tradizione, riceve e tratta gli esposti dei cittadini riguardanti la condotta di tutti i pubblici ufficiali, giudici compresi⁷². Va aggiunto, infine, che una riforma recente della Costituzione francese prevede che ai cittadini venga dato un ruolo formale nei

⁶⁸ I rapporti pubblicati finora possono essere consultati in http://www.jcc.govt.nz/template.asp?folder=REPORTS_AND_NEWS.

⁶⁹ Il processo di rimozione del giudice è piuttosto complesso. Per una illustrazione dell'intero procedimento disciplinare v. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0038/latest/DLM293719.html#DLM293719>.

⁷⁰ V. A. Bodnar and L. Bojarski, *Judicial Independence in Poland*, in A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, cit.

⁷¹ V. *Ibidem*, G. Di Federico, *Judicial Independence in Italy*. In Italia formalmente le sentenze disciplinari sono pubbliche, al pari di ogni altra sentenza del giudice. Tuttavia è estremamente difficile per il cittadino che ha presentato il reclamo avere accesso alle sentenze disciplinari e ancor più difficile è riuscire a trovare se tra esse ve n'è una che riguarda il suo caso.

⁷² V. Nergelius e D. Zimmermann, *Judicial Independence in Sweden*, in A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, cit.

procedimenti disciplinari⁷³. Al momento non si sa quale sarà in concreto questo ruolo perché la legge attuativa di quella riforma costituzionale non è ancora stata emanata.

6. *Il sistema disciplinare italiano in prospettiva comparata*

Abbiamo sin qui descritto le principali evoluzioni delle regole di comportamento e dei sistemi disciplinari dei giudici nei paesi democratici, ed in particolare di quelli che maggiormente hanno innovato in quei settori. Abbiamo anche visto come quelle innovazioni siano collegate alla evoluzione del ruolo del giudice che sempre meno appare come un mero e meccanico applicatore del diritto. Sono innovazioni cioè che traggono la loro motivazione dalla convinzione che la legittimazione della funzione giudiziaria dipenda sempre più dalla fiducia che i cittadini ripongono nei loro giudici e nella correttezza dei loro comportamenti. Sembra ora opportuno offrire alcune sintetiche e selettive riflessioni sulle caratteristiche del nostro sistema di disciplina giudiziaria in prospettiva comparata. Lo farò prevalentemente, anche se non esclusivamente, con riferimento ai sistemi disciplinari di quei paesi che hanno introdotto le maggiori innovazioni in materia, e cioè: il ruolo del sistema disciplinare nel governo della nostra magistratura, le caratteristiche dei codici di condotta giudiziaria e le procedure disciplinari, la funzione proattiva delle regole di disciplina giudiziaria, il monitoraggio e la trasparenza del sistema disciplinare, il ruolo dei cittadini nel procedimento disciplinare.

6.1. *Disciplina giudiziaria e governo della magistratura*

All'inizio di questo saggio abbiamo indicato che il sistema disciplinare è funzionalmente connesso ad altri aspetti del sistema di governo del personale togato. Che quindi il maggiore o minore rilievo del sistema disciplinare è inversamente correlato alla "qualità" del reclutamento, all'efficacia della formazione iniziale e continua, al rigore con cui vengono effettuate le valutazioni di professionalità.

Le ricerche da noi condotte sul governo dei magistrati in Italia mostrano che

⁷³ Articolo 31 della riforma costituzionale del 2008 (*Loi constitutionnelle* n° 2008-724 del 23 luglio 2008). Questo articolo modifica anche la composizione del Consiglio superiore della magistratura francese. La principale modifica è che i magistrati non saranno più la maggioranza nel Consiglio. Una delle ragioni di questa modifica è stata la volontà di evitare influenze corporative sulle decisioni del Consiglio.

dopo il reclutamento i magistrati non subiscono significative valutazioni di professionalità per tutti i 40/45 anni della loro permanenza in servizio. Nonostante le norme che governano la valutazione della professionalità siano non meno severe che in altri paesi, i nostri dati di ricerca mostrano cioè che il Csm di regola promuove tutti magistrati al maturare del livello minimo di anzianità previsto dalla legge per il passaggio da un livello all'altro della carriera giudiziaria e dello stipendio⁷⁴. Di fatto le poche valutazioni negative della professionalità dei magistrati sono quasi sempre erogate a giudici e pubblici ministeri che hanno in precedenza subito gravi sanzioni disciplinari⁷⁵. A differenza di altri paesi dell'Europa in cui i magistrati sono soggetti a rigorosi sistemi di valutazione della professionalità⁷⁶ da noi il sistema disciplinare finisce quindi, di fatto, per essere il

⁷⁴ I nostri dati di ricerca sono molto chiari sia con riguardo alla legge sulle promozioni in vigore sino al 2007 sia con riferimento alle nuove e più rigorose (formalmente) leggi in vigore da quella data. Ad esempio, tra il maggio 1979 ed il giugno 1981, il Csm effettuò 4.034 valutazioni di professionalità riguardanti i quattro livelli da magistrato di tribunale a magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori: i promossi furono 4.019 (cioè il 99,6% del totale); solo 15 (lo 0,4%) ebbero valutazioni negative, tutte motivate da gravi condanne disciplinari o da procedimenti penali pendenti (il numero di valutazioni in quei due anni è molto alto perché il Csm dovette effettuare non solo le ordinarie promozioni relative a due anni, ma anche smaltire "l'arretrato" di tre anni derivante dalla riduzione di tre anni nei tempi di percorrenza della carriera). L'orientamento a effettuare le promozioni sulla sola base dei requisiti minimi di anzianità emerge anche dall'analisi delle 9.656 valutazioni di professionalità effettuate dal Csm negli 11 anni che vanno dal 1993 al 2003: solo 117 sono state le valutazioni negative (diversi magistrati ne ebbero più d'una); 94 magistrati avevano una o più sanzioni disciplinari o procedimenti penali. A riguardo si veda G. Di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2008, pp. 190-193, e la dettagliata analisi delle promozioni ai vari livelli della carriera e delle singole, eccezionali cause del limitato numero di magistrati che hanno ricevuto valutazioni negative, in G. Di Federico, *Recruitment, professional evaluation, career and discipline of judges and prosecutors in Italy*, in G. Di Federico (ed.), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe*, cit., pp. 138-142. Con riferimento all'applicazione delle nuove e più rigorose norme sulla valutazione di professionalità in vigore dal 2007, abbiamo effettuato un'analisi delle decisioni del Csm in materia di valutazione della professionalità tra il 1° settembre 2008 ed il 31 marzo 2009, scegliendo questo periodo perché venivano fatte sia valutazioni con la vecchia legge (in ritardo) sia valutazioni con la legge 111/2007. Su 181 valutazioni effettuate con la vecchia legge 15 sono state negative mentre le 554 valutazioni effettuate con la nuova normativa sono state tutte positive. Occorre aggiungere che, comunque, nei primi due anni di valutazione col nuovo sistema e fino all'ottobre 2009 quelle effettuate con la nuova legge sono state tutte altamente positive. Sembra quasi che al maggior rigore della nuova legge sulle valutazioni di professionalità corrisponda di fatto una maggior benevolenza nei giudizi.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Nei paesi come l'Austria, la Germania e la Francia, le valutazioni di professionalità vengono effettuate periodicamente (con scadenze che vanno dai 2 ai 5 anni) e prevedono graduatorie di merito differenziate per coloro che ricevono valutazioni positive. Prendendo ad esempio le

principale e quasi esclusivo strumento di valutazione negativa della professionalità dei magistrati nei quattro decenni e più della loro permanenza in servizio. Per un perverso circolo vizioso, poi, le valutazioni della professionalità generalizzate ed altamente laudative finiscono per attenuare il rigore delle stesse condanne a livello disciplinare. La lettura delle sentenze disciplinari mostra infatti come molto frequentemente le elevate valutazioni della professionalità dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare vengono utilizzate come circostanze attenuanti per mitigare il rigore delle sentenze, senza tener conto che quelle valutazioni hanno di fatto un valore più rituale che sostanziale, che sono cioè attribuite a tutti i magistrati senza distinzione tra chi effettivamente le merita e chi no.

6.2. Regole di condotta giudiziaria e procedure disciplinari

Nel 2006 l'Italia, come molti paesi prima di lei, si è dotata di una normativa che stabilisce regole di comportamento per i magistrati⁷⁷. Da un sistema disciplinare fino ad allora basato su regole dal contenuto generico si è passati ad una legge che in maniera articolata specifica quali siano i comportamenti dei magistrati passibili di sanzione disciplinare, una legge che ha una struttura prescrittiva formalmente rigida nel senso che possono essere sanzionati solo comportamenti da essa espressamente previsti. In nessuno dei paesi democratici di cui si ha notizia il codice di condotta giudiziaria ha una struttura tanto rigida. Da un canto vi è in molti paesi la tendenza a rendere le regole di comportamento sempre più dettagliate sulla base delle esperienze maturate nel settore, d'altro canto tuttavia permane la convinzione che non tutto possa essere previsto in materia anche, ma non solo, perché il crescente rilievo politico, sociale ed economico della giurisdizione determina l'insorgere di nuove aspettative nei confronti dei comportamenti giudiziari. Abbiamo visto che in altri paesi l'orientamento a prevedere norme di comportamento giudiziario dal contenuto prescrittivo generico viene anche giustificato con riferimento alla natura e agli obiettivi stessi dei codici di etica giudiziaria. Si sostiene cioè che un qualsiasi codice di etica o condotta giudiziaria per sua natura ha e non può non

valutazioni compiute nel Land tedesco del Nord-Reno/Westfalia, valutazioni basate su criteri non dissimili da quelli ora previsti in Italia, i livelli di valutazione positiva sono 4 ed il livello di "eccellente" viene approssimativamente raggiunto da un numero di magistrati che varia tra il 5-10%. Per più dettagliate informazioni sui sistemi di valutazione in Germania ed altri paesi europei vedi G. Di Federico (ed.), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe*, cit.

⁷⁷ V. d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109.

avere come obiettivo primario quello di “ispirare i giudici ad aderire ai più alti standard di condotta [...] mentre un altro obiettivo è quello di fornire norme da utilizzare a fini disciplinari”⁷⁸. Una doppia finalità che appare anche nelle raccomandazioni formulate nell’ambito del Consiglio d’Europa⁷⁹. In altre parole i codici di condotta giudiziaria cercano di combinare nello stesso documento due obiettivi che sono in qualche misura tra loro confliggenti: servire da ispirazione e guida e nello stesso tempo fornire regole disciplinari⁸⁰. Di qui l’adozione di norme che consentono di sanzionare comportamenti non previsti ma che di fatto si possono rivelare gravemente lesivi dell’immagine della giustizia, cioè della stessa legittimazione della funzione giudiziaria. In tal caso si ritiene che le garanzie processuali offerte al giudice nel processo disciplinare e la trasparenza del procedimento stesso costituiscano comunque un valido strumento per la tutela della sua indipendenza. Ed a riguardo assume particolare significato un altro aspetto dell’evoluzione dei sistemi disciplinari che è stato trascurato nel nostro paese, e cioè l’adozione di dettagliate procedure disciplinari. Mentre da noi il procedimento disciplinare è regolato da un generico riferimento alle norme di procedura penale “in quanto compatibili”⁸¹, in molti altri paesi sono state adottate norme volte a regolare in modo minuzioso una pluralità di aspetti propri del procedimento disciplinare. Regole che riguardano non solo i diritti dei giudici e quelli del cittadino che ha espresso doglianze, non solo le procedure di appello disponibili per il giudice ed il cittadino, non solo la disciplina delle indagini e delle prove, ma anche le modalità con cui proteggere il giudice da esposti “frivoli, ripetitivi, persecutori”, una dettagliata regolamentazione del rapporto tra riservatezza e pubblicità del procedimento disciplinare e delle modalità con cui rendere pubbliche le informazioni sui procedimenti in corso e sulle decisioni⁸².

⁷⁸ V. *supra* la nota 30.

⁷⁹ V. Recommendation cm/rec.(2010) 72 of the Committee of Ministers to Member States on Judges: Independence, efficiency and responsibilities. La raccomandazione n. 72 dice testualmente: *Judges should be guided in their activities by ethical principles of professional conduct. These principles not only include duties that may be sanctioned by disciplinary measures, but offer guidance to judges on how to conduct themselves* (Nelle loro attività i giudici devono essere guidati da principi etici di condotta professionale. Tali principi includono non solo obblighi soggetti a sanzione, ma offrono ai giudici anche una guida ideale su come comportarsi). Per il testo delle raccomandazioni, vedi <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/cm-rec2010-12.pdf>.

⁸⁰ V. *supra* la nota 31.

⁸¹ Artt. 16, comma 2°, e 18, comma 3°, d.lgs. n. 109 del 2006, relativi alle fasi dell’istruzione e del dibattimento.

⁸² Vedi ad esempio le *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disciplinary Proceedings* per i

6.3. *Rilievo proattivo delle regole di disciplina*

Abbiamo visto come in altri paesi si ritenga che la principale funzione delle regole disciplinari non sia di natura punitiva ma fondamentalmente proattiva, volta cioè a prevenire comportamenti che possano delegittimare la funzione giudiziaria. Che quindi sia non solo importante ma anche necessario utilizzare strumenti che rendano i giudici consapevoli dei contenuti delle regole di comportamento giudiziario e dell'importanza di adeguare i loro comportamenti a quelle regole ed alle loro implicazioni sul piano ideale ed operativo. Una necessità rafforzata dai risultati di ricerche le quali mostrano come nella maggior parte dei casi le violazioni disciplinari dipendono "da mancanza di conoscenza, scarsa attenzione e, non da ultimo, eccessiva fiducia in se stessi"⁸³.

Gli strumenti utilizzati in altri paesi per massimizzare la funzione proattiva dei codici di etica giudiziaria, e con essa la stessa legittimazione della funzione giudiziaria, sono da un canto la inclusione dell'etica giudiziaria nei programmi di formazione iniziale e continua dei giudici e dall'altro l'attivazione di una funzione consultiva che assista i giudici nelle decisioni relative ai loro comportamenti. Entrambi questi strumenti proattivi sono deficitari o assenti nel mostro sistema di governo della magistratura.

Il tema dell'etica giudiziaria ha un ruolo molto limitato nel corso della formazione iniziale e ed è sostanzialmente assente dai programmi della formazione continua. Né ovviamente ci si è posti il problema, come in altri paesi, di individuare metodi didattici che rendano efficace la formazione e la interiorizzazione dei valori di etica giudiziaria cui si ispirano, senza rappresentarli appieno, le norme disciplinari.

Se da un canto la formazione in tema di etica e comportamento giudiziario è certamente carente rispetto ad altri paesi, la funzione consultiva è del tutto assente. Una mancanza che fa venir meno un utile servizio ai singoli giudici ma anche un importante strumento di riflessione sulle implicazioni delle norme di comportamento per la magistratura tutta e per gli stessi cittadini, laddove i

giudici federali degli Stati Uniti, riviste nel 2008 (http://www.ca7.uscourts.gov/jm_memo/compla.pdf), che contiene centinaia di regole vincolanti, distribuite in sette articoli ed accompagnate da dettagliati commenti di illustrazione. Codici di procedura dello stesso tipo esistono anche per altri paesi come l'Inghilterra e Galles (http://www.judicialcomplaints.gov.uk/docs/Judicial_discipline_regs_-_consolidated_version.pdf), Canada (https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/conduct_complaint_procedures_en_fr.pdf). Procedure dello stesso tipo sono state adottate da ciascuno dei 50 sistemi giudiziari statali degli Stati Uniti (per un esempio vedi <http://www.state.wv.us/wvsca/JIC/jdprules.htm#Judicial>)

⁸³ V. *supra* la nota 45.

pareri di volta in volta offerti venissero resi facilmente accessibili e comprensibili a tutti *on-line*, come in altri paesi. Aggiungiamo che l'importanza di questa funzione consultiva in materia di etica e di comportamenti giudiziari è stata riconosciuta anche nelle recenti raccomandazioni formulate dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa ed indirizzate a tutti gli Stati membri (Italia inclusa, ovviamente)⁸⁴.

De jure condendo, le principali proposte di riforma della giustizia disciplinare di cui si discute in Italia riguardano la composizione e collocazione istituzionale dell'organo disciplinare. Le varie proposte, pur nella loro diversità, convergono su due punti, e cioè: a) che occorra variare la composizione dell'organo disciplinare rendendo minoritaria la presenza di magistrati, b) che sia necessario sottrarre la competenza disciplinare al Csm per trasferirla ad un organismo costituito *ad hoc*. Sulla necessità di riformare la giustizia disciplinare lungo queste due direttrici vi è concordanza "bipartisan", dall'On. Luciano Violante all'ex Ministro della giustizia Angelino Alfano⁸⁵. L'obiettivo di questo tipo di riforma è, ovviamente, solo quello di rendere più rigorosa l'applicazione delle regole di disciplina giudiziaria e deriva dal convincimento che la sezione disciplinare del Csm, composta per due terzi da magistrati, abbia gestito il suo potere disciplinare in maniera troppo tollerante nei confronti dei magistrati. È un orientamento riformatore che, con tutta evidenza concepisce le regole di comportamento giudiziario in funzione meramente punitiva. Nessuna considerazione viene rivolta all'attivazione di strumenti proattivi, quali quelli utilizzati in altri paesi per rendere più aderenti i comportamenti dei giudici alle regole disciplinari, e minimizzare con ciò stesso l'intervento repressivo, per rendere l'immagine del giudice più vicina alle aspettative dei cittadini e promuovere al contempo una maggiore legittimazione della funzione giudiziaria. Nonostante il Csm e la

⁸⁴ V. Recommendation cm/rec. 74 (2010) of the Committee of Ministers to Member States on Judges..., *cit.* La raccomandazione n.74 del Comitato dei ministri così recita testualmente: *Judges should be able to seek advice on ethics from a body within the judiciary* (I giudici devono poter richiedere consigli in materia di etica ad un organismo che opera nell'ambito del giudiziario).

⁸⁵ Per le proposte dell'On. Violante vedi L. Violante, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, p. 175 s. Si tratta di proposte che l'On. Violante ha più volte formulato in vari pubblici convegni. Anche il ministro Alfano ha più volte indicato in varie apparizioni pubbliche la sua intenzione di proporre una riforma secondo le due direttrici che abbiamo indicato, vedi ad esempio le sue dichiarazioni ad un convegno tenutosi nell'aprile 2010 presso la Corte di Cassazione: <http://it.reuters.com/article/topNews/idITMIE6370OPW20100408>. La proposta di istituire una corte disciplinare esterna al Csm era già stata avanzata dalla Commissione Bicamerale per la Riforma della Costituzione, nel 1997-98.

magistratura organizzata si oppongano ad una riforma che sottragga la competenza disciplinare all'organo di autogoverno e l'attribuisca ad un organo in cui i magistrati non siano in maggioranza, anch'essi condividono di fatto una concezione meramente punitiva delle regole di comportamento giudiziario. In buona sostanza sostengono che se orientamenti condiscendenti vi sono stati in passato da parte della sezione disciplinare del Csm, ora non è più così ed ancor meno sarà così in futuro. Così, mentre da un canto si riafferma con forza l'efficacia punitiva della sezione disciplinare dell'organo di autogoverno della magistratura dall'altro non sono finora stati posti in essere, né prospettati, da parte del Csm efficaci strumenti di tipo proattivo, né l'utilizzazione di tali strumenti è stata finora proposta dalla magistratura associata.

6.4. *Sistemi di monitoraggio e trasparenza*

Abbiamo visto che in altri paesi esistono istituzioni pubbliche e organizzazioni private che diffondono con linguaggio comprensibile a tutti, e con modalità di facile accesso a chiunque, i contenuti delle sentenze disciplinari e le relazioni che intercorrono tra comportamenti giudiziari ed eventuali sanzioni. Creano con ciò stesso occasioni di dibattito e riflessione, anche tra i non addetti ai lavori, che possono condurre, e spesso hanno condotto, alla riformulazione delle regole di comportamento giudiziario, delle procedure disciplinari e del sistema delle sanzioni. Sono strumenti che possono certamente concorrere a rendere il sistema disciplinare più consono alle aspettative della comunità e quindi ad una più solida legittimazione della funzione giudiziaria. Nulla di tutto ciò esiste in Italia ove la trasparenza del sistema di disciplina giudiziaria è più formale che sostanziale. Certo le sentenze disciplinari sono pubbliche, ma l'accesso ad esse da parte del cittadino è di fatto nullo⁸⁶. Il loro linguaggio e la loro forma, inoltre, non sono certo di facile comprensione per i non addetti ai lavori.

Le doglianze sui comportamenti giudiziari vengono archiviate dalla Procura generale presso la Corte di cassazione in misura che si aggira intorno al 94-95%

⁸⁶ In verità la ricerca dei rilevanti precedenti disciplinari è stata sinora difficoltosa anche per gli stessi magistrati incolpati di violazioni disciplinari e per i loro colleghi che li difendono. In genere, per l'individuazione delle sentenze di volta in volta rilevanti, incolpati e difensori hanno sinora dovuto fare affidamento sulla volontaria collaborazione degli organi interni del Csm. Una sintetica raccolta di massime disciplinari, destinata ai magistrati, viene pubblicata dal Csm nei suoi *Quaderni*. Di recente sembra sia stato messo a punto un sistema computerizzato di richiamo delle sentenze disciplinari, ma non è ancora pienamente agibile. Se anche verrà reso accessibile a tutti, non sarà comunque di facile consultazione per i non addetti ai lavori.

dei casi. Certo la percentuale delle lamentele senza esito è elevatissima anche in altri paesi, soprattutto perché la gran parte delle lamentele riguardano il contenuto delle decisioni giudiziarie per cui l'unico rimedio è l'appello. Tuttavia a differenza di altri paesi da noi non esistono meccanismi, né sono state assunte iniziative, per verificare che tutte le archiviazioni siano giustificate o per vedere se dal loro insieme non emergano aspettative che sia opportuno prendere in considerazione per introdurre modifiche nelle regole di disciplina.

Le lacune relative al monitoraggio ed alla trasparenza del nostro sistema disciplinare emergono, peraltro anche dalla sostanziale esclusione dal procedimento disciplinare del cittadino che esprime lamentele sui comportamenti del proprio giudice.

6.5. *Il ruolo dei cittadini nel procedimento disciplinare*

Abbiamo visto che in vari paesi -come Stati Uniti, Inghilterra, Nuova Zelanda- si siano create apposite istituzioni che hanno il compito sia di facilitare la presentazione da parte dei cittadini di esposti riguardanti i comportamenti dei giudici sia anche di tenerli informati degli esiti delle loro lamentele. Abbiamo anche visto come queste iniziative e la loro efficienza abbia come scopo primario quello di promuovere e consolidare la fiducia dei cittadini nei confronti dei giudici e, con ciò stesso, la stessa legittimazione della funzione giudiziaria. È una esigenza che è emersa o sta emergendo anche in altri paesi, come ad esempio in Francia⁸⁷. In Italia questo orientamento è del tutto assente, nonostante i sondaggi sugli orientamenti dei cittadini nei confronti della magistratura siano tutt'altro che positivi. L'esclusione del cittadino da qualsiasi ruolo nel procedimento disciplinare è teorizzata e giustificata persino nelle sentenze disciplinari del Csm⁸⁸. A differenza di quanto avviene in molti paesi, ai cittadini italiani non viene neppure riconosciuto il diritto di sapere se i loro esposti siano effettivamente stati ricevuti dalle autorità a cui li hanno inviati (in genere, Csm e Ministro della Giustizia). La cosa può persino apparire strana se si considera che il Csm ha mostrato in numerose occasioni di ritenere che le critiche rivolte da uomini che ricoprono ruoli istituzionali ai comportamenti dei magistrati

⁸⁷ Come abbiamo dianzi indicato una riforma recente della Costituzione francese prevede che ai cittadini venga dato un ruolo formale nei procedimenti disciplinari, vedi *supra* la nota 73.

⁸⁸ Si veda ad esempio la sentenza disciplinare del 13/7/2004, n. 67 (proc. n. 100/2002) ove si afferma che tale esclusione "...discende dalla scelta del legislatore di configurare l'illecito disciplinare dei magistrati come lesivo esclusivamente dell'interesse pubblico alla credibilità dell'ordine giudiziario".

abbiano l'effetto di delegittimare la funzione giudiziaria. Vi è quindi anche da noi la percezione che la pubblica opinione abbia un ruolo di grande rilievo nella legittimazione della funzione giudiziaria. Se si ritiene che per tutelare l'immagine della magistratura e la legittimazione della sua funzione occorra che il Csm formuli censure nei confronti di coloro che esprimono gravi e immotivate critiche nei confronti dei magistrati, sarebbe forse ancor più efficace perseguire quello stesso obiettivo facilitando un contatto diretto e trasparente tra i cittadini che esprimono lamentele e le autorità a cui si rivolgono per essere tutelati. Facilitando, cioè, anche da noi la presentazione degli esposti da parte dei cittadini con una adeguata assistenza e comunicando loro le sanzioni nei confronti dei giudici che sono venuti meno ai loro doveri oppure rassicurandoli direttamente sulla correttezza dei comportamenti dei magistrati motivando le ragioni per cui i loro esposti non possono essere accolti.

Certo per creare istituzioni che rendano efficace il ruolo del cittadino nel procedimento disciplinare sarebbero necessarie riforme costituzionali. Un primo efficace passo potrebbe tuttavia essere compiuto anche con legislazione ordinaria. Ed in effetti un progetto di legge avente questa finalità, fu presentato oltre 20 anni fa. Verso la fine del 1987, dopo aver condotto una ricerca sul campo sulle "organizzazioni per la condotta giudiziaria" (*Judicial Conduct Organizations*) che negli Stati Uniti operano a livello statale, predisposi una bozza di proposta di legge che l'On. Giuseppe Gargani volle presentare alla Camera dei Deputati nel gennaio 1988⁸⁹. Detto in estrema sintesi, quel progetto di legge prevedeva la costituzione in tutti i distretti di corte di appello di "commissioni sul comportamento giudiziario" composte da 2 magistrati in pensione, due avvocati, un professore universitario, due cittadini non appartenenti a nessuna delle professioni legali. Queste commissioni potevano ricevere le lamentele dei cittadini nei confronti dei magistrati e, nel caso le trovassero rilevanti, le dovevano segnalare in modo formalmente corretto ai titolari dell'azione disciplinare, altrimenti dovevano spiegare al cittadino le ragioni per cui a loro giudizio non avevano ritenuto di inviarle. Dal canto loro i titolari dell'azione disciplinare avrebbero dovuto informare le commissioni degli esiti delle segnalazioni da loro ricevute e le commissioni avrebbero quindi dovuto informare il cittadino di tali esiti possibilmente con linguaggio comprensibile. Si prevedeva anche che i rappresentanti delle commissioni distrettuali si riunissero periodicamente in

⁸⁹ X Legislatura, proposta di legge n. 2268, dal titolo "Nuove norme sui procedimenti disciplinari dei magistrati ordinari e sui provvedimenti di cui all'articolo 3 del Regio Decreto Legislativo 31 maggio 1946, n. 511".

una conferenza nazionale per riflettere sulle loro concrete esperienze di lavoro, sulle difficoltà incontrate e sulle eventuali innovazioni necessarie a rendere il loro servizio più efficace. Seppure in forma attenuata rispetto ad altri paesi, questo progetto di legge garantiva una partecipazione, anche se solo indiretta, dei cittadini nel procedimento disciplinare, e prevedeva che il cittadino fosse informato degli esiti delle sue doglianze. Creava, inoltre, una trasparente, periodica riflessione sull'andamento della disciplina giudiziaria a livello nazionale. Questo progetto di legge non venne mai discusso in Parlamento.

6.6. *Sanzioni disciplinari*

In questo saggio non mi sono occupato delle sanzioni disciplinari se non occasionalmente, cioè mentre trattavo di altri aspetti dei sistemi disciplinari. Per i numerosi paesi che, come il nostro, reclutano i giudici tra giovani laureati che solitamente non hanno precedenti esperienze professionali, le variazioni nei sistemi sanzionatori non sono di grande rilievo di per sé, cioè senza una verifica del rigore con cui vengono applicate (ed a riguardo non esistono dati attendibili a livello comparato). Di un certo interesse per il nostro Paese potrebbe invece essere, a mio avviso, un tipo di sanzione che di recente è stata introdotta nei sistemi giudiziari di tradizione giuridica anglosassone, e cioè le scuse pubbliche (in vario modo pubblicizzate) che vengono richieste al giudice che ha violato le regole di comportamento. Abbiamo dianzi segnalato questa particolare sanzione con riferimento alla Nuova Zelanda, ma esempi dello stesso tipo si hanno anche negli Stati Uniti, in Canada ed in Inghilterra⁹⁰.

A me sembra che le pubbliche scuse potrebbero dare alla sanzione una maggiore efficacia, anche di natura "didattica". Soprattutto, ma non solo, quando viene erogata una sanzione di scarso rilievo, come quella dell'ammonimento, che a volte riguarda comportamenti giudiziari che al semplice cittadino possono

⁹⁰ Si può a riguardo ricordare un caso avvenuto in Inghilterra ove un giudice si era rivolto ad un imputato straniero con frasi "che potevano esse interpretate" come un pregiudizio nei confronti dei cittadini stranieri. In particolare il giudice aveva detto "siamo irritati da persone che vengono ai nostri lidi ed abusano della nostra ospitalità". Questa frase che pregiudicava l'immagine di indipendenza del giudice fu considerata tanto grave da giustificare la sanzione della dispensa dal servizio. "Tuttavia i molti anni di servizio trascorsi senza alcuna precedente lamentela unitamente alle pubbliche scuse e personale contrizione" furono tenuti in considerazione ed il giudice venne mantenuto in servizio. V. *Annual Report 2009-2010, Office for Judicial Complaints*, p. 18. V. http://www.judicialcomplaints.gov.uk/docs/Judicial_discipline_regs_-_consolidated_version.pdf.

sembrare molto gravi per i danni che hanno arrecato⁹¹. Per la pubblicità che l'accompagna, l'uso di una sanzione di questo tipo sarebbe, tra l'altro, un primo passo per creare anche da noi un trasparente collegamento tra comportamenti giudiziari ed aspettative della comunità.

⁹¹ Numerosi sono i casi di questo tipo (soprattutto in tema di ritardi nei procedimenti e nelle scarcerazioni): v. il contributo di Daniela Cavallini in questo volume. Ne ricordiamo uno solo a titolo di esempio scegliendolo tra i più facili da indicare, e cioè quello di un cittadino che è rimasto in carcere per ben 15 mesi dopo la scadenza dei termini di carcerazione preventiva perchè il pubblico ministero si era dimenticato di emettere l'ordine di scarcerazione. Il pubblico ministero in questione ricevette la sanzione minima dell'ammonizione (sez. disc., 1° febbraio 2001, n. 13, proc. n. 2/00, sentenza confermata da Cass., sez. un., 6 febbraio 2003, n. 1731). Questo ammonimento per il prolungato ritardo nella scarcerazione non venne tenuto in alcun conto nella successiva valutazione della professionalità e diligenza di quel magistrato, che venne quindi regolarmente promosso (v. verbale del Csm del 14 febbraio 2004).

ANTONIO MURA

LA DISCIPLINA DEI MAGISTRATI.
TIPICITÀ DEGLI ILLECITI E STRUMENTI CAUTELARI

SOMMARIO: 1. Le criticità della materia e l'esigenza di trasparenza. – 2. Responsabilità del magistrato e sua legittimazione. – 3. Sistema disciplinare, deontologia e responsabilità. – 4. Questioni problematiche. - 4.1. I limiti della tipizzazione. - 4.2. Le zone grigie degli strumenti cautelari.

1. *Le criticità della materia e l'esigenza di trasparenza*

Il dibattito sulla “disciplina” dei magistrati ordinari non di rado si connota, nell'esperienza italiana, di valenze in senso lato politiche e non va esente dall'assoggettamento a giudizi “di parte”. Condivide, in sostanza, la sorte che caratterizza – in misura decisamente più marcata rispetto alla gran parte degli altri Paesi occidentali – il confronto su molti temi inerenti alla giustizia.

Forse per ciò i punti di vista dei commentatori si collocano per lo più agli estremi delle contrapposte prospettive: da un lato la natura (parzialmente) “domestica” della giustizia disciplinare è assunta dai critici come *ex se* dimostrativa della non piena imparzialità di tale giurisdizione e, dunque, di un suo carattere “corporativo”; per converso, i sostenitori della bontà del sistema ne vantano i risultati statistici, per numero di condanne, incomparabilmente superiori – sia in termini assoluti, sia in percentuale – a qualsiasi altro sistema sanzionatorio relativo a pubblici funzionari in generale, ad ordini o professioni, ovvero alle altre magistrature.

Si tratta di posizioni che – se pure colgono spunti meritevoli di attenzione – peccano spesso perché informate a pre-concetti, in ragione dei quali assumono a base dell'argomentare giudizi di valore che dovrebbero, piuttosto, costituire l'approdo conclusivo di un'analisi.

Da ciò il pregio intrinseco del lavoro di Daniela Cavallini [*Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011], anzitutto sul versante metodologico. L'approccio scientifico alla materia dà spunto – e solida base – ad una trattazione le cui conclusioni, talora marcatamente critiche, non sono il frutto di opzioni preconcepite. Per altro verso, la sua

elaborazione offre strumenti utili alla corretta lettura dei dati statistici, come laddove l'Autrice nota che le statuizioni sanzionatorie più gravi (rimozione e destituzione) non esauriscono in realtà le ipotesi nelle quali il procedimento disciplinare consegue l'effetto "espulsivo" dalla magistratura, dovendosi annoverare nella medesima prospettiva anche i non pochi casi di decisione volontaria del magistrato di abbandonare l'ordine giudiziario proprio a seguito dell'iniziativa disciplinare che lo concerne (la quale, in tal caso, sfocia normalmente in una pronuncia di non doversi procedere, che come tale figura poi nelle rilevazioni statistiche).

In altra prospettiva, è motivo di soddisfazione per gli operatori il fatto che, a livello istituzionale, abbia già ricevuto risposta l'esigenza – enunciata dall'Autrice – di piena conoscibilità della giurisprudenza disciplinare: conoscibilità intesa come fattore di trasparenza nella concreta gestione di questo delicato settore. È vero, infatti, che la natura pubblica delle sentenze della sezione disciplinare del CSM non vale di per sé ad assicurare un'effettiva diffusione – né, tanto meno, l'eshaustività della conoscenza – neppure tra gli addetti ai lavori, specie per la non agevole reperibilità dei testi. D'altro lato, la tradizionale pubblicazione cartacea, da parte del Consiglio superiore, delle massime estratte dalle sue sentenze limitava la diffusione ai principi ispiratori delle decisioni, raramente consentendo un utile raffronto tra le concrete fattispecie oggetto di trattazione. Soprattutto, la pubblicazione aveva luogo con considerevole ritardo, spesso nel corso del quadriennio consiliare successivo a quello nel quale le decisioni erano state emesse: quando, cioè, era ormai integralmente mutata la composizione del collegio giudicante dei cui indirizzi la pubblicazione intendeva dare notizia.

Il nuovo archivio informatico realizzato grazie alla collaborazione del CED della Corte di cassazione, della Procura generale e del Consiglio superiore della magistratura consente oggi l'accesso in tempo reale a tutti gli utenti del noto sistema *Italgjure Web*, via *internet*, tanto ai testi integrali quanto alle massime delle decisioni concernenti la responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari: cioè a tutte le sentenze emesse dalla sezione disciplinare del CSM, dalle sezioni unite della Cassazione e dalla Corte costituzionale. I molteplici canali di accesso, tipici della ricerca giurisprudenziale (e, dunque, anche di carattere testuale e per riferimenti normativi), consentono la selezione dei documenti d'interesse, peraltro arricchiti da *link* funzionali alla navigazione fra documenti correlati.

Nella stessa linea di sensibilità per le esigenze di conoscenza, all'interno ed all'esterno della magistratura, del concreto impiego dello strumento disciplinare si colloca l'iniziativa (senza precedenti) assunta a fine 2009 dalla Procura generale della Corte di cassazione. Nel volume *Contributi alla giurisprudenza di*

legittimità, edito come “Quaderno speciale del Consiglio superiore della magistratura”, la Procura generale ha reso note le proprie linee d’indirizzo interpretative e valutative. Il significato dell’iniziativa – la quale non inerisce soltanto ai casi nei quali è stata promossa l’azione disciplinare, ma comprende anche la presentazione di argomentate richieste di non luogo a procedere e provvedimenti di archiviazione – si coglie appieno se si considera che ad assumerla è stato l’ufficio cui la legge conferisce un ruolo basilare in materia, affiancando alla titolarità dell’azione disciplinare in capo al Procuratore generale la funzione inquirente e requirente, cioè di pubblico ministero in senso proprio, ai sensi dell’art. 16 comma 1 del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109.

2. Responsabilità del magistrato e sua legittimazione

Sul piano sostanziale, opportunamente lo studio di Daniela Cavallini colloca al centro della riflessione – con le sue molteplici sfaccettature – quel concetto di “responsabilità” in senso ampio che l’esperienza anglosassone definisce col termine *accountability*. È questo un concetto delicato, specie per la possibile frizione rispetto al valore dell’indipendenza del magistrato. Tuttavia la responsabilità non si contrappone affatto, ma piuttosto è complementare proprio all’indipendenza ed all’autonomia, intese come caratteri strumentali all’imparzialità del giudizio. Per le sue importanti implicazioni anche in relazione alla fiducia della collettività nei propri magistrati, una responsabilità ampia ed effettiva è strumento che concorre a fondare la legittimazione della magistratura, quale corpo professionale selezionato ed investito della funzione giudiziaria.

Del modello costituzionale di magistratura, basato su una selezione squisitamente tecnico-professionale (peraltro essenzialmente teorica) e su omologhi meccanismi di sviluppo della carriera, sono noti i pregi (ad iniziare dall’apoliticità ed imparzialità del metodo selettivo e dall’ampiezza della base di reclutamento), ma non devono sfuggire le ricadute problematiche. Prima tra tutte è la possibile “tensione” fra l’assenza d’investitura democratica della magistratura ordinaria ed il suo statuto d’indipendenza ed ampia autonomia. Da queste premesse discende l’esigenza che una magistratura di carriera ed indipendente dal potere politico si caratterizzi per una forte legittimazione sostanziale: la quale deriva in primo luogo dalla professionalità, non limitata al profilo tecnico, ma coinvolgente doti di equilibrio, di dedizione alle funzioni giudiziarie e d’imparzialità.

Tutto ciò postula una responsabilità professionale, ovviamente di natura non politica ma che sia e appaia effettiva. La responsabilità del magistrato – in senso

ampio – risulta, in questa prospettiva, connaturata all'autonomia e all'indipendenza: è funzionale a che queste non siano privilegi, ma garanzie per la giurisdizione e, quindi, per i cittadini.

È interessante il “profilo” del magistrato che la sezione disciplinare del CSM ha tracciato nella sentenza n. 106 emessa il 7 dicembre 2007. Essa muove dalla considerazione che vietare al giudice o al pubblico ministero, fuori dall'esercizio delle funzioni, comportamenti che possano compromettere la sua credibilità personale, il prestigio e il decoro ovvero il prestigio dell'istituzione giudiziaria, non corrisponde ad esigenze di estetica o di eleganza o di stile esteriore. Piuttosto, quei divieti corrispondono all'esigenza di garantire la credibilità del magistrato e la possibilità per i cittadini di confidare nel fatto che egli sia capace e pronto ad esercitare le sue funzioni con indipendenza, imparzialità e terzietà: caratteri che la sentenza mutua dall'articolo 101 della Costituzione, laddove è definito un magistrato soggetto soltanto alla legge, il quale pronuncia le sue sentenze “in nome del popolo italiano”. La sezione disciplinare nota, quindi, che decoro, misura ed equilibrio sono, in quest'ottica, non gradevoli doti personali, ma condizioni atte a garantire, anche sul piano dell'apparenza, la serietà con cui il magistrato è in grado di impegnarsi nell'essere imparziale, indipendente e terzo. Lo stesso CSM, nella circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, le considera quali “vere e proprie pre-condizioni dell'attività giurisdizionale”, la mancanza di una sola delle quali impone *tout court* un giudizio negativo di professionalità.

Muovendo dai presupposti sopra sintetizzati, la sentenza citata definisce pure il senso dell'agire terzo, imparziale e indipendente del giudice, quale capacità non di operare con arbitrio, ma di effettuare ogni volta scelte autonome, consapevoli e responsabili. E l'impostazione concerne tutti i magistrati, posto che l'intera dimensione deontologica che attiene ai giudicanti vale del pari riguardo ai rappresentanti del pubblico ministero, la cui posizione processuale di parte non ne riduce i doveri, ma piuttosto li integra.

3. Sistema disciplinare, deontologia e responsabilità

Tutte queste premesse concorrono a porre in luce le potenzialità positive che un efficace sistema disciplinare presenta per la conformazione del corretto modo d'essere e d'agire del magistrato. Ciò non deve, però, far velo sui limiti intrinseci alla materia.

Se l'apprestamento di un apparato disciplinare efficace è basilare per promuovere il fisiologico espletamento delle funzioni giudiziarie, tuttavia le linee

di condotta per tal modo tracciate – essenzialmente delineate “per contrasto”, rispetto a quelle normativamente vietate e sanzionate, in un sistema che è codificato in assonanza con quello penale – costituiscono soltanto il *minimo etico* che l'ordinamento pretende dal magistrato. Restano da ricercare in altre fonti, quindi, più pregnanti indicazioni circa il modello ideale di riferimento deontologico cui il comportamento di ogni singolo magistrato dovrebbe informarsi, sia in ambito strettamente professionale sia al di fuori di esso.

Per altro verso, l'esperienza dimostra come la responsabilità disciplinare risulti poco idonea a promuovere la fisiologia nel quotidiano, per quanto attiene a laboriosità, impegno, accuratezza nell'espletamento delle funzioni. Si tratta, infatti, di settori positivamente influenzabili, piuttosto che mediante la comminazione di sanzioni, per varie altre vie, che includono l'accentuazione del rigore dei momenti valutativi nel percorso professionale del magistrato e la responsabilizzazione dei dirigenti riguardo ai risultati conseguiti dagli uffici giudiziari da loro condotti.

Non deve sfuggire, d'altro lato, la delicatezza dello strumento sanzionatorio, per l'incidenza su soggetti il cui operare si caratterizza in modo essenziale per l'autonomia. La sanzione disciplinare - e, ancor prima, la mera sottoposizione al relativo procedimento – riveste un rilievo speciale dal punto di vista del singolo magistrato: la sensibilità è sempre elevata anche rispetto ad un'indagine disciplinare, notevoli essendo i riflessi che potenzialmente essa può esplicare tanto sull'immagine dell'interessato, quanto sullo sviluppo della sua carriera. Com'è noto, a fini di valutazione della professionalità, il CSM ritiene valutabili i fatti in sé, anche in caso di assoluzione disciplinare; ed è intuitivo come tutto ciò possa riflettersi addirittura sui modelli comportamentali dei magistrati.

Né si può registrare disinvoltamente come elemento positivo la già menzionata entità delle condanne disciplinari, pur se – come s'è detto – esse offrono solidi argomenti per contrastare la tesi che si tratti di una giustizia “domestica”. Esse suonano, piuttosto, come serio campanello d'allarme, in quanto sanzionano – pur in un panorama di encomiabile impegno della generalità dei magistrati – conclamate violazioni dal modello comportamentale che è coesenziale all'attribuzione di funzioni di assoluta delicatezza, quali sono tutte quelle giudiziarie.

Dovrebbe conseguirne un rinnovato impegno per la messa a punto di più efficaci strumenti – conoscitivi, valutativi e di controllo, ma soprattutto di formazione professionale continua – atti a promuovere nella magistratura una diffusa consapevolezza del proprio ruolo e, quindi, la naturale adesione di ciascun giudice e pubblico ministero alla gamma di doveri deontologici connaturati alla

rispettiva funzione. Non sembra eccessivo auspicare che ciò determini anche quale conseguenza che la riprovazione delle condotte devianti da parte della stessa magistratura si estrinsechi in primo luogo nel ripudiare reazioni di difesa corporativa più o meno esplicita; e che, tanto in ambito istituzionale quanto in ambito associativo, l'attenzione per la c.d. questione morale – da tutta la magistratura, senza eccezioni, riconosciuta come d'attualità – si rispecchi coerentemente nelle prassi.

4. *Questioni problematiche*

Tra i vari profili d'interesse nella materia disciplinare, come conformata dalla novella legislativa del 2006, si concentrerà qui l'attenzione su due temi indiscutibilmente problematici: il primo concerne la cosiddetta tipizzazione delle condotte disciplinarmente illecite; il secondo inerisce all'efficacia "reattiva" del sistema ordinamentale complessivo, come risultante dalla riforma, a fronte di comportamenti di magistrati suscettibili di mettere a rischio l'adeguato espletamento della funzione giudiziaria.

4.1. *I limiti della tipizzazione*

Per oltre sessant'anni il concetto-cardine intorno al quale ha ruotato il sistema disciplinare della magistratura è stato sancito dall'articolo 18 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511, che assoggettava a sanzione le condotte dal magistrato "che lo rendano immeritevole di fiducia e considerazione o che compromettano il prestigio dell'ordine giudiziario".

Il testo suscitava due interrogativi di fondo: l'attualità dei valori enunciati – la "fiducia" individuale e il "prestigio" dell'ordine giudiziario – e, per altro verso, la compatibilità della generica formulazione normativa col principio di legalità e con la tutela dell'indipendenza della magistratura.

Il valore del prestigio, in realtà, è suscettibile anche in tempi moderni di una lettura costituzionalmente orientata ed esente da interpretazioni formalistiche o da inclinazioni corporative. Esso costituisce, infatti, un presupposto per la credibilità della funzione giudiziaria, tanto da legittimare la definizione di quel concetto come formula "a forte contenuto sociale" e la classificazione – ad esso attribuita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 145 del 1976 – tra "i più rilevanti beni costituzionalmente protetti".

Si trattava, del resto, di un termine la cui effettiva portata era il risultato

dell'accurata e progressiva opera di definizione da parte della giurisprudenza disciplinare.

Rispetto ad esso, l'alternativa da molti e per lungo tempo invocata – in nome di una più rigorosa attuazione del principio di legalità – era costituita dalla cosiddetta “tipizzazione” delle condotte suscettibili di sanzione sul piano disciplinare.

Sulla tassatività della tipizzazione si sono avvicinate formulazioni differenti: dal disegno di legge Flick, che escludeva la tassatività prevedendo una formula di chiusura “aperta”, alla riforma Castelli, la quale enunciava una tipizzazione tassativa degli illeciti commessi dal magistrato nell'esercizio delle funzioni ed una tipizzazione, invece, aperta per gli illeciti al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, sino alla riforma Mastella che, escludendo ogni disposizione “aperta”, introduce nell'ordinamento una tipizzazione degli illeciti connotata da piena tassatività.

Evidentemente non può sfuggire l'obiettivo difficoltà di redigere un codice comportamentale esaustivo e assoggettato a sanzione. Ma nell'ordinamento giudiziario oggi vigente, per effetto del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109, l'infelice formulazione di alcune disposizioni si aggiunge al problema di definire le infrazioni a regole di condotta che constano spesso non di un'attività in sé impropria, ma piuttosto del *modo* in cui l'attività è compiuta, o che richiedono una valutazione rispetto a parametri di valore (quale, ad esempio, la violazione sostanziale della terzietà).

Dalla riforma disciplinare – piuttosto frammentaria nell'indicazione delle condotte – non è dato trarre compiutamente il profilo di un “modello di magistrato”; ma questo non pare motivo di critica, non essendo funzione propria di un sistema sanzionatorio la definizione di un generale modulo comportamentale. Balza agli occhi, piuttosto, la complessiva inadeguatezza della tipizzazione come normativamente definita, in quanto non poche condotte vistosamente connotate da oggettivo disvalore rispetto alla funzione giudiziaria sfuggono alle previsioni sanzionatorie.

La giurisprudenza s'è opportunamente data carico del problema, laddove lo spazio interpretativo lo consentiva, come – ad esempio – riguardo alla mancata astensione del magistrato del pubblico ministero in ipotesi in cui essa appaia doverosa. Si trattava certamente di un illecito disciplinare nella vigenza dell'articolo 18 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511 [cfr. Cass. S.U., sentenza n. 1821 del 2007], mentre qualche problema s'è posto per il suo inquadramento nel dettato dell'articolo 2 comma 1 lettera c) del decreto legislativo n. 109 del 2006. Esso sanziona “la consapevole inosservanza dell'*obbligo* di astensione nei

casi previsti dalla legge”: suscita, perciò, l’interrogativo circa la riferibilità alla mancata astensione del pubblico ministero, in quanto facoltativa – dunque, non oggetto di un “obbligo” giuridico, bensì correlata all’apprezzamento di “gravi ragioni di convenienza” – ai sensi dell’articolo 52 comma 1 del codice di procedura penale.

La mancata astensione è stata, in effetti, qualificata in termini d’illecito disciplinarmente rilevante pure rispetto al magistrato del pubblico ministero, in ragione del ravvisato suo “dovere” – benché per esso sia prevista nella normativa processuale solo la facoltà di astenersi – “di valutare, nell’esercizio delle sue funzioni, le ragioni di grave convenienza per non trattare cause in cui egli o suoi stretti congiunti abbiano interessi e quello di astenersi nel caso di verificata esistenza di tali ragioni, con particolare riguardo a interessi propri o personali dello stesso magistrato” [Cass., S.U., sentenza n. 11431 del 2010].

L’inadeguatezza della formulazione normativa non ne ha precluso in tal caso una lettura coerente con la *ratio* della disposizione. La decisione delle sezioni unite dà corpo al principio che già la sezione disciplinare del CSM aveva avuto modo di chiarire riguardo alla tipizzazione, subito dopo la sua introduzione. Con la sentenza n. 106 del 2007 il giudice disciplinare di prima istanza, infatti, aveva escluso la possibilità di applicazione analogica delle norme disciplinari, ma aveva ritenuto compatibile col sistema la loro interpretazione estensiva, coerentemente con quanto la giurisprudenza ammette rispetto alle norme incriminatrici penali.

Non sempre, tuttavia, la dizione legislativa consente di includere e sanzionare opportunamente aspetti comportamentali del magistrato pur idonei a cagionare seria compromissione al corretto espletamento della funzione.

Così, l’articolo 2 comma 1 lettera *v*) del decreto legislativo n. 109/2006 (come modificato *ex* L. n. 269/2006), enuncia tra gli illeciti disciplinari “nell’esercizio delle funzioni” le “pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all’articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106”. Secondo quest’ultima disposizione, che figura sotto la rubrica “Rapporti con gli organi di informazione”, “ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all’ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento”.

Ora, mentre risulta per tal modo punito il magistrato che violi detta prescrizione di “spersonalizzazione” delle informazioni concernenti le attività d’uffi-

cio, il richiamo del solo comma 2 dell'art. 5 lascia fuori dall'area della sanzione disciplinare la violazione del divieto sancito dal comma immediatamente successivo (art. 5 comma 3 D. L.vo 106/2006: "È fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio"). Ne discende un'incongruità evidente, per la mancata comminazione di sanzioni nei confronti della violazione di quest'ultimo divieto normativo, nonostante la sua naturale maggiore gravità – nella generalità dei casi – rispetto alla prescrizione di spersonalizzare l'informazione, che invece è disciplinarmente rilevante.

La giurisprudenza, in questo caso, ha ritenuto di non poter ovviare alla discrasia ed ha escluso che le dichiarazioni rese senza la delega del procuratore rilevino disciplinarmente poiché, appunto, "la norma sanziona la violazione del comma 2 dell'art. 5 il quale tuttavia non riguarda il divieto, per i magistrati delle procure, di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio, previsto invece dal successivo terzo comma" [sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 3 del 2008].

Allo stesso modo, l'articolo 2 comma 1 lettera *a*) del decreto legislativo n. 109/2006 sanziona, fra l'altro, "i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti". Pur prendendo le mosse dall'ampio enunciato dell'art. 1 – secondo il quale "il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni" – la norma lascia impunte le violazioni dei doveri di correttezza e di rispetto della dignità della persona se commesse in danno di soggetti non qualificati come parti processuali.

La stessa basilare prescrizione di esercizio delle funzioni con equilibrio, rispetto e correttezza non risulta in effetti assistita dalla comminatoria di sanzioni disciplinari in rapporto ad eventuali condotte smodate (ad esempio, nello sfogo dialettico) od irrispettose, se non attingono il livello della grave scorrettezza definito dall'art. 2 comma 1 lett. *d*), così come al di fuori del perimetro sanzionato restano quelle manifestazioni soggettive – anche di orientamento politico – che pure possono seriamente appannare l'immagine d'imparzialità del singolo magistrato e dell'ufficio di appartenenza.

L'esigenza di garanzia e di certezza che ha ispirato l'assetto tipizzato della materia sembra essersi tradotto, in sostanza, in un meccanismo di particolare rigidità. Così l'analisi teorica come l'esperienza pratica dimostrano che il sistema che ne risulta non è, nel suo complesso, del tutto idoneo a presidiare integralmente le impegnative prescrizioni funzionali al corretto esercizio del-

la giurisdizione. Ciò per la difficoltà di definire normativamente una casistica esauriente di comportamenti impropri, tale da garantire – sul versante sanzionatorio – un’adeguata reazione a manifestazioni pur all’evidenza devianti rispetto alla fisiologia delle condotte funzionali o extra-funzionali dei magistrati.

Un’accorta modifica normativa, tesa ad introdurre una disposizione “di chiusura” – appropriatamente ancorata ai valori d’imparzialità e correttezza che lo stesso decreto legislativo n. 109 del 2006 definisce e valorizza – costituirebbe rimedio adeguato. Gli aspetti d’incongruità del sistema sono destinati, altrimenti, ad affiorare in molte situazioni di tensione, con pregiudizio per il complessivo assetto della funzione giudiziaria e per la percezione di essa da parte della collettività.

4.2. *Le zone grigie degli strumenti cautelari*

Al quadro sanzionatorio definito dalla riforma disciplinare del 2006 (articoli 5 e seguenti) si affianca, ai sensi dell’articolo 13 comma 1, il trasferimento d’ufficio come (unica) sanzione accessoria. Il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio può essere inflitto – unitamente a ciascuna sanzione principale diversa dall’ammonimento e dalla rimozione – quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appaia in contrasto con il buon andamento dell’amministrazione della giustizia.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede un’altra figura di trasferimento d’ufficio, la quale ha però natura di misura cautelare. Essa può essere adottata – per fatti puniti con sanzione superiore all’ammonimento – sul presupposto dell’esistenza di “gravi elementi di fondatezza dell’azione disciplinare”, quando ricorrano motivi di particolare urgenza, in casi di procedimento disciplinare già iniziato. Altri strumenti cautelari sono previsti dagli articoli 21 e 22, che definiscono i casi di sospensione – obbligatoria e facoltativa – dalle funzioni e dallo stipendio: la prima deve essere disposta nei confronti del magistrato sottoposto in sede penale ad una misura cautelare personale; la seconda può essere adottata in caso di sottoposizione a procedimento penale per delitto non colposo punito con pena detentiva, ovvero di sottoposizione a procedimento disciplinare per fatti la cui gravità è incompatibile con l’esercizio delle funzioni giudiziarie.

La sospensione dalle funzioni e dallo stipendio determina il collocamento fuori ruolo del magistrato. L’articolo 22 ha cura, peraltro, nella parte finale del comma 1, di dedicare una specifica previsione ai casi di “minore gravità”, nei quali i titolari dell’azione disciplinare possono invece chiedere alla sezione disciplinare del CSM il trasferimento provvisorio dell’incolpato ad altro ufficio di

un distretto limitrofo (diverso da quello indicato nell'articolo 11 c.p.p.).

I meccanismi cautelari apprestati dalla riforma innovano in modo significativo il sistema previgente, che per tutte le necessità di intervento urgente – tanto nei casi di procedura disciplinare in corso, quanto durante le relative indagini – prevedeva lo strumento del trasferimento d'ufficio ai sensi dell'articolo 2 della cosiddetta legge sulle Guarentigie della magistratura (regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511).

Si trattava di uno strumento amministrativo – attribuito al *plenum* del CSM su proposta della prima commissione referente – atto ad incidere direttamente sulla inamovibilità del magistrato, costituzionalmente presidiata (articolo 107 comma 1 della Costituzione), “quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario”. Lo strumento – definito nella prassi “para-disciplinare”, o “a configurazione ibrida” – era complementare al sistema disciplinare e si inquadrava nella funzione di governo autonomo della magistratura, quale mezzo di “tutela oggettiva della giurisdizione e dei principi costituzionali ad essa afferenti”, rappresentando negli anni “un rilevante strumento di intervento del Consiglio superiore su situazioni oggettive di grave malessere della giurisdizione” [così la risoluzione adottata dal CSM il 24 gennaio 2007].

Nel testo originario, l'articolo 2 L.G. ricomprendeva espressamente ogni situazione “anche indipendente” da colpa del magistrato: col risultato di rendere particolarmente flessibile l'impiego del trasferimento d'ufficio, non essendo necessario, per attivare la procedura, appurare i profili di colpevolezza della condotta, a fronte di una situazione oggettiva di incompatibilità (d'ufficio o funzionale) nella quale un magistrato fosse incorso.

L'articolo 26 comma 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006 ha significativamente innovato la disposizione in esame, che limita ora l'intervento del CSM in sede amministrativa ai casi in cui, “per qualsiasi causa *indipendente da loro colpa*, [i magistrati] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”.

In ambito disciplinare, invece, il nuovo trasferimento cautelare definito dalla riforma è di competenza della sezione disciplinare in primo grado e delle sezioni unite della Corte di cassazione in sede d'impugnazione. Presenta, infatti, natura giurisdizionale. Ciò immuta (in senso positivamente apprezzabile) il relativo regime di impugnazione, sottraendolo alla giurisdizione amministrativa che ha competenza sui ricorsi avverso i provvedimenti di trasferimento d'ufficio disposti ai sensi dell'articolo 2 della legge sulle Guarentigie.

Tuttavia, un problema di utilizzabilità dei nuovi strumenti cautelari si pone, a fronte di situazioni di incompatibilità ambientale nelle quali non emerga con immediatezza il carattere colpevole o meno della causa che le ha determinate. Nelle situazioni di dubbio, la risoluzione adottata dal Consiglio superiore della magistratura il 6 dicembre 2006 propendeva per “privilegiare opzioni valutative tese a valorizzare l’ambito disciplinare”. In effetti, risulta statisticamente in crescita il numero delle richieste cautelari e delle decisioni di accoglimento. Anche di recente il CSM (oltre a rimarcare l’innovazione legislativa circa i beni protetti dallo strumento “amministrativo” del trasferimento d’ufficio per incompatibilità di sede o di funzioni: l’indipendenza e l’imparzialità in concreto, non più il “prestigio dell’ordine giudiziario”) ha considerato come la nuova normativa abbia “determinato un ridimensionamento dei poteri del Consiglio, in favore dell’intervento dei titolari dell’azione disciplinare” [così la deliberazione 18 gennaio 2012 concernente le “linee-guida per l’inaugurazione dell’anno giudiziario”].

All’atto pratico, però, l’urgenza di porre argine a casi piuttosto delicati – nei quali la funzione giudiziaria era pregiudicata o, comunque, esposta a rischio da condotte di magistrati ancora da definire nei particolari e da accertare sul piano probatorio – ha spinto il CSM in diversa direzione. Il Consiglio, infatti, non ha esitato ad aprire procedure *ex art. 2 L.G.*, pur in concomitanza con l’attenzione che i titolari dell’azione disciplinare prestavano alle medesime vicende anche nella prospettiva dell’eventuale richiesta di interventi cautelari. Da ciò, fra l’altro, la conseguenza che spesso risulta di fatto più celere l’attivazione della procedura amministrativa di competenza del Consiglio superiore in casi di incompatibilità determinata da cause (che dovrebbero essere) “indipendenti da colpa” del magistrato. Proprio per tale carattere, però, tali casi presentano – in linea di massima – profili di gravità e di urgenza meno marcati rispetto a situazioni colpevolmente causate: sarebbero, quindi, queste ultime a richiedere, piuttosto, la massima tempestività dell’intervento cautelare.

In effetti la definizione di “causa indipendente da colpa” del magistrato suscita non pochi problemi, anche per la difficoltà di accertare rapidamente tale requisito negativo nella fase di avvio delle indagini, rispetto a situazioni che spesso necessitano d’immediata reazione. Altro esempio problematico è quello di un fatto che sia stato volontariamente commesso dal magistrato ma non rientri tra gli illeciti tipizzati. Lo stesso CSM, nella risoluzione approvata il 24 gennaio 2007, prospettava l’opportunità di un nuovo intervento del legislatore, considerando che l’assetto della riforma “priva, di fatto, l’autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle [...] zone grigie”. Il Consiglio di Stato

ha rimarcato che l'eventuale "vuoto normativo" – che preclude adeguati interventi rispetto "alle plurime condotte scorrette astrattamente ipotizzabili, che tuttavia non rientrano nelle analitiche previsioni degli illeciti disciplinari" – "... se esistente, può al più essere colmato dal legislatore conferendo rilevanza disciplinare ad ulteriori condotte riprovevoli, ma non può autorizzare un'interpretazione che, restituendo al C.S.M. un generale potere di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta non individuata quale illecito disciplinare, finisce per aggirare il principio di tipicità su cui si basa il nuovo sistema" [Sez. IV, sent. n. 3587 del 10 maggio 2011, ric. Min. Giust. e CSM c/ Forleo].

Se, dunque, nel complesso, i meccanismi processuali definiti dalla riforma ordinamentale sono volti a razionalizzare il sistema cautelare della materia disciplinare, tuttavia, al di fuori di essa, resta assai dubbia l'adeguatezza del nuovo testo dell'articolo 2 della legge sulle Guarentigie, come modificato dall'articolo 26 comma 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006. Risulta problematico, in particolare, affermare che la norma valga a legittimare una reazione effettivamente adeguata del Consiglio superiore rispetto a tutte le situazioni critiche che esulano dall'ambito propriamente disciplinare.

Un'alternativa più nitidamente delineata dalla legge – nel senso di utilizzare come elemento discrezionale (piuttosto che la dipendenza della situazione da colpa del magistrato) la rapportabilità o meno del fatto ad una fattispecie tipica sanzionata – costituirebbe già un passo in avanti verso un sistema idoneo a reagire (con lo strumento cautelare disciplinare, oppure amministrativamente *ex* articolo 2 L.G.) a tutte le situazioni d'urgenza con maggiore tempestività, eliminando le c.d. zone grigie che rendono oggi problematico ogni intervento.

Per altro verso, l'auspicata introduzione di un'appropriata disposizione "di chiusura" nel catalogo delle condotte disciplinarmente sanzionate (come delineata nel precedente paragrafo 4.1.) si rifletterebbe anche sugli strumenti cautelari. Varrebbe, infatti, a definire più chiaramente e ad ampliare gli spazi d'intervento della sezione disciplinare, su iniziativa del Procuratore generale o del Ministro, per fronteggiare – con uno strumento d'urgenza di natura giurisdizionale, come tale assistito dalle opportune garanzie – situazioni di seria crisi del corretto svolgimento della funzione giudiziaria.

LORENZO ZILLETTI

IL CONTROLLO SULLE FUNZIONI GIUDIZIARIE:
LIBITO FE' LICITO IN SUA LEGGE?

Rispetto a chi giudica, «gli abusi vanno eliminati con severità». Eppure «non muover causa a un giudice, perché decideranno in suo favore, secondo il suo parere».

KLEIST, *La brocca infranta*, IV, p. 204; *Siracide*, 8, 14, in M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, p. 203, n. 535.

Sommario: 1. «Io non rispondo». – 2. Fortezza Bastiani. – 3. Coscienza di Zeno. – 4. The dark side of Europe. – 5. Diogene di Sinope. – 6. Hic Rhodus, hic salta. – 7. Remedia.

1. «Io non rispondo»

Correva l'anno 2008 quando la Camera Penale di Firenze organizzò, sotto questo titolo, un fortunato Convegno sulla responsabilità dei magistrati¹.

Qualcuno, in curia, stigmatizzò l'iniziativa come scomposta e provocatoria. Oggi, la lettura della minuziosa e puntuale ricerca di Daniela Cavallini², unita a rapidi sconfinamenti nei territori limitrofi, regolati dalla L.117/1988 e dagli articoli 323 e 328 del Codice penale, nonché dalla giurisdizione contabile, conferma l'esattezza della caustica intitolazione.

Il quadro non può rassicurare. Fior di studiosi hanno insegnato come sia basilare principio del costituzionalismo moderno quello per cui ad ogni potere deve corrispondere una responsabilità³.

Dietro la crosta dell'apparenza normativa, il nostro ordinamento restituisce l'idea di un "dispotismo giudiziario", tanto più grave dinanzi alla forte espan-

¹ Firenze, 10 ottobre 2008.

² D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011.

³ Per tutti, C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, trad. it. *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, 1950, p. 110, secondo cui, senza forme di controllo, "l'indipendenza dei giudici significherebbe la 'tirannia' dei giudici."

sione che da noi, come in altre società contemporanee del mondo occidentale, ha assunto negli ultimi decenni il ruolo della giurisdizione⁴.

2. *Fortezza Bastiani*

Diagnosi risalenti, confermano che il vizio è endemico. Affrontando i nodi irrisolti della Costituzione, a trent'anni dalla sua entrata in vigore, Paolo Barile⁵ invocava “un sistema moderno ed efficiente di responsabilità del giudice”, sì da “affermare un limite corretto all'insindacabilità del [suo] potere discrezionale, nei casi in cui essa si dispieghi in palese violazione delle norme giuridiche”. E ravvisava come antidoto, rispetto a responsabilità civile e penale “praticamente inesistenti”, l'approvazione parlamentare di uno specifico progetto di legge dell'allora senatore (e avvocato) Agostino Viviani: “probabilmente una simile normativa scioglierebbe gran parte dei nodi considerati, ma non ne sarà facile l'adozione per le prevedibili resistenze corporative”.

Preoccupazioni condivise da Giuseppe Volpe⁶, secondo cui “l'avvertita esigenza di indipendenza interna ed esterna, rischia di sfociare in una vera e propria irresponsabilità dei magistrati”, potenziale fonte di “arbitrii, negligenze, ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l'ordine della comunità”.

La placida quiete del legislatore venne turbata soltanto dalla sciagurata vicenda di Enzo Tortora⁷. Ci volle la gogna di un personaggio famoso, per scuotere le coscienze e reclamare l'estensione agli uomini in toga del principio secondo cui “chi sbaglia paga”. Nonostante il ricatto, fatto balenare dagli zelatori delle mani libere ai magistrati, di una probabile inerzia nella repressione degli illeciti, indotta dal timore di azioni di responsabilità ritorsive, l'8 novembre 1987 venti milioni di cittadini (l'80% dei votanti al referendum) espressero una volontà inequivocabile.

Mani sapienti, tuttavia, sterilizzarono la dirompente novità, architettando

⁴ Il fenomeno, ormai di consapevolezza diffusa, è oggetto di approfondite riflessioni in C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997, cap. III e IV.

Per la sua ricaduta sul versante penale, vedi A. GARAPON - D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, 1996, trad. it. *La repubblica penale*, Macerata, 1997.

⁵ P. BARILE - C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, Torino, 1979, p. 49 s.

⁶ G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *L'ordinamento giudiziario* (a cura di A. PIZZORUSSO), Bologna, 1974, p. 442.

⁷ Ora ricostruita da V. PEZZUTO, *Applausi e sputi*, Milano, 2008.

una legge gattopardesca, la 117/1988. Tra i lacci e i lacciuoli immaginati per imbrigliare le pretese risarcitorie, spiccava il giudizio di delibazione sull'ammissibilità della domanda, vero e proprio baluardo della Fortezza Bastiani: la prassi, infatti, non ha faticato a equiparare il vaglio del *fumus boni iuris* a una vera e propria "autorizzazione a procedere"⁸. L'interdizione veniva rafforzata escludendo qualsiasi responsabilità per violazioni derivanti dall'interpretazione di norme giuridiche e da valutazione del fatto e delle prove. Ultimo sigillo, dolo o colpa grave come unici titoli di "imputabilità".

Grazie alla controriforma, chi gettasse lo sguardo sulle centinaia di pronunce depositate in oltre vent'anni di vigenza della L. 117, scorgerebbe soltanto il paesaggio monotono del pietroso deserto dei Tartari.

3. Coscienza di Zeno

Contro possibili illusioni, che la panacea risieda nell'eradicazione della selva di vincoli, mantenendo però vivo il principio dell'azione diretta contro lo Stato (salvo rivalsa), mette in guardia uno dei più lucidi studiosi di responsabilità civile in genere, Vincenzo Zeno Zencovich.

Intervenendo al Convegno fiorentino⁹, egli ne ricordava la duplice funzione di risposta, tanto ad esigenze risarcitorie-satisfattive, quanto ad esigenze di carattere general-preventivo deterrente.

Applicata la premessa all'ambito giudiziario, è difficile negare che addossando l'onere finanziario della responsabilità in capo a un soggetto terzo (lo Stato), si impedisce proprio l'assolvimento di quelle funzioni: il risultato concreto, infatti, è il trasferimento del danno dal danneggiante al contribuente, che, con le proprie tasse, sarà colui che alla fine risarcisce. Ogni meccanismo di traslazione del risarcimento in capo alla fiscalità generale, fuoriesce tendenzialmente dall'ambito della responsabilità civile e sarebbe, forse, meglio gestibile attraverso procedure indennitario-compensative, di natura amministrativa (maggiore rapidità, costi più contenuti, eliminazione del contenzioso).

Altri, dunque, secondo Zeno Zencovich, gli strumenti da immaginare, per prevenire con efficacia le disfunzioni o gli errori originati da negligenze degli

⁸ L'osservazione è della CAMERA PENALE DI ROMA, *Relazione alla proposta di riforma della L. 13 aprile 1988 n. 117*, in www.camerepenali.it.

⁹ La relazione *La responsabilità civile del magistrato* è inedita. Se ne riassume il contenuto, utilizzando la trascrizione della registrazione fonica.

appartenenti all'amministrazione della giustizia: anziché persistere nell'equivoco di attribuire, allo stesso gruppo sociale, l'accertamento dell'illiceità della condotta di un suo esponente¹⁰, meglio sarebbe intervenire incisivamente su terreni come selezione, formazione, valutazione e avanzamento.

4. *The dark side of Europe*

Impazza tra molti *mâitres a penser* nostrani (togati di curia e accademia, tecnocrati, capitestate), che hanno in odio la riserva di legge, l'Europa del "diritto floscio"¹¹. Quando si tratta di dilatare l'area del penalmente rilevante¹², è tutt'oro quello che viene dal triangolo Bruxelles-Strasbourg-Luxembourg. *L'appel* si stempera non appena gli organi sovranazionali incidono su prerogative ritenute intoccabili da chi esercita funzioni giudiziarie.

Capita così che la sentenza 13 giugno 2006 della Corte di giustizia (nella causa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo Spa / Repubblica italiana*), benché assesti un colpo decisivo alla compatibilità comunitaria della L. 117/1988, rimanga inascoltata. Eppure, pesavano come macigni affermazioni secondo cui "escludere ogni possibilità di sussistenza della responsabilità dello Stato per il motivo che la violazione contestata al giudice nazionale riguarda l'interpretazione delle norme giuridiche, ovvero la valutazione effettuata da quest'ultimo su fatti o prove, equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio della responsabilità dello Stato", producendo la conseguenza che i singoli "non beneficerebbero di alcuna tutela giurisdizionale, ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nell'esercizio di tali attività di interpretazione o di valutazione". Né meno dirompente era che si giudicasse "contraria al diritto comunitario" la limitazione della "sussistenza della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice", ove essa "conducesse ad escludere la sussistenza di tale responsabilità nel caso in cui sia stata commessa

¹⁰ Secondo l'Autore, tra le centinaia di pronunce depositate in un ventennio, una soltanto ha condannato lo Stato a risarcire il danno cagionato dal magistrato (a sua volta, precedentemente, oggetto di condanna irrevocabile per il delitto di concussione).

¹¹ Rubiamo la sferzante espressione a M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, p. 212, n. 563.

¹² Severe critiche a quest'atteggiamento, corredate dalla puntuale illustrazione di casi paradigmatici, in F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, p. I, c. 259 e ss.

una violazione manifesta del diritto vigente”¹³.

L'immobilismo domestico provoca reazioni a catena, della Commissione UE: prima, il 10 febbraio 2009, con una lettera *memorandum* inviata alla Repubblica italiana; poi, il 9 ottobre 2009, con una formale diffida, entrambe senza risposta. Segue, il 22 marzo 2010, un parere motivato, corredato dall'invito “ad adottare le misure necessarie per conformarsi entro il termine di due mesi dalla ricezione”¹⁴.

Gli euroentusiasti cacciano la testa sotto la sabbia e, così, il 29 luglio 2010, parte il ricorso per inadempimento, ex art. 258 TFUE, i cui recenti esiti – sentenza 24 novembre 2011 della Corte di giustizia nella causa C-379/10 – acclarano la violazione, con condanna alle spese¹⁵.

Chi si attendesse il solerte abbattimento della Fortezza Bastiani, rimarrebbe deluso. L'assenza di un serio ed effettivo sistema di responsabilità civile del magistrato, a differenza dell'asserita brevità dei termini prescrizionali del reato, non rientra per il primo presidente della Cassazione tra le “anomalie del sistema italiano, da risolvere con sollecitudine”, così da “sintonizzarci con l'Europa al fine di recuperare legittimazione internazionale (...) anche in ambito giuridico e specificamente giudiziario”. Nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2012¹⁶, in alcune parti sicuramente condivisibile, l'incompatibilità comunitaria della L. 117/1988 finisce sotto traccia: espunta dal testo orale – quello che “fa notizia” –, la tematica oggetto di decisione della Corte UE 24 novembre 2011 è solo parzialmente riassunta in un sottoparagrafo del capitolo II. E l'accento non cade sull'indebita limitazione della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del magistrato.

Si fatica a immaginare che il Governo, incassato dal vertice della magistratura il buon voto in condotta per il “mutamento di clima” che “dirada le nubi che si erano addensate sul nostro impianto costituzionale” e “fa ben sperare sul mantenimento del quadro istituzionale”, osi intaccare (ne va della pagella finale) la “permanente validità del modello, orizzontale e antigerarchico, del sistema giudiziario italiano, caratterizzato dall'indipendenza del giudice e del pubblico ministero, (...) dal governo autonomo della giurisdizione, dal presidio costituito dal CSM”.

¹³ La sentenza per esteso è pubblicata in <http://curia.europa.eu>.

¹⁴ *Iter* ricostruito ai punti 6, 7 e 8 della sentenza citata *infra*, *sub* nota 15.

¹⁵ Pubblicata in <http://curia.europa.eu>.

¹⁶ Visibile sul sito www.cortedicassazione.it e da cui sono tratte tutte le citazioni virgolettate che precedono e seguono, sino al termine del paragrafo.

5. *Diogene di Sinope*

Il saldo zero dell'inventario fin qui tentato non subisce variazioni significative neppure avventurandosi sul terreno della responsabilità contabile. Pochi dubbi, sull'assoggettabilità del magistrato alle regole generali valide per ogni pubblico funzionario: l'art. 81 R.D. 2440/1923 include tra gli "ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato" sottoposti a quella giurisdizione, anche "quelli dell'ordine giudiziario"; l'art. 52 R.D. 1314/1934 contempla "i funzionari, impiegati ed agenti (...) compresi quelli dell'ordine giudiziario"; in regime repubblicano, il cardine è l'art. 28 Cost., non a caso richiamato da Corte cost., n. 385/1996 (è "conciliabil[e] in linea di principio [...] l'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme."¹⁷) per dichiarare inammissibile un conflitto di attribuzione sollevato dal magistrato *sub iudice*¹⁸.

Chiudono il cerchio l'art. 5 della legge cd. Pinto (il decreto che accoglie il ricorso per durata irragionevole va comunicato alla Procura presso la Corte dei Conti, per l'eventuale avvio del procedimento di responsabilità) e l'art. 172 del testo unico sulle spese di giustizia ("I magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa").

Al nitore normativo, corrisponde una manciata di condanne (comprese quelle susseguenti all'accertamento di gravi reati); davvero poca cosa, rispetto alle migliaia di pronunce che, dalla riforma del 1994 ad oggi, hanno visto affermata la responsabilità delle altre categorie di pubblici funzionari¹⁹.

¹⁷ www.cortecostituzionale.it

¹⁸ Innanzi alla sezione regionale della Lombardia della Corte dei Conti.

¹⁹ Il rilievo è di P.M. LUCIBELLO, alla cui inedita relazione *La responsabilità amministrativa e contabile del magistrato*, svolta al convegno fiorentino *sub nota 1*, si è tributari per questa parte del contributo.

L'Autore affermò testualmente che "l'impunità fattuale" non poteva addebitarsi alla peculiarità della funzione giudiziaria, "giacché sono agli occhi di tutti vicende e situazioni nelle quali il magistrato potrebbe – e dovrebbe – essere perseguito dalla procura erariale, vuoi per violazioni di legge e per omissioni o ritardi inescusabili, vuoi per provvedimenti giudiziari – anche incidenti sulla libertà personale e sul patrimonio dei cittadini – emanati sulla base di istruttorie carenti, con inescusabile negligenza". Tra l'altro, in linea di principio "il magistrato non può trincerarsi dietro l'insindacabilità del merito amministrativo", atteso che gran parte della sua attività – a differenza di quella di altri funzionari pubblici – "non appartiene alla sfera della di-

Conclusioni analoghe raggiungerà chi compulsì repertori o commentari di giurisprudenza penale, in materia di abuso d'ufficio o di rifiuto/omissione di atti d'ufficio²⁰.

Eppure, i dati sull'amministrazione della giustizia, illustrati di recente in Parlamento dal ministro Severino²¹, delineano un quadro tutt'altro che virtuoso: a) le richieste di indennizzo ex legge Pinto si impennano, dalle 3.580 dell'anno 2003, alle 49.596 dell'anno 2010; b) le somme liquidate a titolo di riparazione, in base a tale normativa, salgono dai 5 milioni di euro del 2003, ai 40 milioni di euro del 2008, agli 84 milioni del 2011; c) ogni anno, in media, vengono instaurati 2.369 procedimenti per risarcimento ingiusta detenzione o riparazione di errore giudiziario; d) nel 2011, i risarcimenti, a quest'ultimo titolo sborsati dallo Stato, superano la soglia dei 46 milioni di euro²²; e) nel 2010, ben 21.093 arresta-

screzionalità": essa è vincolata "non soltanto nel fine e nell'*an*, ma anche nelle forme e nei termini di adozione". Pure laddove sussista una discrezionalità tecnica, permane il limite della manifesta irrazionalità, dell'arbitrarietà e del manifesto contrasto con gli interessi pubblici: "l'accanimento di indagine [...] nei confronti di soggetti [accusati] di reati al limite della prescrizione; le ingenti spese per intercettazioni, consulenze e quant'altro, disposte nella consapevolezza che i reati si estingueranno *medio tempore*, assumono i caratteri di arbitrarietà e di manifesta irrazionalità, che determinerebbero, nei confronti di qualunque altro pubblico funzionario, l'inevitabile esercizio dell'azione della Procura erariale". (Citazioni tratte dalla trascrizione della registrazione fonica).

²⁰ Suona come una beffa quel *refrain* giurisprudenziale che, degradando nullità o inutilizzabilità processuali a mere irregolarità, preconizza scenari di responsabilità penali o disciplinari per il magistrato che vi abbia dato adito. Emblematiche, in tal senso, le pronunce che privano di rilievo processuale la ritardata iscrizione nel registro notizie di reato da parte del pm: v. da ultimo Cass., sez. fer., 19 agosto - 11 settembre 2008, n. 35107, in *Juris data*.

Quando pose mano all'art. 124 c.p.p., il legislatore del 1988 non immaginò certo di consegnare ai giudici un inutile orpello.

²¹ *Relazione del guardasigilli sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, letta in Parlamento il 17 gennaio 2012. È disponibile su www.giustizia.it.

²² La cifra, di per sé elevata, potrebbe essere – addirittura – più cospicua: chi sia pratico di aule di giustizia, conosce Corti tutt'altro che prodighe nell'accordare la riparazione per ingiusta detenzione. La considerazione investe l'effettivo ammontare delle liquidazioni, in molti casi poco più che simbolico; ma, ancor prima, la percentuale (scarsa) dei ricorsi accolti. Giusta gli argini che la giurisprudenza è andata erigendo, brulicano pronunce di rigetto motivate con l'attribuzione in capo ai ricorrenti, vuoi di presunte condotte *contra se*, produttive dei gravi indizi di colpevolezza; vuoi di pretese violazioni di norme di condotta, il cui rispetto avrebbe asseritamente fatto schivare la cautela (cfr., tra le tante, Cass., sez. IV, 9 dicembre 2008 - 28 gennaio 2009, n. 4159).

Una "colpa grave" (per la cui definizione v., ad es., Cass., sez. IV, 15 giugno - 5 luglio 2010, n. 25605) che rende immeritevole di riparazione lo sfortunato "responsabile" e i cui contorni sono ben più larghi di quelli disegnati, in via interpretativa, per i colleghi, attorno alla L. 117/1988.

ti in flagranza sono stati scarcerati dopo 3 giorni di detenzione, al massimo; f) su 66.897 reclusi, ben 28.000 (il 42%) patiscono carcerazione preventiva.

La lanterna del Cinico si dirige, allora, sulla responsabilità disciplinare.

6. *Hic Rhodus, hic salta*

Soltanto chi è in mala fede può fingere di ignorare la peculiarità del magistrato: minarne l'indipendenza, è ferale per la giustizia.

La legittima aspettativa, di veder sanzionato l'uso scorretto del potere giudiziario, sarebbe soddisfatta, almeno in parte, da un efficiente sistema disciplinare.

È qui che affonda il bisturi, impietosamente, il lavoro di Daniela Cavallini²³. Scavando con pazienza in una casistica, che copre l'arco temporale 1998 - inizio 2009, l'Autrice disvela scenari davvero inquietanti: su 1486 procedimenti²⁴ gestiti dall'apposita Sezione del CSM, le assoluzioni sono 1163 (*recitius*: 499 assoluzioni, 393 non rinvio a dibattimento; 271 non doversi procedere); le condanne 323.

A ciò si aggiunge che, nel biennio 2008-2009, le archiviazioni direttamente disposte dal PG della Cassazione ammontano al 94% rispetto alle notizie di illecito.

Il dato più eloquente, tuttavia, è costituito dalla tipologia di sanzione, che predomina nei pochi casi di condanna: 176 ammonimenti; 82 censure; 51 perdite di anzianità; 6 rimozioni; 4 destituzioni; 2 sospensioni dalle funzioni; 2 incapacità alle funzioni direttive/semidirettive. In altre parole, gli autori riconosciuti del 65% di illeciti hanno ricevuto un richiamo espresso all'osservanza dei loro doveri (ammonimento) o una dichiarazione formale di biasimo (censura).

Al penalista, piace soffermarsi su alcune delle fattispecie che toccano più da vicino il suo palcoscenico. Qui l'opera della Cavallini mette a nudo realtà difficili ad immaginarsi.

Al pubblico ministero che determina un ritardo di 15 mesi nella scarcerazione di un detenuto, la giustizia domestica infligge il semplice ammonimento: accanto alla grave violazione, andavano considerate le negligenze dei collabora-

²³ È da esso, citato per esteso *sub* nota 2, che si attingono i dati e la casistica menzionata nel paragrafo. Vengono risparmiati al lettore, che ben potrà rinvenirli al suo interno, gli esatti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

²⁴ Per l'esattezza, il totale dei procedimenti trattati nel periodo ammonta complessivamente a 1504, ma 18 di questi concernono giudizi di revisione.

tori di cancelleria, l'unicità dell'episodio e gli ottimi precedenti di servizio della persona incolpata.

La sanzione non muta per il giudice che, con la sua condotta negligente, determina la protrazione illegittima per 24 giorni della custodia cautelare di un minorenne. Quando, poi, 105 giorni di ritardo nella scarcerazione costituiscono "una singola dimenticanza, sia pure nella delicatissima materia della libertà personale", il comportamento del magistrato è "del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare".

Benché dal 2001, poi, abbia vigenza la legge Pinto, col suo art. 5, nessuna sanzione disciplinare è mai stata disposta per lentezza irragionevole del procedimento: il CSM è granitico nell'affermare l'autonomia dei due giudizi.

Nella sospensione dalle funzioni, introdotta come "pena" per i ritardi dal d.lgs. 109/2006, è incorso soltanto quel magistrato che procrastinò il deposito di sentenze civili e penali, con punte rispettivamente di 10 e 5 anni; ma non gli hanno giovato ben 4 precedenti condanne disciplinari per simili fatti.

Istruttivo anche il reperto sul controllo riguardante gli illeciti commessi nell'esercizio di attività giurisdizionale. Indipendenza e autonomia impongono qui maglie strette; soltanto quattro vizi di giudizio, per giurisprudenza consolidata, legittimano l'ingerenza del potere disciplinare: atto abnorme, grave violazione di legge, errore macroscopico, perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia.

In concreto, dal 1991 al 2009, su 54 procedimenti, 32 si concludono col proscioglimento e 22 con la condanna. Prevalgono, pure in questo caso, ammonimenti (12) e censure (7).

Ma, ancora una volta, più dei numeri parlano i casi specifici.

Vediamone alcuni: a) al pubblico ministero che subordina ad autorizzazione del proprio ufficio i colloqui tra difensore e clienti arrestati o fermati, tocca l'ammonimento. La sezione disciplinare evidenzia la rilevante gravità del comportamento tenuto, ma considerati gli ottimi precedenti di servizio, la professionalità dell'incolpato, la protesta di pochi avvocati [sic!], infligge la sanzione minima. Ad annullare la blanda condanna, provvede la Cassazione, ricorrendo al principio di insindacabilità degli atti giurisdizionali posti in essere nell'esercizio delle funzioni (SU, 22 marzo 1999, n. 170); b) ammonito anche il pubblico accusatore che, durante le indagini preliminari per grave delitto, fa sottoporre a seduta ipnotica l'informato dei fatti, al fine di recuperare i ricordi rimossi. Il CSM, pur stigmatizzando l'uso di metodiche idonee a pregiudicare la libertà di autodeterminazione della persona; e qualificando grave e dovuta a negligenza inescusabile la condotta, non si stacca dal minimo; c) un giudice dispone gli ar-

resti domiciliari al di fuori delle previsioni generali di cui all'art. 280 c.p.p. Ma è giovane e inesperto. Per di più ha revocato la cautela illegittima appena 4 giorni dopo: ammonimento; d) un pubblico ministero emette l'ordine di carcerazione in esecuzione di una condanna a pena condizionalmente sospesa: censura; e) un intero Collegio non si accorge che il condannato è "dentro" da 5 mesi senza titolo, perché l'ordine di carcerazione fu emesso in base a sentenza non definitiva: ammonimento. La Cassazione, però, annulla la pronuncia per insufficiente motivazione: al CSM non hanno considerato le anomalie di funzionamento della cancelleria, né l'inerzia del difensore [sic!]. Tornato il procedimento a piazza Indipendenza, la disciplina assolve; f) un giudice concede al condannato detenuto la sospensione condizionale, ma omette di disporre l'immediata liberazione. La svista genera una privazione di libertà per oltre due mesi: tenuto conto del silenzio del difensore [sic!] e dell'assenza dell'imputato al dibattimento, il grave errore è giustificabile. Poi, quella mattina, il giudice aveva trattato procedimenti eterogenei, il che ostacolò la sua concentrazione sulle plurime conseguenze di ogni provvedimento: assoluzione.

Il lettore della studiosa felsinea verificherà di persona se l'antologia che precede ecceda in malizia. Difficile, però, discostarsi dal giudizio conclusivo dell'Autrice: "la lesione di un diritto fondamentale del cittadino soccombe di fronte ad altre esigenze di tutela della professione giudiziaria. [...] Il giudizio disciplinare non sanziona in alcun modo, o non sanziona in modo adeguato, i comportamenti del magistrato che quei diritti hanno violato"²⁵.

Contrapposto alla caparbietà dei fatti, l'enunciato dell'ANM secondo cui "è evidente il livello di serietà del sistema disciplinare italiano, tutt'altro che domestico o volto a proteggere la cd. casta"²⁶, pare uscito di bocca al pentatleta di Esopo.

7. *Remedia*

Nel breve periodo, stanno nella completa riscrittura della L. 117/1988, sì da garantire l'effettiva responsabilità dello Stato per le palesi violazioni di norme giuridiche da parte dei magistrati (fermo restando il divieto di azione diretta)²⁷.

²⁵ D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari*, cit., p. 319.

²⁶ *Le verità dell'Europa sui magistrati italiani*. Dossier a cura dell'ANM. Fonte Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej 2008).

²⁷ Mentre scriviamo, giunge notizia dell'approvazione da parte della Camera dei deputati di un emendamento alla cd. legge comunitaria, proposto dall'on. Gianluca Pini. Con esso si in-

E nella prefigurazione di un diverso sistema disciplinare, ove trovi spazio la partecipazione del cittadino²⁸ e al cui vertice presieda un'alta Corte, composta per un terzo da magistrati e per gli altri due terzi da personalità prescelte dal Parlamento e dal Presidente della Repubblica, tra avvocati di significativa anzianità e professori universitari in materie giuridiche²⁹.

A lungo termine, nella formazione comune del ceto dei giuristi, presupposto di un diverso meccanismo di reclutamento del magistrato, non più fondato sul concorso, ma sulla circolarità delle professioni legali³⁰. In un modello ispirato a quello anglosassone³¹, tramonterebbero le ragioni per cui, oggi, magistrati e avvocati difendono tanto strenuamente la giustizia disciplinare domestica³².

troduce un meccanismo di responsabilità civile diretta del magistrato. Gli sviluppi dell'ulteriore *iter* parlamentare non sono prevedibili. Si rileva, però che il Governo ha manifestato l'intenzione di ottenere dal Senato una modifica del testo. L'esito del voto ha sollevato la reazione indignata dell'ANM, che per bocca del suo Segretario, dott. Giuseppe Cascini, ha definito il testo normativo approvato in prima lettura dalla Camera "un tentativo di intimidazione nei confronti della magistratura, [...] una mostruosità giuridica": v. *Corriere della Sera*, 2 febbraio 2012.

²⁸ Nel nostro sistema, oggi inesistente: cfr., anche per osservazioni di diritto comparato, G. DI FEDERICO, *L'evoluzione della disciplina giudiziaria nei paesi democratici*, saggio introduttivo al volume di D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari*, cit., p. XXXVI e ss.

²⁹ Soluzione elaborata nel 1998 dalla Commissione cd. Bicamerale, presieduta dall'on. D'Alena e, di recente, rilanciata da L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, p. 175.

³⁰ È l'idea forte, da tempo propugnata da Carlo Guarnieri: cfr. la sua relazione *Pm e giudice: funzioni e carriere in discussione*, svolta al Convegno organizzato dall'Associazione italiana degli studiosi del processo penale, Udine, 22 ottobre 2004, in *Diritto e giustizia*, 23 ottobre 2004.

A favore dell'osmosi tra avvocatura ed azione giudiziaria, sia consentito citare anche G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Lo statuto penale e deontologico del difensore*, in *Il rischio penale del difensore* (a cura dei medesimi autori), Milano, 2009, p. 8 e s.

³¹ Ben illustrato in C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, cit., p. 28 e ss., nonché in C. GUARNIERI, *Giustizia e politica*, Bologna, 2003, p. 65 e ss.

³² Di un incontestabile affievolirsi delle capacità di un efficace autogoverno disciplinare dell'avvocatura, già si accennava in G. INSOLERA - L. ZILLETTI, *Lo statuto penale e deontologico del difensore*, in *Il rischio penale*, cit., p. 9 e s. E non si esitava a denunciare "la problematica composizione degli organismi rappresentativi, che esercitano il potere disciplinare, ormai determinata da strategie lontane anni luce da quel governo degli ottimati che, forse, come sempre in modo idealtipico, connotava la professione 'liberale'. [...] In un gioco di specchi questi problemi si riflettono sull'ordine giudiziario" (p. 10).

La mancata riforma dell'ordinamento forense, a fronte di un esercito di iscritti agli albi professionali (circa 240.000), perpetua una patologia che indebolisce la credibilità sociale ed istituzionale dell'avvocatura.

Il punto su...
*Paternalismo legislativo e paternalismo
giudiziario*

ALBERTO CADOPPI

PATERNALISMO E DIRITTO PENALE: CENNI INTRODUTTIVI

1. «L'obbiettivo di questo saggio è di affermare un principio molto semplice: che l'unico scopo per cui il potere può essere legittimamente esercitato sopra qualsiasi membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà è per prevenire il danno ad altri. Il suo proprio bene, sia fisico che morale, non è una ragione sufficiente. Egli non può essere legittimamente obbligato a fare od omettere perché sarebbe meglio per lui agire in tal modo, perché lo renderebbe più felice, o perché nell'opinione di altri agire in tal modo sarebbe più saggio o persino più giusto; queste sono buone ragioni per rivolgergli rimozioni, o per discutere con lui, o per persuaderlo, o per supplicarlo, ma non per obbligarlo, colpirlo con qualche male nel caso in cui egli agisca altrimenti. Per giustificare ciò la condotta che si vuole prevenire deve essere orientata a produrre del male a qualcun'altro. L'unica parte del comportamento di ciascuno per cui egli deve rispondere alla società è quella che riguarda gli altri; nella parte che riguarda meramente se stesso la sua indipendenza è per diritto assoluta: su di sé, sul suo corpo e sulla sua mente l'individuo è sovrano».

Questo brano – tratto del *Saggio sulla Libertà* di John Stuart Mill (1859) – rappresenta il manifesto del liberalismo giuridico.

Allo stesso tempo, costituisce il più classico punto di riferimento per inquadrare la tematica del *paternalismo* nel diritto (penale) e per negarne validità come principio giustificativo della repressione statale¹.

Il liberalismo penale, così come espresso in Mill, accetta come unica giustifi-

¹ Sui rapporti fra paternalismo e diritto penale, per una più ampia e completa trattazione, rinvio ai miei *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, pubblicato in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, pp. 83-124; e in S. CANESTRARI - L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009 (atti di un convegno di Verona del 2007), pp. 283-326; e *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il "caso" dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1311-1354. Mi permetto anche di rinviare ad A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, ed ivi soprattutto i contributi R. Shafer-Landau, H. Malm, M. Romano e S. Canestrari-F. Faenza. A questi lavori rinvio anche per tutti i riferimenti bibliografici e le citazioni che qui non si sono volute ripetere, visto il taglio eminentemente introduttivo del presente saggio.

cazione per l'intervento punitivo il divieto di arrecare danni ad altri; non ritiene invece che il diritto penale possa essere utilizzato per impedire agli individui di arrecare danno a se stessi.

Paternalismo deriva naturalmente dal latino "pater". Il padre, come è ovvio, si preoccupa del benessere dei suoi figli, e – almeno fino a quando essi hanno raggiunto la maggiore età – proibisce le loro azioni auto-dannose. L'autonomia personale di un figlio minorenne, d'altra parte, è limitata. E questa interferenza sulle scelte dei figli da parte del padre (oggi, dei genitori) è dunque, più che comprensibile, doverosa. Analogamente, è comprensibile che nei confronti dei minorenni lo stesso Stato sia autorizzato a proibire azioni auto-dannose.

Ma, raggiunta la maggiore età, le persone divengono per lo più indipendenti nelle decisioni che riguardano il loro benessere. E lo Stato non può violare questa loro autonomia personale, neppure quando la scelta appaia decisamente auto-dannosa.

La dottrina di Mills ha fatto discutere generazioni di giuristi e di filosofi soprattutto nei paesi anglosassoni. Sono note le dispute accese in Inghilterra fra lo stesso Mills e il giudice James Stephen; e, nel XX secolo, fra il filosofo Hart e il giudice Devlin, il primo più vicino alle posizioni di Mill, e il secondo a quelle meno *liberal* di Stephen.

Ma è stato soprattutto un filosofo americano, Joel Feinberg, ad approfondire mirabilmente la tematica in un'opera in quattro volumi dal titolo complessivo "The Moral Limits of the Criminal Law" (1984-1988), e il cui III volume ("Harm to Self") era dedicato espressamente al problema del paternalismo.

Per Feinberg il paternalismo non è una ragione sufficiente per la repressione penale. Essa sarebbe giustificata solo dall'*harm principle* o dall'*offense principle*, ovvero dal principio del danno, o dal principio dell'offesa. Detto altrimenti, si può punire chi reca un danno o un'offesa (nel senso di molestia) ad altri, ma non chi danneggia se stesso. Ciò deriva dal riconoscimento dell'autonomia personale come vera e propria intangibile "sovranità su sé stessi". In questa prospettiva, tutte le scelte *self regarding* (ovvero auto-dirette) dell'individuo non sono limitabili dal diritto, a meno che non siano carenti del requisito della volontarietà. La scelta non volontaria di per sé non è espressione di autonomia personale, e dunque nei confronti di scelte di questo tipo il diritto punitivo è autorizzato ad intervenire.

Per Feinberg, l'intervento paternalistico si distingue in due categorie: vi è il *soft paternalism*, e l'*hard paternalism*. Si ha la prima ipotesi nei casi di limitazioni nei confronti di scelte non volontarie da parte dell'agente; e la seconda ipotesi nei casi di limitazioni nei confronti di scelte volontarie da parte dell'agente. È

chiaro che il *soft paternalism* è ammissibile, non trattandosi neppure di “vero” paternalismo. L'*hard paternalism* è quello che entrerebbe in insanabile conflitto con la teoria *liberal*, limitando indebitamente l'autonomia personale e dunque la sfera di sovranità assoluta dell'individuo.

Il paternalismo può distinguersi anche in *diretto* e *indiretto*. Nella prima ipotesi lo stato interviene coattivamente a limitare la sovranità di un determinato individuo nei confronti di azioni che riguardano solo sé stesso. Nella seconda ipotesi vi sono due persone che entrano in gioco: la prima è l'individuo che compie l'azione, la seconda è quella che subisce l'azione dannosa per se stesso ma acconsentendovi o addirittura desiderandola. Il paternalismo diretto, secondo la tesi di Feinberg, sarebbe assolutamente ingiustificabile. Ma sarebbe ingiustificabile anche il paternalismo indiretto. Infatti, quando un individuo acconsente a che un terzo leda un proprio diritto, vien meno, per dirla con termini a noi noti, l'antigiuridicità del comportamento lesivo, e così anche l'illiceità del fatto. La massima *volenti non fit iniuria* per Feinberg è sacrosanta e non ammette eccezioni, essendo espressione diretta del principio di autodeterminazione e del riconoscimento dell'autonomia personale come sovranità su sé stessi. Al punto che, per Feinberg, un individuo può acconsentire anche a che gli siano sottratti o lesi beni supremi, quale la stessa vita. In questa prospettiva, l'omicidio del consenziente non dovrebbe essere punito, anche se naturalmente in relazione a questa drammatica questione, lo stesso Feinberg si rende conto che in siffatta ipotesi la volontarietà del consenso dev'essere accertata con particolarissimo rigore (ma sul punto torneremo tra breve). Anzi, in proposito, si può dire che per Feinberg più importante è il diritto che viene lesa, più scrupolosa dev'essere l'indagine sulla volontarietà del consenso.

2. Le tesi di Feinberg, che peraltro rappresentano più che altro un compiuto sviluppo di quanto già *in nuce* lo stesso Mill aveva sostenuto, hanno ricevuto alcuni consensi da parte degli studiosi *liberal*, ma non sono mancate critiche alle stesse.

Da un lato, il pensiero di Feinberg viene criticato da chi non parte da una concezione *liberal* di fondo. Ma questo è ben comprensibile: tutta l'implacatura della concezione di Feinberg, e in particolare le sue idee sul paternalismo, si reggono sul presupposto dell'adesione al liberalismo giuridico più radicale à la Mill. Pertanto, chi non parte da questo presupposto non può dividerne gli sviluppi, e non può dunque neppure aderire alle tesi del filosofo americano sul paternalismo.

Ma anche fra studiosi che si definiscono fautori del liberalismo non mancano

coloro che hanno espresso riserve su alcuni aspetti del pensiero di Feinberg, e più in generale sulle tesi che accolgono un radicale antipaternalismo.

Non è il caso in questa sede di prendere in considerazione tutte queste critiche, e mi limiterò qui, rinviando ai miei studi sul tema già menzionati più sopra per altri approfondimenti sul punto, a esaminare i due scritti più recenti usciti sul tema in Italia. Mi riferisco in particolare ad un articolo di Mario Romano dal titolo *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*²; e ad un saggio di Domenico Pulitanò dal titolo *Paternalismo penale*³.

Mario Romano è in generale abbastanza scettico sull'individuazione di principi generali capaci di limitare *a priori* la discrezionalità del legislatore. La stessa teoria del bene giuridico non sarebbe in grado di impedire al legislatore di effettuare certe scelte relativamente alla repressione penale.

Analogamente, Romano ritiene che non si possa precludere al legislatore di imporre paternalisticamente certi divieti ai cittadini.

D'altra parte, l'illustre Studioso ritiene che ben poche siano le azioni dell'individuo veramente *autodirette*, e che quindi non abbiano alcun riflesso sui terzi. Ovvero, quasi tutte le azioni umane sarebbero anche *eterodirette*. Partendo da questo presupposto, è evidente che praticamente nessuna imposizione legislativa sarebbe espressione di vero *hard paternalism*, perché in fondo praticamente tutte le azioni degli individui sarebbero almeno potenzialmente produttive di danni ad altri, sicché la vera ragione giustificante dell'intervento penale nei riguardi di queste azioni sarebbe, a ben vedere, il principio del danno.

Mario Romano aggiunge che la repressione penale dell'omissione di soccorso, ovvero, per dirla all'inglese, la previsione di *bad samaritan laws*, costituirebbe un importante argomento contro l'antipaternalismo. Invero, secondo Romano – che segue sul punto una tesi già espressa ad esempio Heidi Malm – nel momento in cui il legislatore prevede un obbligo generalizzato di soccorso a carico di tutti i consociati, evidenzia che lo spazio autoreferenziale della libertà dei soggetti è alla fin fine ben poco, dal momento che tutti possono essere prima o poi tenuti al soccorso del proprio simile, quando questo si trovasse in difficoltà o in pericolo. Una ulteriore dimostrazione questa del fatto che le condotte veramente e solamente *self regarding* degli individui sarebbero sostanzialmente ridotte a zero.

Per quanto mi concerne, devo ribadire qui la mia adesione alle teorie di Feinberg. Non solo mi sento di aderire al liberalismo giuridico in generale, ma

² In A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 103-121.

³ In *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 489-524.

mi sento anche un convinto antipaternalista. Anch'io infatti ritengo che certe scelte dell'individuo siano espressione di una sua sovranità su sé stesso, e che tutta una serie di azioni umane debbono considerarsi autodirette, e quindi non tangenti diritti di terzi.

Nell'ambito di queste azioni, l'individuo è giusto che abbia piena libertà, ed è giusto che scelga il proprio bene o, eventualmente, il proprio male.

D'altra parte, la stessa definizione di "proprio bene" o di "proprio male" è soggettiva. Un individuo può ritenere bene ciò che un altro individuo può ritenere male, e viceversa. Limitare dunque la libertà personale degli individui al fine di tutelare il loro stesso bene è qualcosa di ingiusto ma anche di fallace. Infatti, quello che molti, e magari il legislatore stesso, ritengono essere il male di un altro, per quell'individuo, nella sua percezione soggettiva, può costituire un bene.

Non mi sembra che le critiche di Mario Romano sul punto siano da condividersi, o quantomeno mi sembrano da condividersi solo in parte.

Dire che praticamente tutte le azioni degli individui sono *other regarding* è cosa probabilmente eccessiva. È verissimo, e in questo Mario Romano ha ragione, che le azioni che in qualche modo toccano diritti dei terzi sono la stragrande maggioranza delle azioni umane. Ma credo che vi sia comunque spazio per un sia pur non numerosissimo novero di azioni che sono effettivamente e semplicemente *self regarding*. È vero che nelle nostre giornate siamo spesso tenuti ad occuparci degli altri ed è giusto che sia così. Ma è anche vero che vi sono spazi e momenti per l'estrinsecazione di scelte d'azione i cui effetti ricadono solo su noi stessi. Se così non fosse, nessuno sarebbe mai riuscito a leggere un libro intero, perché pressato da obblighi verso terzi o verso la società. Neppure l'argomento della repressione penale dell'omissione di soccorso sembra del tutto convincente. In fin dei conti, la giustificazione della repressione penale dell'omissione di soccorso non è il danno a sé stessi, ma il *danno ad altri*. La previsione dunque di obblighi di soccorso generali (*bad samaritan statutes*) non implica in alcun modo un'adesione alle teorie paternalistiche. Solo se l'obbligo di soccorso nei confronti degli altri fosse talmente assorbente e talmente esteso da tenere all'erta continuamente il cittadino si potrebbe dire che questi non ha più alcuno spazio reale per sé, e dunque con ciò sostanzialmente dimostrare che nessuna azione umana è realmente e solamente autodiretta. Ma neppure i codici penali che hanno ampliato più di altri le fattispecie di omissione di soccorso sono mai arrivati all'eccesso di trasformare tutti i cittadini in vigili di fuoco o poliziotti continuamente in servizio, giorno e notte, e in ogni luogo. E del resto, più in generale, si può dire che i reati omissivi – come già aveva rilevato Tommaso

d'Aquino nella *Summa Theologiae* – “*non obligant ad semper, sed at tempus determinatum*”, né obbligano normalmente tutti, ma determinati soggetti, o soggetti che si trovano in determinate situazioni (c.d. “situazioni tipiche”).

In sostanza, si può benissimo legittimare la repressione penale di diverse tipologie d'omissioni, compresa l'omissione di soccorso, senza perciò doversi rassegnare all'idea che tutte le azioni umane, e persino le inazioni umane, siano anche eterodirette. In conclusione: reprimere penalmente alcune tipologie di omissioni può coesistere con l'adesione a filosofie antipaternalistiche.

Un altro studioso che ha recentemente sottoposto a critica, nella dottrina italiana, alcune delle tesi di Feinberg, è, come si diceva, Domenico Pulitanò. L'Autore ha una posizione forse un po' meno favorevole al paternalismo rispetto a Mario Romano: accoglie un “paternalismo temperato”, rifiutando un autonomo “principio paternalistico”⁴.

La relativa apertura al paternalismo da parte di Pulitanò, comunque, si spiega per il fatto che lo stesso non parte come invece fa Feinberg, da una concezione di autonomia personale come sovranità assoluta su sé stessi, ritenendo questo punto di partenza una “morale comprensiva” troppo radicale. Egli parte invece dal principio dell'*eguale rispetto*. La critica di Pulitanò a Feinberg riguarda soprattutto, anche se non solo⁵, i casi di paternalismo indiretto, ovvero il paternalismo che implica due soggetti. Secondo lo Studioso, in questi casi non si dovrebbe pensare all'autonomia personale del soggetto passivo, ma si dovrebbe tener conto del fatto che i precetti penali si indirizzano *in primis* ai soggetti attivi dei reati. Di conseguenza, in certe ipotesi, sarebbe giustificabile proibire una certa lesione attuata da un soggetto nei confronti di un terzo, anche se quest'ultimo fosse per ipotesi consenziente. L'Autore fa l'esempio dell'omicidio: un divieto di uccidere può trovare senz'altro giustificazione anche laddove nel singolo caso vi sia il consenso dell'ucciso. Il precetto sarebbe senz'altro indirettamente paternalistico, ma troverebbe giustificazione anche ulteriore rispetto al principio paternalistico.

Le obiezioni di Pulitanò sono da tenere in seria considerazione perché ci fanno riflettere su casi in cui è davvero difficile prendere una posizione netta in favore o contro una certa incriminazione. L'omicidio del consenziente è certamente una di queste ipotesi. Il fatto peraltro di prendere in considerazione come punto di riferimento del precetto penale l'autore del reato piuttosto che la vittima non

⁴ D. PULITANÒ, *Paternalismo*, cit., p. 521.

⁵ Pulitanò ammetterebbe anche lievi sanzioni in casi di paternalismo diretto a tutela dell'incolumità fisica (*ibid.*). Su queste ipotesi tornerò successivamente.

pare argomento del tutto convincente. Il diritto penale, anche secondo la tradizionale ottica continentale, trova giustificazione nella tutela dei beni giuridici, e non nella repressione di autori di reati. Nel caso dell'omicidio del consenziente, il bene giuridico protetto è sicuramente la vita della vittima. Il problema dunque mi sembra quello di decidere se la vittima possa liberamente acconsentire alla perdita della propria vita oppure no. In sostanza si tratta di capire se il diritto di vivere sia un diritto disponibile o meno. Se il diritto di vivere è disponibile, e se si riconosce un contrapposto diritto di morire, a questo punto il consenso apprestato all'uccisore elimina l'antigiuridicità e quindi ne elimina la illiceità. Il punto dunque è tutto qui: decidere se la vita sia un bene giuridico disponibile dal singolo oppure no. Ma se questo è il punto, allora si ritorna al quesito più generale se l'individuo abbia piena libertà delle proprie scelte di autonomia personale, ovvero se questa autonomia personale debba essere davvero considerata piena sovranità su sé stessi. Il *liberal* convinto riterrà che nell'ambito dell'autonomia personale rientri anche un diritto di morire; e di conseguenza riterrà che il consenso ad essere uccisi abbia piena efficacia scriminante nei confronti dell'uccisore stesso. Negherà di conseguenza qualsiasi intervento paternalistico dello stato anche a tutela del bene vita. Chi parte viceversa da altri presupposti filosofici, giunge inevitabilmente a conclusioni diverse: in particolare, in questo caso, può arrivare alla conclusione che la vita non sia un diritto disponibile e che quindi l'omicidio del consenziente possa legittimamente punirsi.

Quanto sostenuto da Pulitanò non può dunque ritenersi criticabile in modo assoluto, ma semplicemente rappresenta una logica conseguenza del differente punto di partenza filosofico, basato sul principio dell'eguale rispetto, di questo studioso.

Le critiche rivolte a Feinberg finora esaminate, in definitiva, non sembrano mostrare contraddizioni interne al pensiero del filosofo americano. A ben vedere, chi critica gli sviluppi del pensiero di Feinberg sulla questione del paternalismo, sostanzialmente lo fa perché parte da presupposti filosofici di base differenti da quelli di Feinberg. Si tratta di critiche dunque che non sembrano incrinare l'organicità del pensiero stesso di Feinberg, ma che anzi rafforzano l'idea che, partendo dai presupposti filosofici del liberalismo à la Mill da cui Feinberg parte, i corollari da questi derivabili siano effettivamente quelli individuati da Feinberg.

Del resto lo stesso Feinberg non cerca di dimostrare la verità delle sue asserzioni anche riguardo alla tematica del paternalismo. Si limita a dire che partendo dalla concezione *liberal* di Mill e sviluppandola logicamente, essa porta a tutte le conclusioni che lo Studioso stesso individua, antipaternalismo compreso.

3. Una discussione sul paternalismo, in ogni caso sarebbe certamente poco proficua se si limitasse a esporre, magari anche in modo raffinato, questioni teoriche. Una teoria che voglia trovare applicazione nel campo del diritto penale deve confrontarsi con esempi pratici. Pur rinviando ai contributi successivi al mio, in questa rivista, per una approfondita disamina di questioni concrete, vale la pena partire da due o tre esempi per sviluppare qualche minima considerazione personale sull'argomento.

Prendiamo dunque alcune ipotesi quantomeno sospette di essere il prodotto di legislazioni paternalistiche, ed esaminiamole sia pur sinteticamente.

Come ipotesi di paternalismo *diretto*, ovvero a un soggetto solo, possiamo prendere l'obbligo di indossare caschi o cinture di sicurezza. L'imposizione di obblighi di questo tipo potrebbe ritenersi paternalistica e dunque, seguendo le tesi sin qui esposte, potrebbe ritenersi ingiustificata.

Peraltro, tutti o quasi tutti siamo oggi del parere che sia giusto imporre a chi viaggia in moto o in automobile obblighi di questo genere. Com'è possibile dunque che i principi antipaternalistici ci conducano a ritenere ingiustificati obblighi così conformi al buon senso e ritenuti accettabili dalla maggior parte dei consociati? I casi sono due: o è rintracciabile una giustificazione di obblighi simili al di fuori di quella paternalistica, oppure bisogna rassegnarsi al fatto che l'antipaternalismo conduce a risultati contrari al buon senso. Se questa seconda ipotesi fosse vera, allora io stesso sarei ben disposto a rinunciare al mio convinto antipaternalismo e a ritenere che almeno in taluni casi sia giustificabile un intervento paternalistico da parte dello Stato.

Non è mia intenzione qui analizzare approfonditamente l'esempio prospettato. Devo solo dire che lo stesso Feinberg esamina compiutamente queste ipotesi e giunge alla conclusione che obblighi di questo genere siano giustificabili anche in base al principio del danno. Queste omissioni infatti non riguarderebbero solo il soggetto obbligato, ma si riverbererebbero anche sugli altri. Feinberg in sostanza nega il mero carattere *self regarding* di simili condotte.

In effetti, non mancano argomenti per sostenere che il motociclista che non indossa un casco o l'automobilista che non indossa una cintura di sicurezza compia azioni che in qualche modo hanno anche effetti su terzi. Basti pensare al fatto che se un motociclista va a sbattere sul cofano di una automobile guidata da un terzo e, per non aver indossato il casco, muore, sostanzialmente rende autore di un'uccisione, magari anche incolpevole o solo colposa, lo stesso conducente dell'auto. Più in generale, nel momento in cui un individuo si pone in sella ad una motocicletta o al volante di una automobile, compie sicuramente attività che hanno effetti diretti ed indiretti sui terzi e che di per sé stesse non

sono autodirette. È naturale dunque che a queste attività siano connessi una serie di obblighi, alcuni dei quali possono apparire rivolti solo alla tutela di quello stesso individuo, ma sostanzialmente sono rivolti anche all'esterno.

Un altro modo di affrontare la questione potrebbe essere il seguente. Si potrebbe arrivare alla conclusione che obblighi come quelli appena menzionati siano davvero solo autodiretti, e dunque giustificabili solo attraverso un'ottica paternalistica. In questo caso si potrebbe peraltro giustificare questa imposizione in base a due considerazioni: la prima che queste imposizioni non sacrificano se non *lievemente* la libertà dell'individuo, né gli impediscono di portare avanti quelle che sono le vere e proprie loro scelte d'azione, ovvero, nei casi indicati, andare in motocicletta o viaggiare in automobile. La seconda è che in questi casi, a ben vedere, si utilizza normalmente (laddove il sistema la contempli) la *sanzione amministrativa*, e non la sanzione penale. Si potrebbe dunque ritenere, come ha già sostenuto Andrew Von Hirsch (e anch'io ho aderito in precedenza a quest'opinione, sia pur dubitativamente) che norme giustificabili paternalisticamente possono ammettersi, solo alla condizione di non utilizzare come sanzione la sanzione penale, ma esclusivamente quella amministrativa. In fin dei conti, non mancano gli studiosi che ritengono che vi sia una distinzione *qualitativa*, e non solo quantitativa fra i due tipi d'illecito. La sanzione penale stigmatizzerebbe il fatto come *criminoso* e il suo autore come *criminale*, mentre la sanzione amministrativa sarebbe eticamente più neutra e risponderebbe soprattutto a esigenze di organizzazione della vita sociale.

Si potrebbe, a questo proposito, fare un parallelo con ciò che è stato sostenuto relativamente alla *funzione propulsiva* delle norme penali. Da tempo autorevole dottrina ha evidenziato come non sia compito del diritto penale svolgere una funzione propulsiva o promozionale, volta ad attuare dei miglioramenti degli standard morali dei cittadini, oltre a ciò che già si percepisce come giusto nella coscienza sociale. Una funzione promozionale del diritto penale sarebbe sostanzialmente autoritaria e illiberale. La sanzione amministrativa, viceversa, si presterebbe maggiormente a svolgere funzioni promozionali. Se lo Stato mira a migliorare l'individuo, può essere che sia opportuno stabilire sanzioni amministrative al fine di incentivare questo miglioramento dell'individuo e pian piano fare in modo che la coscienza sociale stessa avverta l'inopportunità e addirittura l'illiceità di certi comportamenti. Si pensi al divieto di fumare in certi locali. Si tratta di un'ipotesi che riguarda a ben vedere il danno ad altri, ma comunque quando anni fa fu imposto questo divieto, la coscienza sociale non era così avversa ai fumatori da legittimare l'impiego della sanzione penale in caso di violazione dei divieti introdotti *ex novo*. L'utilizzo della sanzione amministrativa

è stato probabilmente un buon sistema per indurre pian piano la collettività ad interiorizzare divieti di questo tipo.

Il parallelo fra la funzione promozionale del diritto e il paternalismo non è improponibile. In effetti, anche un'intervento paternalistico mira a *migliorare* un soggetto, a fargli fare scelte maggiormente responsabili e meno dannose a sé stesso; scelte che sicuramente non sono interiorizzate dal soggetto medesimo. Dunque si potrebbe pensare, in analogia a quanto avviene alla funzione propulsiva, di ammettere interventi paternalistici prevedendo però solo sanzioni amministrative, e non eccessivamente severe. Sempre che, ben inteso, l'intervento paternalistico limiti *lievemente* la libertà del soggetto, come è il caso – lo abbiamo già detto – degli obblighi relativi a caschi o cinture di sicurezza⁶.

Un altro esempio che ci potrebbe illuminare sulla questione del paternalismo potrebbe essere quello relativo alla prostituzione.

In questo caso, abbiamo un'ipotesi di paternalismo *indiretto*, nel senso che normalmente non si punisce la prostituta che svolge un'attività che magari la collettività ritiene autolesiva; è più frequente, nei vari ordinamenti penali, la repressione penale di soggetti che in qualche modo agevolano o sfruttano l'attività della prostituta (uso qui il femminile, anche se evidentemente anche un maschio potrebbe svolgere questa attività). Qui, dunque, abbiamo due soggetti, la prostituta e il terzo agevolatore.

Punire l'agevolazione della prostituzione quando la prostituta è maggiorenne e non è stata forzata o indotta abusivamente alla sua attività sembra costituire una ipotesi di intervento paternalistico indiretto. In effetti, la prostituta non solo acconsente, ma riceve addirittura un beneficio dall'agevolatore, che per definizione ne "agevola" l'attività.

L'antipaternalista non potrebbe legittimare una simile proibizione, a meno che non riuscisse a trovare altri principi a giustificazione di una simile incriminazione. Sotto questo profilo, per quanto mi riguarda mi sento di ritenere ingiustificata la repressione penale dell'agevolazione alla prostituzione, in quanto pura espressione di paternalismo, e paternalismo "forte", come direbbe Feinberg, perché attuato ai danni di un soggetto consenziente.

Diversa potrebbe essere la soluzione relativamente allo sfruttamento. Qui, in realtà bisogna intendersi sulla nozione di sfruttamento. Se per sfruttamento si intende semplicemente ricavare guadagni proporzionati all'attività realizzata e conseguenti all'organizzazione o alla gestione del lavoro di prostitute, non mi

⁶ Come abbiamo visto, su questo punto la posizione di Pulitanò è simile, ma l'A. ammetterebbe forse anche lievi sanzioni penali.

sembra che una tale condotta dovrebbe essere colpita dal diritto penale. Un soggetto che non ha né obbligato né abusivamente o con l'inganno spinto un'altra persona a prostituirsi, ma ne gestisce in qualche modo l'attività con qualche forma di organizzazione, è comprensibile che debba ricevere un compenso per questa attività. E, se la prostituta è consenziente, non pare realizzare alcun illecito. L'unica giustificazione di una repressione penale di simili comportamenti sarebbe quella paternalistica. Ben diversa è la nozione di sfruttamento inteso quale attività di percezioni sproporzionate di compensi derivanti dall'attività della prostituta; o addirittura quale insieme di costrizioni relative alla tipologia e all'estensione dell'attività lavorativa della prostituta. In questi casi ben difficilmente la prostituta è consenziente. E, anche se la è, la sua scelta raramente sarà volontaria in senso pieno, e dunque anche applicando le teorie di Feinberg si dovrebbe ritenere giustificabile la punizione di simili condotte, in un'ottica dunque non paternalistica. Invero io troverei pienamente giustificabile la proibizione di simili comportamenti.

Va detto che, in molti altri paesi, la normativa sulla prostituzione è stata in anni più o meno recenti cambiata, e si sono decriminalizzate le ipotesi basate su giustificazioni esclusivamente paternalistiche come quelle menzionate. In Italia, è ancora oggi in vigore la legge Merlin del 1958, da questi punti di vista sicuramente arretrata, e intrisa di paternalismi (per lo più di "paternalismi morali").

4. Come abbiamo visto, nell'ambito della tematica della prostituzione, concernente un caso di paternalismo indiretto, è emersa la questione della *volontarietà della scelta* ritenuta auto-dannosa.

In effetti è questo uno dei punti più problematici della tematica del paternalismo. Tornando agli esempi sopra fatti, abbiamo visto che in certi casi non è facile stabilire se la prostituta sia davvero consenziente o no, se la sua scelta sia una scelta davvero libera e volontaria oppure no. D'altronde, il problema si pone, sia pur meno drammaticamente, anche relativamente ai casi di paternalismo diretto. Anche chi non si mette un casco potrebbe aver fatto una scelta volontaria oppure una scelta non realmente volontaria.

Il problema della volontarietà della scelta è il vero nodo di ogni discussione sul paternalismo, soprattutto se si parte dal rifiuto del paternalismo come valida giustificazione della repressione penale.

Essere antipaternalisti non significa, e non deve significare, essere insensibili alle sofferenze umane e alle debolezze dei meno fortunati o dei meno consapevoli. Il diritto penale non può e non deve trasformarsi in un padre, ma non deve

nemmeno cinicamente abituarsi alle disgrazie altrui rimanendo inerte. Liberalismo, insomma, non significa mancanza di solidarietà.

H. L. A. Hart, nel commentare Mill, ironicamente aveva scritto che l'illustre suo antecessore, nell'elaborare le sue teorie sull'autonomia personale, aveva preso a prototipo del suo individuo per "un signore di mezza età" i cui desideri sono relativamente consolidati, non suscettibili di essere stimolati artificialmente da influenze esterne; che sa ciò che vuole e ciò che gli dà soddisfazione e felicità; e che persegue questi obiettivi se può".

In realtà il diritto non può e non deve occuparsi solo di questi signori così responsabili e irreprensibili, ma deve pensare anche agli altri.

Un giovane che accetta uno spinello e che si droga per divertimento compie un'azione tutto sommato piuttosto innocente e magari in quel momento neppure troppo autodannosa. Fra l'altro, se quel giovane quando fuma lo spinello non ha particolari doveri verso gli altri, compie un'azione sicuramente autodiretta e non eterodiretta, e ciò dovrebbe indurre l'antipaternalista a ritenere pienamente legittima una tale condotta. Ma si sa che a volte si comincia con uno spinello e poi si passa a droghe più pesanti e alla fine, magari, si diventa tossicodipendenti e si entra in una spirale di autodistruzione.

La questione della droga e della tossicodipendenza è questione ardua, che qui non può essere che minimamente sfiorata. È vero che filosofi come Douglas Husak, allievo di Feinberg, hanno senza troppi problemi argomentato in favore della liberalizzazione delle droghe, e addirittura della incostituzionalità della loro proibizione⁷. Ma è anche vero che in casi come questi si pone drammaticamente il problema della reale volontarietà della scelta. La scelta apparentemente innocente di quel giovane si è trasformata in una tragedia. E quello stesso giovane, nel momento in cui si trova a lottare tra la vita e la morte per il degrado in cui è precipitato a causa della sua dipendenza, probabilmente se potesse tornare indietro, rinunciarebbe a fumare quello spinello, e a quella successiva *escalation* che lo ha portato fino a quel punto.

Sul problema della volontarietà della scelta non è certo mia intenzione spingermi più in là di questi semplici accenni in questa sede (né intendo prendere qui una posizione decisa in tema di droghe e diritto penale).

Tuttavia, va sottolineato che anche un antipaternalista come Feinberg ha riflettuto a lungo sul problema della scelta volontaria, problema che anch'Egli ha ritenuto centrale per una compiuta discussione sul paternalismo.

⁷ Si veda D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 3-39.

È chiaro che il problema della volontarietà della scelta diventa particolarmente drammatico nel caso della *scelta della morte*. Di qui i problemi relativi all'eutanasia, specialmente relativi all'eutanasia attiva. Lo stesso Feinberg, che riconosce un diritto a morire, e che dunque ritiene ingiustificabile la repressione penale dell'omicidio del consenziente, evidenzia il fatto che in tale ipotesi la volontarietà della scelta di morire deve essere accertata con straordinario scrupolo. Normalmente, le persone che chiedono ad altri di ucciderle lo fanno perché soffrono immensamente per gravi malattie o per altri motivi, e dunque la loro scelta non è forse giustificabile da certi punti di vista, ma è comunque comprensibile, e soprattutto credibile. Ma il vero antipaternalista, se non vuole contraddirsi, dovrebbe ritenere efficace il consenso ad essere uccisi anche da parte di persone che non sono ammalate e che non hanno particolari motivi per effettuare questa estrema scelta. In questi casi, naturalmente, è ancora più difficile accertarne la volontarietà.

A questo fine, Feinberg propone di istituire procedure gestite da una autorità apposita volte ad accertare la volontarietà e la libertà della scelta. Simili procedure sono state in effetti già adottate in alcuni Paesi dove si è riconosciuto un diritto a morire, come ad esempio in Olanda. Si tratta di "cause di giustificazione proceduralizzate", come le chiamerebbe Hassemer, che vengono accolte da vari studiosi, fra cui, proprio in alcuni lavori in tema di paternalismo, dal già citato Andrew Von Hirsch. Anche chi scrive si sente di accogliere simili proposte.

Ciò significa che l'omicidio del consenziente, laddove non siano state attuate simili procedure, può essere legittimamente sottoposto a pena. Ma questo non in base ad un principio paternalistico, ma perché in una materia così delicata, laddove tra l'altro la scelta è irreparabile, occorre qualcosa di più del semplice consenso per accertare la volontarietà della scelta stessa.

Ma se la questione del consenso si pone drammaticamente nei casi di eutanasia attiva, meno problematica – specie per l'antipaternalista – è la questione se il paziente possa rifiutare cure salva-vita. Ebbene, qui è chiaro che il rifiuto delle cure scrimina il comportamento omissivo del medico, il quale si limita a non violare la volontà del suo paziente. E d'altra parte nel nostro sistema la stessa Costituzione sancisce il diritto di rifiuto di cure (art. 32), il che porta a ritenere che già *de iure condito* dovrebbe essere pienamente scongiurato il rischio di indebiti paternalismi (anche se le discussioni sviluppatasi attorno a recenti noti casi dimostrano come, nonostante le chiare lettere dell'art. 32 Cost., non manca chi ritiene che esso non si estenda alle cure salva-vita).

Sicuramente più problematico appare risolvere *de lege lata* il problema del-

le c.d. direttive anticipate di trattamento (d.a.t.), o “testamenti di vita”. Il caso Englaro ha evidenziato la difficoltà di addivenire a decisioni giurisprudenziali capaci di mettere d'accordo tutti gli osservatori, anche nel mondo politico. D'altra parte, non è così chiara la possibilità di estendere il diritto al rifiuto di cure anche ad ipotesi di soggetti divenuti incapaci ma che quando erano lucidi avevano espresso chiaramente la loro opinione in proposito. Anche se la Cassazione (civile) con una coraggiosa sentenza ha mostrato che questa possibilità esiste anche a livello di interpretazione delle leggi vigenti, sarebbe opportuno intervenire legislativamente disciplinando le d.a.t.: ma in modo molto diverso da come ha fatto quasi beffardamente (per i *liberal*) il recente disegno di legge discusso al Parlamento, che, se approvato, avrebbe finito per negare quasi del tutto efficacia alle d.a.t. stesse. In questa materia, occorre naturalmente attenzione e scrupolo, proprio al fine di dar rilievo solo a quelle scelte che possono definirsi volontarie e libere, e chiaramente applicabili alla situazione concreta. Ma a queste condizioni, i testamenti di vita relativi a rifiuti di cure future dovrebbero essere previsti e riconosciuti dalla legge, pena un'indebita compressione della libertà di autodeterminazione dell'individuo⁸.

5. Per concludere, le tesi antipaternalistiche di Feinberg possono sicuramente essere criticate, ma non in quanto incoerenti sviluppi della dottrina *liberal* di Mill⁹; piuttosto, esse possono essere sottoposte a critica se si parte da presupposti filosofici di fondo diversi dal liberalismo “deciso” del classico autore di *On Liberty*.

Sotto questo profilo, ciascuno è ovviamente libero di avere le proprie idee. Feinberg, con la sua straordinaria monumentale opera, ci ha dato gli strumenti per accertare di volta in volta, nell'analisi dei singoli casi problematici (droga, prostituzione, gioco d'azzardo, usura, ecc.), se la giustificazione debba considerarsi paternalistica o meno. A questo punto, se nella singola ipotesi si ravvisa un intervento paternalistico “*hard*”, il *liberal* “deciso” potrà facilmente ritenere ingiustificabile quella proibizione. Chi invece non si riconoscesse nel liberalismo à la Mill, potrà anche legittimare alcune di quelle ipotesi, sapendo però che la loro unica¹⁰ giustificazione poggerebbe sul principio paternalistico.

⁸ Va detto che sotto questo profilo sembrano convergere le opinioni di Romano e Pulitanò negli scritti citati.

⁹ Sul punto andrebbero peraltro fatte precisazioni: ad es. per Feinberg anche l'*offense principle* legittima l'intervento penale, mentre per Mill è il solo “danno” ad altri a giustificare la compressione della libertà. Ma per questi ed altri aspetti rinvio ai miei scritti citati a nota 1.

¹⁰ Va precisato – ma sarebbe essere già chiaro – che Feinberg non esclude *in toto* proibizio-

Una volta chiariti questi aspetti, la discussione da parte degli studiosi e degli operatori politici su come trattare normativamente siffatte ipotesi diviene più agevole e trasparente, e meno nebulosa e ipocrita.

ni che abbiano anche effetti paternalistici o che poggino anche su ragioni paternalistiche; rifiuta solo le proibizioni che poggiano *esclusivamente* su ragioni paternalistiche e che non producono (neppure in potenza) danno o molestia ad altri.

LUIGI CORNACCHIA

PLACING CARE

SPUNTI IN TEMA DI PATERNALISMO PENALE

SOMMARIO 1. Paternalismo: tutela, ingerenza, coazione. – 2. Incoercibilità legale della libertà personale nel pensiero di Feinberg: autonomia come diritto e valore fondamentale. - 2.1. Potere moralmente performativo del consenso e allocazione della responsabilità. - 2.2. Consenso invalido e paternalismo *soft*. - 2.3. Violazione dell'autonomia e danno. – 3. Paternalismo parziale. – 4. Paternalismo precauzionale *versus* paternalismo tutelare: gli obblighi di auto-protezione. - 4.1. Interventi precauzionali sulle pre-condizioni di esercizio della decisione. – 5. Limiti euristici del criterio del *volenti*: soluzioni riferite al rispetto della dignità. - 5.1. Paternalismo moralistico. - 5.2. Dignità bilanciata e dimensione relazionale della libertà decisionale. – 6. Atti dispositivi *manu aliena*: il ruolo dell'agente. - 6.1. La irriducibile complessità: volontarietà come qualità della relazione interpersonale. – 7. Paternalismo eudemonico *versus* paternalismo umanitario. – 8. La relazione terapeutica. – 9. I limiti morali del diritto penale libertario: progressione dei diritti, tutela dei più deboli, autocomprensione sociale, solidarietà minima.

1. *Paternalismo: tutela, ingerenza, coazione*

Il dibattito sul paternalismo in diritto penale riguarda, come noto, quegli “interventi che in maniera coattiva deprivano una persona di certe opzioni comportamentali, laddove la giustificazione per la rimozione di tali opzioni è che esse sono (potenzialmente) pregiudizievoli per la persona alla quale vengono tolte; pertanto, l'intervento è ‘per il bene’ della stessa persona”¹, e si realizzano attraverso ricorso alla sanzione criminale.

Sul presupposto dell'esistenza di valori oggettivi e di valore normativo a fondamento di ciò che è meglio per il destinatario, a prescindere dalle preferenze di quest'ultimo, sarebbe legittima la sua esclusione o comunque il consistente ridimensionamento della sua partecipazione al processo deliberativo: è perché una certa decisione è giusta, buona, razionale che prevale sull'autonomia del destinatario².

¹ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Portland, 2011, 149.

² Sul tema della prospettiva ‘*ideal regarding*’ v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazio-*

Il paternalismo si definisce in base ai motivi o ragioni per agire di chi interviene, privato o pubblici poteri, non alla luce delle conseguenze (che possono semmai spiegare effetti nel senso della sua eventuale giustificazione): non è, in sé, il diritto a caratterizzarsi intrinsecamente come paternalistico, ma semmai le ragioni che lo supportano³. Ragioni peraltro di solito inesprese, perché il legislatore non ha l'obbligo di esplicitarle e perché possono anche essere solo alcune delle motivazioni di un'opzione di politica del diritto (es. divieto del lavoro infantile, che tende anche a preservare lavoro e paga degli adulti; vaccinazioni obbligatorie, anche per prevenire rischi di contagio; in generale, tutte quelle opzioni volte alla tutela di determinate categorie di soggetti, ma assunte anche per tenere unita una maggioranza, accontentare determinati gruppi di pressione o un certo elettorato, etc.).

Caratteristica saliente è il nesso tra tutela e coercizione: l'agente, titolare del bene, non può rifiutare l'assistenza offerta, che viene imposta obbligatoriamente.

Due modelli normativi possono individuarsi a fondamento del paternalismo giuridico.

Il primo, *deontologico*, presuppone in capo a ciascun individuo l'esistenza di obblighi giuridici verso se stesso, obblighi che vietano comportamenti autolesivi, e ravvisa quindi nell'intervento paternalistico lo strumento di prevenzione della loro violazione⁴. Esclusa l'eventualità che l'esistenza di tali obblighi possano dipendere da un interesse collettivo alla protezione del bene⁵ – in tal caso non si tratterebbe di intervento di tipo paternalistico, che per definizione è a salvaguardia di beni dello stesso destinatario – la loro configurazione sembra

ne "personalistica" della tutela penale, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 67 s. in nt. 73.

³ M. GOLDMAN - A. GOLDMAN, *Paternalistic Laws*, in *Philosophical Topics*, 18, 1990, 65.

⁴ Per una lettura neokantiana del "dovere giuridico intrapersonale" verso se stesso dedotto dall'imperativo categorico (con particolare riferimento al suicidio) v. A. MAATSCH, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß. Zum Strafrecht einverständlicher Sterbehilfe*, Berlin, 2001, 210 s.

⁵ Variamente concepibile: nel senso che la società avrebbe un interesse alla conservazione delle condizioni normative del rispetto dei beni da parte dei cittadini e per questa ragione deve investire risorse per dotarsi di un apparato minimale di regole deputate a proteggere i beni stessi anche dalle azioni poste in essere dai loro titolari G. JAKOBS, *Rezension zu Andreas von Hirsch, Ulfried Neumann, Kurt Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik, Bd. 1)*, Baden-Baden (Nomos) 2010, in *Rechtswissenschaft*, 2011, 95 ss. Così il tabù dell'intangibilità della vita e della marginalizzazione del suicidio garantisce sul piano simbolico la società dal rischio della propria distruzione.

dipendere, in misura più o meno espressa, da una certa concezione dei rapporti tra Stato e cittadino: quella secondo la quale la titolarità originaria dei beni anche personali è della società, della collettività, dello Stato e viene solo concessa al singolo, che non ne può disporre liberamente; prospettiva che, curiosamente, potrebbe essere avvalorata da una lettura strettamente “feinberghiana” del concetto di sovranità contenuto nell’art. 1, comma 2, Cost.⁶; ma che collide con l’ispirazione chiaramente personalistica del tessuto complessivo della Costituzione, radicata in una concezione della dignità umana come realtà originaria e intransferibile⁷.

Partendo invece correttamente dal presupposto della titolarità esclusiva e originaria dei diritti in capo all’individuo e della loro afferenza alla sfera personale e inviolabile, di doveri verso se stessi sembra potersi parlare solo in un’accezione prettamente morale (secondo tradizione kantiana, obblighi afferenti alla virtù), non certo giuridica⁸. A ragionare altrimenti si correrebbe il rischio di eticizzazione del diritto, che invece ha come ambito esclusivo di incidenza la garanzia della *libertà di azione* della generalità dei consociati quale dimensione operativa del bene comune.

⁶ Ovviamente la sovranità assoluta, intangibile e non bilanciabile su se stessi di cui parla Joel Feinberg (*Harm to Self*, New York, 1986, 52 s.) è pensata in un’ottica prettamente individualistica, per cui non potrebbe applicarsi a quella “del popolo”: quantunque lo stesso Autore accosti volutamente il concetto di *personal Sovereignty* alla sovranità statale del diritto internazionale, proprio a rimarcare, in contrapposizione a quello di mera “autonomia”, il carattere olistico e illimitato della prima, nonché la natura di diritto fondamentale e originario e non di privilegio derivato e revocabile (*ibidem*, 48 ss.); l’analogia si arresta peraltro a fronte delle insuperabili differenze: uno Stato sovrano può intromettersi, in nome dell’intervento umanitario, negli affari interni di un altro a tutela di persone sovrane minacciate di sterminio, mentre un individuo non può fare lo stesso nei confronti di un altro per proteggere i “diritti” di desideri, organi, arti, che sovrani non sono; in generale, tra individui sovrani rimane intangibile il limite della *privacy* (*ibidem*, 50 s.).

⁷ A tacer d’altro, accogliere la concezione di cui qui si fa cenno comporterebbe che, se davvero la sovranità anche sulla dimensione individuale “appartiene al popolo”, questo potrebbe assumere la decisione sovrana di revocare la concessione fatta al cittadino. Invece l’idea del rispetto e del riconoscimento reciproco della dignità di soggetti morali come principio delle relazioni umane non dipende dalla volontà collettiva, è logicamente antecedente e fondativo rispetto allo stesso principio democratico: D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 499 ss., 500.

⁸ W. VOSENKUHL, *Paternalismus, Autonomie und Rechtspflichten gegen sich selbst*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 275 ss.; K. SEELMANN, *Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?*, *ibidem*, 242 s.; nel contesto del pensiero neokantiano cfr. già M. KÖHLER, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, in *ZStW*, 104, 1992, 20 ss.

Il secondo modello, *tutelare*, riconosce speciali obblighi solidaristici, che impongono tanto ai singoli quanto ai pubblici poteri di intervenire a salvaguardia delle persone quando *non vogliono o non possano* tutelare da sé i propri beni fondamentali. Un'espressione che non a caso riecheggia quella adottata dal legislatore internazionale in uno specifico ambito di intervento umanitario di tipo giurisdizionale⁹: a sottolineare come tale paradigma di intervento giuridico abbia connotazioni in qualche modo analoghe, nel senso di essere deputato a proteggere soggetti deboli da possibili prevaricazioni, abusi o coartazioni, provenienti talora da circostanze ambientali piuttosto che da soggetti individuati.

Il *background* su cui si insedia l'istanza tutelare è il riconoscimento empirico di limiti conoscitivi e di carenze sul piano razionale che inficiano sempre i processi decisionali; limiti che rendono ardua al singolo individuo una corretta e completa ponderazione di tutti gli svantaggi, dei costi di ammortamento iniziali e dei possibili saldi negativi finali che ogni scelta comporta: rispetto ai quali il diritto dovrebbe provvedere destinando ai consociati meccanismi correttivi, talora anche di tipo coattivo. Peraltro tale linea direttrice normativa presuppone anche una concezione più o meno marcatamente *welfaristica* sul piano politico.

In una prospettiva liberale, si dovrebbero ammettere solo protocolli di intervento non invasivi (o minimamente invasivi) nei confronti della libertà, orientati a influenzare i comportamenti *correggendo deficit di razionalità* empiricamente documentati nelle decisioni individuali: predisposizione del miglior *set* disponibile di informazioni rilevanti; previsione di discipline giuridiche che incoraggino determinate scelte (ma comunque autonome) da parte dei destinatari; elaborazione di strategie di *opt-out* (anziché di *opt-in*) rispetto a normative di tipo tuzioristico¹⁰.

Diversamente quando, anziché a ovviare a carenze conoscitive, l'intervento è diretto a modificare preferenze individuali che contrastano con valori (supposti) universalmente riconosciuti (*paternalismo valoriale*)¹¹.

⁹ Quello della Corte Penale Internazionale ai sensi dello Statuto di Roma, in base al c.d. principio di complementarità.

¹⁰ Nel terzo caso, sul presupposto che certe cautele a garanzia di se stessi probabilmente non verranno liberamente scelte dagli interessati (es. un'assicurazione previdenziale), l'ordinamento, invece di lasciare completamente aperta la possibilità di opzione, prevede la loro automatica adozione in certi settori, permettendo però ai beneficiari di rinunciarvi con decisione esplicita: cfr. recentemente H. EIDENMÜLLER, *Liberaler Paternalismus*, in *Juristische Zeitung*, 2011, 814 ss., in ptc. 818 s.

¹¹ Così l'esempio milliano del contratto con cui taluno diviene schiavo di un altro; o il cd *'dwarf throwing'* (o *'dwarf tossing'*): cfr. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen, 2005, 361.

La limitazione della libertà individuale è intrinsecamente e irrimediabilmente connessa all'ultimo tipo di intervento paternalistico; ma anche rispetto a paradigmi correzionali di *'bounded rationalities'*, quantunque l'ingerenza tutelare appaia più accettabile, si sottolinea come effetto indiretto la perdita del profitto da dinamica esperienziale dell'apprendimento ("sbagliando si impara").

In *positivo*, del paternalismo può essere sottolineato il carattere che rimanda alla dimensione "paterna" del "prendersi cura", ovvero di quella solidarietà riconosciuta secondo modulazioni variabili come irrinunciabile dalla società.

Normalmente peraltro nel dibattito contemporaneo il concetto assume una connotazione semantica *negativa*, quale ingerenza indebita di chi si fa rappresentante degli interessi altrui per decidere e agire al suo posto, sul presupposto di conoscere le reali esigenze altrui meglio del suo stesso titolare: pertanto sinonimo di dominio prepotente, usurpazione patriarcale dei diritti altrui, dispotismo, quindi insulto alla libertà di autodeterminazione¹².

Assunzione di rischi e decisioni autolesioniste rappresentano i principali ambiti di emersione della discussione sul tema.

2. *Incoercibilità legale della libertà personale nel pensiero di Feinberg: autonomia come diritto e valore fondamentale*

Come noto, la concezione liberale di Joel Feinberg contrappone al paternalismo legale l'*Harm Principle* mediato dalla clausola eccettuativa del *volenti non fit iniuria*: costituisce illecito (solamente) cagionare danno ad altri, a meno che non sia consentito dall'aveente diritto, in quanto il consenso esclude che si possa essere trattati in modo contrario ai propri desideri¹³.

In particolare, l'architrave della lezione di Feinberg è il concetto di *autonomia personale o sovranità assoluta su se stessi*, come *diritto fondamentale* e al tempo stesso come *valore fondamentale*. Si tratta infatti di vero e proprio diritto formalmente inteso (*'de jure autonomy'*), distinto e autonomo da quello dell'autorealizzazione e ad esso presupposto: l'autodeterminazione ("ciò che è mio diritto") non è funzionale al proprio bene o alla propria autorealizzazione ("ciò che è buono per me"), ma è *valore in sé*: pura *libertà da intromissioni ester-*

¹² D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 11.

¹³ V. J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York, 1984, 115 ss.; IDEM, *Harm to Self*, 11.

ne, indipendentemente dal fatto che le scelte compiute siano buone, razionali, vantaggiose o meno¹⁴.

Inoltre la *'personal sovereignty'* è assolutamente intangibile, non bilanciabile con altri interessi, avente assoluta priorità rispetto a qualunque di essi.

Il titolare del bene giuridico ha il *diritto morale* di disporre: le modalità concrete – inclusa quella *manu aliena* – sono rimesse integralmente alla sua scelta sovrana. Rientra pertanto nel modello dell'azione autolesiva tanto quella posta in essere dal titolare del bene giuridico, quanto quella eseguita materialmente da altri: nel secondo caso si tratterà di *auto-lesione indiretta*, e non di eterolesione. Ossia, l'autolesione diretta e la condotta di chi con il mio consenso leda il mio bene rientrano nella stessa categoria morale attraverso il principio *volenti non fit iniuria*: dal punto di vista morale il mio consenso alla sua azione la rende mia¹⁵.

In via di principio, si può affermare che per Feinberg paternalismo diretto e indiretto¹⁶ pongano lo stesso problema: la neutralizzazione di chi pone in essere una lesione a persona che consente non è che la neutralizzazione dello stesso titolare del bene giuridico e del suo diritto di disporre.

2.1. *Potere moralmente performativo del consenso e allocazione della responsabilità*

Due conseguenze possono essere tratte da questi primi tratti essenziali della visione libertaria feinberghiana.

La prima è che il consenso viene concepito come fattore capace di *trasformare*

¹⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 65.

¹⁵ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 100; il *mercy-killer* che uccide il paziente su sua richiesta sta solo agendo come suo strumento, ma in realtà è il paziente che si sta uccidendo: (*ibidem*, 177). Sostanzialmente negli stessi termini cfr. A. VON HIRSCH - U. NEUMANN, "Indirekter Paternalismus" im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen § 216 StGB in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 81; nonché G. JAKOBS, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, in *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, München, 1998, 14 ss., 16: la richiesta di pratica eutanasi non è nulla di diverso da una modalità organizzativa del perseguimento del proprio suicidio, in particolare quella modalità strutturata sulla divisione dei compiti e sull'affidamento di una quota di questi ad altri; logico quindi che la lesione ricada direttamente nella sfera del richiedente.

¹⁶ Per una diversa chiave di lettura, nel senso che gli obblighi mediati di tutela sarebbero estranei alla problematica del paternalismo, cfr. M. HERMANN, *Staatlicher Paternalismus*, in S. GOSEPATH - W. HINSCH - B. RÖSSLER (Hrsg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Bd. 2, Berlin, 2008, 962 ss.

*moralmente l'azione aggressiva altrui*¹⁷: in presenza del consenso valido dell'avente diritto la condotta lesiva esterna diventa non solo neutrale, ma addirittura *valore positivo*¹⁸.

La seconda riguarda invece il meccanismo di imputazione e quindi di *distinzione tra responsabilità propria e altrui*: nella misura in cui il titolare del bene sia competente, è egli solo responsabile delle conseguenze dell'intervento di chi lo lede con il suo consenso, non invece quest'ultimo; all'opposto se il suo consenso è invalido.

2.2. Consenso invalido e paternalismo soft

L'autonomia dell'individuo esclude qualsiasi forma di intromissione paternalistica esterna a tutela dei suoi beni, irrilevante che sia diretta nei confronti dell'avente diritto, oppure di altro soggetto che coopera alla auto-lesione o pone in essere la lesione consentita; e quantunque sia ben possibile, anche in prospettiva utilitarista, che un diritto a motivazione paternalistica produca *outcomes* utili¹⁹.

Specularmente, l'intervento nell'interesse di colui che, direttamente o indirettamente, lo subisce è legittimo solo quando manchi un atto giuridicamente efficace di volontà espressione di autonomia: onde evitare l'assunzione di decisioni dovute a avventatezza, fragilità psicologica, impulsività, instabilità emotiva – decisioni che, una volta prese, non permetterebbero più di tornare sui propri passi – è giustificata l'imposizione di "*waiting periods*", almeno quando si tratti di azioni che pregiudicano gravemente la vita o l'integrità fisica del titolare del bene²⁰.

Inoltre, in caso di invalidità del consenso – per debolezza, minore età, etc. – il

¹⁷ Ovvero '*transactional process*', idoneo a modificare la relazione normativa tra soggetti (i loro rispettivi diritti e doveri): A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 174 s.

¹⁸ A riguardo cfr. in senso critico, nell'ambito del c.d. *legal moralism*, H.M. HURD, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*, 2, 1996, 121 ss.

¹⁹ D. HUSAK, *Paternalism and Autonomy*, in *Philosophy & Public Affairs*, 10, 1981, 27 s., non senza ironia nei confronti dell'argomentazione rigorosamente utilitarista del discorso antipaternalistico di John Stuart Mill.

²⁰ Cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, 114 ss.; J. FEINBERG, *Harm to Self*, 113 ss.; A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 172 s., 179, 186. V. già J.S. MILL, *On Liberty*, 1859, trad.it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 1997, 111, secondo il quale è ammissibile l'intromissione da parte dello Stato nella libertà di minori, persone temporaneamente o permanentemente incapaci di intendere e volere, popoli non civilizzati, allo scopo di impedire che cagionino un danno a se stessi.

comportamento di chi asseconda la richiesta integra lesione.

Ergo, nella relazione a due persone il c.d. paternalismo *soft* si risolve in una coniugazione dell'*Harm Principle*²¹: la legittimità dell'intervento dipende essenzialmente dalla volontarietà reale della decisione autolesionistica del titolare del bene²².

Proprio quest'ultimo accostamento appare discutibile.

2.3. Violazione dell'autonomia e danno

Secondo recente lettura critica, il difetto dell'impostazione di Feinberg risiede nella pretesa di accorpare situazioni completamente diverse sotto la medesima cornice di coercizione o prevaricazione. Nell'ipotesi di invalidità dell'atto di autonomia, infatti, non può parlarsi di aggressione a persona che si oppone, che esprime volontà contraria (o che è ignaro e quindi non ha espresso alcuna volontà); ma anzi, proprio nei casi che legittimano un paternalismo *soft*, l'agente ha a che fare con un soggetto passivo, titolare del bene giuridico, che è disponibile e coopera (ad es. minore che seduce il maggiorenne): il fatto che il suo consenso sia invalido *non fornisce ancora alcuna indicazione sulla caratterizzazione della condotta dell'agente come usurpazione*, non spiega perché l'agente dovrebbe essere vincolato all'intervento paternalistico a tutela del titolare del bene giuridico²³.

²¹ Dunque non avrebbe nulla di paternalista (J. FEINBERG, *Harm to Self*, 12 ss.). Sulla celebre distinzione tra paternalismo *hard* e *soft* v. *ibidem*, 98 ss.; e già IDEM, *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1971, 113.

²² J. FEINBERG, *Harm to Self*, 13, 175: la "*soft paternalistic strategy*" sarebbe giustificata in termini di limitazioni della libertà, ma non penali (del tipo: diniego di permessi, di autorizzazioni, etc.: *ibidem*, 15). Rispetto allo specifico della relazione terapeutica, ritiene che possa considerarsi realmente paternalismo soltanto quello *hard*, perché unicamente rispetto ad esso il principio di cura viene sovraordinato al principio di rispetto dell'autodeterminazione, T.L. BEAUCHAMP, *Paternalism and Biobehavioral Control*, in *Monist*, 60, 1977, 67 s. Nel senso della superfluità della categoria del paternalismo *soft*, in quanto le misure ad essa riconducibili o dissimulano ipotesi realmente di paternalismo *hard*, o non integrano alcuna usurpazione della sfera di autodeterminazione del singolo, v. S. KIRSTE, *Harter und weicher Rechtspaternalismus. Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik*, in *Juristen Zeitung*, 2011, 805 ss., 808 ss. In senso speculare, propone il concetto di *antipaternalismo giuridico moderato* quale limite invalicabile all'uso della forza da parte dello Stato o di soggetto autorizzato dallo Stato contro la volontà di individuo adulto competente G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 2011, 134; v. già M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 988.

²³ A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus*, in

La soluzione di Feinberg sembrerebbe allora supporre, implicitamente, che in questi casi l'*Harm Principle* si traduca nella *lesione di un obbligo di tutela* del soggetto non competente (ad es. obbligo a non assecondare le sue richieste sessuali) in capo all'agente e non nel superamento di un consenso invalido: un obbligo che, peraltro, non sembra trovare alcun appiglio giuridico²⁴.

Sarebbe corretto quindi distinguere tra aggressione attiva (tipica dell'*Harm Principle*) e prevaricazione per mancanza di un valido consenso. In quest'ultimo caso, però, andrebbe tenuta in considerazione anche la posizione dell'agente: ogni forma di paternalismo indiretto incide *direttamente* su chi pone in essere la supposta lesione, il quale ha un *proprio* interesse a non subire l'intervento di terzi, in particolare dello Stato, in una situazione che riguarda lui e il titolare del bene giuridico sia pur incompetente.

L'eterogeneità tra *Harm Principle* e consenso è ancora più rimarchevole rispetto alla stessa violazione del diritto all'autodeterminazione operata con intervento paternalistico.

La condotta di chi – Stato o privato – interferisca con l'autonomia decisionale di un individuo, limitandone la libertà di azione in funzione di tutela dei suoi interessi, non può dirsi cagionare propriamente una lesione ai medesimi: anzi, secondo una ponderazione di costi e benefici, li promuove salvaguardandoli. Purtuttavia, si tratta di una chiara violazione di un diritto, un diritto che, oltretutto, per Feinberg e in generale per la tradizione liberale è intangibile e refrattario a qualsiasi bilanciamento²⁵.

Quindi esiste un ambito giuridicamente rilevante di azioni che infrangono l'autonomia senza cagionare offesa²⁶.

A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 44 s.

²⁴ Nel nostro ordinamento, al di fuori della possibilità di configurare una posizione di garanzia, l'illiceità del comportamento del soggetto attivo potrà trovare conferma in singole norme incriminatrici (ad es. art. 609 *bis*, comma 2, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, con la specifica previsione dell'*error aetatis* dell'art. 609 *sexies*).

²⁵ J. FEINBERG, *Harm to Others*, 115 ss.; IDEM, *Harm to Self*, 52 ss.; IDEM, *Harmless Wrongdoing*, New York, 1988, 130. Critica come inadeguato l'*Harm Principle* quale baluardo antipaternalistico, ritenendo che esso dovrebbe piuttosto essere rimpiazzato dal "*Sovereignty Principle*", A. RIPSTEIN, *Beyond the Harm Principle*, in *Philosophy & Public Affairs*, 34, 2006, 216 ss., in ptc. 233.

²⁶ R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 129 s.

3. *Paternalismo parziale*

Il peculiare fascino dell'*Harm Principle*²⁷ – il cui sostrato empirico ne fa un paradigma certamente di più immediata intelligibilità rispetto all'elaborazione del principio di necessaria lesività di alcune tradizioni continentali – sta già nel fatto di veicolare la tutela giuridico-penale a un obiettivo sociale identificabile (prevenzione di offesa a persone diverse dal soggetto il cui comportamento viene disciplinato come unica ragione legittima per usare la coercizione penale²⁸): quello di garantire un ordine sociale nel quale gli individui possano condurre la propria esistenza in sicurezza e liberi da aggressioni di terzi.

Il che sembra escludere a priori l'accettabilità di modelli ordinamentali orientati a salvaguardare *unicamente* gli interessi personali dei singoli individui (anche contro la loro volontà) senza che tale protezione sia *almeno anche* funzionale a soddisfare esigenze sociali: l'ispirazione paternalista di determinate discipline non è quasi mai esclusiva, in quanto di solito esse hanno di mira al contempo interessi della collettività, e necessitano di tale dimensione per giustificarsi²⁹. Allora però la giustificazione apparentemente non paternalistica, per non ridursi a un mero paravento, dovrebbe essere supportata da prove empiriche relative tanto agli effetti pregiudizievole di tali situazioni su persone diverse dal titolare del bene (es. evidenza degli effetti sulla popolazione di certi comportamenti), quanto all'*efficacia dell'intervento* rispetto all'obiettivo perseguito: tenendo presente oltretutto che in tali ipotesi non si promuovono gli interessi della persona che pone in essere l'autolesione, ma anzi viene in questione una vera e propria strumentalizzazione della medesima in funzione di scopi di deterrenza generale³⁰.

²⁷ Cfr. G. FORTI *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 283 ss.

²⁸ Come noto, secondo la prospettiva milliana dovrebbe essere escluso che l'intervento penale possa legittimarsi per altre ragioni (offesa a se stessi, mero disturbo ad altri, motivi di ordine morale): in questo senso, data l'esclusiva dell'*Harm Principle* come *ratio* e limite dell'incriminazione, l'antipaternalismo ne consegue come suo corollario.

²⁹ Cfr. J. KLEINIG, *Paternalismus und Menschenwürde*, 145 ss., 149, che fa l'esempio dell'idoneità ad assolvere gli obblighi del servizio militare usata in passato come giustificazione del divieto di certe menomazioni fisiche causate con il consenso della vittima; o della tranquillità pubblica.

³⁰ D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 144 s., 152 s.

4. *Paternalismo precauzionale versus paternalismo tutelare: gli obblighi di auto-protezione*

Quando un'incriminazione o comunque un intervento coercitivo ha come unica *ratio* la tutela del bene dell'individuo la cui libertà d'azione viene coattivamente limitata, in virtù dell'*Harm Principle* dovrebbe essere considerata illegittima. Proprio per il principio di inviolabilità dell'autonomia il paternalismo, quale lesione di un diritto fondamentale nel presunto interesse del suo titolare, assume carattere di intromissione dispotica.

Il che fa apparire coerenti, di converso, le aperture, da parte di quanti si ispirano al *libertarianism* di milliana tradizione³¹, a discipline – riconducibili al *genus* del paternalismo indiretto – orientate, specialmente in contesti in cui i consociati normalmente sottovalutano la probabilità di verificazione di lesioni a loro danno, a predisporre presidi e a incentivare l'adozione di appropriate precauzioni in vista della riduzione di rischi alla persona (es. sistemi di sicurezza nella produzione di automobili o macchine; prescrizioni che assoggettano la messa in commercio di certi prodotti ad autorizzazioni, superamento di determinati collaudi, etc. finalizzati a tutelare i consumatori di fronte a potenziali pregiudizi per la loro salute o incolumità), pur consentendo all'individuo, in base alla massima del *volenti*, di compiere volontariamente scelte auto-lesive³²: logico insomma che, proprio nella prospettiva feinberghiana, si giustifichino interventi paternalistici contro la volontà del soggetto in caso di autolesioni/autoesposizioni *colpose* (ad es. per carenza di informazione), proprio *perché* colpa significa assenza di autentica volontà, quindi mancanza di una scelta espressione di autonomia³³.

³¹ Come noto, lo stesso Mill giustificava la possibilità di pubblica coercizione in funzione del miglioramento di individui immaturi, o per proteggere lo Stato dal rischio che il rilassarsi della disciplina dei cittadini sortisca effetti pregiudizievoli di fronte ad attacchi esterni o ad agitazioni interne.

³² Cfr. D. HUSAK, *The Sequential Principle of Relative Culpability*, in *Legal Theory*, 1, 1996, 457 ss., ora in IDEM, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford, 2010, 194 ss. (nella sezione intitolata "*Paternalism as Counter-example to the Sequential Principle*"), secondo il quale la ragione che giustifica la prevenzione di condotte meramente rischiose, a fronte della piena legittimità, in prospettiva libertaria, di atti di disposizione anche integrale della propria sfera personale quali espressione del diritto all'autodeterminazione, starebbe nel ruolo giocato nell'ambito della teoria della responsabilità penale dagli interessi individuali: laddove l'interesse del soggetto passivo dell'intervento stia chiaramente nell'evitare la lesione che può derivare dall'auto-esposizione a pericolo (es. il cancro ai polmoni è contrario anche agli *interessi* del fumatore attivo, in quanto l'assenso al rischio di malattia non significa accettazione del danno conseguente), l'intervento paternalistico, anche coercitivo, è ammissibile.

³³ Così A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, 107.

Ciò che potrebbe sembrare una sorta di contraddizione rispetto ai principi ordinari in materia di responsabilità penale (scalarità ascendente dalla colpa al dolo e, nel nostro ordinamento, responsabilità regolare solo dolosa, laddove quella colposa richiede espressa previsione legislativa): ma qui non si fa questione di responsabilità, bensì solo di legittimità di interventi anche coercitivi.

Pertanto sembra corretto distinguere queste tipologie di limitazioni delle scelte individuali rischiose, funzionali a impedire lesioni che chiaramente la persona stessa ha interesse a evitare (forme di *paternalismo precauzionale*), da quelle che sono invece orientate a garantire la reale volontarietà della scelta auto-lesiva³⁴, o comunque le condizioni della libertà e dignità individuale (*paternalismo tutelare*)³⁵.

Dunque opzioni di politica del diritto ispirate da ragioni di paternalismo precauzionale sarebbero legittime – nei limiti segnati dal livello di accettazione sociale di un determinato contesto storico – di fronte a scelte segnate da *deficit cognitivi, pregiudizi o lapsus volizionali*³⁶. Sono i casi, frequenti nella vita di ogni giorno, del c.d. “*misalignment*”, ossia dell’assunzione di decisioni che non sono conformi agli interessi e obiettivi a lungo termine del disponente³⁷: chi non vuole indossare le cinture di sicurezza non ha come obiettivo quello di rimanere pregiudicato fisicamente da un incidente, ma semplicemente non considera suf-

³⁴ Secondo la prospettiva *libertarian* feinberghiana: impregiudicato si tratti dell’unica e autentica *ratio* che legittima questo tipo di intromissioni.

³⁵ Douglas Husak distingue, ulteriormente, la categoria del *paternalismo simbolico o a funzione espressiva*, cui afferiscono incriminazioni *deputate* a mandare un messaggio circa il disvalore della condotta (come potrebbe essere quella del possesso di una quantità anche minima di droga: D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 69).

³⁶ Sull’argomento cfr. anche J.D. TROUT, *Paternalism and Cognitive Bias*, in *Law and Philosophy*, 24, 2005, 393.

In questo ambito interventi di tipo paternalistico si giustificherebbero secondo Husak a condizione che: a) siano di bassa intensità (la minima sufficiente al raggiungimento dello scopo), concretandosi in restrizioni tollerabili alla libertà, escluse quindi sanzioni penali; b) gli obiettivi perseguiti siano riconosciuti come utili da tutti; c) i mezzi utilizzati possano essere considerati corrispondenti alle finalità; d) soprattutto, che permanga disponibile un *opting out* non oneroso per il soggetto tutelato (consumatore, lavoratore, etc.), vale a dire, la possibilità materiale e giuridica di modificare le regole poste a sua tutela (es. slacciarsi le cinture, depennarsi dalla lista dei lavoratori assicurati, disattivare airbags): D. HUSAK, *Anmerkungen zu “Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht”*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 132; v. già IDEM, “Legal Paternalism”, in H. LAFOLLETTE (ed.), *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2003, 387 ss.

³⁷ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation, Part IV: Paternalism*, Oxford and Portland, 2011, 149 s.

ficientemente il rischio o non assegna ad esso eccessiva importanza³⁸.

Peraltro, nella normalità dei casi non sembra venire in questione tanto l'errata o limitata rappresentazione del rischio o della sua portata (che oltretutto difficilmente in una persona matura potrebbe valere a escludere la sua auto-responsabilità), quanto piuttosto un atteggiamento di mancanza di timore, di sprezzo di fronte ad esso, di c.d. *self-serving bias* (eccesso di ottimismo o di fiducia nelle proprie capacità)³⁹, o addirittura di scelta per il rischio per esigenze di gratificazione emozionale (o di sfida verso le imposizioni statuali)⁴⁰: sarebbe allora corretto distinguere, coerentemente con le premesse di una prospettiva libertaria, i casi in cui questo atteggiamento derivi effettivamente da una incapacità di apprezzamento del rischio da quelli in cui la decisione di assumersi il rischio sia davvero consapevole e informata. Solo nel primo caso, con tutta evidenza, si potrebbe giustificare un intervento paternalistico, che peraltro diventerebbe allora di tipo *tutelare*.

In sostanza, quest'ultimo modello di paternalismo appare l'unico degno di cittadinanza nella cornice di una concezione che voglia essere realmente rispettosa dell'intangibilità dell'autonomia individuale⁴¹. Opzioni politico-giuridiche di stampo paternalistico precauzionale trovano allora piuttosto la loro giustificazione alla luce di altri motivi concorrenti: anche rispetto alle scelte di autoesposizione a pericolo può essere individuato un profilo generale di *harm to others*, nel senso che i danni conseguenti a tali scelte possono ricadere a danno della collettività (dell'erario pubblico, ad es. in termini di spese mediche; della libertà di allocazione politica delle risorse, etc.)⁴².

La previsione di obblighi di auto-protezione (casco, cinture di sicurezza) – normalmente mediati dall'imposizione di ulteriori obblighi a carico di soggetti terzi, in particolare produttore, ascrivibili al paradigma del c.d. paternalismo indiretto – presenta l'inconveniente della difficile individuazione del tipo di

³⁸ B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus Problem?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 239; A.P. SIMESTER, *Betrachtungen über Moral und Paternalismus*, *ibidem*, 270.

³⁹ Cfr. ad es. B. FISCHHOFF - P. SLOVIC - S. LICHTENSTEIN, *Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 3, 1977, 552 ss., 561 ss.

⁴⁰ N. PERŠAK, *In den Nebengebieten des Strafrechts: Paternalistische Interventionen im Recht der Ordnungswidrigkeiten*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 180.

⁴¹ Cfr. D. HUSAK, *The Sequential Principle of Relative Culpability*, 197 s.

⁴² Così ad es. nel caso già menzionato dell'obbligo legale delle vaccinazioni, posto *anche* per interessi generali (evitare la diffusione di epidemie).

sanzione adottabile in caso di infrazione: vuoi per l'ispirazione comunque paternalistica, vuoi per l'evanescenza del soggetto passivo dell'*Harm* (che quantomeno fornisce un'indicazione rescissoria in punto di sussidiarietà, escluso un profilo di offesa a beni giuridici), dovrebbero comunque portare a escludere la possibilità di ricorrere a incriminazioni.

Secondo la regola aurea del *libertarian paternalism*⁴³, l'ordinamento giuridico dovrebbe limitarsi a fornire limitazioni alla libertà paramtrate a una ponderazione costi/benefici che possa determinare un saldo finale positivo, nel senso di "*offer nudges that are most likely to help and least likely to inflict harm*"⁴⁴.

Sarebbero ammissibili dunque solamente soluzioni extrapenali e, prima ancora, extra-coercitive, modellate sull'interesse sociale pregiudicato: in particolare, sotto quest'ultimo aspetto, sarebbe forse preferibile ricorrere alla previsione di *incombenze normative*, la cui violazione sia collegata a conseguenze, più che di tipo sanzionatorio nei confronti del trasgressore, a contenuto esonerativo per la collettività (ad es. esclusione dalle prestazioni gratuite o agevolate del servizio sanitario nazionale; soccorso a spese del trasgressore; incremento degli obblighi contributivi e fiscali).

4.1. *Interventi precauzionali sulle pre-condizioni di esercizio della decisione*

Frequentemente, poi, rispetto a ipotesi di assunzione di rischi per la propria persona, l'opzione autolesiva viene eliminata "a monte" piuttosto che criminalizzata: l'intervento dello Stato (a carattere di paternalismo indiretto) emerge come una forma di "*ingegneria situazionale*", di "*prevenzione dell'offesa di tipo profilattico*", nel senso che la coazione, anziché sulla scelta del disponente, incide, a mo' di "*choice architecture*"⁴⁵, "*sulle pre-condizioni del suo esercizio*" (ad es. imposizione alle industrie automobilistiche di dotare le vetture messe in circolazione di speciali strumentazioni a salvaguardia dell'incolumità del conducente e dei passeggeri; obbligo di previa autorizzazione o rispetto di determinati

⁴³ Basato sul '*welfare-promoting*', ma senza eliminare la libertà di scelta: v. R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, 93, 2003, 175 ss. ; C.R. SUNSTEIN - R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 70, 2003, 1159 ss.

⁴⁴ R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, 74 ss.

⁴⁵ Secondo il *libertarian paternalism* "*it is legitimate for choice architects to try to influence people's behavior in order to make their lives longer, healthier, and better*" (R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 5).

standard nella produzione a garanzia della sicurezza dei consumatori, diretto ai produttori o ai rivenditori; divieto di somministrazione di certi medicinali senza prescrizione medica)⁴⁶.

Secondo recente interpretazione, l'istanza paternalistica sottesa a tale tecnica preventiva – modulata sull'eliminazione della possibilità di scelte auto-lesive in capo all'ultimo beneficiario (che non subisce personalmente alcun tipo ulteriore di coazione) – andrebbe identificata nell'esigenza di evitare che soggetti pur competenti possano compiere scelte "povere" sul piano morale (ad es. acquistare un'auto più economica, in quanto non dotata di certi dispositivi di sicurezza, per investire il denaro risparmiato in altri beni di consumo)⁴⁷.

Ovviamente si può parlare di paternalismo indiretto solo nella misura in cui la regolazione statale si limiti a operare il *risk-assessment*, assumendo la decisione su come dotare i prodotti in termini di sicurezza (es. equipaggiare obbligatoriamente le auto di cinture di sicurezza): una modalità, sia pur particolarmente incisiva, di informazione pubblica sui rischi e sui rimedi per prevenirli. Diversamente, invece laddove si subordinino a tali decisioni anche le preferenze fondamentali dell'individuo, imponendo l'uso dei sistemi di sicurezza (es. obbligo di usare le cinture di sicurezza)⁴⁸.

Determinati presidi servono poi a *generare uno specifico affidamento normativamente fondato* sulla sicurezza di certi prodotti: spetta certamente ai genitori verificare l'utilizzo sicuro dei giocattoli da parte dei figli, quindi anche controllarne le condizioni; ma la marcatura CE, obbligatoria per questo tipo di prodotti (paternalismo indiretto) vale a fornire una speciale garanzia normativa della loro sicurezza secondo i migliori standard accreditati a livello comunitario.

Comunque, sembra indiscutibile l'esistenza di un livello minimo di condizioni di sicurezza dei cittadini che non può essere rimesso al libero gioco delle forze in campo in una società. Ovviamente, lo standard che i pubblici poteri garantiscono non può essere mai ottimale, né dovrebbe neppure essere del tutto arbitrario, ma piuttosto tarato sulle caratteristiche dei singoli settori in

⁴⁶ Cfr. ad es. A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 151 s., 166 ss. In realtà, con riguardo ai primi due esempi accennati, si è osservato che il produttore, più che subire l'imposizione, coopera (è complice), avendo un interesse precipuo a regole per prodotti sicuri, *i cui costi carica sul consumatore* (il quale non ha alcuna possibilità di scelta e deve rinunciare a usi alternativi delle sue risorse): un paternalismo a protezione di soggetti sui quali, per le leggi del mercato, ricadono le spese (*ibidem*, 167).

⁴⁷ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 151.

⁴⁸ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 168.

cui emerge come problema: circolazione stradale, produzione di alimenti, tutela dell'incolumità e della salute dei lavoratori, presidi sanitari, etc.

5. *Limiti euristici del criterio del volenti: soluzioni riferite al rispetto della dignità*

Al di là del problema della tenuta dei due cardini della costruzione feinberghiana – *Harm Principle* e canone complementare dell'intangibilità della sovranità personale – a fungere da criteri di definizione della *ratio* delle scelte di incriminazione e al tempo stesso di individuazione dei limiti morali della censura penale, nonché delle critiche arcinote che analogamente denunciano la carenza euristica e definitoria del principio di offensività in ordinamenti come il nostro⁴⁹, avanzano comunque forti dubbi sulla possibilità di risolvere correttamente – e in senso realmente non paternalistico – casi problematici sulla base della presenza o meno di una lesione ad altri e/o del consenso dell'avente diritto.

In tale direzione Anthony Duff, patrocinando una concezione liberale a sfondo perfezionista che incardina il carattere illecito dei fatti nel loro significato morale obiettivo, ritiene che proprio al consenso si assegnino prestazioni supererogatorie quando, come nella prospettiva di Feinberg, se ne fa l'opposto speculare dello stesso *Harm Principle* – ciò a cui consento in piena autonomia non può veramente cagionarmi lesione (*volenti non fit iniuria*) –; ovvero la negazione della *wrongfulness*; o elemento che radicalmente degrada la condotta a fatto privato, quindi giuridicamente irrilevante. Secondo Duff, in una prospettiva autenticamente liberale di politica del diritto l'autonomia personale deve essere intesa nei termini di una *capacità di scegliere e perseguire obiettivi dotati di valore*, laddove questi ultimi non vanno riferiti alle concezioni assiologiche soggettive dominanti nella società⁵⁰, ma vanno individuati nelle *finalità che favoriscono quel mutuo interesse intersoggettivo e rispetto e quella relazionalità che integrano la vita collettiva come sistema organizzato*⁵¹. In particolare, per stabilire

⁴⁹ Cfr. ad es. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA e G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, 154 s.; IDEM, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 546 ss. Sul rilievo dei concetti di 'danno' e 'offesa' nel lessico penalistico italiano cfr. M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1548 ss.

⁵⁰ O a ciò che corrisponde al mio o al tuo *set* personale di valori.

⁵¹ Una visione dell'autonomia che, con tutta evidenza, riecheggia l'idea kantiana secondo

se un comportamento è meritevole di censura (*wrong*) occorrerebbe valutare, piuttosto che la sua lesività, il *significato dell'azione nel contesto di riferimento*⁵².

A dimostrazione della diversa dimensione comunicativa di situazioni apparentemente accomunate dal consenso valido a lesioni anche rilevanti all'incolumità individuale, Duff mette a confronto il celebre caso *Brown* tratto dalla giurisprudenza britannica, concernente i membri di un gruppo sado-masochista che, nell'ambito di pratiche tra adulti consenzienti, si infliggono reciprocamente lesioni significative, con quello, già commentato da Feinberg, dell'organizzazione di lotte di gladiatori come evento commerciale. Laddove la differenza essenziale sta nel significato morale di ciò che viene consentito: nel primo caso si tratta di attività proprie di una precisa sub-cultura, nell'esercizio delle quali i partecipanti esprimono, attraverso un rituale ludico, forme di affettività (correlate a modelli sia pur stravaganti di gratificazione sessuale) e di fiducia e rispetto reciproco, che nel particolare contesto di riferimento non violano (ma anzi implementano, sia pure in modo inusuale) proprio quel "mutuo rispetto" di cui si è detto⁵³; completamente all'opposto per quel che riguarda l'esempio di combattimenti tra esseri umani organizzati per un pubblico pagante, attratto proprio dalla brutalità e dalla violenza dello spettacolo. Nel secondo caso la "mutua disumanizzazione" cui tali attività sono funzionali – e non il rischio per la vita dei contendenti (un rischio che peraltro rappresenta non un'eventualità, ma in qualche modo il "piatto forte" dello spettacolo) – è l'aspetto che non può venire eluso dalla ricorrenza del reciproco consenso dei partecipanti: un aspetto (assente nell'esempio delle pratiche sado-maso) che rappresenta un danno *ulteriore* rispetto a quello materiale che ne può derivare ai singoli combattenti (*harm*) e che è l'obiettivo specifico per il quale si genera la relazione intersoggettiva (*wrongfulness*), il quale, costituendo seria violazione dei più basilari valori di rispetto reciproco tra esseri umani, assume un significato che non può essere ridotto a questione puramente privata⁵⁴.

cui può essere riconosciuta dignità di scelte razionali solamente a quelle la cui massima può armonizzarsi con un possibile regno dei fini, nel senso di trattare gli altri soggetti dotati di razionalità deliberativa sempre anche come fini e non come meri mezzi: ciò che fa dell'autonomia il motivo della dignità della natura umana e di ogni natura razionale. Rimarca – in polemica con concezioni moderne *lato sensu* "libertarian" che pur si richiamano a Kant – come la concezione kantiana dell'autonomia e prima ancora della libertà sia inscindibile dalla legge morale e dai doveri conformi ad essa J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 58 ss.

⁵² R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 130 ss.

⁵³ R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 131 s.

⁵⁴ R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 132 s.

Una chiave di lettura, evidentemente non aliena a motivi propri del *Legal Moralism*, che individua il connotato differenziale nella mercificazione della natura umana, nel suo svilimento a scopi lucrativi, nella *violazione di qualcosa che è più fondamentale e inviolabile della stessa autonomia* (che invece può essere strumentalizzata in funzione delle più svariate finalità, anche di quelle che, pur nel rispetto formale della sovranità individuale, sostanzialmente tendono a demolarne il significato morale): la *dignità*.

Non si tratta, quindi, semplicemente di stabilire l'eventuale ispirazione paternalista o meno di determinate scelte di politica criminale e di valutare quale peso abbiano rispetto ad altre (problema puramente quantitativo, al pari di quello della gravità della lesione necessaria a far scattare l'incriminazione); ma piuttosto di verificare se una certa condotta incide o meno su diritti o interessi che richiedono una protezione giuridica, quelli che cementano una convivenza sociale basata sul rispetto reciproco dell'altro come persona: ciò che rende pubblicamente illecito un comportamento è la sua connotazione intrinseca di denegazione dello status di membro della *civitas* alla vittima, anche consenziente e del tutto a prescindere dalle conseguenze lesive che ne possano derivare (per il soggetto passivo o per terzi)⁵⁵.

5.1. *Paternalismo moralistico*

Esclude la possibilità di definire a livello di principio una linea di demarcazione tra condotte immorali e condotte '*harmful*', tale che giustifichi l'incriminazione solo delle seconde, Gerald Dworkin⁵⁶, il quale, abbracciando espressamente un paradigma paternalistico che arriva ad ammettere persino l'intervento dei pubblici poteri⁵⁷, ritiene legittima la prevenzione, da parte dello

⁵⁵ Così, rispetto alla considerazione o meno dell'insulto razzista come "*offense*", Duff ritiene che la risposta affermativa dipenda non già dagli effetti sociali del comportamento (induzione alla violenza, allarme diffuso, etc.), ma dal suo significato, nei confronti dei destinatari, di minaccia del loro senso di appartenenza alla comunità: il che sembrerebbe giustificare l'incriminazione di tali comportamenti solo quando siano rivolti a minoranze, non quando abbiano come bersaglio membri di una maggioranza già affermata e privilegiata (R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 134). Sulla *violenza epistemica* da discriminazione cfr. C. BARTOLI, *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Catanzaro, 2008, 32 ss., 54 ss.

⁵⁶ G. DWORIN, *Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality*, in *William and Mary Law Review*, 40, 1999, 928, 936 ss.

⁵⁷ Un obiettivo difficile da conseguire in assenza di norme limitative della libertà: G. DWORIN, "Paternalism", in *The Monist*, 56, 1972, 64 ss. Sostanzialmente analogo il paternalismo

Stato, di lesioni di ordine *morale* (e non fisico, psicologico o economico) alla stessa persona alla quale si proibisce una certa condotta, per ragioni di rispetto della sua natura di persona, a prescindere dalle preferenze personali⁵⁸: l'interferenza non ha lo scopo di implementare il benessere di chi la subisce (come per il paternalismo legale), ma piuttosto di migliorarne l'esistenza sul piano morale ("*Moralistic Legal Paternalism*")⁵⁹.

limitato di John Kleinig, ma limitato solo a situazioni interpersonali, in quanto lo Stato e gli agenti pubblici hanno molto di rado la possibilità di accedere ai progetti a lungo termine degli individui (cfr. J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984, 67 ss.; IDEM, *Paternalism and Personal Identity*, in *Jahrbuch f. Wissenschaft und Ethik*, 14, 2009, 93 ss.).

⁵⁸ Nel senso dell'ammissibilità di interventi coercitivi per impedire scelte moralmente degradanti o auto-lesive sul piano morale, sia attraverso sanzioni anche di tipo penale, sia attraverso minaccia rivolta a terzi che supportino in vario modo tali scelte, in funzione del bene comune (cooperazione, anche coattiva, alla riduzione di tali effetti dannosi e al mantenimento di forme di vita orientate alla fioritura umana) v. anche J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 67 ss., 70 (pur avvertendo dei rischi, sempre connessi a opzioni coattive, che possono derivare dallo "zelo maldestro" di chi assume decisioni pubbliche): l'Autore peraltro specifica come tali misure non possano essere puramente paternalistiche (violazione di supposti obblighi verso se stessi), ma piuttosto rivolte contro attività interpersonali lesive del bene comune, come l'induzione di bambini (anche solo attraverso l'esempio) all'uso di droghe, pornografia, all'incesto, etc. o la pubblica propaganda di tali comportamenti (*ibidem*, 71).

Altrove Finnis esclude che si possano giustificare delle incriminazioni propriamente paternalistiche di atti a rilevanza puramente privata (del resto, la distinzione tra privato e pubblico è patrimonio già della tradizione tomista: v. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 96, a. 3 c; q. 98 a. 1 c; q. 100, a. 2 c); l'incriminazione di un comportamento è autorizzata solo se questo assume carattere pubblico e mette a rischio la *temporalis tranquillitas civitatis* o i diritti altrui (in discontinuità con la tradizione platonico-aristotelica, che ammetteva la possibilità di punire atti meramente immorali): J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford-New York, 1998, 219 ss., in pt. 223 ss. Resta aperta invece la questione se e in che termini le istituzioni possano adottare politiche del diritto (anche di tipo penale) in relazione a condotte di promozione o di ausilio ad atti autolesivi (es. aiuto al suicidio o eutanasia), che secondo il filosofo australiano non possono essere considerati meramente privati, esplicando sempre conseguenze anche per altri (spesso in termini di vantaggio o beneficio: eredi, ma anche chi si accolla l'onere, economico, morale e psicologico, delle condizioni altrui; inoltre è compito della pubblica autorità investigare circa l'autenticità della dichiarazione di volontà del disponente): J. FINNIS, *Hart as a political philosopher*, in IDEM, *Philosophy of Law, Collected Essays: Volume IV*, Oxford-New York, 2011, 268, nt. 42.

⁵⁹ G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 24, 2005, 308, 318 s. Una posizione che Gerald Dworkin considera intermedia tra il *Legal Moralism* (non interessa solo impedire degli atti sul presupposto che essi sono intrinsecamente immorali) e il *Legal Paternalism* (non si tratta di rendere la vita di una persona migliore *per lei*, ma di renderla *moralmente migliore*): *ibidem*, 319. Per una prospettiva esplicitamente paternalista che riconosce la giustificazione della sanzione penale solo e unicamente nella cura per il bene dello stesso reo, cfr. H. MORRIS, A

A simili impostazioni viene tradizionalmente contrapposto il c.d. argomento della coazione, che escluderebbe la moralità della scelta (se sono costretto, non compio alcuna scelta morale). In realtà, è stato controbattuto come l'istanza pedagogica e di indirizzo culturale sottesa al diritto espliciti necessariamente i suoi effetti in una dimensione cronologicamente dilatata: non si può escludere che l'apparato coercitivo dello Stato svolga un ruolo come agenzia educativa nella formazione del carattere individuale (allo stesso modo dell'ambiente familiare in fase di crescita), cosicché le azioni imposte coattivamente vengano successivamente assimilate e approvate come moralmente giuste⁶⁰.

Il problema semmai è predefinire quali agenzie siano competenti a migliorare sul piano morale gli individui e a fornire direttrici sui fondamentali etici: in un assetto democratico ispirato alla tutela delle libertà, escluso che agli apparati dello Stato vengano *ipso facto* attribuiti simili compiti, sembrerebbe residuare una simile potestà soltanto a istituzioni a cui si aderisce per libera scelta. Il moralismo giuridico – nella sua pretesa di anticipare le ragioni del paternalismo già sul piano di una fondazione 'omogenea' di morale e diritto – non sembra in grado di fornire una spiegazione convincente rispetto alla questione della legittimazione di enti sovraordinati a decidere delle opzioni morali dei cittadini.

5.2. *Dignità bilanciata e dimensione relazionale della libertà decisionale*

Il discorso sulla priorità della dignità rispetto all'autodeterminazione è un motivo che peraltro ritorna anche all'interno di teorizzazioni lontane da paradigmi di *Legal Moralism*.

Esplicitamente nella prospettiva di una rivalutazione di soluzioni orientate a massimizzare la dignità nel mondo in polemica con la "tirannia" dell'au-

Paternalistic Theory of Punishment, in *American Philosophical Quarterly*, 18, 1981, 263 ss., poi in R.A. DUFF - D. GARLAND, *A Reader on Punishment*, Oxford, New York, 1994, 95 ss., secondo il quale il sistema deve *implementare un particolare bene, di ordine morale, per il reo potenziale o attuale*, vale a dire la capacità di apprezzare la natura del male commesso e le conseguenze per sé e per gli altri, in sostanza la *capacità di empatia con la vittima e di rimorso*; a questo scopo la pena costituisce fattore che contribuisce a sviluppare il colpevole come persona morale, permettendogli di restaurare la relazione lesa.

⁶⁰ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 147 (ove si esclude anche che in via di principio l'imposizione coercitiva elida il valore dell'azione, in quanto quest'ultimo è indipendente dalle ragioni, virtuose o meno, che lo ispirano); analogamente J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 67 ss. Cfr. anche G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, 312 s.: l'obbligo di versare i contributi previdenziali può essere rivisto dal soggetto come saggio una volta che sia pensionato.

tonomia, e della natura “essenzialmente relazionale” dell’essere umano⁶¹, va registrata, anche per l’impatto che ha avuto sul piano divulgativo, la tesi sviluppata da Charles Foster, che pone al centro la dignità del paziente, ma anche dei sanitari, dei ricercatori, e della stessa comunità nella sua massima estensione⁶².

Un concetto che peraltro, nella sua ottica di “dignità bilanciata”, sembra rimandare a una matrice ingenuamente utilitarista: nel senso che l’utile di tutti, o del maggior numero possibile di soggetti, appare, nelle soluzioni concrete, il parametro della stessa dignità. Quantomeno, il fondamento del concetto di dignità, al di là dell’apodittica affermazione della sua derivazione dalle più fondamentali caratteristiche dell’umano (peraltro rifiutandone una giustificazione metafisica) sembra risiedere unicamente nella sua funzionalità rispetto allo scopo di unificare altri concetti: in specie, quelli di autonomia, beneficenza-non maleficenza, giustizia.

Tuttavia l’indicazione proveniente da tale riflessione non va sottovalutata.

È noto come sia diffusa una certa propensione ideologica prima ancora che culturale a postulare che l’autonomia – concetto soggettivo di dignità, quale libera espressione di scelte autonome – debba avere la prevalenza su un concetto oggettivo di dignità, ovvero semplicemente che coincida con esso: un postulato, perché, partendo dalla condivisibile assunzione dell’autoresponsabilità come presidio della stessa dignità, ne trae surrettiziamente la conclusione che quest’ultima si identifichi esattamente con l’autodeterminazione individuale, che ne rappresenterebbe il riflesso sul piano dinamico, l’esplicitazione prasseologica⁶³. L’assetto precomprensivo di questa visione generale dell’uomo esprime, probabilmente, una sfaccettatura tipica della modernità⁶⁴.

⁶¹ C. FOSTER, *Human Dignity in Bioethics and Law*, Oxford and Portland, 2011, 1, che vede proprio nel concetto di dignità “the bioethical Theory of Everything” (*ibidem*, 19).

⁶² In quanto “descrivere un essere umano è necessariamente descrivere un nesso” (FOSTER C., *Human Dignity in Bioethics and Law*, 20).

⁶³ Cfr. C. FOSTER, *Choosing Life, Choosing Death. The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Oxford and Portland, 2009, 4 (ovviamente in senso polemico, dato che si tratta di un contributo che, come detto, è fortemente critico nei riguardi della “ortodossia” del principio di autonomia e del suo “potere incantatore”).

⁶⁴ Cfr. A. FINKIELKRAUT, *Nous autres, modernes*, Paris, Palaiseau, 2005, trad.it a cura di M. VALENSISE, *Noi, i moderni*, Torino, 2006, 12, 14: “... da quando è moderno, l’uomo non ha abbandonato il concetto di natura umana per concepirsi e definirsi come *libertà*?... La dignità dell’uomo sta... nell’abolizione del definitivo. Perché l’uomo non è colui il cui agire deriva dall’essere, ma colui il cui essere deriva dall’agire... Il fenomeno umano non è più sostanza ma libertà, e la volontà d’artificialismo prevale sulla propensione a uniformarsi a un modello determinato o a un’autorità normativa... Poiché la dignità dell’uomo non consiste più nel compimento della sua

La fallacia argomentativa sta nel risolvere la dimensione assiologica della dignità umana *unicamente* sul piano della libera scelta individuale, tanto che il riferimento a questa dimensione diviene necessario presupposto di legittimità (esclusa la possibilità di una fondazione di carattere ontologico) di qualsiasi discorso di ordine etico, obliando che *la libertà personale si esprime sempre in contesti relazionali*.

Un discorso sospetto, quello del richiamo alla necessaria interdipendenza delle decisioni, perché sembra celare una più o meno larvata giustificazione di forme di controllo paternalistico sulle scelte individuali da parte della collettività, dei suoi membri, o addirittura di intromissione da parte dei pubblici poteri nella *privacy*.

Il fatto è che qualsiasi scelta non è mai semplicemente l'*output* della libera autodeterminazione di chi l'assume, ma è sempre anche il prodotto di complesse interazioni con l'ambiente circostante, che la condizionano in misura maggiore o minore a seconda del grado di vulnerabilità del soggetto stesso: il che appare tanto più evidente laddove il conclamato principio di intangibilità delle libere scelte individuali è invocato rispetto a soggetti non competenti, la cui volontà viene presunta o la cui decisione rimessa in via di supponenza ad altri.

La mistica *pro-choice* e dell'autonomia assoluta, limitata solo dalla speculare libertà altrui, si traduce così nella legittimazione della prassi di assecondare chi è dotato del potere di scelta, a discapito di quanti (malati, anziani, nascituri, bambini) ne sono privi, quindi in forme – spesso dissimulate (magari sotto sembianze umanitarie e rispettose dell'intimità) – di dispotismo nei confronti dei soggetti più deboli⁶⁵.

Esaltare il ruolo dell'autodeterminazione in capo a chi, per ragioni di vulnerabilità, è particolarmente esposto a fattori condizionanti esterni può condurre facilmente a legittimare interessi estranei a quello del singolo e alla sua autonomia.

Il che non esclude, ma anzi rende indispensabile un bilanciamento tra principio di autodeterminazione e principio di cura (che dovrebbe espandersi in misura direttamente proporzionale al rilievo che si assegna alla concreta condizione di fragilità della persona).

La dimensione necessariamente relazionale delle scelte individuali emerge

natura, ma nelle sue infinite possibilità, egli ha il dovere di andare sempre più avanti e di superare se stesso...".

⁶⁵ Sottolinea, in senso fortemente critico, l'ampliamento delle pretese individuali e il concomitante processo di anonimizzazione dei soggetti sofferenti come "segno dei tempi" D. MIETH, *Was wollen wir können? Ethik im Zeitalter der Biotechnik*, Freiburg im Breisgau, 2002, 479 ss.

poi in maniera nitida quando l'attuazione delle scelte medesime richiede il coinvolgimento, la cooperazione o comunque l'intervento di altri soggetti.

6. *Atti dispositivi manu aliena: il ruolo dell'agente*

Parlare di strumentalizzazione della dignità umana non significa necessariamente deprezzare il valore "costituente" dell'autonomia personale⁶⁶, ma certamente spostare l'attenzione su quel soggetto che esegue materialmente la volontà dell'avente diritto o che comunque coopera all'atto dispositivo rendendolo possibile.

Quantomeno va rilevato, in via di prima approssimazione, come l'esistenza di una richiesta o un consenso valido da parte del titolare del bene nessuna indicazione sembra poter offrire rispetto alla condizione personale, morale e giuridica dell'agente: il fatto che quest'ultimo abbia agito per indifferenza o addirittura disprezzo degli interessi ovvero della dignità del richiedente, ovvero che abbia violato specifici obblighi morali o persino giuridici nei suoi confronti non vale a inficiare la validità ed efficacia del consenso stesso.

Nella prospettiva feinberghiana, come noto, un parziale rilievo viene assegnato indirettamente agli obblighi morali e motivi dell'agente, ma solamente nel senso che il consenso va considerato invalido qualora venga dato a qualcosa che il titolare del bene giuridico, pur acconsentendo, in realtà non vuole e che rappresenta una deviazione non gradita di qualcosa che egli può normalmente attendersi in base al test dello "standard statistico", tanto da potersi dire coartato⁶⁷.

Sulla scorta di questa interpretazione del "*volenti*" è possibile risolvere alcuni casi, suggeriti dallo stesso Feinberg, in cui la condotta dell'agente si configura tanto come minaccia (una giovane povera si trova nell'impossibilità di pagare la rata del mutuo; il direttore della banca che detiene l'ipoteca la pone di fronte alla prospettiva di finire sul lastrico se non accondiscende alle sue richieste sessuali); quanto come proposta (stesso tipo di richieste da parte di milionario che si offre di aiutare economicamente la madre di un bambino gravemente malato che non può permettersi di pagare le cure necessarie). Situazioni in cui, sul

⁶⁶ Che, pur non assicurando il compimento di scelte eticamente apprezzabili o funzionali all'autorealizzazione, comunque eleva l'individuo a soggetto morale: v. L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, vol. III, 957.

⁶⁷ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 219 ss., 220 s., 227, 261.

piano dell'*Harm*, non può dirsi che l'agente abbia peggiorato la situazione del titolare del bene (anzi, ha offerto a quest'ultimo una *chance* che non aveva, nella forma di minaccia o proposta poco importa). E purtuttavia l'evidenza della *contrarietà del comportamento dell'agente al minimo imprescindibile di rispetto della dignità umana* è sufficiente a far ritenere quel consenso estorto con la violenza, assolutamente non assimilabile a espressione di una scelta sovrana.

Forse però la valutazione potrebbe risultare più problematica modificando leggermente i termini dell'ultimo esempio, nel senso di una condotta, da parte dell'agente, almeno giuridicamente corretta: la stessa madre si rivolge a un rinomato specialista medico, peraltro amico di vecchia data, il quale, per curare il bambino, richiede inderogabilmente un elevato compenso professionale che la donna non è in grado di pagare.

Quello che preme sottolineare è come il modello esplicativo monistico incentrato sulla volontarietà appaia riduttivistico nella misura in cui assume come punto di riferimento unicamente la posizione del titolare del bene, trascurando quella dell'agente⁶⁸.

6.1. *La irriducibile complessità:*

volontarietà come qualità della relazione interpersonale

Sembra arduo, insomma, interpretare alla luce del principio del consenso valido tutte le poliedriche situazioni che possono venire in questione: i motivi che muovono l'agente a porre in essere la lesione; le relazioni interpersonali tra i soggetti in gioco; soprattutto, la condizione esistenziale del titolare del bene, in termini di fragilità psicologica, disposizioni caratteriali all'imprudenza o avventatezza, mancanza di esperienza, esperienze di vita condizionanti o traumatiche, fattori educazionali, ideologici, morali, religiosi, pressioni ambientali anche subdole, prospettazioni manipolate della realtà da parte di terzi. Cosa incide, e in che termini sulla "volontarietà", sulla formazione di scelte realmente libere?

È stato rimarcato, con grande acutezza, come la volontarietà sia concetto polisemantico, che rimanda a questioni non sovrapponibili: in particolare, la prima, relativa al processo di formazione e allo sviluppo di decisioni in capo al titolare del bene (quindi agli aspetti che permettono di ritenerlo "soggetto competente": maturità, capacità critica rispetto alle proprie opzioni, dominio sui

⁶⁸ A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 47.

propri impulsi, etc.)⁶⁹ non va confusa con la seconda, ben più rilevante, relativa alla *qualità dell'interazione, della relazione interpersonale* tra l'aveute diritto e l'agente esterno, in particolare sotto il profilo dell'emersione eventuale di inganno, manipolazione, utilizzo strumentale da parte di quest'ultimo⁷⁰: questa diversa categoria concettuale, eterogenea rispetto alla prima e irriducibile ai fattori che riguardano soltanto il titolare del bene, è quella che propriamente permette di comprendere la linea di demarcazione tra volontarietà e costrizione⁷¹.

Il fatto che il comportamento abusivo dell'agente esterno abbia *intaccato la volontarietà del titolare del bene* è invece una *questione ulteriore e distinta* (che potrebbe anche non dipendere dall'azione altrui, ma, eventualmente, da errore, debolezza, ingenuità dell'aveute diritto): questione che *rileva giuridicamente solo in quanto la sua fonte sia ascrivibile alla condotta prevaricatrice dell'agente*; non invece, ovviamente, se si risolve in una *condizione* del titolare del bene⁷².

Perdere di vista questa ricchezza semantica e soprattutto la necessaria dimensione relazionale dell'intera problematica può portare facilmente a ridurre il paternalismo a concetto che esprime solo una semplificazione ideologica orientata a ridurre la complessità dell'esistente.

7. Paternalismo eudemonico versus paternalismo umanitario

Il paternalismo è una variabile del contesto storico e culturale di riferimento, di cui ricalca assetti valoriali e anche pregiudizi, configurando un modello di vita "buona" (oggi ad esempio certe forme integraliste di salutismo) e tendendo spontaneamente a imporre scelte operative di comportamento: il rischio di dispotismo emerge quando questa imposizione dal piano culturale viene tradotta in strumenti giuridici di tipo coattivo.

⁶⁹ Come noto, la volontarietà della scelta è esclusa, secondo Feinberg, in caso di coazione, errore, incapacità (*Harm to Self*, 98-169, 143 ss., in ptc. 150 ss.).

⁷⁰ All'interno della quale ci sembra rientri anche il tema del *deficit informativo*, ossia del caso in cui l'agente disponga di un *surplus* di informazioni che al titolare del bene leso non erano nemmeno lontanamente accessibili, conoscenze che l'agente può supporre manchino a quest'ultimo, non essendo ragionevolmente prevedibile che le possieda: G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, 65 s.

⁷¹ In senso critico nei confronti della concezione feinberghiana, tutta incentrata sul primo profilo, v. recentemente A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 48 ss.

⁷² A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 49 s.

A esiti non dissimili peraltro può condurre anche il suo antagonista storico: l'atteggiamento "astensionista" dello Stato non può garantire la libertà a quanti, per ragioni fragilità, dipendenza, infermità non sono in grado di garantirselo da sé, mentre facilmente lascia spazio a situazioni di reale prepotenza nei confronti dei più deboli e indifesi.

Il diritto quale espressione storica contingente si trova così facilmente in bilico tra questi due opposti: paternalismo statale e liberalismo necessariamente *asimmetrico*, ove estremizzati, configurano un mondo – in larga misura e sia pur per diverse ragioni – eterodiretto e tecnocratico, che considera alcuni individui, invece che come soggetti responsabili, alla stregua di bambini bisognosi di tutela (o di scimmie ammaestrate) e che assume altri come oggetti da sacrificare in nome degli interessi o dei valori superiori di altri.

Ma va anche sottolineato il rischio di un nuovo e radicale paternalismo: quello dell'eliminazione di persone handicappate o dalle capacità diminuite (nel grembo materno, nell'età avanzata, o in altri momenti) "per il loro stesso bene", "poiché la loro vita è, o sarebbe, non degna di essere vissuta"⁷³.

Del resto, se si affermano degli standard nella coscienza giuridica (standard "umanitari", o almeno supposti tali), non può che apparire pura crudeltà volere denegare a chi è incapace di esprimere una richiesta ciò che ad altri è concesso come normale.

Così, se l'opzione eutanasi appare "ragionevolmente" la migliore per chi la richiede, perché non dovrebbe esserla anche rispetto a soggetti che, in quanto impossibilitati o incapaci di intendere e di volere, non possono esprimere tale richiesta? Le ragioni umanitarie che sorreggono la prospettiva di liceizzazione dell'aiuto al suicidio o dell'interruzione di presidi salva-vita contengono in sé i semi della sua inesorabile estensione e della discriminazione e marginalizzazione di categorie di soggetti vulnerabili la cui vita, in ragione della loro condizione di disabili, infermi, svantaggiati, morenti, viene immancabilmente deprezzata⁷⁴.

È estremamente semplice tradurre opzioni di politica del diritto realmente paternaliste nel linguaggio dei diritti e dell'eguaglianza, specialmente nei confronti di soggetti deboli, rispetto ai quali la società decide quale sia la scelta migliore o più razionale⁷⁵.

⁷³ J.M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford-New York, 1992, trad.it. *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di VIOLA F., Torino, 1996, 249.

⁷⁴ Così recentemente KEOWN J., *Against Decriminalising Euthanasia; For Improving Care*, in JACKSON E. - KEOWN J., *Debating Euthanasia*, Oxford and Portland, 2012, 83 ss., 140 ss., 172 s.

⁷⁵ In questo senso l'argomento del c.d. *slippery slope* è tutt'altro una mera eventualità o l'esito

Così lo stesso diritto all'autodeterminazione rispetto alle scelte di fine vita, se elevato a affermazione astratta dell'onnipotenza del soggetto che ne dispone – un soggetto che invece, proprio in ragione della sua malattia e fragilità, non è onnipotente ma *strutturalmente dipendente* –, può tradursi in strumento per giustificare e anzi favorirne la “spontanea uscita di scena” (per il “suo” bene) quando le sue condizioni fisiche o mentali non sono più – o non sono ritenute dai più – tollerabili.

8. La relazione terapeutica

Nel contesto della medicina, è da qualificarsi come paternalistica in quanto contraria all'autonomia personale qualsiasi decisione relativa al bene del paziente assunta in nome del *'therapeutic privilege'* da curante o sanitario o autorità pubblica senza rispettare la sua volontà attuale, espressa con consenso informato.

In questi termini, il conflitto tra *principio di autodeterminazione* e *principio di cura* è solo apparente: rispetto a soggetti competenti deve prevalere il primo. Mentre per i soggetti incapaci, deboli o vulnerabili la portata del principio di cura tende progressivamente a estendersi in misura direttamente proporzionale alla concreta condizione di vulnerabilità della persona.

Va rigettata quindi come forma di paternalismo dispotico la tentazione di delegittimare la libera volontà del singolo ogni volta che le sue scelte possano essere giudicate irrazionali, definendo patologica – quindi bisognosa di soluzione terapeutica – o coartata o manipolata (quindi non autonoma) qualsiasi richiesta non conforme alle aspettative generali, o al suo migliore interesse (quasi che chi si determina a tali scelte debba necessariamente essere insano di mente o comunque incompetente)⁷⁶: quella di incapacità dovrebbe essere sempre una *diagnosi*, bisognosa di dimostrazione⁷⁷.

imponderabile di prassi deviate, abusi o difficoltà di stabilire linee guida sanitarie univoche: piuttosto rappresenta il logico sbocco di una scelta che per determinati infermi appare irrinunciabile.

⁷⁶ Un paternalismo che si potrebbe definire “eudemonologico”, corrispondente a un modello di giustizia “a simmetria circolare o radiante”, in funzione di “difesa contro l'arbitrio del soggetto”, secondo l'immagine offerta da G. ZANETTI, *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, 1998, 143 s.

⁷⁷ D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 14.

Costituisce però, come detto, altrettanto una forma di paternalismo – in questo caso anche più pericolosa, perché dissimulata sotto le spoglie del rispetto dell'autodeterminazione – l'ipervalutazione del principio di autonomia rispetto a soggetti deboli, particolarmente esposti a pressione ambientale (che non di rado si può tradurre anche nella richiesta subdola di “farsi da parte”): inaccettabile perché in nome dell'autodeterminazione individuale – intenzionalmente o meno – si dà la prevalenza a interessi e motivi che con quelli del singolo e con la sua autodeterminazione stessa non hanno nulla a che vedere.

Va riconosciuta invece la relazione terapeutica medico-paziente come alleanza in funzione della cura basata sulla fiducia, nella quale trovano piena legittimità la libera scelta di autodeterminazione tanto del paziente che “si affida” al medico, quanto quella del medico che “si fa carico” del paziente. Laddove l'enfatizzazione unilaterale del solo principio di autodeterminazione del paziente in funzione antipaternalista – che sottintende una visione della relazione sanitaria quale situazione intrinsecamente conflittuale, connotata dal sospetto – può produrre facilmente esiti di c.d. medicina difensiva che si riverberano a danno del soggetto in cura⁷⁸.

Se il consenso informato, anziché come modello comunicativo dell'alleanza terapeutica funzionale a fornire una corretta informazione al paziente, viene inteso come mera procedura burocratica, come formulario con apposizione di firma a garanzia del sanitario da possibili conseguenze in sede giudiziaria, il risultato è una divaricazione tra i due soggetti della relazione che paradossalmente *produce nuovi scenari paternalistici*: il sanitario si trincererà sempre più dietro il paravento del rispetto dei protocolli e della volontà formalizzata dal malato, evitando più possibile di coinvolgere attivamente e anche emotivamente quest'ultimo nel percorso verso il programma terapeutico ottimale, ma presentando anzi la cura come modello oggettivo e standardizzato cui assentire o meno⁷⁹.

La prospettiva radicalmente autonomistica e la visione negativa della

⁷⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 1085 ss.; IDEM, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale? Il ruolo del consenso alla luce di Cass. s.u. 21-1-2009, n. 2437*, in *Criminalia*, 2011, 423 ss.; G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (cur.), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010

⁷⁹ Tipica forma di paternalismo nelle relazioni di cura è rappresentata dal potere del medico di imporre al paziente un lessico scientifico a lui non accessibile, precludendogli di fatto la possibilità di esprimere il senso autentico della sua sofferenza.

‘*freedom from interference*’ del paziente – garantita dal consenso informato – tende a offrire a questi una protezione proprio da chi dovrebbe rappresentare fonte di sostegno (e al medico l’esigenza di approntare adeguate strategie difensive).

Considerazioni che assumono rilievo peculiare rispetto alla problematica delle c.d. *direttive anticipate*: già in sé *non assimilabili al consenso informato* – atto giuridico che riguarda una situazione specifica e individuata sia sul piano della patologia e della cura sia come segmento temporale del vissuto del paziente, da cui dipende direttamente –, si tratta di dichiarazioni che illustrano scelte relative a condizioni eventuali e future, rivolte a soggetti ignoti con i quali la relazione terapeutica non è ancora instaurata (e in vista di una situazione in cui essa non verrà liberamente instaurata): necessariamente segnate dal timore di ciò che non si conosce, sono tendenzialmente orientate alla rinuncia alle cure, mentre è assai improbabile che possano contenere richieste propositive relative a percorsi terapeutici di cui non si ha ancora contezza. Utili opzioni di ausilio al sanitario a conoscere le preferenze del paziente, se intese invece come documenti (o magari moduli precostituiti) che generano specifici diritti, le dichiarazioni anticipate potrebbero sortire i medesimi effetti di medicina difensiva paventati rispetto a una concezione distorta del consenso (la rinuncia generica alle cure legittimerebbe facilmente un disimpegno dei sanitari, specialmente di fronte al rischio di conseguenze legali in caso di inottemperanza)⁸⁰.

La verità è che, al di là delle affermazioni di principio, manca nelle trattazioni penalistiche una riflessione sul significato del “consenso informato”: ma a livello di prassi operativa il vero problema del paternalismo nasce proprio a questo livello⁸¹.

Il fattore di progresso oggi potrebbe consistere nel passaggio dalla valorizzazione dell’informazione in funzione di autodeterminazione a quella della *comunicazione* nell’ambito dell’alleanza terapeutica: perseguendo un modello relazionale di tipo *deliberativo*, nel quale il sanitario non si limita a fornire al paziente informazioni tecniche sugli aspetti terapeutici, ma al contempo si impegna a consigliare e offrire un aiuto nell’assunzione della decisione, argomentando sui

⁸⁰ Su tali questioni cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico e consenso*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2008, 1227 ss.

⁸¹ Non va sottaciuta l’epocale importanza che ha avuto la riflessione sull’autonomia individuale nel ridisegnare il ruolo del medico e il modo di concepire la relazione sanitaria: tanto che oggi è impensabile assumere l’atto terapeutico in termini di mera beneficiabilità in senso ippocratico-galenico, senza assegnare il giusto rilievo alle prerogative anche esistenziali del paziente: cfr. G.G. PASINELLI (cur.), *Il consenso informato. Una svolta nell’etica medica*, Milano 2004.

diversi valori implicati da ogni singola opzione di intervento alla luce del proprio *background* professionale ed esperienziale⁸².

9. *I limiti morali del diritto penale libertario: progressione dei diritti, tutela dei più deboli, autocomprensione sociale, solidarietà minima*

Se il grande merito del manifesto *libertarian* – inaugurato dal pensiero milaniano, che poi ha trovato nella imponente teorizzazione di Feinberg il suo coerente sviluppo – è stato quello non soltanto di denunciare la natura dispotica del paternalismo quantomeno nella sua versione *hard* e di renderne visibili le propaggini più insidiose⁸³, arricchendo la riflessione sui limiti morali del diritto penale di argomenti di estrema modernità, alcune questioni sembrano rimanere inevase.

Si è già fatto cenno alla carenza euristica del principio *individual-oriented* dell'*Harm Principle* (e ancor più dell'*Offense Principle*) sul piano della sua irriducibile tendenza espansiva⁸⁴, solo in parte emendabile da una prospettiva integrata dall'apporto del principio *social-oriented* di necessaria lesività⁸⁵. E diciamo solo in parte perché ciò che il concetto indifferenziato di bene giuridico non può permettere di recuperare è un criterio sicuro per individuare, a fronte della progressiva estensione del riconoscimento dei diritti (sulla corporeità, sulla sfera affettiva, psicologica, etc.)⁸⁶, cosa sia lesivo delle prerogative altrui nelle

⁸² Su tale paradigma v. il celebre saggio di E.J. EMANUEL - L.L. EMANUEL, *Four models of the physician-patient relationship*, in *JAMA (The Journal of the American Medical Association)*, 267, 1992, 2221 ss. (in ptc. 2222, 2226), ove si prospettano anche, accanto al modello *paternalistico*, quello *informativo* (detto anche scientifico o ingegneristico o dell'utente), in cui il sanitario fornisce le informazioni circa i rischi e i benefici dei singoli interventi, sulla base delle quali il paziente applica i propri valori e decide (*ibidem*, 2221, 2225); e quello *interpretativo*, in cui il medico, oltre a fornire informazioni, assiste tramite *counseling* il paziente nell'elucidazione del significato delle sue scelte (*ibidem*, 2221 s., 2225 s.).

⁸³ Ammettono la legittimità di alcune istanze di paternalismo forte in base al principio di beneficiabilità (ad es. messa al bando del fumo, divieto di droghe pesanti) J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984, 67 ss.; D. SCOCCIA, *In Defense of Hard Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 27, 2008, 351 ss. consultato in <http://www.nmsu.edu/~philos/documents/defense-of-hard-pat.pdf> il 6.2.2012.

⁸⁴ In questo senso v. ad es. R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 124 ss., 135.

⁸⁵ Secondo la proposta di A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, 121 s. (in realtà presentata, nell'ottica "continentale", a partire dal nostro principio di offensività).

⁸⁶ Estensione che spesso poi reca come conseguenza l'estromissione dal godimento dei diritti fondamentali di quanti sono incapaci attualmente di compiere scelte libere: i diritti uma-

relazioni intersoggettive⁸⁷.

Esiste un vero e proprio diritto a morire? In caso di risposta affermativa, può essere oggetto di intervento coercitivo (anche penale) chiunque interferisca con il suo godimento o, trovandosi in una speciale relazione con l'avente diritto (ad es. di cura), non ne garantisca l'effettività. Ma se esiste un simile diritto (al suicidio), attivabile come pretesa da soddisfare anche *manu aliena* laddove l'avente diritto lo richieda, pare una forzatura limitarlo alla mera casistica della morte pietosa, dovendosi logicamente estendere invece a *qualsiasi forma* di autodisposizione oggetto di libera decisione: suicidio liberatorio (es. per debiti), espiatorio (dovuto a sensi di colpa), per motivi religiosi (secondo le prescrizioni di una setta, di un guru, in linea con una interpretazione di testo sacro), ideologico (per protesta contro una certa situazione politica), umanitario (per spirito di immolazione, es. sperimentazione del medico su se stesso), sentimentale (per creare sensi di colpa alla persona amata che non ricambia), ludico (per imitazione di personaggi famosi, o per gioco estetizzante), per mero capriccio. E, se le scelte autolesive sono essenzialmente private, rispetto alle quali va quindi evitato un ruolo anche solo coordinativo e normativo in capo ai pubblici poteri⁸⁸, desta qualche perplessità, nella logica di un diritto garantito, ammettere un'intromissione paternalistica che possa sindacare quale sia il motivo di una certa decisione, se la persona davvero non possa più soddisfare le proprie aspirazioni, se la decisione risponda davvero alle sue preferenze personali, se sia davvero genuina e meditata⁸⁹.

ni, nella dinamica post-moderna della loro esplosione illimitata, stanno e cadono in funzione dell'autonomia individuale, per cui appare coerente escludere chi non ne dispone ("Ciascuno dei cosiddetti diritti dell'uomo è la negazione di altri diritti dell'uomo e, se esercitato separatamente, genera *ingiustizie*": M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, trad.it. a cura di L. BOTTERO, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Siena, 2009, 26).

⁸⁷ A meno di non ritornare al diritto soggettivo di memoria pre-birnbaumiana quale oggetto di tutela (con gli inconvenienti che ne hanno decretato storicamente l'abbandono).

⁸⁸ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 160.

⁸⁹ In questi termini, sostanzialmente, la tesi di A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 168 ss.: l'intervento si giustifica per proteggere le capacità delle persone di dirigere il corso della loro vita in modo moralmente responsabile, di fronte alla possibilità di errore o di scelta avventata; si deve trattare di intervento *temporaneo* e di portata limitata, destinato solo a proscrivere l'esecuzione della richiesta in mancanza di un'adeguata opportunità di riconsiderazione, vigendo altrimenti il divieto di forzare indefinitamente una persona a vivere una vita non corrispondente alla propria scelta, dato che il suo benessere non dipende dal conseguimento di un bene oggettivo, ma di un bene scelto dallo stesso agente, di ciò che corrisponde alle sue preferenze e alla sua scala di valori (divieto di imporre una 'buona' vita: *ibidem*, 179). Allo scopo di assicurare che il consenso sia davvero genuino, sarebbe necessaria un'analisi a due stadi: il primo

Inoltre, trattandosi di un vero e proprio diritto a morire, l'intervento di salvataggio da tentativo di suicidio, in quanto intromissione nella sfera privata giuridicamente tutelata, potrebbe integrare violenza privata; mentre la reazione dell'aspirante suicida che uccida il soccorritore per liberarsene potrebbe essere ritenuta scriminata come legittima difesa.

A meno di non voler scardinare la logica dell'ordinamento, pare giocoforza dover riconoscere al suicidio il rango di mero *esercizio di una libertà negativa*, rispetto alla quale lo Stato si limita a un atteggiamento di non intromissione, in ragione del necessario rispetto della sfera personale più intima⁹⁰.

Senza contare le conseguenze che la configurabilità di un diritto a morire dispiegherebbe in termini di pressione sociale e ambientale sui malati⁹¹.

In secondo luogo, la connotazione *welfaristica* dell'antipaternalismo liberale – prodotto della matrice utilitarista – fa sì che risultino ammissibili limitazioni alla libertà individuale solo di tipo *procedurale*, riguardanti le modalità e le circostanze temporali in cui realizzare i desideri e i progetti esistenziali delle persone, a garanzia di condizioni di sufficiente razionalità delle scelte⁹²; mentre non pare venire assegnata sufficiente rilevanza al tema della tutela dei soggetti più deboli⁹³.

è quello dell'accertamento di una condizione in cui il richiedente soffre di un serio pregiudizio di quelle risorse vitali e capacità che in circostanze normali sarebbero necessarie per garantire un minimo di qualità della vita; il secondo vertice invece sulla considerazione delle preferenze personali; nessun rilievo assumerebbero invece altri aspetti talora proposti come condizioni di legittimità dell'eutanasia, quali l'inizio della fase finale che conduce alla morte e l'accertamento di un dolore acuto e insopportabile (*ibidem*, 92; cfr. anche A. VON HIRSCH - U. NEUMANN, "Indirekter Paternalismus" im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 91 s.).

⁹⁰ V. D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, 516 s.; e, volendo, L. CORNACCHIA, Euthanasia. *Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2002, 391 ss.

⁹¹ "La previsione del «diritto a morire» produce l'aspettativa che di esso, sussistendone le condizioni, si faccia effettivamente uso, determinando la *colpevolizzazione* dei malati e dei loro congiunti che dovessero richiedere ulteriori investimenti di risorse socio-sanitarie, una volta superate – pur in assenza di sproporzione dell'intervento – soglie relative allo stato di salute oltre le quali si proponesse come giustificata la rinuncia alla tutela. In condizioni di precarietà esistenziale, dunque, la tutela non costituirebbe più un fatto ordinario, ma l'effetto di una scelta: e la pressione psicologica a che simile scelta, socialmente onerosa, non avvenga si renderebbe molto forte." (L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, 1236).

⁹² G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, 147 ss.

⁹³ Sull'insostenibilità dell'identificazione del benessere personale con l'utilità, che può sortire effetti profondamente iniqui verso chi è deprivato in modo permanente v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, 69 ss.

Se deve considerarsi insuperabile il *limite alla coercibilità di scelte che non si giustificano per ragioni di vulnerabilità del soggetto portatore* (ma piuttosto per il loro contrario), perché in caso contrario, verrebbero violati i principi di eguaglianza e di ragionevolezza, al contempo va ribadito che proprio il diritto ha senso in quanto destinato a proteggere chi si trova in condizione di fragilità e di dipendenza e non è in grado di salvaguardare le proprie prerogative da sé: il principio della protezione dei più deboli (di ogni essere umano in quanto debole, ma *in misura crescente in funzione della maggiore vulnerabilità*) rientra in quello di sussidiarietà, nel senso che è necessario investire maggiori risorse rispetto a chi è più bisognoso di cure.

Una tutela che non può risolversi, dunque, nella mera garanzia formale della validità del consenso.

Riteniamo che, allo stato attuale del dibattito, la maggiore divaricazione tra le concezioni della libertà individuale non stia più tanto nel binomio paternalismo-antipaternalismo, dovendosi riconoscere che solo il secondo ha legittima cittadinanza nel contesto di una visione rispettosa delle prerogative del cittadino di fronte ai pubblici poteri, ma semmai nel rilievo che si ritiene di dover assegnare alla tutela della persona in condizione di vulnerabilità: rispetto a tale questione fondamentale è necessario un serrato ma corretto confronto dialettico tra punti di vista relativi alle opzioni normative ammissibili, che, tra l'altro, sia in grado di rinunciare alla facile etichettatura di paternalismo.

Eccessivamente semplicistico appare anche l'utilizzo del binomio offesa-autonomia per escludere la legittimità dell'incriminazione o prevenzione coattiva di condotte autolesionistiche⁹⁴.

Le medesime ragioni di vulnerabilità dei soggetti esposti possono spiegare le forme di intervento di tipo coercitivo apprestate in tale ambito dall'ordinamento – basti pensare alle discipline, certamente discutibili, della detenzione di stupefacenti per uso personale, o dell'assunzione di sostanze dopanti da parte dell'atleta –, le quali certamente non esauriscono la loro funzione nella tutela di beni giuridici esterni: è soggetto fragile il tossicodipendente, così come lo sportivo la cui attività viene fagocitata dalle aspettative e dalle pressioni dell'ambiente circostante (spesso davvero soltanto una pedina di un meccanismo complesso legato a grandi interessi economici). Ciò che caratterizza tali scelte è la persisten-

⁹⁴ In questi termini (e in particolare secondo lo schema del '*misalignment*'), sulla base del '*living-standard approach*' ammettono spazi per interventi paternalistici indiretti rispetto a forme di auto-lesioni diverse dal suicidio, laddove precludano un adeguato *range* di opportunità (ad es. mutilazioni), A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 184 s.

za nel tempo degli effetti lesivi: così, se può qualificarsi come espressione di autonomia la decisione trasgressiva iniziale di assumere stupefacenti, non sembra potersi dire lo stesso per la reiterazione del comportamento nella fase in cui si è ormai consolidata la dipendenza⁹⁵.

Più in generale, escluso che sia legittimo censurare penalmente un comportamento autodistruttivo⁹⁶, al di là degli eterointeressi⁹⁷ che possono giustificare il divieto – interessi indispensabili, in prospettiva *liberal*, a giustificare l'intervento coercitivo nei confronti di chi cooperi a quella che altrimenti andrebbe rivista come mera espressione di autonomia da parte del soggetto autolesionista⁹⁸ – rimane oltretutto aperta la questione di quali esiti possa sortire la legittimazione di qualsiasi scelta di questo tipo in quanto espressione di libertà in termini di comprensione e di accettazione diffusa di una società libera.

Il quarto profilo critico della concezione liberale risiede nell'inadeguatezza del concetto astratto di libertà personale, intorno al quale ruotano le ricostruzioni alternative o, preferibilmente, cumulative, dell'*Harm Principle* e del prin-

⁹⁵ Risponde invece verosimilmente a una forma di *legal moralism*, e non di paternalismo giuridico, il principio secondo cui si devono ammettere restrizioni a scelte autolesive dovute a futili motivi (es. suicidio dovuto all'insuccesso della propria squadra sportiva, o a delusione d'amore, etc.): R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005, 280 (cit. da <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/feinberghardpaternalismArnesonmoreorevised.pdf> 14, consultato il 12.2.2011). In realtà, se è vero che simili condotte possono essere limitate, non sembra del tutto legittimo pensare a un intervento coercitivo, e ancor meno di tipo penale (ma al più di allocazione di risorse in funzione assistenziale: es. di fronte a soggetti che manifestano simili intenzioni è legittimo far intervenire presidi di sostegno sociale).

⁹⁶ D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 25.

⁹⁷ Ad es., rispetto al consumo di droga, evitare i costi sociali in termini di aumento della criminalità organizzata, di disintegrazione del tessuto sociale attraverso diffusione di stili di vita devianti, di disturbo alla quiete pubblica: W. WHOLERS, F. WENT, *Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen, dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 302, 313 ss. Rispetto al doping, escluso che l'incriminazione dello stesso competitore che se ne avvale risponda solo a ragioni di correttezza sportiva (perché allora la scelta della sanzione penale sarebbe senz'altro censurabile), probabilmente la *ratio* è quella di favorire l'emersione del fenomeno (quantunque il metodo potrebbe risultare inopportuno, proprio in vista della possibilità di ricercare piuttosto una collaborazione da parte dell'atleta).

⁹⁸ Altrimenti perché dovrebbe essere considerato lecita la condotta del medico che asseconda la volontà eutanassica del paziente e non quella del farmacista che, dopo un'accurata verifica della piena capacità del richiedente e della genuinità della sua richiesta, procuri a questi la sostanza dopante?

cipio di necessaria lesività di beni giuridici, a dar conto di quali presupposti rendano possibile la coesistenza libera dei consociati, garantendo le condizioni della stessa libertà personale⁹⁹: si intende fare riferimento a livelli polimorfici di solidarietà, cristallizzati nelle istituzioni (presidi normativi irrinunciabili, non surrogabili dal libero sviluppo delle scelte individuali), ovvero, secondo il lessico corrente nella giurisprudenza italiana, giuridicamente rilevanti a livello di posizioni di garanzia e di specifiche incriminazioni di reati di pura omissione¹⁰⁰.

La natura solidaristica dei rapporti intersoggettivi trova infatti espressione

⁹⁹ G. JAKOBS, *Rezenson*, 102.

¹⁰⁰ La violazione di puri doveri di solidarietà nell'ambito di interazioni anonime – al di fuori di speciali relazioni strutturate giuridicamente in posizioni di garanzia (o, meglio, in competenze istituzionali) – potrebbe essere sanzionata penalmente solo quando si tratti di *easy rescue*, con esclusione dell'incriminazione del mancato compimento di atti supererogatori (sul punto v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. II: Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 1061 ss., 1113 ss.; sulle '*bad samaritan laws*' come rottura delle posizioni liberali antipaternalistiche e ingerenza nell'ambito di insindacabile libertà individuale v. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, 997 ss.). Di conseguenza, chi compia atti di tipo altruistico correndo pericoli o subendo danni dovrebbe essere premiato e indennizzato (A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, 1114; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, 999 e op. ivi cit.). Ovviamente, con le cautele che la situazione concreta presenta: in particolare, quelle che impongono di precludere qualsiasi eventualità di coartazione, pressione o necessità nella scelta altruistica, che, proprio a garanzia di chi la pone in essere, deve rimanere del tutto spontanea. Così ad esempio, rispetto alla questione della cessione "filantropica" di rene a beneficio di sconosciuti, quindi tra persone non motivate da vincolo affettivo (c.d. donatori "samaritani"), si ritiene che debbano essere rispettati i seguenti canoni: principio dell'anonimato tanto del donante quanto del ricevente, a garanzia di una donazione autenticamente spontanea e non condizionata, e inoltre non strumentalizzata mediaticamente (con il rischio che perda la sua genuinità); principio di esclusiva delle strutture ospedaliere e divieto di interposizione di soggetti diversi, che potrebbero trarne vantaggi economici; principio dell'assoluta gratuità e rifiuto di qualsiasi forma anche indiretta o larvata di mercato (es. compenso mascherato da "rimborso spese"), onde garantirne la spontaneità, evitando che la decisione del donante dipenda da necessità economica; in generale predisposizione di linee guida trasparenti e accessibili, destinate a prevenire ogni forma di commercio occulto e a combattere il fenomeno del c.d. traffico di organi. Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha espresso a riguardo parere favorevole, ma ha indicato ulteriori cautele di tipo "paternalistico": carattere non sostitutivo del trapianto da donatore vivente consanguineo o affettivamente legato, o da cadavere; accertamento della piena comprensione da parte del donante dei rischi e delle conseguenze; previsione di registri riservati a garanzia dell'anonimato; accertamento sulle condizioni cliniche e psichiche del donatore e sulle motivazioni del gesto attuato da una "parte terza" rispetto all'organizzazione medica che effettuerà il prelievo e il trapianto di rene; previsione di un criterio di preferenza per il donatore nelle liste di attesa in caso di bisogno sopravvenuto di un rene (v. Comitato Nazionale per la Bioetica, La donazione da vivo del rene a persona sconosciuta – c.d. donazione samaritana –, 23.4.2010, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_1965_allegato.pdf, consultato il 12.2.2012).

in particolare proprio nelle strutture organizzative fondamentali della società in un determinato contesto storico: assetti irrinunciabili del sistema sociale (la famiglia, il rapporto di matrimonio, le pubbliche funzioni), destinati alla preservazione e *stabilizzazione delle condizioni esistenziali fondamentali della libertà*, dai quali discendono speciali obblighi positivi orientati alla cura di interessi collettivi, il cui fondamento discende da una serie di principi costituzionali, tra i quali *in primis* quelli degli artt. 2 e 3 Cost¹⁰¹. In questi ambiti la matrice solidaristica cui sono improntate le relazioni impone prestazioni positive, a carico dei soggetti a ciò istituzionalmente deputati, di salvaguardia di altri soggetti (ad es. dalla famiglia deriva per i genitori una serie di obblighi nei confronti dei figli; e così per chi ne fa le veci nei confronti di minori o incapaci): limitatamente a tali obblighi di tipo istituzionale la dimensione “paterna”, del “prendersi cura”, può essere riconosciuta addirittura come uno dei pilastri dell’attuale assetto costituzionale solidaristico.

¹⁰¹ Sul tema v. S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 193 s.

DARIO MICHELETTI

IL PATERNALISMO PENALE GIUDIZIARIO
E LE INSIDIE DELLA *BAD SAMARITAN JURISPRUDENCE*

SOMMARIO: 1. Variabili concettuali dell'offesa quale limite dello *ius puniendi*. – 2. I prodromi e i tratti del paternalismo giudiziario. – 3. Un primo paradigmatico esempio: la responsabilità dell'autista per la morte del passeggero privo delle cinture di sicurezza. – 4. Una verifica della tesi. - 4.1. Ideale razionalità deliberativa *vs* autonomia personale. - 4.2. Paternalismo conflittuale *vs* libertà di trasgredire a proprio danno. – 5. Ulteriori espressioni di paternalismo giudiziario nel campo della responsabilità penale omissiva e colposa. – 6. La rara giurisprudenza, specie di merito, antipaternalista. – 7. Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie omissive: il criterio della tipicità della vittima. – 8. Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose: la normatività della colpa e il problema del consenso scriminante.

1. *Variabili concettuali dell'offesa quale limite dello ius puniendi*

Comprensibilmente, la letteratura che si è di recente occupata dei limiti razionali del diritto punitivo tende a registrare le analogie funzionalistiche tra il pensiero liberale-antipaternalistico e le concezioni, non solo italiane, ispirate dal principio di offensività¹. Malgrado la diversa matrice ideologica e culturale, entrambi i modelli convergono nell'indicare nella presenza di un danno, o meglio di un'offesa, la scaturigine legittimante del diritto penale, con la comune conseguenza di negare che la pena possa presidiare una mera opzione morale, in spregio della necessaria offensività del fatto di reato per i cultori del bene giuridico, ovvero del principio di autodeterminazione del singolo per il pensiero liberale.

Non mancano, tuttavia, profonde differenze, che riguardano tanto il merito delle soluzioni prospettate quanto l'ambito di penetrazione delle stesse.

In breve: il pensiero liberale-antipaternalistico, filtrando il concetto di danno

¹ V. per tutti gli atti pubblicati in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, nonché, nello specifico, E. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"*, in *Goldammer's Archiv*, 2002, 2 ss.

alla luce dell'autonomia personale², ha rivelato una migliore capacità selettiva rispetto al principio di offensività, scongiurando così quella forzata omologazione del giudizio di illiceità che si annida nel riferimento a un generico bene giuridico. Lo si deve all'inversione della logica punitiva intrinseca nel c.d. *Harm to Others Principle*: il quale, anziché concepire lo *ius puniendi* come una potestà *generale* antecedente e superiore al piano *individuale*³, muove proprio dalla necessità di protezione del singolo quale giustificazione dell'intervento punitivo⁴. Partendo "dal basso", anziché procedere assiologicamente, quest'ultima impostazione ha finito quindi per offrire un più duttile strumento diagnostico del potere punitivo nell'ambito di una società multiculturale⁵. È evidente soprattutto nelle materie eticamente pregnanti dove, per contro, le generalizzazioni che si specchiano nell'oggetto di tutela si prestano a alimentare contrapposizioni ideologiche, come quella tra i sostenitori del diritto *alla vita e alla integrità personale* quali beni giuridici intangibili, e i propugnatori di un diritto *sulla propria vita e sul proprio corpo* come prerogative valoriali che l'ordinamento non può misconoscere.

D'altro canto, non vanno sottovalutati i benefici dell'approccio continentale, ispirato al bene giuridico, rispetto a quello anglosassone di stampo liberale. In favore del principio di offensività va riconosciuto infatti che esso ha dato prova di una maggiore concretezza delimitativa rispetto all'*Harm Principle*, mostrando, non solo a livello legislativo, ma soprattutto nella fase dell'interpretazione, la propria funzione di argine. Benché non fosse questo l'intento principale dei suoi promotori, è stato anzi proprio in sede applicativa che la logica dell'offensività ha registrato i migliori risultati. Se infatti la funzione critica del bene giuridico non ha mai oltrepassato il piano delle elaborazioni teoriche⁶, il riferimento all'oggetto della tutela si è oramai imposto come fulcro dell'attività interpretativa, prestandosi a espungere di continuo dall'area di tipicità fatti apparentemen-

² Cfr. fondamentalmente S. MILL, *On Liberty* (1859), tr. it. Milano, 1983, 32 s.

³ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 11 ss.

⁴ Per tutti J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984, 3 ss.

⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 85 ss.

⁶ Sulla "vacuità" del bene giuridico quale limite della politica criminale v. fra gli altri G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 509; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 295 s., 300.

te conformi allo schema legale ma inoffensivi⁷.

Più che della *legge* penale, quindi, il bene giuridico si è rivelato un limite d'intervento del *giudice* penale.

Di un'analogia rilevanza in concreto non sembra invece esservi traccia rispetto all'*Harm Principle*, relegato com'è, sin dalla sua origine, in un empireo filosofico dove è chiamato a svolgere nulla più che il ruolo di metro di valutazione di prodotti normativi, da giudicarsi alla sua stregua "buoni o cattivi, giusti o ingiusti"⁸. Lo sottolineò del resto anche il suo più strenuo teorizzatore, il quale riconobbe che tutto il ragionamento minuziosamente architettato nella monumentale opera *The Moral Limits of Criminal Law* intendeva rivolgersi, non già a un'ideale Corte suprema, bensì a un illuminato legislatore⁹. Né tale assunto trova smentita nel fatto che le Corti statunitensi ricorrono talvolta al principio del danno per decidere casi particolarmente delicati come, ad esempio, quelli riguardanti il rifiuto delle cure mediche¹⁰. Più che una rilevanza interpretativa, questo fenomeno pare riflettere la tendenza dei sistemi *common law* ad assimilare il piano normativo e quello giudiziario: di modo che si consente al giudice, non diversamente dal legislatore, di "congegnare" la *regola iuris* pur sempre nel rispetto del principio del danno.

2. I prodromi e i tratti del paternalismo giudiziario

Dunque, è un fatto che quando si discute di antipaternalismo l'obiettivo tende fatalmente a concentrarsi sulla necessità di contenere l'arbitrio del legislatore; sicché – se non fosse per il crescente interesse mostrato dalla dottrina penalistica per talune questioni bioetiche – la tematica ben potrebbe essere lasciata ai fi-

⁷ V. per esempio, di recente, Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2011, n. 25674, in *www.dirittoegustizia.it*, che ricorrendo a una motivazione ampiamente riepilogativa delle ragioni dogmatiche che impongono un'interpretazione della tipicità penale teleologicamente orientata alla lesione del bene giuridico, ha escluso la rilevanza penale della condotta di coltivazione di una singola pianta di canapa indiana proprio in ragione della inoffensività in concreto di tale condotta.

⁸ E. DICIOTTI, *Principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 366. Amplius M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offens" e di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, 43 ss.

⁹ J. FEINBERG, *Harm to Self*, New York, 1986, 5.

¹⁰ Cfr. S.D. SMITH, *The Hollowness of the Harm Principle*, in *University of San Diego Legal Working Paper Series*, 2004, 2 ss. (*law.bepress.com*).

losofi del diritto: vuoi per «il numero piuttosto limitato di norme paternalistiche presenti negli ordinamenti giuridici contemporanei»¹¹, vuoi per la sostanziale insindacabilità delle scelte legislative riguardanti l'estensione dell'intervento penale¹². Quel che è certo, al di là della sua concreta rilevanza pratica¹³, è che il dibattito sul paternalismo giuridico è dominato dalla convinzione che una siffatta tendenza possa essere ad appannaggio solo di chi "produce" norme penali: quasi che una disposizione incriminatrice, una volta superato il filtro generale del principio del danno così da trovare ingresso nel sistema positivo, non possa mai andare incontro a un'*applicazione paternalistica*.

In realtà così non è. E taluni autori italiani, forse perché plasmati dalla cultura dell'offensività – e quindi adusi ad affrontare il tema della legittimazione tanto del diritto penale "legislativo" quanto di quello "giudiziario" – hanno per lo meno intuito che un deleterio paternalismo può annidarsi non solo nella fase produttiva delle norme, ma non di meno in quella della loro applicazione¹⁴. Illiberale, con altre parole, può rivelarsi non solo il legislatore, ma parimenti (se non ancor più) il giudice, al quale, nonostante il principio costituzionale di legalità, l'ordinamento affida vere e proprie *clausole d'illiceità* talmente generiche (basti pensare agli artt. 40, comma 2; 43, III alinea, e 110 c.p.) da aprire la strada – ove non correttamente delimitate tramite costruzioni teoriche che si

¹¹ Così E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2005, 112, il quale – pur essendo il primo studioso italiano ad avere approfondito il tema – non esita a definire «marginale» la questione del paternalismo.

¹² Sulla scarsa effettività del principio del danno, cui non è riconosciuta una capacità di contenimento della discrezionalità legislativa superiore alla funzione critica del bene giuridico – e quindi inesistente – v. fra i molti S.D. SMITH, *The Hollowness*, cit., 8; B.E. HARCOURT, *The Collapse of Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, 113 ss.; W. WOHLERS, *Le fattispecie penali (...)*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 134; il tutto nel quadro più generale di una dottrina anglofona comprensibilmente scettica – al pari della nostra – sulla possibilità di controllare le opzioni punitive del legislatore: v. per esempio M.P. GOLDING, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, 1975, p. 59, 64 ss. Del resto, è sufficiente considerare la facilità con cui la giurisprudenza costituzionale rinviene un connotato offensivo nelle norme solitamente additate come paternaliste per comprendere quanto inconsistente sia il supposto argine legislativo offerto dall'*harm to others principle*: sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha motivato la legittimità dell'obbligo di indossare il casco (BVerfG 59 p. 275 ss. 278-279) v., nella nostra letteratura, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 112 ss.

¹³ Ne nobilita comunque il valore politico-culturale G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 152 ss. spec. 161 ss.

¹⁴ Plurimi spunti in tal senso si rinvencono per esempio in A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 104, 114 s., 119 s., non a caso personalmente incline a una lettura "*in action*" delle questioni penali.

prefiggono per l'appunto di contenere la discrezionalità giudiziale in nome del principio di legalità – a un potere di “interpretazione” così ampio da surrogare quello normativo¹⁵.

Quindi, non solo esistono tutte le premesse affinché si manifesti una forma di paternalismo penale giudiziario, inteso come punizione di un soggetto in mancanza di una reale “offesa ad altri” e, all'opposto, nell'ottica del perseguimento di una superiore idea di bene. Ma un tale fenomeno, come si avrà modo di esemplificare, risulta ben più ricorrente del paternalismo legale, nonché assai più infido e illiberale.

Basti considerare che quest'ultimo si traduce pur sempre in una sopraffazione ideologico-morale della *maggioranza* rispetto al diritto di libertà dei singoli¹⁶, mentre il paternalismo giudiziario esprime la sopraffazione ideologica di singoli *individui* (coloro che assumono la funzione giudicante) rispetto al diritto di libertà di altri individui (la supposta vittima e l'imputato). Ma non solo: il paternalismo legale è di solito manifesto, ostentato nel professare il valore che si antepone, in fase di bilanciamento, all'autonomia personale; mentre quello giudiziario è sottinteso, dissimulato sotto la copertura di una disposizione incriminatrice forzosamente interpretata in senso pelosamente solidaristico. Senza trascurare, infine, che il paternalismo legale è prevalentemente *diretto*, perché tende a sanzionare frontalmente lo stesso soggetto la cui libertà morale è conculcata; mentre – come tra breve si chiarirà (v. *infra* § 3) – il paternalismo giudiziario è strutturalmente *indiretto*, o meglio *mediato*, traducendosi nella punizione (per omicidio o lesioni) di un soggetto ritenuto colpevole di non avere preservato altri dalle conseguenze autolesive delle proprie scelte di vita¹⁷.

¹⁵ In argomento v. da ultimo F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, 259 ss.

¹⁶ Per questa definizione di legge paternalistica v. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 16. In argomento M. ALEMANY GARCÍA, *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, 2005, 267, di cui si veda, per un'analisi ancora più approfondita *El paternalismo jurídico*, Madrid, 2006, cap. I, 557 ss.

¹⁷ In genere questa manifestazione di paternalismo viene definita «*indiretta*» [così, fra i tanti, J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 8 ss.] o «*impura*» [così, isolatamente, G. DWORKIN, *Paternalism*, (1971), in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 22]. Qui si preferisce l'espressione “paternalismo *mediato*” per indicare le ipotesi di punizione di un soggetto per aver collaborato o interagito con le altrui opzioni autolesioniste, in quanto i filosofi del diritto ricorrono all'espressione paternalismo «*indiretto*» anche per indicare fenomeni di paternalismo per così dire “anticipato”, che si verificano cioè quando si sanziona non già la condotta autolesionista (ad esempio l'uso di determinati medicinali) ma condotte prodromiche (nell'esempio sanzionando i farmacisti che li vendano): così E. DICIOTTI, *Preferenze*, cit., 100.

Sotto questo profilo, il paternalismo giudiziario è quindi doppiamente illiberale riducendoci tutti a potenziali responsabili delle opzioni comportamentali espressive dell'altrui autonomia personale. È il prodromo dello scenario peggiore paventato dai pensatori liberali: una società in cui gli individui, costretti da un malsano comunitarismo, sono chiamati a sorvegliarsi a vicenda, non già in forza di un confortante spirito solidale, bensì con l'intento di correggere i comportamenti "devianti", vale a dire quelli che non si allineino al modello di vita razionale stabilito da chi detiene il potere di additarlo.

3. *Un primo paradigmatico esempio: la responsabilità dell'autista per la morte del passeggero privo delle cinture di sicurezza*

Poiché può non essere intuitivo comprendere come si manifesti il paternalismo giudiziario, è opportuno muovere dall'illustrazione di un esempio paradigmatico, sul quale converrà soffermarsi a riflettere per enucleare la matrice di un siffatto orientamento (v. *infra* § 4 ss.), così da saperlo riconoscere (v. *infra* § 5) e fronteggiare nelle sue varie declinazioni (v. *infra* § 7 e 8).

Ebbene: uno degli esempi più nitidi di paternalismo giudiziario si coglie nella giurisprudenza che punisce per omicidio colposo l'automobilista che non abbia fatto indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne successivamente deceduto nell'incidente¹⁸. Non si riscontra, in questo caso, una norma positiva che prescriva al guidatore di far indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne¹⁹ – ché diversamente la questione si sposterebbe sul piano del paternalismo legale indiretto. E nondimeno, la giurisprudenza ritiene

¹⁸ Così, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2010, n. 3585, in *Foro it.*, 2010, II, 395. Giova peraltro sottolineare che in tal caso il guidatore non aveva alcuna responsabilità nell'incidente, ché altrimenti la sua responsabilità colposa non starebbe nel non aver fatto indossare le cinture le cinture bensì nell'aver colposamente provocato l'incidente. A conferma della compattezza di un siffatto indirizzo giurisprudenziale v. Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2006, Scagnetti, in *Foro it.*, 2008, II, 48; Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2003, Sulejmani, in *Foro it.*, 2004, II, 431; Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 1996, Comensoli, in *Arch. circolaz.*, 1996, 896. *Contra*, isolatamente, Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 1992, Socchi, in *Arch. circolaz.*, 1993, 537, la quale per lo meno ipotizza che la negligenza del passeggero possa interrompere l'imputazione dell'evento all'autista.

¹⁹ Tale mancanza è rafforzata dal fatto che, all'inverso, un tale obbligo è esplicitamente previsto dall'art. 172, comma 10, c.strad. nel caso di passeggeri minori di età: lo sottolinea I. GIACONA, *Passeggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2010, 399.

in via interpretativa che ogni automobilista, per ciò solo, si erga a garante dell'integrità fisica delle persone trasportate sino al punto da imporgli di preservarli dalle loro scelte autolesionistiche: il che significa, nel caso di loro «renitenza, a rifiutarne il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia»²⁰. Il tutto favorito da un'infelice (quanto infedele) applicazione di quell'orientamento teorico che individua la posizione di garanzia in termini sostanziali: prescindendo cioè da una norma che espliciti l'obbligo *giuridico* di impedire l'evento richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p., e valorizzando semplicemente il rapporto sostanziale di supremazia che s'instaura tra un bene meritevole di tutela e il supposto garante²¹.

Ora: non v'è dubbio che l'indirizzo giurisprudenziale concernente l'obbligo dell'autista di far indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne ben potrebbe essere criticato sotto il profilo tecnico-giuridico²². In particolare, la concezione sostanziale di cui si avvale la Corte di cassazione mostra qui tutti i propri limiti, rivelando quanto pericoloso sia sollevare il giudice dalla necessità di riferirsi a un indice normativo per riscontrare l'esistenza di un obbligo d'impedire l'evento, con il conseguente rischio di concedergli l'assoluta libertà di discernere gli stati di inerzia penalmente rilevanti²³. La questione non va però ridotta alla schermaglia dogmatica tra formalisti e funzionalisti. Anzi, paradossalmente, è proprio quest'ultimo approccio a fornirci la prospettiva migliore per svelare l'autentica matrice paternalistica della sopra citata giurisprudenza.

Anche secondo i sostenitori della concezione sostanziale, infatti, la posizione di garanzia non discenderebbe dall'esistenza purchessia di una qualunque condizione di superiorità o di controllo di un soggetto rispetto a un altro, ma ha motivo di configurarsi solo in presenza di un presupposto logico-sostanziale ben preciso: ossia «*l'incapacità (totale o parziale) del titolare di un bene o un in-*

²⁰ Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2003, Sulejmani, *cit.*

²¹ Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 197 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 129 ss.

²² V. diffusamente, oltre a I. GIACONA, *Passeggero adulto*, *cit.*, E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, 4329 ss.; M. GROTTI, *La responsabilità penale del guidatore nel caso di decesso del trasportato non facente uso dei prescritti dispositivi di ritenzione: causazione colposa o commissione mediante omissione?*, in *Cass. pen.*, 2005, 3466 ss.; L.D. CERQUA, *Mancato uso delle cinture di sicurezza e responsabilità per lesioni colpose*, in *Giudice di pace*, 2005, 86.

²³ V. fra gli altri, anche per un riepilogo del dibattito, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.; N. PISANI, *Obbligo di impedire l'evento*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 3859 ss. M. RIVERDITI, *L'obbligo di impedire l'evento: una ricostruzione critica*, in S. VINCIGUERRA - F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 745 ss.

*teresse di proteggerlo autonomamente*²⁴. Non è pertanto l'esigenza di salvaguardare un bene primario che giustifica la configurazione di una responsabilità penale per omissione, così come talvolta si afferma in modo (troppo) sintetico. La legittimazione si rinviene semmai nella speciale *vulnerabilità* del titolare del bene, che si trova nell'impossibilità di proteggerlo autonomamente. Con la necessaria conseguenza – a voler essere coerenti con questa impostazione – che qualora manchi tale stato di vulnerabilità soggettiva, e quindi ove faccia difetto il presupposto legittimante dell'omissione, *non avrebbe ragione alcuna di configurarsi un obbligo di agire né l'equiparazione dell'inerzia alla causazione dell'evento*.

È il caso, per l'appunto, del passeggero maggiorenne che decida di non allacciarsi le cinture di sicurezza: il quale, lungi dall'incorrere in una condizione di debolezza meritevole di essere compensata, *sceglie* di autoesporre al rischio, così da non potere che assumere su di sé, in base al principio di auto-responsabilità²⁵, le conseguenze della propria azione. Non v'è infatti qui alcuna fragilità sistemica da rimediare; alcuna condizione naturale o stato sociale tale da richiedere che gli altri membri della collettività si attivino in soccorso. V'è solo la libera e consapevole decisione di un singolo di assumere un rischio (nell'esempio, non allacciare le cinture di sicurezza) per le più svariate e irrilevanti ragioni: perché, ad esempio, la persona non vuole sgualcirsi la camicia, ha il mal d'auto, la pelle ustionata dal sole, o è semplicemente stupida (su quest'ultima eventualità v. *infra* § 4.1)²⁶.

Vero quanto sopra, ove ci si ostinasse a configurare una posizione di garanzia anche in assenza di un'effettiva vulnerabilità soggettiva, altro non si farebbe che declinare la responsabilità omissiva in chiave paternalistica. La si concepirebbe cioè come *strumento punitivo di correzione delle decisioni individuali pienamente consapevoli, ma non condivise dall'ordinamento, ancorché esse ledano esclusivamente gli interessi del soggetto che le adotta*. Tutt'altro, dunque, che *Bad Samaritan Jurisprudence*²⁷, dato che in questi casi non vi sarebbe alcun "bis-

²⁴ G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133 s.; *Amplius* sulla «situazione di garanzia» v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 184 ss.

²⁵ In argomento, per tutti, S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 452 ss.

²⁶ Così I. GIACONA, *Passeggero adulto*, cit., 399 s.; M. GROTTO, *La responsabilità penale del guidatore*, cit., 3472 s., 3475.

²⁷ L'espressione – che si ritrova anche nel titolo del lavoro – è mutuata dalla letteratura anglosassone riguardante le norme penali che impongono un dovere di soccorso, e per questa ragione denominate, in modo evocativo, come *Bad Samaritan Laws*: cfr. F.J.M. FELDBRUGGE, *Good and Bad Samaritans: A Comparative Survey of Criminal Law Provisions concerning Failure to Rescue*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1965, 630 ss., nonché la dottrina citata *infra* § 7.

gnoso” da soccorrere. Il diritto giurisprudenziale ambisce qui null’altro che a una “correzione della scelta autolesionistica”, chiamando per questo motivo a rispondere dell’evento un terzo estraneo che semplicemente si trovava nella possibilità d’interferire e non l’ha fatto.

In conclusione, dall’analisi di questo primo caso paradigmatico si possono trarre le seguenti indicazioni. La giurisprudenza mira qui alla sostituzione della volontà del passeggero con quella del guidatore. Lo strumento su cui si fa leva è la minaccia di pena rivolta a quest’ultimo nell’ipotesi in cui il rischio che il primo sceglie di correre si verifichi. Il tutto muove (ed è viziato) dall’assenza di una reale giustificazione logica, giuridica e sociale atta a supportare tale duplice surrogazione di volontà e di responsabilità, così da svelare l’autentica matrice paternalistica di una siffatta costruzione giuridica di origine eminentemente pretoria.

4. *Una verifica della tesi*

Per fronteggiare l’accusa di paternalismo giudiziario appena formulata si potrebbe ricorrere a due principali argomentazioni.

In primo luogo, si potrebbe obiettare che il soggetto cui dovrebbe imporsi di allacciare le cinture di sicurezza, lungi dal non essere vulnerabile – come si è precedentemente sostenuto – lo è invece a tutti gli effetti: solo che un tale stato gli deriverebbe non già da un fattore esterno, ma dalla sua intrinseca stupidità e/o dall’ignoranza del grave rischio cui egli si espone²⁸. In ambo i casi, imponendogli di indossare le cinture, l’autista non ne prevaricherebbe la personalità ma, al contrario, la tutelerebbe, garantendo cioè che l’altro si comporti coerentemente con le proprie intime preferenze esistenziali, i propri desideri di vita²⁹. Altro dunque che paternalismo: il guidatore sarebbe chiamato ad “aiutare” il

²⁸ Così fra i molti J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, 88 s.; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 78.

²⁹ Risuona un tale argomentazione in A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 107, ove si osserva «pensiamo ai caschi e alle cinture di sicurezza. Chi di noi, alla domanda “vuoi veramente morire?”, risponderebbe “sì”? Risponderebbe più facilmente: “no, non mi metto la cintura di sicurezza perché non farò un incidente stradale; e se farò un incidente non sarà certo la cintura a salvarmi!”. È chiaro che una simile risposta evidenzerebbe seri difetti di conoscenza da parte dell’intervistato: la sua scelta forse, non potrebbe dirsi pienamente volontaria» [corsivi aggiunti]. Un analogo paradigma argomentativo trova del resto ampia diffusione nella letteratura sul paternalismo: v. per esempio J.D. HODSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, 1983, 43 ss.

passaggero, preservando il suo “io futuro” transitoriamente messo a repentaglio da un “io presente” affetto da un’esziale irrazionalità.

In secondo luogo, si potrebbe obiettare che non è l’organo giudicante a imporre una propria idea di bene, essendo l’ordinamento, e non già il singolo giudice, ad avere stabilito l’obbligatorietà delle cinture di sicurezza; cosicché se tale obbligo non può essere considerato paternalistico, non si vede perché lo dovrebbe essere la sentenza che ne imponga *in via mediata* l’effettività. All’inverso, la previsione da parte dell’ordinamento di qualunque obbligo giuridico non potrebbe che sottendere e legittimare un corrispondente obbligo, gravante su tutti i consociati, di farlo rispettare.

Si tratta, all’evidenza, di obiezioni cruciali alla tesi che s’intende qui sostenere, ragione per cui risulta indispensabile prenderle seppure brevemente in esame.

4.1. *Ideale razionalità deliberativa vs autonomia personale*

La prima delle due obiezioni considerate, alludendo all’esistenza di “persone difendibili da loro stesse”, conduce diritto al centro del dibattito sull’antipaternalismo. In esso assume un ruolo cruciale proprio la determinazione delle condizioni richieste affinché le opzioni comportamentali, sebbene potenzialmente o concretamente autolesionistiche, siano considerate libere e consapevoli, e quindi realmente volute³⁰. Va da sé, infatti, che in mancanza di una piena capacità deliberativa – così come accade, per esempio, nel caso di minori d’età, persone affette da demenza senile o altre patologie psichiche, ma anche nel caso di particolari condizioni sociali, come quella dei detenuti o dei lavoratori subordinati, in cui manca una piena autoderminabilità – l’impedimento dell’azione autolesionista è perfettamente compatibile con l’*Harm principle* non potendosi qui rinvenire un autentico consenso tale da escludere l’offesa giuridica³¹. Qualora però non ricorrano tali *status* occorre chiedersi se vi siano scelte individuali che l’ordinamento è tenuto a rispettare in quanto espressione della personalità. Qualunque decisione purché *self-regarding* è insindacabile nel merito, oppure esiste la possibilità di calibrare una razionalità deliberativa idealtipica, in mancanza della quale sarebbe consentito al giudice penale – *rectius*: al sistema giuri-

³⁰ V. da ultimo diffusamente G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 136 ss.

³¹ Sul principio *volenti non fit iniuria*, anche per quanto riguarda l’analisi dei molteplici casi di inoperatività, v. per tutti e analiticamente J. FEINBERG, *Harm to Other*, cit., 26; ID., *Harm to Self*, cit., 11 s.

dico – intervenire per preservare l'individuo da sé stesso?

Stante la sua evidente crucialità, numerosi sono stati gli studi dedicati alla questione³². Nessuno di essi, però, sebbene abbia colto indubitabili aspetti di verità, è stato in grado di avvalorare la sindacabilità delle scelte esistenziali altrui, né tanto meno di identificare e circoscrivere precise categorie di *bad choosers*³³: vale a dire individui che, pur non trovandosi in una delle condizioni tipiche cui corrispondono presunzioni di incapacità, sarebbero affetti da una “volontà fallace” tale da giustificare, in chiave correttiva, l'irrogazione di una sanzione antagonistica rispetto alla scelta autolesionistica.

Beninteso, rilevare il fallimento di tali tentativi non significa scadere nell'assioma inverso: ritenere cioè che qualsivoglia opzione comportamentale esprima la vera essenza dell'individuo che la attua. È innegabile che ciascuno subisce il condizionamento di una miriade di fattori esterni (imput culturali, coercizioni sistemiche, stati emotivi indotti) ed è affetto da carenze deliberative così numerose (mancanza di informazioni rilevanti, incompetenza, settoriali limiti cognitivi, ecc.)³⁴ da doversi ritenere assurda la tesi secondo cui qualunque opzione comportamentale manifesterebbe le preferenze e le più intime aspirazioni della persona. Pur senza saperle riconoscere, dunque, incontestabile è la possibilità di scelte incoerenti o irragionevoli, nonché – addirittura – l'intermittente mancanza di un'autentica volontarietà, intesa come piena riferibilità della decisione al soggetto che l'ha adottata³⁵. Il punto, però, non è questo, ma quali soluzioni sia consentito all'ordinamento adottare per fronteggiare tale “marginale” incoerenza-irragionevolezza, nella premessa già acquisita che un tale stato psicologico, irrefutabile in astratto, non lo si riesce tuttavia a circoscrivere in concreto con precisione.

Ebbene: non v'è dubbio che, per fronteggiare tale evenienza, l'ordinamento ben può attivarsi per rimuovere gli ostacoli e gli impedimenti che si frappongono all'adozione di una scelta quanto più possibile consapevole e autonoma:

³² Per una rassegna delle varie posizioni E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 578 ss.

³³ Cfr. R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 2005, 275 ss.

³⁴ Per un'analisi di tali fattori impeditivi v. soprattutto J.D. HODSON, *The Ethics of legal Coercion*, cit., 43 s. L'esistenza di questi condizionamenti è del resto riconosciuta anche dallo stesso FEINBERG quando osserva: «L'idea della scelta che parta zero non ha senso» (*Harm to Self*, cit., 35); «siamo animali sociali. Nessun individuo sceglie “in modo autonomo” la propria eredità genetica (...) il proprio paese, la propria lingua, la propria comunità e tradizioni. (...) Acquisiamo consapevolezza di noi stessi come parte di un continuo processo sociale» (*Harm to Self*, cit., 46).

³⁵ Così esplicitamente J. FEINBERG, *Legal paternalism* (1971), in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, 7 ss.

e quindi informare (come nel caso dei messaggi sui pacchetti di sigarette)³⁶, oppure all'opposto proteggere da informazioni perniciose (come nel caso di divieto di pubblicizzazione del tabacco). E ancora l'ordinamento può ideare procedimenti deliberativi che ritardino l'attuazione delle decisioni potenzialmente autolesive favorendo una maggiore ponderazione delle stesse³⁷. Volendo il sistema giuridico potrebbe finanche attivarsi per *sfavorire* la scelte di vita ritenute irragionevolmente nocive (v. ad esempio la recente tassa danese sui grassi saturi nei cibi o quella francese sulle bevande gassate), e al limite – ma resta il punto più controverso – ricorrere a simboliche sanzioni pecuniarie dal valore dissuasivo-pedagogico³⁸.

Ciò che l'ordinamento invece non potrebbe fare – per le ragioni che subito s'illustreranno – è *ricorrere alla punizione per impedire la scelta autolesionistica*: sia che la pena venga rivolta con intenti dissuasivi al supposto *bad chooser* intenzionato a realizzare l'atto *self-regarding*; sia – e ancor più – che la minaccia di pena riguardi un soggetto terzo (istituito “garante dell'altrui irrazionalità autolesionista”) cui viene imposto di costringere i soggetti incompetenti-avventati-incoerenti ad essere consonanti con le proprie preferenze più profonde. Tutte indistintamente siffatte logiche punitive, essendo ispirate da un preponderante quanto evanescente consenso ipotetico³⁹ – un io futuro da difendere da quello presente⁴⁰ – altro non servono che a veicolare un arbitrario «giudizio di merito» sulle condotte di vita⁴¹ camuffato da una pericolosissima «finzione»⁴². Il primo scaturisce dalla evidente inesistenza di uno stato di benessere oggettivo e universalmente riconosciuto come ottimale, sicché nel giudicare insensato o irragionevole una specifica scelta di vita in realtà non si fa altro che esprimere

³⁶ In tale prospettiva v. già J.S. MILL, *op. cit.*, 131, il quale, pur non lesinando il ricorso alla “ipotetica volontà auto-conservativa della persona” quale giustificazione di misure paternalistiche di fronte all'inconsapevole esposizione dell'uomo a un danno certo, ritiene che sia possibile solo informare, e non impedire con la forza, l'uomo che sta per assumere un rischio.

³⁷ Ciò costituisce l'essenza delle c.d. scriminanti procedurali che in taluni ordinamenti rendono lecite pratiche eutanasiche: cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 117 ove ulteriori riferimenti. Per un approfondimento del tema nella prospettiva antipaternalistica v. da ultimo F. SERRAINO, *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino, 2010, 37 ss., *passim*.

³⁸ V. per l'appunto la sanzione amministrativa prevista per il mancato utilizzo del casco o delle cinture di sicurezza dagli artt. 171 e 172 c. strad.

³⁹ Cfr. R. CARTER, *Justifying Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1977, 133 ss.

⁴⁰ V. in tal senso D.H. REGAN, *Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment*, in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, cit., 113 ss., 122 ss.

⁴¹ Cfr. E. DICIOTTI, *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi senesi*, 1988, 107 ss.

⁴² Così E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 583.

un personale punto di vista sulla stessa. La finzione deriva a sua volta dall'impossibilità di mettere a punto un paradigma idealtipico di razionalità, al quale un sistema giuridico secolarizzato e immune da preponderanti ideologie massimaliste avrebbe il potere di conformare l'esistenza dei consociati.

Breve: se è vero che i condizionamenti comportamentali sono indiscutibili e ineluttabili – *prova ne sia che riguardano ciascuno di noi, nessuno escluso* – è altresì vero che le ragioni ultime dei comportamenti umani restano insondabili, se non per approssimazione⁴³. Con la conseguenza che, di fronte a questa ineffabilità, tale da non consentire di distinguere la scelta autentica da quella in-autentica, legittimare l'uso della pena in chiave "correttiva" significherebbe esporre l'ordinamento a un duplice esiziale inconveniente. Da un lato, si correrebbe il rischio che il meccanismo sia sfruttato per sindacare il merito di qualsiasi scelta esistenziale, pur non lesiva di interessi esterni al singolo che la esprime, sol perché divergente dallo stile di vita e dai valori professati da chi detiene il potere di additare il modello di razionalità ideale (il legislatore o il giudice). Dall'altro lato, l'imposizione coercitiva di un paradigma esistenziale finirebbe per degradare l'uomo a strumento negandone al contempo la dignità e, sul piano giuridico, il principio dell'autonomia personale⁴⁴.

È il solito argomento – si obietterà – «dell'oppressione dell'individualità» che regge e infiamma l'antipaternalismo⁴⁵. Sarà. Va comunque segnalato, al riguardo, un recente progresso speculativo⁴⁶, che accredita l'autonomia personale quale limite invalicabile dall'ordinamento, mettendola al contempo al riparo da talune ricorrenti obiezioni.

Invero, stando a tale impostazione, il valore dell'autonomia personale non andrebbe banalmente desunto dalla strumentalità di questo principio al pieno sviluppo e al benessere della persona⁴⁷. Né lo si potrebbe fondare sull'equazione, tuttora cara ai moderni pensatori liberali, della corrispondenza tra autonomia della persona e sovranità degli Stati, così da attribuire anche alla prima il crisma

⁴³ Sulle ragioni per l'azione, nell'ambito di una letteratura sterminata v. G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 78 ss. ove ulteriori ampi riferimenti.

⁴⁴ Sul punto, oltre ai classici, v. per tutti J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, p. 369 s.

⁴⁵ Cfr. diffusamente J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, 28 ss.

⁴⁶ Il riferimento è a D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 489 ss., 499 ss.

⁴⁷ Così invece J.S. MILL, *op. cit.*, 28 ss., 88, *passim*. Per una critica delle tesi che fondano l'insindacabilità delle scelte autolesionistiche sul supposto benessere della persona v. condivisibilmente E. DICOTTI, *Preferenze*, cit., 117.

dell'inviolabilità⁴⁸. Quest'ultima equazione si traduce in un'affermazione apodittica e vuota tale da svelare, più che sopire, l'assioma che la sorregge. Mentre la prima classica tesi – presupponendo un irrealistico individuo perfettamente razionale e autonomo, una sorta di "io noumenico" – finisce irrealisticamente per millantare la capacità di ognuno di cogliere il proprio autentico benessere, in ciascun frangente della propria vita, immune da condizionamenti esterni⁴⁹.

Così ovviamente non è: e il principio dell'autonomia personale non può che muovere proprio da una siffatta constatazione; dall'acquisizione cioè che l'uomo è continuamente esposto a condizionamenti esterni, ma che questi fattori esogeni, e soprattutto la loro incidenza, non sono determinabili con precisione, né tanto meno misurabili⁵⁰. È proprio da questa ineffabilità, da questo insuperabile limite gnoseologico, che scaturisce a ben vedere il principio dell'autonomia personale: il quale null'altro serve che a garantire tramite una presunzione l'enigmatica incognita del libero arbitrio: una presunzione *di libertà* che ciascuno è chiamato a accordare all'altro in forza del *vincolo di reciprocità* che regola ogni rapporto personale prim'ancora che giuridico. Se, infatti, non è dato conoscere fino a che punto gli individui esprimano scelte pienamente volute, rivelatrici della loro autentica personalità, occorre concludere che – ove non ricorrano cause socialmente o scientificamente fondate d'incapacità – la libertà del volere e del decidere non può che essere supposta negli altri perché ciascuno la desidera riconosciuta per sé. È dunque, in definitiva, il *principio di reciprocità*, su cui si fonda ogni pensiero etico o religioso prim'ancora che l'idea stessa di diritto⁵¹, che giustifica e dà forza al dogma dell'autonomia personale quale limite invalicabile dell'ordinamento⁵²: principio di reciprocità *che non può infatti non sottendere un eguale rispetto* (sotto forma, nel caso di specie, di potere di

⁴⁸ Così soprattutto J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 27 ss., 52 ss.; H.M. MALM, *Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism*, in *Ethics*, 1995, 7; A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 105 s.

⁴⁹ Per questa classica obiezione del pensiero liberale antipaternalistico v., anche per gli ulteriori richiami, F. GHINI, *Una rilettura comunitarian del diritto penale italiano*, in *Ius/17-Diritto penale*, 2010, 157 ss.

⁵⁰ Sullo sterminato tema del libero arbitrio gli spunti recenti di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 194 ss.; nonché per una recente stimolante ricognizione critica delle varie concezioni deterministiche M. PRIAROLO, *Il determinismo. Storia di un'idea*, Roma, 2011.

⁵¹ Cfr. fondamentalmente H. KÜNG, *Etica mondiale per la politica e l'economia*, Brescia, 2002 con riferimento alla *Dichiarazione per un'etica mondiale*, adottata su iniziativa dello stesso Küng, dal Parlamento per le religioni mondiali il 4 settembre 1993. In argomento v. di recente H. KÜNG, *Ciò che credo*, Milano, 2010, 92, 227, *passim*: «L'esigenza fondamentale dell'umanità viene precisata in quell'antica *regola aurea* che è il principio della *reciprocità*».

⁵² Cfr. D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., spec. 499 ss.

decidere per sé) *che ogni uomo-soggetto di diritto è tenuto a riconoscere all'altro in quanto parimenti uomo-soggetto di diritto*⁵³.

Altro dunque che concetto «vuoto di valore» o bilanciabile come sostiene l'ideologia comunitaria⁵⁴: l'autonomia personale, qualificando il destinatario del diritto (l'uomo), costituisce un vincolo *a priori* del diritto. Donde la conseguenza che non la si può sacrificare sol perché si ha ragione di temere che le scelte autolesionistiche siano il frutto di non escludibili, ma in realtà ineffabili, condizionamenti esterni. Nella misura in cui reclama il rispetto delle proprie scelte se effettuate in uno stato di piena capacità d'intendere e di volere, chiunque deve eguale considerazione alle scelte di vita altrui, quand'anche non condivise, senza che alcuno – fosse anche legislatore o giudice – possa ergersi a detentore e vindice di un'ideale razionalità deliberativa, arrogandosi così il compito di imporre coattivamente agli altri un “corretto” e uniformante modello di vita.

4.2. *Paternalismo conflittuale vs libertà di trasgredire a proprio danno*

Generando uno schema sanzionatorio preterlegale, le manifestazioni di paternalismo giudiziario espongono il giudice soggetto al principio di legalità – come dovrebbe essere quello italiano *ex art. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost.* – all'accusa forse più grave, un tempo ritenuta quasi infamante: quella di incorrere nella punizione di un soggetto al di fuori dei casi previsti dal legislatore. Contro una siffatta critica si potrebbe tuttavia essere indotti a obiettare che la giurisprudenza, lungi dall'incorrere in un paternalismo *contra legem* sanzionando un atto *self-regarding*, avrebbe in realtà attinto dall'ordinamento l'esistenza dell'obbligo penalmente sanzionato (nell'esempio finora considerato quello di indossare le cinture), *limitandosi solo a rafforzarne l'effettività*. Con la conseguenza che, se non può essere considerato paternalistico l'obbligo di base già previsto dalla legge⁵⁵, non si vede come potrebbe esserlo la sentenza che ne irrobustisca *in via mediata* la doverosità. Tanto più che il sistema giuridico non può certo preoccuparsi di salvaguardare lo pseudo-diritto del singolo di trasgre-

⁵³ *Amplius* A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010, 12 ss. 31 ss.

⁵⁴ Nel primo senso F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 93 ss. secondo il quale «la libertà di autodeterminarsi sembra (...) un valore vuoto nei contenuti che deve necessariamente essere arricchito dallo scopo ulteriore, più o meno apprezzabile, per il quale il consenso viene prestato». Sulla bilanciabilità dell'autonomia personale con altri valori quale premessa di fondo del pensiero comunitario v. invece F. GHINI, *Una rilettura comunitarian*, cit., 154 e ulteriori richiami.

⁵⁵ Cfr. E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 582 s.

dire la legge, come preteso dal passeggero che non vuole indossare le cinture di sicurezza.

Quella appena sunteggiata costituirebbe, a ben vedere, un'argomentazione "difensiva" tanto spontanea quanto trasparente. Talmente trasparente da svelare per lo meno un equivoco di carattere tecnico giuridico.

Non sarebbe infatti corretto replicare che il giudice tacciato di paternalismo in realtà sfrutta un obbligo auto-conservativo già previsto dall'ordinamento (nell'esempio: l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza), limitandosi a rafforzarne l'effettività. Il vero è, al contrario, che sulla base di questa norma positiva egli ne *crea* un'altra in via pretoria, facendo cioè derivare dal "dovere di fare x" un nuovo inedito "dovere di obbligare a fare x" (nell'esempio: il dovere di far indossare le cinture). Il *novum* giuridico generato dal giudice si coglie, inequivocabilmente, sia in termini soggettivi, sia in termini deontologici, sia infine sotto il profilo sanzionatorio. A essere responsabilizzato in sede giudiziaria è infatti un soggetto diverso da colui cui si rivolge il legislatore (non più il passeggero, ma l'autista in quanto tale); a essere imposto è un obbligo di curatela altrui sconosciuto dall'ordinamento (attivati per far indossare le cinture); il tutto sulla scorta di una sanzione diversa, e assai più grave, rispetto a quella prevista dalla legge (non più la sanzione amministrativa stabilita per la violazione dell'obbligo di base, ma la sanzione penale stabilita dagli artt. 589 e 590 c.p.).

Ciò precisato, paternalistico è quindi da considerarsi, non tanto l'obbligo di base (di indossare le cinture), bensì l'utilizzo giurisprudenziale dello schema del reato omissivo colposo quale strumento per la creazione di un *garante chiamato a impedire l'altrui condotta autolesionista*. La ragione di tale giudizio critico, si badi, non deriva dall'uso strumentale della sanzione penale per meri fini altruistici, posto che non è la benevolenza *tout court*, e tanto meno il solidarismo, l'essenza del paternalismo. Né lo *specificum* del paternalismo giudiziario starebbe nella deriva moralista cui rischia di prestarsi l'istituzione di un garante delle trasgressioni altrui. Semmai, il tratto consustanziale del paternalismo che ben si ritrova in questa giurisprudenza è dato dall'*usurpazione in modo coattivo della decisionalità*⁵⁶: ossia dall'essere ricorsi alla pena degli artt. 589 e 590 c.p. per escogitare uno strumento di coercitiva sostituzione della volontà personale in funzione del supposto migliore interesse della persona surrogata.

Prende vita così la peggior forma di paternalismo: quello che prescinde da una matrice "cooperativo-solidale", per assumere una natura puramente

⁵⁶ Su tale aspetto quale elemento caratterizzante il paternalismo cfr. per tutti E. DICOTTI, *Paternalismo*, cit., 561, ove ampi riferimenti.

“conflittuale”⁵⁷. Il diritto giurisprudenziale, infatti, non si prefigge qui di registrare e valorizzare un preesistente rapporto affettivo o relazione speciale tra le persone tale da instaurare tra loro un dovere di correzione. La doverosità dell’intervento, lungi dallo specchiarsi in un obbligo morale pregiuridico, trova alimento e forza solo nella minaccia di pena che la stessa giurisprudenza riversa, in forza degli artt. 40 e 43 c.p., sui soggetti pretoriamente incaricati di inibire l’attuazione delle decisioni altrui potenzialmente autolesive. Del resto, un tale carattere null’altro rappresenta se non la conseguenza del fatto che l’obbligo d’agire configurato dalla giurisprudenza non mira a rimediare una reale situazione di difficoltà o vulnerabilità soggettiva (v. *infra* § 4.1), ma si prefigge solo di rafforzare l’effettività ordinamentale di un altro obbligo. *La pena*, con altre parole, *viene qui utilizzata in soccorso non già dell’individuo ma di un’altra sanzione* (quella che impone di indossare le cinture) e in definitiva dell’ordinamento, le cui decisioni sono rafforzate dal giudice tramite la generale indiscriminata imposizione ai consociati di farle rispettare.

Il tutto – si badi – a scapito della *liberà delle persone di agire contra legem* ove ciò non comporti offese per altri.

Quest’ultima affermazione potrà forse sembrare provocatoria. Eppure, non si vuole qui sostenere che l’ordinamento sia chiamato a riconoscere – come peraltro sostiene una parte della dottrina anglofona – un diritto a sbagliare (a *wright to do wrong*), o meglio a violare un proprio dovere⁵⁸. Ai fini di quest’analisi, si può anche prescindere da una così risoluta posizione, che comunque – *per incidens* – non è affatto implausibile là dove la trasgressione riguardi un obbligo di fare, come gli obblighi di autoconservazione, cui ci si sottrae per convinzioni personali⁵⁹. Anche senza giungere a tanto, resta comunque certo che il *trasgressore ha per lo meno il diritto a subire solo la conseguenza prevista dall’ordinamento (la sanzione), e non altre (come la restrizione della libertà di agire)*, con la conseguenza che non gli può essere negata la liberà fisica e morale di compiere l’azione *contra legem*⁶⁰. Così, per esemplificare, la sposa che desidera

⁵⁷ In argomento soprattutto J.D. DOUGLAS, *Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism*, in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 171 ss.

⁵⁸ D’obbligo il riferimento a J. WALDROM, *A Right to Do Wrong* (1981), in ID., *Liberal Right*, Cambridge, 1993, 63 ss.; ma v. altresì i molteplici contributi inseriti nell’ampia sezione *Il diritto a sbagliare* che apre il fascicolo *Ragion pratica*, 2005, 13 ss.

⁵⁹ Sono questi come noto i due elementi strutturali da cui discende il riconoscimento di un generale diritto all’obiezione di coscienza: cfr. in questo volume il contributo di Ferrando MANTOVANI.

⁶⁰ Cfr. D. ENONCH, *Il diritto di violare un proprio dovere*, in *Ragion pratica*, 2005, 34 s.

recarsi all'altare con l'auto addobbata di fiori senza allacciarsi le cinture per non sguaiarsi l'abito nuziale; ma anche il Santo Padre che intende sfilare sull'auto senza assicurarsi con le cinture⁶¹, ben possono essere assoggettati alla sanzione amministrativa prevista dell'art. 172, comma 10, c.strad.; non può invece essere preclusa loro la libertà di farlo, così come invece suppone la giurisprudenza imponendo all'autista di non procedere sotto la minaccia della pena prevista dagli artt. 589 e 590 c.p.

Nella misura in cui si prefigge d'impedire fisicamente l'azione *contra legem*, quest'ultima posizione giurisprudenziale, oltretutto paternalistica, risulta quindi anche eccentrica rispetto alla logica del sistema. L'impedibilità dell'azione vietata è prevista infatti solo eccezionalmente dall'ordinamento e solo rispetto a persone minori o incapaci ovvero per i casi in cui l'azione trasgressiva si ritorca a danno di un terzo (*ex art. 52, 53 e 54 c.p.*). Ecco perché occorre concludere che il giudice penale, propendendo per l'obbligo di impedimento di un'azione *self-regarding* compiuta da una persona maggiore d'età e perfettamente capace d'intendere e volere, finisce per configurare un obbligo (quello dell'autista di far indossare le cinture di sicurezza), non solo paternalistico, ma del tutto estraneo al nostro sistema giuridico.

5. *Ulteriori espressioni di paternalismo giudiziario nel campo della responsabilità penale omissiva e colposa*

Una volta messi a fuoco i caratteri del paternalismo penale giudiziario, diviene agevole riconoscerne le molteplici manifestazioni. Non tutti i casi che s'indicheranno – va subito chiarito – presentano il medesimo inconveniente tecnico-giuridico, vale a dire l'assenza nel reo di un'autentica posizione di garanzia. Quasi sempre, anzi, il soggetto punito è un autentico garante in ragione della sua posizione di controllo o di protezione: ma è l'obbligo cautelare che gli si impone ad essere concepito in termini paternalistici. In questa sede, non ci si preoccuperà tuttavia di discernere con nettezza il “paternalismo omissivo puro” dal “paternalismo colposo”, sia perché la distinzione tra obbligo d'impedire e obbligo cautelare rimangono ancora controversi⁶², sia perché – di conseguenza

⁶¹ L'esempio trae spunto da un recente fatto di cronaca: *Denuncia il Papa perché non indossa la cintura di sicurezza*, in *ww.corriere.it* (11 novembre 2011).

⁶² Per una ricognizione del problema v. da ultimo, C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, nota a Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2011, Luvarà, n. 29476, in *www.penalecontemporaneo.it*.

– sarebbe troppo dispendioso chiarire le ragioni dell'inquadramento per ogni singolo caso. Si preferisce pertanto procedere a una diversa catalogazione esemplificativa, che tenga conto solo del contesto empirico-criminologico in cui più frequentemente affiorano presso la giurisprudenza pulsioni paternalistiche.

a) A questo proposito, vale anzitutto richiamare la ricca giurisprudenza riguardante la responsabilità penale del proprietario del fondo per il danno subito da chi vi sia entrato abusivamente (l'ipotesi statisticamente più ricorrente è quella dell'annegamento dell'estraneo in una vasca o in un pozzo presenti nel fondo). A fronte di un'autorevole ma ancora minoritario indirizzo secondo cui l'ingresso abusivo interromperebbe l'ascrivibilità al proprietario dell'incidente occorso dall'estraneo⁶³, prevale nella giurisprudenza di legittimità la tesi secondo cui il proprietario è comunque responsabile di omicidio o lesioni colpose per il semplice fatto di non aver precluso l'accessibilità al terreno⁶⁴, a nulla valendo il fatto che il soggetto passivo abbia scelto di assumere un tale rischio, magari contravvenendo a cartelli di pericolo o divieti di legge come l'art. 832 c.c. Così, per citare uno dei casi più emblematici, il proprietario di un campo semiabbandonato ricoperto di erbacce, quand'anche abbia apposto cartelli "Vietato entrare Pericolo", dovrà comunque rispondere della morte del cacciatore annegato in una vasca di pertinenza della stalla abbandonata ricoperta di alghe, sebbene il luogo fosse soggetto a riserva di caccia, nonostante il cacciatore vi sia entrato violando gli artt. 842 e 843 c.c. e malgrado abbia trasgredito anche l'art. 21 l. 157/1992 che impedisce la caccia in prossimità di immobili o in presenza di cartelli di divieto⁶⁵. Pur senza potere approfondire tale orientamento, v'è comunque da ritenere che anch'esso risenta di quella matrice paternalista già precedentemente illustrata: vuoi perché l'obbligo d'agire viene configurato a

⁶³ Così R. BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009, 2266; ID., *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 213 ss. Nella giurisprudenza in tal senso, *Cass. pen.*, sez. IV, 18 giugno 1999, n. 7924, in *Ced rv.* 214246; *Cass. pen.*, sez. IV, 26 settembre 2001, n. 44206, in *Cass. pen.*, 2003, 1209; *Cass. pen.*, sez. IV, 9 marzo 1989, n. 3603, in *Ced rv.* 180738.

⁶⁴ Cfr. *Cass. pen.*, sez. IV, 8 settembre 2008, n. 34771, in *Ced rv.* 240960; *Cass. pen.*, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36728, in *Ced rv.* 229680; *Cass. pen.*, sez. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, in *Cass. pen.*, 2001, 1787; *Cass. pen.*, sez. IV, 13 dicembre 1993, n. 11356, in *Ced rv.* 197354; *Cass. pen.*, sez. IV, 26 marzo 1986, n. 2478, in *Ced rv.* 172247; *Cass. pen.*, sez. IV, 4 agosto 1982, n. 7588, in *Ced rv.* 154859. Nello stesso senso anche la recente giurisprudenza di merito: v. Trib. Foggia, 26 luglio 2010, n. 528, in *Riv. pen.*, 2010, 1137.

⁶⁵ Così *Cass. pen.*, sez. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, cit., con la quale la Suprema Corte ha annullato l'assoluzione pronunciata dal giudice d'appello dettata proprio dalla valorizzazione dell'autonomia decisionale della persona deceduta.

prescindere da uno stato di vulnerabilità personale che preesista all'opzione comportamentale della stessa (v. *supra* § 3 ss.); vuoi perché non si tiene conto della deliberata decisione della vittima di assumere quel rischio (v. *supra* § 4.1); vuoi e soprattutto per la ragione che s'impone al garante non già semplicemente di informare gli estranei del pericolo, ma di impedire radicalmente (tramite la recinzione del fondo) a coloro che intendono correrlo di attuare il loro proposito (v. *supra* § 4.2).

b) Un altro filone di giurisprudenza paternalista si registra in sede di accertamento della responsabilità penale nei casi di annegamento in piscina, specie quando questa sia chiusa – e quindi non presidiata da assistenti bagnanti (c.d. bagnini) – e le persone annegate abbiano consapevolmente scelto di tuffarsi in mancanza di controllori e contravvenendo al divieto dei titolari⁶⁶. Per il vero, in questa materia, si è registrata negli ultimi anni una soluzione garantista della Corte di Cassazione, la quale, per lo meno in un caso, ha assolto il gestore della piscina (un ristoratore) per la morte occorsa al bagnante che vi si era tuffato quando l'impianto era chiuso, in assenza del bagnino, malgrado l'espreso divieto e per di più senza sapere nuotare⁶⁷. Prevale tuttavia l'orientamento opposto, secondo cui il gestore dell'impianto è sempre e comunque responsabile per non avere «*inibito materialmente in qualsiasi modo l'accesso alla piscina nelle ore in cui l'uso della stessa non era garantito*», non potendo bastare, a questi fini, l'eventuale plurima affissione di cartelli che segnalino la chiusura dell'impianto in determinati orari a causa della mancanza di controlli, né la conseguente declinazione di ogni responsabilità per il caso di auto-esposizione dell'utente a un bagno non controllato⁶⁸. Il gestore lo deve impedire: questo è il solo comportamento doveroso (!) e il solo capace di tenere indenne il proprietario da responsabilità penale⁶⁹. Con la conseguenza che – non si tratta di un paradosso bensì di un caso realmente deciso in tal senso dalla giurisprudenza – ove si de-

⁶⁶ In argomento A.F. MORONE, *Sulle responsabilità dei gestori di piscina*, in *Giur. it.*, 2007, 182.

⁶⁷ Cass. pen., sez. IV, 30 aprile 2009, n. 25437, in *Guida al dir.*, 2009, n. 43, 62, la quale ritiene che «non può formularsi alcun addebito a titolo di colpa, a carico del gestore nel caso in cui la scelta di tuffarsi sia esclusivamente da ricondursi alla vittima, senza che quindi possa ricondursi l'evento alla mancata attuazione di un presidio impeditivo da parte del titolare della piscina».

⁶⁸ Il virgolettato è tratto da Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, in *Ced. rev.* 241759 e 241760.

⁶⁹ Apprezzabile lo scrupolo estetico mostrato dalla pubblica accusa nell'osservare che «*la collocazione di barriere architettoniche o vegetative [a difesa delle piscine incustodite] nulla tolgono all'estetica dei luoghi*»: Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, cit., p. 4, secondo rigo dell'originale.

cida di dare un ricevimento in una villa dotata di piscina non occorre scordarsi di assoldare anche un bagnino perché potrebbe sempre esserci qualche invitato, magari sotto gli effetti dell'alcool, che non già per essere scivolato, ma per essersi volontariamente tuffato sventuratamente s'annega⁷⁰.

Il proprietario-garante è sempre tenuto a preservare gli altri – ancorché persone adulte, capaci d'intendere e di volere, e perfettamente consapevoli del rischio – dalle proprie scelte potenzialmente autolesive, sino al punto di frapporsi ai loro malsani programmi. Con il che ben si spiega anche un'altra sentenza di condanna per omicidio colposo inflitta al gestore della piscina che aveva lasciato un frequentatore dedicarsi all'apnea prolungata senza la presenza delle misure cautelari richieste dalla disciplina sportiva di settore⁷¹. Anche in questo caso, a nulla è valso che non si trattasse di un ragazzino, ma di un apneista rodato perfettamente consapevole del rischio corso: l'essere a conoscenza che un soggetto intende assumere quel determinato rischio e non impedirlo equivale, nel caso di decesso, a cagionare la morte dell'uomo. Certi rischi – viene da pensare – l'apneista se li può permettere solo al mare, al freddo, da solo; non certo pubblicamente, nel caldo d'una piscina.

c) Il caso da ultimo citato, come quello riguardante l'autista che conduce l'auto con il passeggero privo delle cinture di sicurezza, ci rivelano un'ulteriore tendenza giurisprudenziale: vale a dire quella al riconoscimento pressoché automatico di una responsabilità penale del "terzo", allorché questi, oltre a non impedire il rischio che altri intendono assumere, contribuisca a realizzarlo fattivamente. Emblematica, al riguardo è la giurisprudenza penale relativa alle varie tipologie di attività pericolose svolte in compagnia. Un'uscita in barca decisa insieme malgrado il brutto tempo? Se la barca affonda e qualcuno ha la fortuna di non lasciarci la vita, che almeno questi risponda della morte degli altri⁷². Una corsa in moto a forte velocità con il vento tra i capelli (all'epoca si poteva)? Se la moto cade, anche se per colpa del passeggero che non ha assecondato in curva l'inclinazione del mezzo facendolo sbandare, comunque il conducente ne deve rispondere⁷³. Un'escursione in montagna lungo il corso di un torrente alpino?

⁷⁰ Così Corte app., L'Aquila, 25 febbraio 2011, n. 267 [inedita] la cui motivazione per esteso può essere letta in *Dejure*.

⁷¹ Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 27396, in *Ced* rv. 232010: la regola cautelare trasgredita e prevista dalla Federazione italiana nuoto prevede in tal caso la presenza di due assistenti, uno a bordo della piscina – che era regolarmente presente – e l'altro (in realtà assente) in acqua, onde procedere alla sorveglianza costante del sub-acqueo.

⁷² Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1964, n. 683, Lopopolo, in *Ced* rv. 99176.

⁷³ Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 1983, n. 5969, in *Ced* rv. 159623.

Se uno dei turisti muore cadendo in un salto d'acqua, è assai difficile che la guida esca indenne dal processo penale, a nulla rilevando che la vittima abbia agito contravvenendo alle prescrizioni impartite, dopo avere ultimato il percorso ed essersi allontanata per conto proprio⁷⁴. Una discesa in gommone tra le rapide finita male? È praticamente impossibile che il gestore si salvi da una responsabilità penale quand'anche siano state rispettate le regole cautelari prescritte dalla federazione AIRAF (unica associazione privata che riunisce i club e le organizzazioni di rafting)⁷⁵. Se, poi, il rischio cui ci si è esposti era elevatissimo, come quello corso da uno stuntman⁷⁶, o completamente stupido, come nel caso di una gara improvvisata tra auto di sera all'uscita da una paninoteca, beh non varrebbe nemmeno abbozzare la difesa: scontato è che il concorrente, per ciò solo, debba rispondere della morte dell'altro, anche se questi si sia schiantato da solo contro un muretto, dopo la fine della corsa, nel tardivo tentativo di inseguire il primo che l'aveva appena definitivamente superato⁷⁷.

d) Un ulteriore esempio di paternalismo, secondo cui l'individuo va preservato da sé stesso, dalle proprie stolte scelte di vita, si coglie assai bene nella giurisprudenza relativa all'accertamento della responsabilità penale nell'ambito dello svolgimento di attività sportive rischiose⁷⁸. Talune di queste decisioni, in materia di rafting e alpinismo, sono già state citate; ma molte altre se ne rinvengono scorrendo i repertori. Si pensi per esempio al settore dei rally, dove una monolitica giurisprudenza porta a negare qualunque rilevanza alla decisione degli spettatori successivamente investiti di superare le transenne

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2003, n. 13323 [inedita] secondo la quale la guida avrebbe un "obbligo di risultato" – e non soltanto di mezzi – in relazione all'incolumità dei partecipanti all'escursione, talché *non può fare affidamento sulla loro diligenza nel seguire le prescrizioni impartite*.

⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 2005, n. 3446, in *Ced* rv. 230814.

⁷⁶ Sulla responsabilità penale del cineproduttore nel caso di incidente dello stuntman v. Cass. pen., sez. IV, 26 febbraio 1981, Rinaldi, in *Cass. pen.*, 1983, 281. Diversamente la giurisprudenza tedesca più risalente, la quale assolse dall'accusa di omicidio colposo il cineasta, che pure aveva proposto all'attore (all'epoca non esistevano ancora gli stuntmen) di gettarsi nel lago dall'aereo ad un'altezza di svariate decine di metri, in quanto tale decisione fu ritenuta comunque espressione dell'autonomia di scelta dell'attore: cfr. LG München, JW 1920, p. 922.

⁷⁷ Così Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 25923, in *Ced* rv. 225852, che ha annullato la sentenza di assoluzione pronunciata dalla Corte d'appello, la quale ritenne che il decesso fosse da attribuire solo alla decisione dell'automobilista schiantatasi «che non ha ritenuto di dover tempestivamente porre fine, come gli altri, ad una sciocca competizione».

⁷⁸ Condivisibili gli spunti di S. MANTOVANI, *In tema di lesioni colpose nello sport*, in *Giur. it.*, 2007, 1251 s., secondo cui il criterio principe in questa materia non può che essere quello di autoreponsabilità.

di contenimento, violare le prescrizioni e posizionarsi in luoghi rischiosi per poter assistere meglio alla competizione⁷⁹. Donde la paradossale conclusione giudiziale che sarebbe il pilota a dover fare attenzione agli spettatori (avendo cura di non sbagliare manovra, andare troppo veloce, ecc.) anziché questi ultimi alle auto⁸⁰. Ancora, nello stesso senso, si veda il recente caso del presidente di una società ciclistica chiamato a rispondere della morte di un tesserato sessantunenne cardiopatico: a nulla è valso per i giudici il fatto che la vittima, intendendo proseguire l'attività sportiva, avesse escogitato un piano «per evitare i possibili controlli ed ottenere illecitamente la possibilità di gareggiare» (in pratica era riuscito a procurarsi un certificato inesatto); il presidente è in ogni caso responsabile di omicidio colposo perché non avrebbe dovuto accontentarsi di quel documento sottoponendo il ciclista a una visita più accurata⁸¹. Ma si consideri altresì la crescente giurisprudenza penale sulla responsabilità dei gestori degli impianti sciistici per incidenti occorsi agli avventori: oramai si è giunti al punto che persino i fuoripista sono addebitati ai gestori, i quali laddove siano a conoscenza di tale prassi e siano consapevoli di precedenti incidenti a ciò connessi, non devono limitarsi ad apporre cartelli specifici nel punto ove si è soliti iniziare il fuoripista, ma devono chiudere il passaggio con barriere e vigilare il varco per impedire l'imprudenza, ché diversamente saranno loro a dover rispondere delle lesioni procuratesi dallo sciatore che ha optato per il fuoripista⁸².

⁷⁹ Cfr. Corte app., Torino sez. III, 1 agosto 2008, n. 2689 [inedita] leggibile per esteso in *Dejure*; Trib. Alessandria, 6 febbraio 2006, n. 1009, in *Giur. mer.*, 2007, 1997, Trib. Ivrea, 10 ottobre 2005, n. 544, in *Giur. mer.*, 2007, 1994, entrambe con nota di F. BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*, ivi, 2000 ss.

⁸⁰ Il riferimento è al giudizio relativo all'incidente del rally della Lana (v. nota precedente), nell'ambito del quale sorprende che sia stata addirittura disposta un consulenza tecnica volta ad accertare se e quanto il pilota abbia sbagliato manovra. La questione – a ben vedere – è del tutto irrilevante, perché le vie di fuga servono proprio a consentire l'uscita dell'auto quando il pilota sbaglia, giacché è *in re ipsa* – salvo i casi fortuiti derivanti da guasti meccanici – che ogni qual volta l'auto esce di strada la colpa è del pilota. Vero ciò, sono quindi gli spettatori a non dover occupare lo spazio di fuga in cui l'auto può uscire, non già il pilota chiamato all'infallibilità.

⁸¹ Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2009, n. 18981, in *Ced. rv.* 243993. Questa decisione diverge dalla ben più convincente posizione assunta dalla Corte di cassazione nel noto caso di Renato Curi deceduto in campo, per collasso cardiaco, durante una partita di calcio: la condanna pronunciata dal giudice di merito nei confronti dell'allora medico sportivo del Perugia calcio e del direttore tecnico della F.i.g.c. per avere riscontrato ma non diagnosticato l'anomalia cardiaca del giocatore, fu annullata in sede di legittimità proprio perché non fu considerato che «l'atleta, al fine di poter giocare, aveva taciuto le sofferenze fisiche sopportate»: Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 1981, Tomassini, in *Foro it.*, 1982, II, 268 ss.

⁸² Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39619, in *Ced. rv.* 237834 e 237835.

e) Senza dubbio, tuttavia, il settore che più si presta a derive giurisprudenziali di stampo paternalistico è quello riguardante la responsabilità penale in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro. Né varrebbe eccepire che in questo contesto i beneficiari della tutela penale (i lavoratori), essendo esposti a fonti di rischio da loro non direttamente dipendenti né dominabili, sono soggetti sicuramente vulnerabili⁸³. Questa assoluta verità – da cui, si badi bene, non ci s'intende qui discostare – finisce tuttavia per alimentare forme di paternalismo giudiziario allorché viene trasformata dal giudice in una presunzione assoluta di irresponsabilità del lavoratore, la cui autonomia decisionale viene non di rado privata del benché minimo rilievo. Si pensi, per esempio, alla responsabilità configurata a carico del parroco sol per avere prestato ai parrochiani un trabatello, con cui allestire il tendone della sagra, che essi scelsero di usare scorrettamente (senza impiegare i fermi) onde accelerare i lavori⁸⁴. Ma si veda altresì il caso dell'imprenditore chiamato a rispondere della morte per caduta di un altro imprenditore già accompagnato sul luogo dell'intervento, il quale, all'insaputa del primo e sottraendo a questi le chiavi dell'immobile, si era recato nuovamente sul posto incorrendo così nell'incidente⁸⁵. Per non parlare poi della giurisprudenza sulle prestazioni a titolo di cortesia da parte di persone non qualificate (di solito conoscenti o vicini di casa): l'ovvia *culpa in eligendo*, che dovrebbe indurre il designante a rispondere dei danni provocati dal dilettaante incaricato (c.d. colpa mediata), viene non di rado sfruttata per configurare una responsabilità del designante anche per le lesioni auto-provocate dal maldestro conoscente offertosi di fare il lavoro⁸⁶. Un caso questo che richiama lo sterminato filone giurisprudenziale riguardante l'incidenza della negligenza del lavoratore-vittima sul giudizio d'imputazione al garante dell'infortunio che ne è seguito⁸⁷. È ben vero che il datore di lavoro è tenuto in tal caso a prevenire anche i danni da disattenzione dei lavoratori; ed è altresì incontestabile che tale obbligo deve essere interpretato in modo quanto più rigido, onde evitare che il datore scarichi sul subordinato il controllo di

⁸³ Cfr. da ultimo I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA - D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 107 s.; M. RIVERDITI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 752 ss.

⁸⁴ Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7730, in *Riv. pen.*, 2009, 185 ss., con nota di E. DEL FORNO, *Infortunio sul lavoro in ambito volontaristico: le responsabilità*.

⁸⁵ Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 37923, leggibile per esteso in <http://olympus.uniurb.it/>.

⁸⁶ Cass. pen., sez. IV, 20 dicembre 1996, n. 2491, in *Studium iuris*, 1997, 662 s. con scheda di M. VECCHI.

⁸⁷ Per una rassegna in materia: V. FERRO, *Responsabilità per infortuni sul lavoro e rilevanza del comportamento del lavoratore*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1308 ss.

effettività delle norme sulla sicurezza. Non può parimenti negarsi, tuttavia, che quando la negligenza autolesionista del lavoratore non è minimamente connessa ai ritmi di lavoro, alla strumentazione impiegata, ai tipo di attività svolta, ma discende da una sua libera scelta (c.d. rischio elettivo) – si pensi per esempio alla decisione di assumere stupefacenti prima di recarsi al lavoro⁸⁸ o di recuperare il cappellino strappato da una folata di vento⁸⁹ – continuare a supporre una responsabilità penale del datore significa svilire la sua posizione di garanzia a quella di una baby-sitter, sminuendo il lavoratore a incapace, con il rischio così di de-responsabilizzarlo⁹⁰ e rendere meno effettivo il sistema di sicurezza nei luoghi di lavoro.

Forse non tutte le decisioni indicate sembreranno affette da paternalismo; e in realtà, talune di esse, alla luce di una puntuale conoscenza di tutti gli atti, potrebbero non rivelarsi tali. Certo è che se il paternalismo giuridico – come si è condivisibilmente osservato – più che un risultato è una giustificazione logico-argomentativa⁹¹, la sistematica svalutazione giudiziale della scelta della persona offesa di esporsi al pericolo lascia assai perplessi. Ancor più ove la si confronti con gli orientamenti giurisprudenziali presenti in altri ordinamenti, dove da tempo – all'inverso – la valorizzazione delle decisioni personali conduce non di rado a pronunce assolutorie per gli altri soggetti, pressoché inimmaginabili nel nostro *milieu* culturale⁹².

⁸⁸ Viceversa, sulla responsabilità penale del datore di lavoro rispetto all'infortunio autoprotetti dal lavoratore che aveva assunto stupefacenti v. Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2008, n. 7709, in *Ig. Sic. Lav.*, 2008, 311.

⁸⁹ Propende per l'ininfluenza di tale comportamento in sede di accertamento della responsabilità del garante Cass. pen., sez. IV, 26 agosto 2010, n. 32357, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1156.

⁹⁰ «If adults are treated as children – ammonisce J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, cit., 3 – they will come in time to be like children».

⁹¹ E. DICIOTTI, *La giustificazione*, cit., spec. 85 ss.

⁹² Quale esempio emblematico di una decisione che la giurisprudenza italiana non riuscirebbe facilmente ad adottare si veda il caso dell'infusione all'estramonio (un allucinogeno) deciso dalla giurisprudenza tedesca a metà degli anni '80. Imputato era un ragazzo già maggiorenne che portò con sé un infuso di estramonio in occasione di una gita su un lago con altri ragazzi. Nel prepararlo egli comunicò ai presenti gli effetti, avvertendo chi volesse assumerlo di non berne più di una tazza perché l'eccesso provocava la perdita della vista. Sennonché un ragazzo di 15 anni, di nascosto ne bevve invece due tazze e per di più ne ingoiò anche la bustina per ottenere un effetto ancora più intenso: poi andò al lago dove a causa dello stato di alterazione finì per annegare. Tanto il Tribunale quanto in sede di legittimità, la giurisprudenza tedesca ha optato per l'assoluzione dell'imputato ritenendosi che la vittima, perfettamente a conoscenza delle conseguenze cui andava incontro, avesse assunto volontariamente il rischio che lo ha condotto a morte senza che vi fossero elementi per ritenere che non avesse agito in modo responsabile: BGH in *NSZ*, 1985, 25 ss.

6. La rara giurisprudenza, specie di merito, antipaternalista

Non mancano, comunque, anche nel nostro ordinamento pronunce riguardanti l'accertamento della responsabilità omissiva e colposa immuni da derive paternaliste.

In questo senso, oltre alla minoritaria ma crescente giurisprudenza di legittimità sull'abnorme comportamento autolesionistico del lavoratore quale causa di esclusione della responsabilità del datore di lavoro⁹³, si rinviene qualche altra sporadica pronuncia della Cassazione che assolve il garante nel caso di autoesposizione al pericolo della vittima. Si consideri – fra le decisioni più convincenti – quella che ha confermato l'assoluzione del proprietario di un cane chiamato a rispondere delle lesioni da questo provocate a un'estranea, in quanto l'aggressione era avvenuta nel giardino privato in cui l'animale era custodito, recintato e chiuso da un cancello con serratura a molla, nel quale l'infortunata si era introdotta, pur sapendo dell'esistenza del cane, la cui presenza era del resto segnalata da *apposito cartello*⁹⁴.

È, tuttavia, nella giurisprudenza di merito, più vicina al fatto e quindi più incline a operare l'*agnizione dell'autore colposo*, che si riscontra una maggiore sensibilità per l'autonomia decisionale della supposta vittima⁹⁵. A tal proposi-

⁹³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2011, n. 38209, in *Dejure*; Cass. pen., sez. IV 23 febbraio 2010, n. 7267, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 103; Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2006, n. 30039, in *Guida dir.*, 2008, f. 49, 77; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 1995, n. 10733, in *Cass. pen.*, 1997, 67; Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 1993, Di Pergola, in *Riv. pen. econ.*, 1996, 64; Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993, Giordano, in *Cass. pen.*, 1994, 1635; Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1979, Parisi, in *Cass. pen.*, 1981, 143.

⁹⁴ Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2006, n. 14829, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2007, 477.

⁹⁵ Cfr., ad esempio, P. Firenze-Borgo S. Lorenzo, 13 dicembre 1999, Galante, in *Foro it.*, II, 2001, 222, con nota di R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, che ha assolto l'ingegnere capo del genio civile dal reato di omicidio colposo, per non avere messo in sicurezza il fiume in cui cadde la vittima in ragione del fatto che questa, pur percependo il pericolo, si era deliberatamente esposta; Trib. Avezzano, 14 marzo 2005, s.n., in *Cass. pen.*, 2006, 215 ss., che ha assolto il gestore dell'impianto di risalita della pista di sci dalle lesioni subite da un pedone avventuratosi sulla pista ritenendo che fosse stato quest'ultimo a essere in colpa per avere violato una regola cautelare a presidio della propria incolumità. Curioso ed emblematico è anche il fatto di cronaca giudiziaria riportato dal *Corriere della Sera*, del 25 settembre 2010, pag. 29 nell'articolo dal titolo: "Travolse un uomo dopo la lite. Scarcerato l'autista romeno. La colpa? È stata della vittima". Vi si riferisce dell'investimento operato da un camionista romeno alla barriera di Vipiteno, dopo un diverbio all'autogrill: il camionista aveva inavvertitamente travolto il contendente che, nel tentativo di fermare la corsa del primo mentre ritirava il tagliando del pedaggio, non aveva pensato di meglio che sdraiarsi sotto al Tir, in un punto cieco, senza pertanto essere scorto dall'autista

to, merita senza dubbio di essere segnalata una recente meditata pronuncia⁹⁶, che si lascia apprezzare non solo per la sensibilità dimostrata dal giudice per il principio di autodeterminazione quale causa di esclusione della responsabilità altrui, ma altresì per la soluzione tecnica adottata, la quale – per quel che vale – si avvicina sotto molti profili al duplice criterio che sarà di seguito indicato come argine delle pulsioni paternaliste dell'interprete (v. *infra* § 7 e 8).

Il processo riguardava un marito chiamato a rispondere di agevolazione al suicidio (art. 580 c.p.) – in realtà, al massimo, un omicidio colposo *tout court* – per non avere ostacolato la tragica scelta della moglie di suicidarsi. Il rapporto coniugale era oramai logoro: i due dormivano da circa due anni in stanze separate e venti giorni prima del tragico gesto era stato avviato il procedimento per la separazione consensuale. Sennonché la donna, che già anni prima aveva tentato il suicidio mediante assunzione di farmaci, nel gennaio del 2010 decide di togliersi la vita utilizzando la pistola regolarmente detenuta dal marito all'interno dell'abitazione. Ebbene, coerentemente con il quadro dibattimentale emerso, il Tribunale ritiene di assolvere il marito dall'accusa stante, in primo luogo, *l'impossibilità di configurare una posizione di protezione reciproca tra due coniugi perfettamente capaci di intendere e volere finalizzata alla prevenzione di eventi dannosi frutto di scelte consapevoli* come il suicidio. «Nei casi di autoesposizione a pericolo – osserva il giudice – il principio di libera autodeterminazione della persona non consente di ascrivere un evento dannoso frutto di una deliberata scelta di un soggetto ad un agente che pure abbia contribuito a causarlo; l'enucleazione di pretesi obblighi di custodia o di vigilanza in assenza di espresse previsioni normative, infatti, *connoterebbe forme di paternalismo giuridico eccentriche in un ordinamento ispirato al principio di laicità*».

Non è tutto. Passando alla valutazione della colpa – e sorvolando sul rituale, doveroso, ma inconsistente richiamo dell'art. 41, comma 2, c.p. – il giudice osserva che l'evento-suicidio non può essere ascritto al marito anche perché esso esula dallo spettro di prevenzione della regola cautelare, concernente la custodia delle armi, la cui trasgressione era stata contestata. Per il vero, il giudice ritiene che l'imputato, conservando la pistola in un cassetto nell'armadio della camera da letto senza che per casa si muovessero estranei o bambini, non abbia nemmeno realizzato una condotta tipica colposa, stante la conformità del

in ripartenza; da qui l'ordinanza di scarcerazione del Gip che ha fatto leva proprio sul «grave e irresponsabile comportamento» della vittima.

⁹⁶ Il riferimento è a Trib. Avellino, 23 febbraio 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, massimata a cura di G.L. GATTA.

comportamento tenuto a quello cautelare⁹⁷. Tuttavia, quand'anche si ritenesse violata la regola cautelare che impone l'obbligo di custodia delle armi di cui all'art. 20, comma 1, l. 110/1975, il giudice ritiene – eccoci al punto chiave – che l'evento-suicidio non potrebbe in ogni caso farsi rientrare tra quelli che la regola cautelare intende evitare.

Tale conclusione dipende dal fatto che l'obbligo di custodia delle armi è volto a prevenire solo una duplice tipologia di offese: da un lato, quella autoprodotta dal soggetto «anche solo parzialmente incapace» che rinventa l'arma; dall'altro lato, quella prodotta inavvertitamente a sé o a terzi da chi non sia in grado di maneggiare l'arma. Se così è, tenendosi conto che il suicida ha per definizione agito volontariamente e, ancorché depresso, non può essere *per ciò solo* considerato una persona «parzialmente incapace» secondo i principi della legge n. 180/1978 (c.d. legge Basaglia), ne viene che l'evento autolesivo della moglie non è annoverabile nello spettro di prevenzione dell'obbligo di diligenza gravante sul detentore dell'arma.

Il suicidio – questa è l'idea di fondo della pronuncia che traspare anche in taluni recenti arresti internazionali⁹⁸ – quand'è compiuto da una persona maggiorenne e non affetta da patologia psichiatrica, rimane una scelta personale, magari incomprensibile, fors'anche immorale, sicuramente tragica, ma comunque non impedibile dall'ordinamento facendo gravare su altri l'obbligo impeditivo o cautelare di prevenirlo⁹⁹.

⁹⁷ Tale soluzione – va tuttavia riconosciuto – s'ispira esplicitamente alla tesi che individua la regola cautelare nella colpa generica sulla base dell'*id quod plerumque accidit*: una soluzione questa, che pur essendo preferibile (v. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, in questo *Annuario*, 2008, 191 ss.), appare ancora minoritaria soprattutto nel campo della custodia di armi, dove la giurisprudenza, utilizzando il criterio di prevedibilità e prevenibilità alla luce dell'agente modello per desumere la regola cautelare, finisce indiscriminatamente per imporre prassi cautelari da armeria (armadi blindati, catene di trattenuta dotate di lucchetti, *et similia*): in argomento per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 284 ss.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, 9 novembre 2010, sez. II, 20245/05, Serdar Yigit e altri c. Turchia, che ha assolto la Turchia nella causa intentata dai famigliari di un soldato suicidatosi durante il servizio militare.

⁹⁹ In questa direzione anche la giurisprudenza italiana più risalente che ha sempre considerato il deliberato gesto autolesionista del suicida un atto interruttivo dell'imputazione causale ex art. 41, comma 2, c.p.: cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 1963, Pratali, in *Riv. pen.*, 1963, II, 718 ss., riguardante il suicidio di un soggetto caduto in depressione per le ferite riportate in seguito a un incidente stradale nel quale, non per sua colpa, era stato vittima; nonché Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1964, De Angelis, in *Riv. pen.*, 1965, II, 708, relativo all'assoluzione del farmacista che senza ricetta aveva veduto un medicinale velenoso poi utilizzato dall'acquirente per suicidarsi.

7. *Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie omissive: il criterio della tipicità della vittima*

Dalle manifestazioni di paternalismo penale giudiziario su cui ci si è soffermati (v. *supra* § 3 e 5) risulta con chiarezza la matrice di una siffatta impostazione. A ben vedere, il giudice che v'incorre altro non fa che sospingere oltre il dovuto l'istanza solidaristica che innerva le fattispecie penali omissive e colpose: le quali sono impiegate, non già secondo la loro funzione ossia per sopperire a un deficit di tutela degli individui, bensì come reazione correttiva di fronte a opzioni comportamentali che lo stesso giudice, sulla base di imput ordinamentali, non ritiene espressive di una libertà, considerandole anzi assurde, sconsi-derate, illogiche, sino al punto di chiamare a rispondere un terzo per non avere preservato la vittima dalla propria insensatezza. Il paternalismo giudiziale non rispecchia quindi una concezione radicalmente totalizzante. È piuttosto una *degenerazione*: la tracimazione di un sentimento di bene-volenza. Il che peraltro spiega la ragione per cui il giudice-paternalista pare non percepire nemmeno il disvalore delle proprie tesi: sembra cioè non comprendere la ragione per cui ci si debba opporre alla istituzione di un *obbligo preservativo dell'altrui irrazionalità*, senza cogliere che già l'astratta configurazione di tale meccanismo sottende un intollerabile tasso di dirigismo esistenziale tale da aprire la strada alla coattiva imposizione di un modello di vita standardizzato.

Tanto premesso, il fatto che il paternalismo giudiziario altro non sia che un "oltremisura solidaristico" impone in chiave critico-correttiva, a chi si prefigga di fronteggiarlo, un ineludibile vincolo metodologico. Non lo si può infatti avversare sino al punto di travolgere la giusta istanza solidaristica sul quale alligna e dalla quale esso trasmoda. Se è un problema di misura, il paternalismo dell'interprete, non diversamente da quello legislativo, va semmai contenuto: riportato cioè entro i corretti confini funzionalistici dell'istituto da cui è debordato.

Il modello argomentativo da seguire corrisponde, in sostanza, a quello battuto dalla dottrina liberale per difendere l'opportuna presenza o – a seconda dei contesti – la necessaria introduzione dei reati omissivi di soccorso (v. il nostro art. 593 c.p.)¹⁰⁰. Lungi dal contestare l'imprescindibile matrice solidaristica di

¹⁰⁰ Cfr., fra gli altri, J. FEINBERG, *The Moral and Legal Responsibility of The Bad Samaritan*, in *Criminal Justice Ethics*, 1984, 56 ss.; H.M. MALM, *Liberalism*, cit., 4 ss.; ID., *Bad Samaritan Laws: Harm, Help, or Hype?*, in *Law and Philosophy*, 2000, 707 ss. L'argomento attira ciclicamente l'interesse della dottrina anglofona e del legislatore di alcuni Stati americani in coincidenza con il verificarsi di taluni drammatici fatti, come quello di Kitty Genovese che nel 1964 subì per quasi un'ora un'aggressione senza che trentanove vicini che vi assistettero o la udirono si attivassero, o

tali fattispecie, questa dottrina si sforza opportunamente di indicare quali ne debbano essere i limiti operativi onde evitare che i reati omissivi di soccorso scadano in subdole forme di paternalismo¹⁰¹. Si richiede così – per esempio – che le *Bad samaritan laws* siano congegnate come reati a soggettività ristretta, giacché diversamente esse si trasformerebbero nello strumento tramite il quale gli individui sono tenuti a un generale, costante, reciproco controllo¹⁰²; che l'adempimento dell'obbligo d'agire non esponga chi ne è gravato a un rischio per la propria incolumità, giacché la doverosità di un atto di eroismo renderebbe la norma penale strutturalmente affetta da inesigibilità¹⁰³; e infine – ma è ciò che maggiormente rileva in termini antipaternalistici – che il dovere d'intervenire rispetti la volontà del soggetto cui si presta soccorso, giacché diversamente la fattispecie omissiva diventerebbe lo strumento tramite il quale sopraffare l'autonomia della persona, correggere le proprie scelte esistenziali trasformando ogni individuo in un potenziale “pericolante di sé stesso”¹⁰⁴.

il recente caso i Abraham Biggs, un ragazzo della Florida che nel novembre del 2008 si suicidò tenendo accesa la telecamera del computer senza che intervenisse nessuno dei 1500 spettatori collegati: cfr. S.E. POLDER-VERKIEL, *Online Responsibility: Bad Samaritanism and the Influence of Internet Mediation*, in *Ethics-online*, 2010, 1 ss.

¹⁰¹ Identica posizione è assunta nella nostra letteratura da A. CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 1311 ss., in replica a M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, 143 ss., 159 ss. il quale tende a contestare il pensiero antipaternalistico forte osservando – fra gli altri argomenti – come esso risulterebbe incoerente, per lo meno nei sistemi di *civil law*, rispetto alla scelta da questi ultimi adottata di dotarsi di fattispecie omissive di soccorso essendo queste ispirate da un'opzione politico-criminale di stampo solidaristico tale da accreditare – secondo Romano – forme di paternalismo penale. Su analoghe posizioni G. FORTI, *Principio del danno*, cit., 75 s.; F. GHINI, *Una rilettura*, cit., 162 s. In senso contrario e sostanzialmente convergente con Cadoppi invece D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., 510.

¹⁰² Così A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1335 ss.

¹⁰³ La questione è ampiamente discussa nella letteratura anglofona, sino a partire dalla obiezione formulata nel 1837 da Lord Thomas Macaulay nella introduzione al Codice penale Indiano, ove si sottolineava la necessità di rinunciare alle fattispecie omissive di soccorso stante l'impossibilità di determinare con precisione il comportamento esigibile: cfr. sul punto J. FEINBERG, *The Moral*, cit., 65 ss., il quale replica a tale obiezione con una tesi difficilmente accoglibile nel nostro sistema giuridico, secondo la quale spetterebbe alla “giuria” stabilire il rischio irragionevole sicché la pubblica accusa, sapendolo, sarebbe indotta ad astenersi da accuse temerarie: *ivi*, 66. Sull'esigibilità quale imprescindibile condizione personalistica delle fattispecie omissive di soccorso v. da noi A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1339 s., 1341.

¹⁰⁴ H.M. MALM, *Liberalism*, cit., 23 ss.; ID., *Bad Samaritan Laws*, cit., 710 ss.; A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1347 ss.

Ecco: in termini metodologici questo rappresenta il corretto approccio anche per il contenimento delle pulsioni paternalistiche dell'interprete. Perdente, irrealistica nonché profondamente ingiusta si rivelerebbe una radicale avversione per i modelli d'illecito dettati da commendevoli istanze solidaristiche. Ciò a cui occorre tendere è semmai la delimitazione operativa delle stesse tramite criteri diagnostici che si prefiggano di veicolare sul piano interpretativo le ragioni politico-criminali che ne legittimano l'esistenza¹⁰⁵. Un'esigenza questa quanto mai avvertita nel reato (al contempo) omissivo e colposo previsto dagli artt. 40, comma 2, 43, 589 e 590 c.p., la cui "duplice" matrice solidaristica genera un humus ideale per lo sviluppo di aberranti forme di responsabilità penale connesse a scelte di vita altrui.

In questa prospettiva, il primo obiettivo non può allora che riguardare la migliore delimitazione del "rapporto di dipendenza a scopo protettivo" che solo legittima l'equiparazione dell'inerzia alla causazione dell'evento¹⁰⁶; con un significativo passo in avanti, però, rispetto al modello tradizionale. Non pare più sufficiente, infatti, concentrare l'attenzione sul *lato attivo del rapporto*, mettendo cioè a fuoco le condizioni formali e sostanziali che determinano l'assunzione di una posizione di garanzia gravata dell'obbligo d'impedimento¹⁰⁷. In una prospettiva antipaternalistica, altrettanto imprescindibile si rivela la delimitazione del *lato passivo del rapporto*: che non è ridicibile alla presenza di un bene giuridico di primaria rilevanza ordinamentale tale da richiedere uno sforzo solidaristico altrui, ma presuppone la presenza di una *situazione di maggiore vulnerabilità non dominabile direttamente dal titolare del bene*¹⁰⁸. È da qui che scaturisce lo "straordinario" dovere di agire del garante: l'"istituzione" del quale, traducendosi in un'eccezionale limitazione della libertà personale¹⁰⁹, assume pertanto un'elevata quanto nobile funzione solidaristico-compensativa. È, in breve, lo strumento che l'ordinamento mette in campo per riequilibrare la vulnerabilità dei più "deboli" e dei soggetti "esposti", nella premessa – si badi bene – che

¹⁰⁵ In questa accessorietà funzionale della dogmatica rispetto alla politica criminale si coglie come noto la sola ragione di esistenza della prima: cfr. per tutti C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970). *Saggi di teoria del reato*, Napoli, 2001, 37 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133 s.

¹⁰⁷ Sul punto, per una soluzione equilibrata e convincente, v. F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.

¹⁰⁸ È questo, peraltro, il fondamento giustificativo delle fattispecie omissive indicato anche dal pensiero liberale-antipaternalistico: E. WEINRIB, *The Case for a Duty to Rescue*, in *Yale L.J.*, 1980, 287 ss.; J. FEINBERG, *The Moral*, cit., spec. 68.

¹⁰⁹ Il rilievo è oltremodo noto: v. per tutti A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1325 s.

«non esiste un obbligo di carattere generale di impedire che terzi, responsabili delle loro scelte, realizzino condotte pericolose»¹¹⁰.

Sul piano tecnico-giuridico, ciò comporta che il reato omissivo va costruito e interpretato come un illecito ad *incipite soggettività ristretta*. Oltre ad essere un reato proprio, infatti, l'omissione *reclama* anche una vittima "tipica-vulnerabile", ovviamente dissimile da chi ha "deciso di esporsi al rischio". Prim'ancora che un'implicazione tecnico-penalistica, è questa una conseguenza immanente del concetto di responsabilità giuridica intesa come legame tra individuo ed atto in rapporto agli altri membri della collettività¹¹¹. Vero è infatti che il giudizio di imputazione (*die Zurechnung*), afferendo al piano deontologico anziché a quello fenomenologico, può ispirarsi a logiche diverse da quella causale, così da coinvolgere soggetti differenti da coloro che hanno materialmente causato e voluto il fatto¹¹². Se però non esiste alcun elemento di estraneità tra il fatto e il suo deliberato autore, non v'è nemmeno lo spazio logico per esprimere un giudizio di illiceità¹¹³, sicché mancherebbe il presupposto stesso per l'operatività del meccanismo imputativo di matrice deontologica¹¹⁴.

È dunque – in definitiva – il criterio della tipicità della vittima¹¹⁵ il principale baluardo verso derive paternalistiche del reato omissivo, impedendo *ab imis* al giudice di stravolgere la funzione solidaristica dell'obbligo d'impedimento interpretandolo come strumento di correzione dei comportamenti "devianti" posti in essere da soggetti che hanno liberamente scelto di esporsi al pericolo. Non sorprende quindi che tale criterio affiori a chiare lettere, ancorché senza una piena consapevolezza, nelle sentenze che rifuggono da un'impostazione

¹¹⁰ L'espressione riportata nel testo viene ripetuta come un *refrain* nella stessa giurisprudenza di legittimità senza tuttavia che se ne traggano le dovute conseguenze: v. per esempio Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2004, n. 24049; Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 25310; Cass. pen., sez. IV, 1 giugno 2007, n. 21602, leggibili per esteso in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità* (2004-2010), Napoli, 2011.

¹¹¹ Cfr., per tutti S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 75 ss.; C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 25 ss., 34 ss.

¹¹² Per tutti C. MAIORCA, *Responsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1019 ss.; ID., *I fondamenti*, cit., 163 ss.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 154 ss.

¹¹³ *Amplius*, sull'impossibilità di esprimere un giudizio di illiceità ove il fatto non oltrepassi un rapporto dell'agente con sé medesimo, H.A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit: mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911 (rist. 1996), 12 ss., 163 ss.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 9, 16 ss., 153 ss. *passim*.

¹¹⁴ Per tutti fondamentalmente S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., spec. 453 ss.

¹¹⁵ Cfr. al riguardo D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 160 ss., 164 ss.

paternalistica. Si consideri, per tutte, a questi fini quanto deciso da Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, la quale ha concluso per la non imputabilità al garante dell'annegamento di tre ragazzi in una vasca con rampe viscide, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo, situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente. Non induca in inganno il tenore stereotipato della massima ufficiale – riportata in nota¹¹⁶ – da cui potrebbe trarsi l'impressione che il Supremo Collegio stia qui facendo ricorso al criterio d'imputazione della colpa noto come “scopo preventivo della regola cautelare”, in forza del quale può addebitarsi al trasgressore solo la verifica degli eventi che la regola cautelare intendeva prevenire. In realtà, la ragione dell'assoluzione non sta in questo caso nella mancanza di un *evento tipico* – posto che, all'evidenza, l'annegamento rientrava esattamente tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire – ma si deve all'assenza di una *vittima tipica*: ossia alla *mancanza della condizione tipica di vulnerabilità che quella specifica posizione di garanzia intendeva tutelare*¹¹⁷.

Il tema – come s'intuisce – apre scenari stimolanti quanto complessi: quale per esempio il tema dell'interferenza solidaristica tra obblighi di protezione e obblighi di controllo; ovvero i limiti di autonomia decisionale che non può non essere riconosciuta anche ai minori, agli incapaci, ai pazienti psichiatrici onde evitare di svilirne l'umanità interpretando in senso paternalistico le altrui posizioni di protezione¹¹⁸. Si tratta tuttavia di analisi troppo ampie per essere svolte in questa sede, e sulle quali, pertanto, ci si riserva di tornare per approfondire senza limiti di spazio il lato passivo della posizione di garanzia.

¹¹⁶ «Le norme antinforturistiche sono poste a tutela non di qualsivoglia persona che si trovi fisicamente presente sul luogo ove si svolge l'attività lavorativa, magari per curiosità o addirittura abusivamente, ma di coloro che versino quanto meno in una situazione analoga a quella dei lavoratori e che si siano introdotti sul luogo del lavoro per qualsiasi ragione purché a questo connessa»: in Cass. pen., 2000, 2099. La stessa identica massima caratterizza molte pronunce precedenti e successive: v. per tutte Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 1995, n. 2840, in Cass. pen., 1997, 2223.

¹¹⁷ Nel merito un'identica conclusione si rinviene in Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 1989, 3603, *cit.*, riguardante l'assoluzione del garante di un cantiere nel quale erano state depositate delle grosse tubazioni senza l'adozione di adeguate cautele: ne seguì la morte di un ragazzo abusivamente introdottosi nel fondo assieme ad altri ragazzi, che giocando sui tubi ne avevano provocato il rotolamento e il conseguente investimento della vittima. Una diversa sensibilità hanno invece mostrato i giudici in Cass. pen., sez. V, 26 marzo 1979, Geiser, in Cass. pen., 1980, 1260, riguardante la responsabilità per omicidio colposo dell'autista di una pala meccanica cingolata, parcheggiata su un declivio senza particolari accorgimenti, sulla quale era abusivamente salito un ragazzo che manovrando sul freno l'aveva avviata in discesa rimanendovi travolto ed ucciso.

¹¹⁸ Cfr. E. DICIOTTI, *Giustificazione*, *cit.*, 95 ss.

8. *Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose: la normatività del colpa e il problema del consenso scriminante*

Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose è tecnicamente più agevole ma culturalmente più ostico.

Sul piano tecnico-giuridico una tale operazione può infatti contare, in primo luogo, sull'oramai acquisita concezione normativa della colpa, che è riuscita col tempo a disancorare tanto la condotta quanto l'evento da un'interpretazione prettamente naturalistica e pregiuridica¹¹⁹. Invero, secondo la più recente impostazione, che ha trovato ormai un certo riscontro in giurisprudenza, la condotta colposa non è riducibile al comportamento causativo ma è prima di tutto violazione di una regola cautelare. E l'evento colposo, lungi dal potersi ridurre al *genus* naturalistico indicato dalla disposizione incriminatrice («morte» o «lesioni» negli artt. 589 e 590 c.p.), da un lato, deve corrispondere alla *specie* che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire (c.d. nesso di rischio; concretizzazione del rischio; scopo della regola cautelare); e dall'altro lato, deve essere evitabile tramite l'adozione della regola cautelare la cui trasgressione è contestata (c.d. causalità della colpa; evitabilità in concreto; comportamento alternativo lecito).

Ciò rammentato, tanto la normatività della condotta quanto la normatività dell'evento possono essere sfruttati per evitare una deriva paternalistica della colpa penale. Al fondo di entrambe le soluzioni v'è comunque la medesima istanza logica: ossia la valorizzazione del principio di autoresponsabilità quale limite funzionalistico della colpa penale doverosamente interpretata in termini relazionali¹²⁰. Ove se ne individui il fondamento in un'istanza solidaristica non dissimile da quella che sostiene la responsabilità penale per inerzia, ben ci si avvede infatti che *la decisione della vittima di autoesporre al pericolo tende a operare come fattore preclusivo dell'imputazione colposa di stampo normativo*: vuoi per la mancanza di regole cautelari finalizzate alla prevenzione del comportamento autolesionistico, specie se volontario¹²¹; vuoi perché, il gesto autolesivo tende

¹¹⁹ Su entrambi gli aspetti v. diffusamente per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 26 ss., 135 ss., *passim*.

¹²⁰ Cfr. in tal senso, da ultimo, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 323 ss.

¹²¹ Fa eccezione ovviamente il dovere cautelare gravante sulle figure di controllo degli incapaci e degli incapacitati (genitori, psichiatri, agenti di polizia penitenziaria, datori di lavoro, eccetera), nonché il predominio cautelativo di taluni soggetti rispetto a precipe fonti di pericolo: si veda ad esempio – correttamente – la responsabilità per omicidio colposo riscontrata a carico del pilota di un aereo da turismo che, dopo essere atterrato, aveva tolto la sicura dello sportello

a cadere al fuori (o ad essere estromesso) dallo spettro preventivo della regola cautelare.

Con riferimento alla prima ipotesi, vale a dire alla mancanza di colpa per difetto di una regola cautelare volta a preservare gli altri dalle proprie decisioni autolesioniste, oltre al caso già analizzato della moglie suicida (v. *supra* § 6), può citarsi l'esempio del medico di famiglia che riscontri un infarto in corso in un paziente refrattario alle cure¹²². Ebbene, in tale situazione, non v'è dubbio che il medico sia tenuto a indicargli la necessità di un pronto ricovero ovvero a chiamare immediatamente il soccorso medico. Ove però il paziente si rifiuti di assecondare tali iniziative, comunicando di volersene tornare a casa anziché recarsi all'ospedale, non esiste una regola cautelare che imponga al medico di rincorrerlo per imporgli di ricoverarsi. Moralmente potrà anche sentirsi tenuto a farlo – così come di fatti è successo – ma ove così non fosse tale mancanza non potrà essergli rimproverata in sede penale, stante per l'appunto l'assenza di una regola cautelare volta a prevenire il comportamento autolesivo.

Quanto invece all'autoesposizione al pericolo quale causa di atipicità dell'evento morte o lesione, gli esempi non mancano. Ben s'intuisce infatti che, in una prospettiva prettamente solidaristica della colpa, la condotta autolesionista rappresenta uno dei principali fattori di esclusione dell'evento infausto da quelli che la regola cautelare si prefigge di prevenire, nel senso che è proprio il comportamento della vittima a sospingere l'evento fuori dallo spettro preventivo della regola cautelare trasgredita. Così, per citare ancora un caso tratto dalla giurisprudenza sulla responsabilità medica, il chirurgo che abbia trasferito anzitempo dalla rianimazione al reparto di otorinolaringoiatria un paziente cui era stato asportato un tumore sottomandibolare, violando in tal modo «la buona pratica professionale» – una soluzione dettata dalla necessità di liberare gli scarsi posti in rianimazione e dipesa dalla possibilità di somministrare in reparto lo stesso trattamento di ossigenoterapia di cui il paziente necessitava – non può essere chiamato a rispondere della morte del paziente che, sfruttando la mancanza di controllo del reparto, si sia alzato dal letto di nascosto, tolto la mascherina dell'ossigeno, riprendendo poi a fumare sino a morirne per ipossia

prima di spegnere il motore (violazione della regola cautelare volta a prevenire i passeggeri) lasciando così che il passeggero scendesse ferendosi mortalmente con l'elica ancora in movimento: Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 1985, n. 271, in *Ced rv* 167344.

¹²² Cass. pen. sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852, in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

e ipercapnia¹²³. Vero è infatti che, ove fosse rimasto in terapia intensiva, l'evento non si sarebbe probabilmente verificato stante il persistente controllo assicurato dagli operatori. È altresì vero che il maggiore monitoraggio garantito dalla terapia intensiva ha carattere organico e biologico, non già una funzione custodiale e in quanto tale finalizzato a preservare il paziente da gesti autolesivi. Non v'è dunque alcuna corrispondenza tra l'evento concretamente verificatosi e lo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente disattesa.

Mutatis mutandis, l'autoesposizione al pericolo quale ragione di atipicità dell'evento trova applicazione in numerose decisioni concernenti la responsabilità colposa nella circolazione stradale, sebbene mai come in questi casi la Cassazione tenda a confondere il criterio della concretizzazione del rischio con quello della causalità della colpa. Si veda al riguardo il caso del conducente deceduto nello scontro da lui stesso cagionato con l'auto che sopraggiungeva in senso contrario a causa dello sbandamento dipeso dall'eccessiva velocità: nessuna responsabilità può addebitarsi all'altro conducente, sebbene procedesse a velocità non consentita e in prossimità della linea di mezzeraia, in quanto le regole cautelari trasgredite sono volte a preservare gli utenti della strada che procedono regolarmente nella loro direzione, non già gli automobilisti, come la vittima, che per colpa invadono la corsia opposta¹²⁴. Ma si consideri altresì il caso del centauro deceduto per essere scivolato sull'asfalto umido finendo così per cozzare contro lo spigolo sinistro anteriore dell'auto che sopraggiungeva nella direzione contraria: ancorché quest'ultima procedesse «non mantenendo strettamente la destra» così come imposto dall'art. 143 c. strad., e sebbene l'osservanza di quest'ultima norma avrebbe verosimilmente salvato il centauro la cui scivolata sarebbe potuta proseguire, nessuna responsabilità colposa è da riconoscersi al conducente dell'auto in quanto la regola cautelare trasgredita è volta «a garantire una intercapedine tra i flussi contrapposti di veicoli, onde garantire uno spazio di manovra in caso di percepibili, modesti sconfinamenti» non già l'incolumità delle persone che per una loro negligente condotta di guida si trovano a scivolare sull'asfalto umido¹²⁵.

I casi da proporre sarebbe molti, anche perché i principi diagnostici appena esemplificati valgono in tutti i contesti colposi e rispetto a qualunque dovere cautelare, pure quello riguardante il controllo delle persone incapaci, minori,

¹²³ Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 34369, in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

¹²⁴ Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2010, n. 32126, in *Guida al dir.*, 2011, n. 1, 99.

¹²⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 2010, n. 18157, in *Guida al dir.*, 2010, n. 27, 82, da cui è tratta la citazione.

eccetera¹²⁶. V'è però un elemento culturale, prim'ancora che giuridico, che ne frena la diffusa e corretta applicazione, soprattutto nei casi in cui l'autoesposizione della vittima sia avvenuta interagendo con altri, chiamati per questa ragione a risponderne. Il riferimento è al più macroscopico ossimoro paternalistico che la nostra cultura giuridica abbia partorito: vale a dire il concetto di diritto *personalissimo indisponibile*, là dove il superlativo designa la quanto mai stretta afferenza del bene alla persona, mentre l'attributo evidenzia, paradossalmente, l'espropriazione giuridica cui l'ordinamento l'ha sottoposto¹²⁷. È infatti da questo *monstrum vel prodigium* che scaturiscono le difficoltà a valorizzare il consenso scriminante dell'aveute diritto nei reati colposi¹²⁸: con la conseguenza che, salvo i rari casi in cui l'ordinamento condivide la ragione per cui il titolare del bene ha messo in pericolo il bene personalissimo, negli altri in cui secondo la *communis opinio* la scelta del titolare è sconsiderata, avventata o semplicemente non condivisibile (una gita in barca con il brutto tempo, un allenamento di apnea in violazione delle regole cautelari, una corsa con la moto senza casco, ecc.) quest'ultima viene assiomaticamente privata di qualunque valenza liberatoria nei confronti di coloro che l'hanno condivisa.

Anche questo, tuttavia, è un tema troppo ampio per potere essere affrontato in questa sede. Obiettivo del lavoro era solo quello di mettere in luce che forme di paternalismo giuridico si annidano più nella fase applicativa del diritto che non in quella legislativa. Si è trattato – va da sé – solo di un abbozzo, che ci si

¹²⁶ Emblematica in tal senso l'ormai assodata giurisprudenza sulla assoluzione del conducente dello scuolabus per l'incidente cui è andato incontro uno dei bambini successivamente alla discesa non rientrando questi nello spettro cautelare imposto al garante: cfr. Cass. pen., sez. II, 2 agosto 1994, Picardi, in *Arch. Circolaz.*, 1996, 121 ss.; Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 1988, n. 9212, in *Ced. rv.* 179154; Cass. pen., sez. 4, 29 settembre 1987, n. 10201, in *Ced. rv.* 176742; condivide nel merito tale orientamento R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 219 ss. Nella stessa direzione, Trib. Perugia, 25 marzo 2000 [inedita] che ha assolto dall'accusa di lesioni colpose il commerciante che vendette illecitamente petardi al minore il quale unendosi tra loro aveva creato un ordigno l'esplosione del quale procurò al ragazzo le ferite: e ciò proprio in ragione del fatto che la norma cautelare trasgredita dal commerciante sarebbe volta a proteggere i minori dalle conseguenze derivanti da un uso "normale" dei petardi, non già dalle offese che i minori possono provocare a sé stessi o ad altri utilizzando come risorsa per il deliberato confezionamento di ordigni. L'assoluzione – non v'è da sorprendersi – non resse comunque in Cassazione, la quale sulla base dell'ennesima lettura paternalistica del dovere cautelare ritenne che anche il danno da ordigno rientri nello spettro preventivo della regola cautelare trasgredita: così Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2002, n. 29709, in *Riv. pen.*, 2002, n. 895.

¹²⁷ Cfr. per tutti F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., 48 ss. nonché, in una diversa prospettiva, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 231 ss.

¹²⁸ *Amplius* F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., 86 ss., 93 ss. In senso critico S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 182 ss.

augura di potere sviluppare in una più ampia trattazione del principio di auto-responsabilità quale limite applicativo generale della fattispecie penali dettate da un'istanza solidale.

SILVIA TORDINI CAGLI

IL PATERNALISMO LEGISLATIVO

SOMMARIO: 1. Una breve premessa: paternalismo, libertà e laicità dello Stato. – 2. Tutela della dignità umana e giustificazione paternalistica dei divieti. - 2.1. La regolamentazione della prostituzione. - 2.2. La disciplina della pornografia infantile. – 3. Diritto penale e bioetica. - 3.1. La legge sulla procreazione medicalmente assistita. - 3.2. Le problematiche eutanasiche nella cornice degli artt. 579 e 580 c.p. – 4. I limiti al potere dispositivo dell'integrità personale. La tutela dell'individuo da se stesso in alcune recenti scelte legislative. - 4.1. Le mutilazioni genitali femminili. - 4.2. La normativa sul doping. - 4.3. La disciplina legislativa in materia di stupefacenti.

1. *Una breve premessa: paternalismo, libertà e laicità dello Stato*

Nel 1858, Stuart Mill, nel suo saggio *On liberty* scriveva: «Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in modo assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società ed individuo, sia che li eserciti mediante forza fisica, sotto forma di pene legali sia mediante la coazione morale dell'opinione pubblica. Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, ad interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualsiasi membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare il danno ad altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perchè è meglio per lui, perchè, nell'opinione altrui, è opportuno o persino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso che si comporti diversamente»¹.

Mill ha così posto le basi del liberalismo penale classico coniando, probabilmente per la prima volta, il principio del danno ad altri, poi ripreso sostenuto ed approfondito dai filosofi morali, oggi divenuto argomento centrale nel dibattito sulle ragioni della criminalizzazione nei paesi di *common law*.

¹ MILL, *On liberty*, trad. it. Est, 1999, 12.

Secondo la definizione data da Feinberg, alla stregua di questo criterio “forte” di legittimazione dell’intervento penale, «è sempre una buona ragione del fondamento della legislazione penale che essa sia efficace nella prevenzione (eliminazione, riduzione) di danni a soggetti diversi dall’autore (colui nei confronti del quale è posto il divieto di agire) e che non vi siano altri mezzi ugualmente efficaci»².

Secondo la visione liberale, dunque, è inaccettabile un intervento limitativo della libertà di azione del singolo cittadino sulla base di istanze di natura paternalistica e moralistica. Per paternalismo si deve, come noto, intendere la riduzione della libertà di scelta di un individuo operata dall’ordinamento al fine di assicurare alla persona – o ad una categoria di persone – una protezione da atti contrari al suo stesso interesse. Varie sono le distinzioni all’interno del concetto, alcune delle quali con risvolti applicativi di notevole rilievo. Pensiamo a quella tra paternalismo forte e paternalismo debole: quest’ultimo indica quell’atteggiamento in base al quale l’ordinamento interviene a proibire condotte autolesive, (ovvero condotte offensive in presenza del consenso dell’interessato) quando non siano sorrette da una scelta realmente libera e responsabile. L’accettazione senza riserve del paternalismo debole quale parametro di legittimazione delle scelte di intervento punitivo è generalizzata anche tra i sostenitori di una ideologia liberale; secondo taluno non sarebbe neanche da includersi nella categoria del paternalismo, in quanto mancherebbe una vera e propria limitazione della libertà, mancando a monte una scelta realmente libera.

A questo proposito diviene di estrema rilevanza individuare i criteri in base ai quali determinare quando un soggetto possa essere considerato realmente autonomo – e dunque un suo consenso davvero genuino – senza cadere in facili argomentazioni presuntive.

Pensiamo, ancora, alla distinzione tra paternalismo puro o impuro: nel primo caso la norma trova la sua ragione di essere solo nella esigenza di evitare un danno allo stesso soggetto agente (o al soggetto che consente alla lesione); nel secondo caso, invece, è giustificabile, come spesso accade, anche sulla base di ulteriori esigenze; la ricostruzione dell’effettiva *ratio* di tutela delle disposizioni di legge, in effetti, non sempre è di prima evidenza. Nella maggior parte dei casi, anzi, la *ratio* legata alla tutela del singolo da se stesso risulta essere compresente con la tutela di altri interessi, spesso riferibili alla collettività in genere. In tal caso, la legittimità della limitazione della libertà di scelta dell’individuo dovrà essere valutata sulla base di un attento bilanciamento di interessi, secondo

² FEINBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to others*, New York-Oxford, 1982, 26.

parametri rigorosi³.

In quest'ottica si deve tener conto del fatto che un interesse pubblico è, in pratica, sempre coinvolto anche quando un soggetto offende se stesso. «Se cinquantamila persone si uccidono ogni anno per scelta o per comportamenti colposi, allora milioni di tasse non vengono pagate all'erario, milioni di dollari vengono spesi in assicurazioni sociali, o in interventi di polizia, ambulanze, ospedali. Morti ed offese autocagionate, considerate cumulativamente, sono un considerevole inconveniente pubblico»⁴.

Alla difficoltà di tenere distinte norme paternalistiche da norme ispirate *all'harm to other*, si affianca poi la facile confusione tra norme ispirate al principio paternalistico e norme ispirate al principio moralistico, in base al quale una condotta sarebbe legittimamente punibile perchè immorale anche se priva di qualsiasi potenzialità offensiva di interessi di terzi.

In questo senso l'*harm principle* elaborato nel linguaggio di *common law* appare senz'altro corrispondere in larga misura all'idea del reato come offesa ad un bene giuridico tipica della cultura continentale occidentale. Ad entrambi si può riconoscere una duplice funzione: una negativa che consente di escludere con certezza alcune tipologie di fatti da una tutela penale legittima – i fatti solo immorali ma privi di un connotato di dannosità, ad esempio – ; una positiva, che mira ad operare una selezione di quei fatti legittimamente punibili attraverso lo strumento penale⁵.

Rifiuto del moralismo giuridico e rifiuto del paternalismo giuridico, dunque, sono due aspetti di una concezione dello Stato e dell'ordinamento, che sia una concezione laica – espressione cioè della logica del pluralismo – che ricusi una intuizione morale, preminente e, soprattutto, prevaricante⁶.

³ Sulla compresenza di modelli diversi giustificazione di norme, DICIOTTI, *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi senesi*, 1988, I, 84 ss.; ID, *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 368 ss.

⁴ Così FEJNBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to self.*, New York-Oxford, 1986, 22.

⁵ DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di CADOPPI, Milano, 2010, 43 ss.

⁶ Non è questa la sede per addentrarsi nelle complesse questioni concernenti il significato e l'evoluzione storico-terroica del concetto di laicità. Su tali aspetti, peraltro, la letteratura è sconfinata. Solo in via esemplificativa, BARBERA, *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, Bologna 2007, a cura di CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 242; FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, I, Milano, 2006, 283 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 ss.;

Separazione del diritto dalla morale significa quindi che «lo Stato non deve immischiarsi coercitivamente nella vita morale dei cittadini e neppure promuovere coattivamente la moralità»⁷, ma significa anche che il diritto penale non ha il compito di rafforzare o imporre la (o una determinata) morale, ma solo di impedire la commissione di azioni dannose per i terzi.

La società moderna, sempre più pluralistica, dovrebbe ispirarsi ad un ampliamento delle sfere di esercizio di scelte private, limite all'autorità morale dello Stato. Il consenso e il principio di autonomia dovrebbero costituire sempre più le basi per una etica laica pluralista.

Fin qui, in estrema sintesi, le premesse teoriche; il piano del dover essere. Ma lo scopo di queste righe è quello di dare uno sguardo al riscontro che le premesse teoriche hanno avuto dal punto di vista applicativo. Un confronto tra piano del dover essere e piano dell'essere. Il punto sul paternalismo legislativo, appunto.

La carrellata di osservazioni che seguiranno su alcuni dei settori nevralgici per le dispute sui temi della laicità, dei limiti morali del diritto penale, del paternalismo, non può, tuttavia, che ingenerare uno stato d'animo – anticipiamo qui le nostre conclusioni – di estrema delusione.

Non possiamo che condividere lo stato d'animo di chi recentemente, tornato a confrontarsi dopo 15 anni con questo stesso tema, ha scritto: «la mia reazione rasenta lo stupore: l'impressione è come se non fosse trascorso appena un quindicennio, ma un secolo e forse più. In quello scritto si coglieva un'atmosfera – e io stesso mi sforzavo di alimentarla – da democrazia liberale, orientata secondo coordinate incentrate sulla secolarizzazione in senso sociologico e, dal punto di vista costituzional-penalistico, su di una tendenziale separazione tra legge penale e morale. La tesi della distinzione e reciproca autonomia tra delitto, peccato e/o immoralità – coerente con la premessa che lo Stato non deve paternalisticamente assurgere a tutore della virtù dei cittadini, non rientrando tra i suoi compiti interferire nel modo di essere, di pensare e nell'atteggiamento interiore dei singoli individui – implicava, come effetto consequenziale, un processo di laicizzazione e secolarizzazione degli stessi beni giuridici penalmente rilevanti» – oggi – «è in non piccola parte mutato il clima generale, nel senso che le spinte che avrebbero potuto favorire l'attecchimento di quella dottrina sono state nel

PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 55 ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss. Sui collegamenti tra laicità, moralismo e paternalismo si rinvia altresì al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, 207.

frattempo controbilanciate da spinte in direzione contraria: convergenti cioè nel promuovere un processo di ri-eticizzazione del diritto penale»⁸.

2. Tutela della dignità umana e giustificazione paternalistica dei divieti

Il riferimento al concetto di dignità è oggi una costante, quando ci si confronta con i diritti fondamentali.

Il richiamo alla dignità umana quale diritto inviolabile è ormai presente in tutti i testi costituzionali dell'Unione Europea, ma è anche elemento ricorrente nei più importanti testi di diritto internazionale, dal preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1945 alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, alla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina, alla Carta dei Diritti dell'Unione Europea, solo per citarne alcuni.

Certo è che il valore dignità ha sempre più assunto un ruolo centrale, affiancandosi o sovrapponendosi al riconoscimento dei più tradizionali diritti fondamentali dell'uomo, sia per quanto riguarda il piano normativo, ma anche quello scientifico-teorico e, aspetto di grande interesse, anche quello giurisprudenziale-applicativo.

La dignità ha progressivamente perso così l'originaria ed esclusiva connotazione etico-filosofica per trasformarsi sempre più in strumento regolativo. Tuttavia la innata indefinitezza del concetto ha consentito utilizzazioni e prese di posizioni tutt'altro che univoche e, talora, non del tutto condivisibili.

In effetti, a seconda del significato che si attribuisce a siffatta locuzione, il riferimento alla dignità personale può essere finalizzato ad una estensione della sfera di autonomia degli individui ovvero, viceversa, ad una «surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti a scapito del pluralismo e delle diversità»⁹.

Pur essendo la dignità umana un bene primario indiscutibile, è talmente ricco di implicazioni etiche e ideali, valore dal contenuto talmente generale ed indefinito, «da fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare un più specifico bene giuridico o – comunque – un profilo di tangibile dannosità sociale»¹⁰.

È certo che la dimensione etica della dignità non può essere ignorata: tutti i

⁸ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2007, 558.

⁹ RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (nota a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 827.

¹⁰ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 558.

tentativi di definizione del concetto includono, inevitabilmente, un riferimento alla morale o, comunque, alle regole della morale; ma questa considerazione non fa che accentuare la polarità di contenuti. La nozione stessa di morale è, infatti, suscettibile di una duplice proiezione: una privata e personale; una pubblica e collettiva. La prima ci consente di definire la morale come l'insieme delle regole di condotta accettate dall'individuo per indirizzare il proprio comportamento, e dunque di identificarla come una realtà che non può essere imposta da alcuna autorità esteriore. La dimensione collettiva di morale, invece, designa ciò che è bene e ciò che è male in senso oggettivo; in questo senso la morale diviene un dato esterno, che può prescindere dalla sensibilità del singolo individuo e può ad essa contrapporsi. Nella visione più estrema può arrivare a coincidere con la stessa idea di ordine pubblico¹¹.

L'accostamento della dignità personale all'una o all'altra delle accezioni di morale comporta conseguenze diversissime e consente o meno di giustificare ingerenze esterne nella sfera di autonomia del singolo individuo. Ancora: consente di utilizzare il riferimento alla dignità personale come giustificazione di divieti di natura esclusivamente o prevalentemente paternalistica ovvero – al contrario – di rifiutare come inammissibile una siffatta prospettiva di intervento.

Diversamente posto, il problema si risolve nella alternativa tra il considerare la dignità personale un limite alla libertà di autodeterminazione dello stesso soggetto la cui dignità si assume come violata; ovvero individuarvi un elemento costitutivo e portante della stessa libertà: non c'è dignità senza libertà; non c'è rispetto della dignità in mancanza di rispetto della libertà dell'individuo.

Quest'ultima è l'accezione di dignità che viene certamente accolta dal modello interpretativo nord americano, che si incentra sul principio di autonomia individuale quale criterio dirimente il pluralismo di valori tipico della società moderna: *il right of privacy*. Tale prospettiva si palesa, in modo evidente, in riferimento all'ambito della bioetica; ma non solo. È, infatti, senz'altro vero che quando si affrontano le questioni inerenti ai “limiti morali del diritto penale”,

¹¹ Emblematica di questa trasposizione della dignità nella morale pubblica e poi nell'ordine pubblico la vicenda giudiziaria francese avente ad oggetto la pratica del “*Lancer de nains*”, su cui LEBRETON, *Ordre public, ordre moral e lancer de nain*, in *Recuell Dalloz*, 1996, 177; D. ROUSSEAU, *Le libertes individuelles et la dignité de la personneh humaine*, Paris 1998, 66 ss.; GIMENO-CABREIRA, *Le tritement jurisprudentiel, du princip de dignité de la personne humaine*, Paris, 2004, 157. Analogamente il caso è stato risolto in Germania dai giudici amministrativi tedeschi che hanno negato l'autorizzazione allo spettacolo perchè in contrasto con il buon costume. Sulle vicende sia consentito anche il rinvio al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 249 ss.

alla laicità dell'ordinamento e dunque ai rapporti tra diritto, e soprattutto diritto penale, e morale, il settore che maggiormente si presenta arduo ed in riferimento al quale più controverse sono le posizioni, è quello della bioetica. Come è stato recentemente ricordato, in questo delicatissimo universo «il più grosso scoglio in cui si imbatte l'opzione criminalizzatrice è costituito, notoriamente, dalla difficoltà di individuare beni giuridici dal contenuto sempre afferrabile e dai contorni sempre ben profilati. È questo un terreno accidentato e scivoloso, nel quale la tante volte auspicata funzione critico-delimitativa della categoria del bene giuridico si espone a un concreto rischio di fallimento: ciò a causa del peso tendenzialmente preponderante delle pregiudiziali religiose, delle visioni morali e delle reazioni emozionali»¹². Avremo modo di verificarlo.

Ma l'ambito della bioetica non è il solo ad essere interessato da queste problematiche. Un'altro di quei settori in cui si manifesta in modo altamente problematico la conflittualità tra libertà individuale ed esigenza di tutela – ed in cui il riferimento alla dignità personale riemerge costante – è quello che interessa la “sfera sessuale” degli individui.

Non è un caso che la Suprema Corte ha da sempre identificato il nucleo duro del *right of privacy*, che si assume garantito dal XIV Emendamento, proprio nella libera espressione della sessualità. A partire da *Grinswold v. Connecticut* fino a *Roe v. Wade*, e oggi al recente *Laurence w. Texas*, le pronunce della Corte sempre più esplicitamente fanno riferimento alla libertà di autodeterminazione sessuale – e quindi allo stesso *right of privacy* – come aspetto centrale della dignità umana¹³. Ma anche di qua dall'oceano, la Corte di Strasburgo è giunta di recente a riconoscere la valenza della autonomia personale – di cui la libertà sessuale sarebbe parte integrante – pronunciandosi sulla illegittimità dell'ingerenza da parte dell'ordinamento – e segnatamente del diritto penale – rispetto a pratiche sadomasochistiche anche estreme, o comunque particolarmente cruente, se poste in essere in privato con il consenso della vittima¹⁴.

Spesso, tuttavia, come sopra ricordato, nella realtà europea, la dignità viene intesa come sinonimo di moralità pubblica, o addirittura di ordine pubblico,

¹² Così testualmente FIANDACA, *Nuovi orizzonti di tutela penale della persona*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di CANESTRARI, FOFFANI, Milano, 2005, 180.

¹³ BARSOTTI, *Privacy ed orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005. Per una ricostruzione delle questioni, MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, *Il Governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, 890.

¹⁴ Sul punto ancora MARELLA, *Sesso, mercato*, cit., 890, cui si rinvia anche per i riferimenti di letteratura.

divenendo così limite alla stessa libertà di autodeterminazione del singolo con conseguenti rischi di deriva verso il paternalismo giuridico.

2.1. *La regolamentazione della prostituzione*

«In maniera crescente ci si rende conto che i diversi “mercati del sesso” richiedono forme di regolamentazione giuridica. La questione dunque non è se la sessualità possa formare oggetto di un contratto – in genere lo è – ma quali sono i vincoli posti all’autonomia contrattuale al fine di tutelare interessi di carattere generale. Fra questi rientrano ovviamente la pubblica decenza e la protezione dei minori, ma vi si aggiungono la salute individuale e collettiva, la quiete pubblica, le condizioni di lavoro, il contrasto alla criminalità organizzata»¹⁵.

Ma sempre più l’avversione verso la contrattualizzazione del sesso si fonda sul principio della tutela della dignità umana che sposterebbe le ragioni della “invalidità del contratto” dalla tutela di un interesse collettivo (la morale pubblica), alla tutela dello stesso soggetto dell’atto dispositivo. Ma se l’atto è posto in essere da soggetto adulto e consapevole, il divieto confligge con il generale principio di libertà, che consente di porre in essere tutti quegli atti che non arrecano danno ad altri ed assume la valenza di ingerenza paternalistica nell’autonomia del singolo. «E solo ricadendo sulla teoria del buon costume si riesce a giustificare il divieto di prestazioni sessuali non pericolose nè per chi le fornisce nè per chi le riceve»¹⁶.

In effetti, la condanna morale della prostituzione deriva principalmente dalla considerazione che la mercificazione del proprio corpo e della propria sessualità offenda la dignità della persona che si prostituisce. Il fatto che oggi, vale pena ribadirlo, la dignità abbia assunto sempre più un ruolo centrale anche quale principio giuridico, comporta che «lo scontro tra scambio sessuale e dignità umana» oggi si consumi, anche e soprattutto, sul piano del diritto, richiedendo per la sua soluzione un «impervio lavoro di misurazione, di distinguo, di bilanciamento, lungo un asse in cui le due polarità, libertà e dignità, si intrecciano in rapporti controversi e conflittuali»¹⁷.

Un rapido sguardo alle legislazioni europee in materia di prostituzione consente di evidenziare che, a prescindere dal modello di riferimento a cui si ispirano, le ragioni delle scelte di incriminazione sono legate – comunque – a con-

¹⁵ Così ZENO-ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in *Trattato di biodiritto*, cit., Tomo I, 878.

¹⁶ ID, *Approcci diversi*, cit., 880.

¹⁷ Così efficacemente MARELLA, *Sesso, mercato*, cit., 888

siderazioni di natura etica. Sia che si consideri il fenomeno della prostituzione come “immorale in sé”, e dunque per questo da vietare e da punire; sia che vi si individui una forma di sfruttamento della prostituta, vista quale soggetto debole, la cui dignità deve essere quindi protetta e difesa, le implicazioni alla base delle scelte di intervento sono evidentemente dominate da istanze di carattere ideologico-culturale che tendono ad identificare la prostituzione con l’idea della coercizione.

In particolare, gli schemi classici dei modelli di disciplina della prostituzione si possono, come noto, riassumere come segue: il proibizionismo criminalizza la prostituzione, tanto nella figura del cliente quanto in quella della prostituta, considerando la prostituzione un fatto immorale; il regolamentarismo, riconoscendo che la prostituzione è un male necessario, ne propone una regolamentazione e controllo giuridico; l’abolizionismo propone la completa decriminalizzazione della prostituzione e della prostituta in un’ottica di intervento teso alla protezione della dignità della donna.

Passando dall’astratto al concreto, l’esame delle opzioni normative esistenti, pur in linea di massima riconducibili ai modelli originari, presentano, come è ovvio, alcune sfumature nuove.

Di stampo sicuramente regolamentarista, le legislazioni di Olanda e Germania riconoscono oggi alla prostituzione lo *status* di rapporto di lavoro, mentre le legislazioni neo-proibizioniste di Danimarca e Svezia criminalizzano il cliente allo scopo di tutelare o meglio “salvare” la prostituta. Nello stesso senso, il regime francese inasprisce la risposta sanzionatoria per il cliente e vieta l’adesamento da parte della prostituta, nell’ottica di una disciplina della prostituzione che rifiuta l’idea della libera scelta e accoglie quella della coercizione e dunque della prostituta come vittima.

L’Italia, come noto, prevede numerose fattispecie penali di contrasto al fenomeno della prostituzione, tra cui l’induzione e il favoreggiamento della prostituzione, ma non considera reato il prostituirsi.

L’estrema varietà del quadro normativo europeo, in cui peraltro sembra prevalere una visione del fenomeno della mercificazione del sesso ancora connotata da condizionamenti ideologici e morali di stampo tradizionale, appare in linea, d’altra parte – sembra opportuno evidenziarlo – con l’approccio altalenante del diritto dell’Unione europea. Da un lato, infatti, a partire dal protocollo di Palermo fino alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta, emerge una politica di lotta alla prostituzione che si basa sull’idea della stessa come coercizione, tendenzialmente identificabile con la tratta; d’altro lato, la Corte di Giustizia ha invece individuato nella prostituzione – purché esercitata

in via autonoma dalla prostituta, sotto la propria responsabilità, in assenza di vincoli di subordinazione – una attività economica, all’esercizio della quale è finalizzato il riconoscimento della libertà di stabilimento all’interno dei confini dell’Unione, rimandando così all’immagine della prostituta come donna libera che per scelta dispone di sé¹⁸.

2.2. *La disciplina della pornografia infantile*

I delitti di pornografia infantile sono stati introdotti nel codice penale italiano dalla legge 269 del 3 agosto 1998 e poi modificati con la legge 6 febbraio 2006 n. 38 con la quale è stato aggiunto altresì l’art. 600 *quater* I, che punisce anche le condotte di produzione, messa in circolazione e detenzione di materiale pedo-pornografico virtuale¹⁹.

Oggi, dunque, vengono punite tutte le condotte di cui si compone la catena del mercato del materiale pornografico minorile, dalla diretta mercificazione del minore fino alla mera detenzione del materiale stesso.

L’attrito tra esigenze di libertà e necessità di tutela anche contro la volontà dell’interessato raggiunge un punto di massimo allarme nei reati di prostituzione e pornografia minorile, laddove non è richiesta la coercizione dell’altrui volontà o sfruttamento dell’altrui immaturità anche a titolo presuntivo: il fondamento della repressione risiede infatti su una valutazione legislativa in ordine alla loro dannosità per lo sviluppo della personalità dell’infradiciottenne, anche e a prescindere dal suo consenso.

Certo l’elevazione fino all’età di 18 anni di una tutela indisponibile rispetto ai fenomeni di prostituzione e pornografia si spiega con l’aumento delle fonti di pericolo che la società contemporanea crea nei confronti dei minori, per i quali, una rafforzata protezione si giustifica dunque senz’altro nell’ottica di un paternalismo debole²⁰.

Più problematica, invece, in questo ambito, appare la giustificazione della tutela se andiamo a considerare le fattispecie che puniscono la c.d. pornografia virtuale o le condotte di mera detenzione di materiale pornografico, in relazione alle quali la anticipazione della soglia di protezione rispetto al bene giuridi-

¹⁸ Corte di giustizia CE 20 novembre 2001, C-268-99, Jany ed altri, in *Quad cost.*, 2002, 398, con commento di LUCIANI.

¹⁹ Per un esame della disciplina si rinvia a DI GIOVINE, *Commento agli articoli da 600-bis a 600-septies del codice penale*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007, 3592 ss.

²⁰ SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., Tomo I, 205.

co che si assume violato dalla pornografia minorile – cioè il corretto sviluppo psico-fisico della personalità del minore – si estremizza al punto da stridere con il canone della necessaria offensività.

Per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 600 *quater*, il disvalore d'azione era, nella versione originaria, legato alla previsione che il materiale fosse ricavato dallo sfruttamento sessuale dei minori. La riforma ha eliminato tale riferimento rendendo assai più sfumato l'oggetto di tutela e accentuando così il carattere di delitto-ostacolo della fattispecie.

La difficoltà di trovare giustificazioni che oltrepassino valutazioni di carattere etico-morale o ideologico è ora davanti agli occhi di tutti²¹. E, come spesso accade in questi contesti, ancora una volta si è stati indotti a giocare la carta della tutela della dignità personale.

La protezione di tale interesse accomunerebbe tutti i reati di pornografia minorile inclusi, pertanto, anche i reati di pornografia virtuale. Anche l'immagine virtuale, infatti, potrebbe, secondo siffatta prospettiva, avere il medesimo impatto sul mercato della pedofilia e, soprattutto, sulla stimolazione di ulteriori scambi di materiale pedopornografico reale. In particolare, sarebbe opportuno distinguere tra la fase della preparazione e produzione delle immagini virtuali e quella di messa in commercio delle stesse. Una potenzialità offensiva sarebbe ravvisabile solo nella seconda condotta, poiché in grado di porre in pericolo la dignità del minore astrattamente inteso²². La tutela sarebbe così apprestata «alla salvaguardia delle condizioni fondamentali di riconoscimento e rispetto dei diritti dei fanciulli in tale ambito, oggetto di un autentico interesse collettivo allo sviluppo equilibrato delle prossime generazioni ed in definitiva della stessa società umana, affinché sia improntata a modelli di rapporti interpersonali non mercificati, in cui non sia negata la fondamentale dignità di persona di ogni fanciullo e lo stesso non sia rappresentato né ridotto a mero strumento di soddisfazione dei bisogni degli adulti»²³.

²¹ Tra gli altri, vedi le considerazioni di DEL SIGNORE, *I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di BALBI, ESPOSITO, Torino, 2011, 29 ss.; ID, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte meramente offensive per la personalità dei minori?*, in *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI, DEL SIGNORE, Padova, 2008, 82 ss.; DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 81 ss.; PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte prima)*, in *Studium iuris*, 2007, 10, 1073.

²² Critico su questa impostazione, DEL SIGNORE, *I reati*, cit., 55 ss.

²³ Così PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, cit., 1073 ss.

È evidente come il riferimento alla dignità umana utilizzato in questi termini, come prerogativa dell'umanità del suo complesso, che deve essere rispettata dal singolo ed il cui rispetto può essergli dunque imposto dall'esterno, si presta facilmente a giustificare operazioni neomoralizzatrici che potrebbero sacrificare le prerogative individuali. Inteso in questi termini inoltre, come è stato giustamente osservato, il bene giuridico diventa inafferrabile e perde la sua funzione selettiva sia in chiave negativa, sia in chiave positiva, sul piano dell'offensività ma anche della laicità. L'impiego di un tale riferimento rischia pertanto di risultare troppo vago e di essere utilizzato in situazioni applicative differenti e distanti tra loro: «una utilizzazione inflattiva, interessata a sfruttare opportunisticamente l'efficacia retorica di argomentazioni altrimenti deboli»²⁴.

3. *Diritto penale e bioetica*

Sotto il profilo dei rapporti tra diritto penale e morale si è assistito e continua ad assistersi ad un mutamento continuo di sensibilità, cosicché scompaiono dall'ambito della rilevanza penale reati contro la morale, un tempo puniti, e nuove forme di immoralità richiedono o sembrano richiedere una nuova tutela e, quindi, un intervento del diritto. «Territorio storico di confronto (peraltro estraneo da tempo all'orizzonte penalistico italiano) il problema dell'omosessualità. Terreni ancora attuali, molti problemi di bioetica, la pornografia, la prostituzione. I campi in discussione sono situati, per così dire, al confine dell'area presidiata dal criterio forte ed indiscusso di legittimazione dell'intervento penale, rappresentato dal principio del danno, alla Stuart Mill: riguardano fatti e comportamenti in cui l'applicabilità di quel principio è controversa, e anche, più raramente, comportamenti il cui disvalore si identificherebbe in definitiva con il puro asserito contrasto con valori etici»²⁵.

La bioetica è materia di non lontana formazione. Negli anni '60 si assiste alla coincidenza di due fattori fondamentali: uno straordinario sviluppo tecnologico e scientifico nel campo della medicina ed un altrettanto straordinario mutamento di natura culturale e giuridica. Si impone quindi la necessità di una riflessione nuova sulla vita e sulla morte ed in particolare sui concetti di sacralità e di qualità della vita, sui poteri del medico, sul ruolo della volontà del paziente e sul riconoscimento della autodeterminazione del soggetto.

²⁴ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 558.

²⁵ PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55 ss.

La complessità delle questioni di bioetica, fisiologicamente portatrici di conflitti di interesse difficilmente risolvibili, spiegano in parte la originaria diffidenza del diritto rispetto a questo settore. Ma mutamenti culturali e sociali di grande spessore hanno portato ad un avvicinamento del mondo giuridico al mondo medico e bioetico²⁶.

Nuove forme di etica pubblica applicate alla tecnica e alla sperimentazione scientifica riguardanti la vita vengono così occupate dal diritto ed anche dal diritto penale. Si tratta di ambiti ad altissima rilevanza etica²⁷. Ambiti in cui il valore che viene generalmente evocato come oggetto di protezione, ancora una volta, è quello della dignità umana.

Alcune delle leggi su cui maggiormente si dibatte in ordine ai criteri di legittimazione di un eventuale intervento penale riguardano le questioni di inizio e fine vita nelle loro più molteplici manifestazioni. Vediamo alcuni esempi.

3.1. *La legge sulla procreazione medicalmente assistita*

Il pensiero corre immediato alla tanto tormentata disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita, contenuta nella l. n. 40/2004. In particolare la regolamentazione che la legge dedica alla fecondazione c.d. eterologa – ma non solo – è emblematica dell'impostazione di fondo della legge stessa²⁸. L'art. 4, come noto, stabilisce il divieto assoluto di fare ricorso alle tecniche di procreazione di tipo eterologo; alla utilizzazione a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente consegue l'applicazione di una sanzione amministrativa la cui valenza punitiva è tale da aver fatto parlare di “frode delle etichette” messa a punto dal legislatore per applicare «un trattamento sanzionatorio terroristico in assenza delle garanzie proprie del sistema penale»²⁹. Il divieto, come noto, riguarda sia la donazione di sperma sia la donazione di oociti, senza alcuna distinzione tra fecondazione in vivo e fecondazione in vitro. Inoltre, secondo la regolamentazione italiana, chi pratica un trattamento di

²⁶ CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento 2006, 8 ss.

²⁷ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 18 ss.; FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 587; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55, ss.

²⁸ DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita eterologa in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, 353 ss. Sulle implicazioni paternalistiche e/o moralistiche della legge vedi anche CANESTRARI - FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 172 ss.; VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penale complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007, 586 ss.

²⁹ CANESTRARI, *Procreazione assistita, limiti e sanzioni*, in *Dir pen proc.*, 2004, 416; DOLCINI, *Il divieto*, cit.; DONINI, *Il volto attuale*, cit., 19.

procreazione medicalmente assistita eterologa a favore di una coppia coniugata o convivente commette un illecito più grave rispetto a chi pratica il medesimo trattamento a favore di una donna non coniugata né convivente con un partner di sesso maschile³⁰.

Viene a questo punto spontaneo chiedersi quale sia la *ratio* di questa diversità di trattamento e, più in generale, quale siano le ragioni sottese alla scelta di postulare un divieto assoluto di fecondazione eterologa, divieto assoluto che, tra l'altro, rende la scelta del legislatore italiano assolutamente isolata nel panorama, pur eterogeneo, delle legislazioni europee in materia.

Invano, è stato scritto, si andrebbe in cerca di un bene giuridico a presidio del quale siano apposte le sanzioni di cui all'art. 12. Le scelte del legislatore del 2004 sono state orientate in realtà solo da giudizi di valore radicati nella dottrina cattolica che considerano «gravemente disoneste» le pratiche di fecondazione eterologa in quanto tradiscono il diritto esclusivo degli sposi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro³¹. Queste considerazioni spiegano anche la maggiore gravità del fatto se commesso nei confronti di coppie ovvero di persone sole: nel primo caso la fecondazione assistita eterologa presenterebbe un maggior disvalore legato alla sua assimilabilità alle pratiche di adulterio³².

Fatte queste considerazioni, non si può non concludere nel senso che il divieto in parola costituisce una ingerenza nella libertà di scelta procreativa della coppia – e dell'individuo *tout court* – che viola il diritto alla libertà procreativa e che è volto ad imporre una visione morale del bene e del giusto, incompatibile con i connotati di laicità a cui il nostro ordinamento dovrebbe invece ispirarsi.

Oggi senza dubbio, infatti, la procreazione viene considerata un diritto o libertà della persona, cuore della stessa identità personale, segno essenziale di identificazione della dignità umana e della libera esplicazione della personalità. «Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è un pezzo importante di quel pieno sviluppo della persona che costituisce l'obbiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione e promozione umana»³³.

³⁰ DOLCINI, *Il divieto* cit., 355; LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penale complementari*, a cura di PALAZZO, PALIERO, 2007, 2059.

³¹ È quanto si legge, nel catechismo della Chiesa Cattolica, al n. 2376. Sul punto, DOLCINI *Il divieto* cit., 358.

³² DOLCINI, *Il divieto* cit., 355 ss.; LOSAPPIO, *Commento*, cit., *Nota introduttiva*, 2051.

³³ D'ALOIA-TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona* in *Trattato di biodiritto*, cit., Tomo II, 1341.

È evidente come la libertà di procreare oggi necessiti di una ridefinizione che si impone a causa della evoluzione legata alle acquisizioni scientifiche. Essa non può non coinvolgere implicazioni di natura etico-sociale oltre che giuridica, richiedendo un bilanciamento tra le ragioni riposte nell'autodeterminazione del singolo e altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Difficile, ancora una volta, ritrovare una soluzione convincente nel caso in questione: il diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica e la frustrazione che può derivare dal non condividere le origini biologiche del nucleo dei soggetti della sua famiglia – che vengono talora indicati come interessi meritevoli di tutela e dunque ragioni dei divieti in questione – sono prospettive alquanto vaghe e non sufficientemente supportate dai dati empirici. In quest'ottica si deve tener presente come la stessa evoluzione del diritto di famiglia vada nel senso di una concezione della genitorialità come stato che si fonda in modo determinante su contenuti affettivi e di responsabilità, e dunque nel senso di una valorizzazione della dimensione sociale nel rapporto genitori e figli che non può essere del tutto assorbita da quella biologica³⁴.

Considerazione che ancora di più avvalorata la tesi di una fortissima valenza etico-morale dei divieti contenuti nella disciplina in questione.

3.2. *Le problematiche eutanasiche nella cornice degli artt. 579 e 580 c.p.*

Ma terreno estremamente fertile per una verifica della tenuta del nostro ordinamento giuridico penale in ordine al rispetto del principio di laicità e del criterio forte ed indiscusso di legittimazione dell'intervento penale, rappresentato dal principio del danno ad altri, è senz'altro quello che concerne la disciplina delle scelte estreme di fine vita ed in generale delle pratiche della c.d. dolce morte.

Previsioni normative che negli ultimi anni sono state al centro di un vivace dibattito interpretativo, anche giurisprudenziale, sviluppatosi sulla scia della sempre maggiore attenzione che è stata rivolta alle questioni connesse al fenomeno eutanasia, sono senza dubbio quelle contenute negli articoli 579 e 580 del codice penale, dedicati, come noto, rispettivamente alle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione e aiuto al suicidio. Stessa sorte è riservata nell'ambito del dibattito d'oltralpe al par. 216 del codice penale tedesco che viene annoverato tra i casi che costituiscono «un limite normativo all'efficacia

³⁴ D'ALOIA-TORRETTA, *La procreazione*, cit., 1356; MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.* 2004,460.

del consenso dell'avente diritto» e per questo oggetto di critiche da parte dei sostenitori di una visione neo liberale dello Stato e del diritto penale in genere³⁵.

Una rapida occhiata alla genesi normativa delle due fattispecie – la partecipazione al suicidio era già presente nel codice Zanardelli mentre la fattispecie dell'omicidio del consenziente venne introdotta per la prima volta con il codice Rocco – e del dibattito scientifico e politico che accompagnò per anni la scelta legislativa, rendono chiara quale fu la ragione giustificatrice della incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio e di omicidio con il consenso della vittima: il diritto alla vita non è rinunciabile e l'individuo non può disporne. La vita del singolo appartiene in realtà allo Stato ed è in funzione della conservazione dello Stato stesso che si tutela la vita a prescindere ed anche contro la volontà del suo titolare³⁶.

È evidente come la Costituzione repubblicana abbia rivoluzionato i termini dei rapporti tra Stato ed individuo. Non è più l'individuo che esiste per lo Stato ma quest'ultimo che esiste in funzione dell'individuo. La concezione personalistica che emerge nella nostra Costituzione – ma non solo in quanto prospettiva fatta propria dalla maggior parte delle Carte fondamentali europee – insieme con la concezione liberale e laica dello Stato che a quella si accompagna, pongono le basi per una ricostruzione in termini completamente diversi della chiave di legittimazione delle incriminazioni contenute negli artt. 579 e 580 minandone, al contempo, la valenza e la stessa solidità.

Inaccettabili, infatti, si presentano oggi tutte quelle opzioni interpretative che fanno leva sulla tutela della vita come bene in sé avulso dalla volontà del suo titolare, fondamento dell'esercizio degli altri diritti e dunque della stabilità e conservazione dello Stato. L'impronta pubblicistica che connota tutte le varie sfumature interpretative in questione, la netta prevalenza cioè attribuita agli interessi pubblici sulla libertà di autodeterminazione del singolo, non si concilia infatti con la centralità che siffatta libertà assume nella scala di valori costituzionali³⁷.

Ma difficilmente condivisibili, in quanto in contrasto con la visione laica dello Stato che emerge dalla nostra Carta Fondamentale – e da tutte le Costituzioni

³⁵ In particolare, STERNBERG-LIEBEN, *Die Objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tubingen, 1997, 103 ss. Per queste considerazioni sia consentito il rinvio al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 131 ss.

³⁶ Più approfonditamente TORDINI CAGLI, *Istigazione e aiuto al suicidio. Omicidio del consenziente*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE, RIONDATO, 1305 ss.

³⁷ Sulla rilevanza costituzionale della libertà di autodeterminazione si rinvia al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., *passim*.

degli ordinamenti contemporanei – sono anche quelle prospettive che si ispirano a giustificazioni di matrice paternalistica³⁸.

Anche in questo ambito le diramazioni sono molteplici; si passa infatti dal riferimento estremo alla necessità di tutelare la vita del soggetto anche contro la sua volontà, ad una linea più morbida che vorrebbe in qualche modo avvicinarsi ad una forma per così dire “debole” di paternalismo, ponendo a fondamento delle ipotesi in questione l’esigenza di proteggere l’individuo rispetto a decisioni autolesive non assennate o avventate. Su questa base si motiverebbe anche la diversità di disciplina tra le ipotesi di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente (estremizzata nell’ordinamento tedesco), in quanto nei casi di suicidio la ponderatezza della decisione sarebbe garantita dal naturale istinto alla autoconservazione che farebbe da “filtro” rispetto ad un atto avventato. Un siffatto filtro non sarebbe invece configurabile in capo al soggetto terzo che agisse con il consenso dell’interessato³⁹.

La valorizzazione del rischio di una carenza di idonea maturazione della decisione di morire, come fondamento della criminalizzazione delle condotte di omicidio del consenziente, si è coniugato talora con la individuazione di un bene giuridico diverso rispetto alla vita, riscontrabile “nell’interesse sociale alla chiarezza delle decisioni” in relazione al quale la fattispecie risulterebbe trasformata in fattispecie di pericolo astratto. Questo, tuttavia, comporterebbe, da un lato, il rischio di annullare la efficacia di una decisione libera e responsabile, in contrasto sia con i requisiti di fattispecie legati all’accertamento della genuinità del consenso (o della richiesta per quanto riguarda la norma del codice tedesco), sia con una concezione della persona in linea di principio autoresponsabile e capace di decidere di se stessa, emergente dalla costituzione⁴⁰. Paternalismo forte mascherato, dunque.

Ma il fondamento paternalistico – e quindi il contrasto con la laicità dello Stato e dell’ordinamento – che è alla base delle previsioni normative di cui sopra, si manifesta ancora più chiaramente quando si prendono in considerazione quelle prospettive interpretative che ricollegano le ragioni di tali incriminazioni alla dignità personale, come bene di rilevanza costituzionale prevalente rispetto alla libertà di autodeterminazione del singolo. Ritorna l’idea della dignità umana come *deus ex machina* di tutte le situazioni di difficile soluzione e lo sfrutta-

³⁸ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 122 ss.

³⁹ JAKOBS, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München, 1998, 21.

⁴⁰ MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin Heidelberg, 2005, 215 ss.

mento di un concetto multiforme per le finalità più diverse: come baluardo di un ordinamento autoritario e paternalistico che impone coattivamente la morale dominante o, al contrario, come espressione di un ordinamento laico che non concepisce come possibile una lesione della dignità in presenza di un atto di libertà.

L'espressione "diritto di morire con dignità" è molto usata nell'attuale dibattito in ordine alla liceità morale e giuridica delle varie forme di eutanasia. Ma ancora una volta un tale riferimento non ha alcuna efficacia dirimente, come appare chiaramente dal fatto che l'appello al diritto di morire con dignità viene utilizzato sia per sollecitare una apertura nel senso di una liberalizzazione delle pratiche di fine vita, sia per esprimere nei confronti dell'eutanasia in genere il massimo sdegno.

In effetti, talora la nozione di dignità è legata indissolubilmente ad una interpretazione della vita come bene e realtà trascendente rispetto al singolo individuo, ed i due valori – dignità e vita – sono pertanto accomunati da una connotazione di indisponibilità assoluta. Qualora, invece la dignità personale venga intesa come specchio di una morale individuale o critica – e l'eutanasia consensuale una condizione per il rispetto della stessa dignità – la richiesta di aiuto ad una morte consentita o una richiesta di eutanasia attiva resta l'ultimo spazio di libertà cui ha diritto l'uomo. Secondo tale prospettiva, intendere la dignità umana come concetto superindividuale significa «derubare l'individuo della propria libertà di decidere della propria esistenza e sottoporlo ad una razionalità estranea, consegnandolo così ad una disponibilità altrui»⁴¹.

Sul piano normativo, purtroppo, pur in un ambito europeo che sempre più sembra aprirsi alla valorizzazione di una libertà di scelta del singolo in riferimento anche ai momenti estremi della propria esistenza – oltre all'Olanda e al Belgio, di recente anche il Lussemburgo si è dotato di una disciplina che rende lecita l'eutanasia nel rispetto di una rigorosa procedura e la Germania ha nel 2009 approvato una legge sulle direttive anticipate – in Italia assistiamo invece ancora una volta ad una progressiva riduzione degli spazi di autonomia. Emblematico in questo senso il disegno di legge sul testamento biologico in attesa di essere discusso in Senato, che si apre, all'art 1, con la seguente dichiarazione programmatica: «la presente legge riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere», e che

⁴¹ NEUMANN, *Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des Lebes*, in PRITTWITZ, MANOLAKIS (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden, 1998, 58.

prosegue negli articoli successivi vietando ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o aiuto al suicidio ed escludendo, altresì, che possano formare oggetto di direttive anticipate l'alimentazione e l'idratazione artificiale⁴².

4. *I limiti al potere dispositivo dell'integrità personale.*

La tutela dell'individuo da se stesso in alcune recenti scelte legislative

Nella nostra Costituzione – è dato a tutti noto – non esiste una specifica norma destinata a disciplinare la materia degli atti di disposizione del corpo, ma su questo tema confluiscono una serie di principi ricavabili dalla interpretazione sistematica di numerose disposizioni costituzionali. Ci si riferisce in particolare agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che, nel loro complesso, delineano l'approccio personalista che caratterizza il nostro ordinamento costituzionale. I costituenti, stravolgendo la visione precedente secondo la quale gli interessi della persona erano funzionali agli interessi dello Stato e solo in funzione di quelli valorizzati e garantiti, hanno voluto delineare un progetto di società e di Stato imperniato sulla persona umana concretamente considerata, in cui fosse la persona concreta – ed i suoi diritti – ad avere la precedenza sullo Stato⁴³. Ma il principio personalista interagisce con un altro fondamentale valore emergente dalla lettura della Costituzione: il principio pluralista. Il pluralismo, nelle sue molteplici sfaccettature, valorizza ed amplifica il personalismo e la persona umana e si pone come funzionale «all'obbiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui»⁴⁴.

L'avvento della Costituzione, dunque, ha portato ad un radicale mutamento di prospettiva per quanto riguarda il rapporto della persona con il proprio corpo. Non più concepibile nei termini di una indisponibilità quale regola, ma nel senso di una libertà del singolo di decidere ed autodeterminarsi⁴⁵.

Indifferente rispetto a tale ribaltamento di prospettiva, la maggior parte della

⁴² TORDINI CAGLI, *Dignità personale e diritto alla propria morte*, in *Laicità valori e diritto penale*, cit., 124; vedi altresì in senso critico, ZATTI, *Le disposizioni del paziente: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, II 313

⁴³ OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988, 34 ss.

⁴⁴ RIMOLI, *Laicità* (dir.cost.), in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, Roma, 1995, 3 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il Governo del corpo*, I, 144 ss.

⁴⁵ Per tutti, ROMBOLI, *Art. 5 c.c.*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988.

dottrina penalistica continua a considerare l'art. 5 del codice civile un principio generale dell'ordinamento, di centrale rilievo anche per quanto concerne la delimitazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 50 del codice penale e, in spregio alla gerarchia delle fonti, di valenza quasi costituzionale⁴⁶. Ed anche il legislatore italiano continua ad operare -indifferente ai valori del personalismo e del pluralismo – sul presupposto che l'indisponibilità del proprio corpo sia la regola e non l'eccezione.

4.1. *Le mutilazioni genitali femminili*

Con la legge 9 gennaio 2006 n.7 sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 583 *bis* e il 583 *ter* che attribuiscono espresso rilievo penale alle varie condotte di mutilazioni genitali femminili, inasprendo notevolmente il trattamento sanzionatorio che alle medesime condotte sarebbe stato riservato con l'applicazione delle ordinarie fattispecie, dedicate alla disciplina delle lesioni volontarie gravi o gravissime⁴⁷. Un ulteriore aggravamento delle conseguenze sanzionatorie si è poi avuto con la estensione agli artt. 583 *bis* e 583 *ter* delle circostanze aggravanti previste dall'art. 585 c.p. voluta dal legislatore con la l. 17 luglio 2009 n. 94. Le ragioni sottese ad un tale intervento legislativo, in un ordinamento come quello italiano, che già prevedeva la fattispecie di lesioni volontarie, sono da un lato, legate all'esigenza di sottolineare il particolare disvalore sotteso a queste pratiche, di assicurare una maggior certezza al divieto, e di evitare la possibilità di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, come avviene invece per le lesioni gravi o gravissime, considerate circostanze in senso proprio. Al di là, tuttavia, di specifiche motivazioni più o meno condivisibili, non si può non disconoscere che l'introduzione delle fattispecie in questione è il portato di una visione assimilazionista nei confronti delle culture degli altri, che non si limita a negare ogni rilevanza all'elemento culturale, ma anzi lo considera un dato da disprezzare e penalizzare, nell'ottica di un predominio imposto della cultura maggioritaria del paese ospitante⁴⁸.

⁴⁶ Per queste considerazioni, si rinvia al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 226 ss.

⁴⁷ Su cui si rinvia a BASILE, *La nuova incriminazione della "pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili" (art. 583-bis c.p.)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 948

⁴⁸ DE MAGLIE, *Multiculturalismo*, in *Dizionari sistematici del sole 24 ore, Diritto penale*, a cura di GIUNTA, Milano, 2008, 903; sulla tematica in genere si rinvia a BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

A conferma dell'indifferenza per la complessità delle ragioni culturali che sono alla base delle pratiche di mutilazioni genitali è la mancanza di una causa di non punibilità incentrata sul consenso della donna adulta, che volontariamente e liberamente decida di sottoporvisi. Anzi, nel progetto originario era addirittura espressamente prevista l'irrilevanza del consenso ai fini della punibilità, coerentemente con quanto previsto dalla risoluzione 2035/2001 del Parlamento europeo, che, al punto 11, invitava gli stati membri a configurare «qualsiasi mutilazione genitale femminile come reato indipendentemente dal fatto che sia stato o meno concesso il consenso da parte della donna interessata». La soppressione della precisazione è stata motivata unicamente dalla convinzione che, in ogni caso, l'art. 50 c.p. sarebbe stato da considerarsi inapplicabile data la assunta indisponibilità dei beni in gioco, integrità fisica o dignità personale.

La irrilevanza del consenso ai fini della configurabilità della fattispecie si basa su una convinzione diffusa, secondo la quale la mutilazione genitale è da considerarsi un atto di coercizione e di controllo, incompatibile con qualsiasi forma di accettazione volontaria da parte della vittima. Seppure, tuttavia, non si può disconoscere la frequente ed incisiva rilevanza condizionante la libertà di scelta della donna, esercitata dal gruppo di appartenenza, non è neppure corretto escludere in via di presunzione *iuris et de iure* la possibilità che l'atto della donna adulta, che si sottoponga alla pratica rituale, sia manifestazione di una genuina autodeterminazione libera e consapevole.

Rispetto a condotte di mutilazioni praticate su soggetti adulti realmente consenzienti, infatti, un ordinamento laico e rispettoso del pluralismo e delle libertà individuali dovrebbe riconoscere la valenza del principio di autodeterminazione, quando la scelta anche se non condivisa dalla opinione della maggioranza, abbia ripercussioni nella sua esclusiva sfera di appartenenza. Diversamente, si assiste ad una ingerenza nella sua sfera di libertà, manifestazione di un autoritarismo paternalistico, che non può che confermare la «constatazione che uno degli aspetti più significativi della società contemporanea è offerto da queste tendenze verso forme di autoritarismo ove il singolo è considerato come bisogno più di tutela che di libertà»⁴⁹.

⁴⁹ Così SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, Tomo I, 207.

4.2. *La normativa sul doping*

Sull'onda emotiva suscitata dalle sempre più diffuse notizie e scandalizzanti denunce in relazione al fenomeno doping nell'ambiente del calcio italiano ma ancor più probabilmente dalla triste vicenda che ha interessato il noto campione del ciclismo, Marco Pantani, è stata emanata in Italia la legge 14 dicembre 2000, n. 376 (Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping) che ha optato per una disciplina di estremo rigore facendo ricorso alla sanzione penale per punire numerose condotte riconducibili sia all'ambito del c.d. eterodoping sia a quello del c.d. autodoping⁵⁰.

La legge, infatti, che a dimostrazione della valenza strettamente simbolica che la sottende, si apre con un preambolo che indica all'interprete l'obbiettivo di tutela perseguito dal legislatore, punisce all'art. 9 con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, le condotte di procacciamento, somministrazione, favoreggiamento all'impiego di sostanze dopanti e di assunzione delle stesse, nonché le condotte di adozione di pratiche mediche vietate, e sottoposizione alle stesse, se finalizzate all'alterazione delle prestazioni agonistiche o alla modifica dei risultati dei controlli sul ricorso ai farmaci, sostanze o pratiche vietati.

Secondo la dichiarazione di intenti contenuta nell'art. 1 della legge, l'obbiettivo di tutela della legge in questione sarebbe duplice: promuovere la salute individuale e collettiva degli sportivi e assicurare il rispetto dei principi etici e dei valori educativi cui si informa la pratica agonistica.

Ma se una lettura coerente con questa linea interpretativa può risultare accettabile per le condotte c.d. di eterodoping, notevoli perplessità si pongono nel momento in cui si vuole individuare la *ratio* di tutela che è alla base della criminalizzazione delle condotte di assunzione volontaria di sostanze così come di sottoposizione volontaria alle pratiche vietate. La legittimazione di siffatte incriminazioni, infatti, sarebbe sostenibile solo nella misura in cui fosse dimostrabile che la finalità ad esse sottesa non coincida con la tutela dello sportivo "da se stesso", in un'ottica di promozione del suo diritto salute a tutti i costi, contro o a prescindere dalla sua libera scelta o, peggio ancora, di una moralizzazione coattiva e di tutela di valori etici *tout court*.

D'altra parte, invece, trovare un bene giuridico di riferimento che consen-

⁵⁰ Sulla disciplina del doping, cfr. S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006; ID, *Il doping*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il Governo del corpo*, Tomo I, 621 ss.; FORNARI, *Frode sportiva e doping*, in *Dizionari sistematici*, cit., 771 ss.; VALLINI, *Commento alla l. 14.12.2000*, in *Leg. pen.*, 2001, 643.

ta di giustificare la scelta di criminalizzazione di siffatte condotte nell'ottica di un "danno ad altri" o comunque di una dannosità sociale sufficientemente determinata sembra assai complesso. Difficilmente, infatti, il riferimento al "rispetto dei principi etici e dei valori educativi" citato nel preambolo della legge, potrebbe essere la soluzione adeguata, vista la estrema volatilità dei concetti, incompatibile con l'idea del reato come fatto offensivo di beni giuridici; comunque non condivisibile ci sembra il tentativo di trasformare l'interesse alla correttezza delle competizioni sportive in interesse di natura patrimoniale, che, in ogni caso, difficilmente potrebbe assurgere a limite legittimo della libertà di autodeterminazione dell'individuo, sia che essa si manifesti nella assunzione volontaria di sostanze, sia che si manifesti attraverso la prestazione di un consenso alla somministrazione⁵¹.

Uno Stato laico non è legittimato ad intervenire penalmente per vietare condotte libere e volontarie di assunzione di sostanze dopanti. La prospettiva paternalistica, se non addirittura moralistica, appare in questo contesto evidente e sarebbe ammissibile solo in presenza di un accertata mancanza di libertà del volere da parte dell'atleta. Questione, quella dell'accertamento della libertà di scelta, che diventa ancora una volta chiave nevralgica della questione .

4.3. *La disciplina legislativa in materia di stupefacenti*

«Le leggi penali che puniscono l'utilizzo di determinate droghe forniscono un test ideale della teoria liberale del diritto sostenuta da Joel Feinberg»⁵². La discussione sulla legittimità, oltre che sulla efficacia, di una scelta normativa nel senso della criminalizzazione del consumo degli stupefacenti, con particolare riguardo alla sottoposizione a sanzione penale del tossicodipendente o, comunque, dell'assuntore della sostanza, rappresenta, in effetti, una delle questioni più significative dibattute negli stati moderni e liberali.

La difficoltà di una soluzione convincente è senz'altro legata alla mancanza di indicazioni sulle strategie di contenimento del fenomeno droga che siano realmente efficaci, ma anche all'inevitabile interferenza in questa materia di pregiudiziali ideologiche e culturali. La evoluzione della disciplina normativa della materia in Italia è, come noto, connotata da soluzioni alquanto diversificate, per cui nel corso del tempo – ferma restando la incriminazione delle condotte

⁵¹ Per questa prospettiva ed in generale per un esame della normativa, si rinvia a S. BONINI, *Il doping*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 621 ss.

⁵² HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in *Laicità valori e diritto penale*, cit., 3 ss.

di spaccio – le opzioni di politica criminale hanno ondeggiato tra la considerazione dell'assuntore come delinquente da punire ovvero malato da curare. La attuale disciplina si deve alla legge 49 del 2006 che mantiene la linea adottata dalla precedente normativa in ordine alla separazione tra rilevanza penale della detenzione a fine di spaccio e rilevanza amministrativa della detenzione per uso personale, pur con una notevole accentuazione del rigore repressivo⁵³.

In particolare va rilevato un notevole inasprimento delle sanzioni amministrative, già previste dalla legislazione precedente, a cui si è aggiunto l'inserimento di ulteriori misure sanzionatorie che, seppure riconducibili all'alveo delle sanzioni amministrative, tuttavia presentano una capacità afflittiva di diritti fondamentali tale da renderle, nella sostanza, intrinsecamente penali.

La maggior parte delle sanzioni, infatti, sia quelle già previste dalla precedente normativa, sia quelle introdotte con la legge del 2006 vanno ad incidere in modo particolarmente gravoso e penetrante sulla libertà personale e di movimento del soggetto, ponendosi così in contrasto con quell'elemento discrezionale inderogabile tra sanzione penale e sanzione amministrativa che già Bricola individuava nella «necessità che le sanzioni sul piano amministrativo rimangano circoscritte all'ambito pecuniario o interdittivo, e non si estendano al settore della restrizioni della libertà personale o di diritti in cui quest'ultima si estrinseca»⁵⁴.

Un atteggiamento conforme ad una impostazione laica dovrebbe valutare se nel consumo, o comunque nella detenzione di droga per uso esclusivamente personale, debba riscontrarsi una manifestazione della propria libertà di azione, che esaurisca i propri effetti nella sfera di autonomia del soggetto titolare ovvero un comportamento in qualche modo *others regarding* la cui sanzionabilità possa essere legittimamente motivata sulla base del riscontro di un *harms to others*, su di una potenzialità offensiva nei confronti di beni che abbiamo un rilievo direttamente o indirettamente costituzionale⁵⁵. Il richiamo più frequente è alla salute pubblica, alla sicurezza pubblica ed alla pace sociale. La questione si pone in termini ancora più problematici in riferimento alle droghe leggere, per l'assenza

⁵³ Sulle questioni poste dalla disciplina, vedi tra gli altri, EUSEBI, *L'assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un nemico*, in *Leg. pen.*, 2007, 483 ss.; MANES, *La riforma della disciplina penale in materia di stupefacenti*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, 2006, 95 ss.; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge stupefacente in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 234 ss.

⁵⁴ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI, MELCHIONDA, Milano, vol. I, tomo II, 1540.

⁵⁵ Per queste considerazioni si rinvia anche al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 122 ss.

di dati empirici sufficientemente univoci in ordine alla frequenza del passaggio dal consumo di droghe leggere al consumo di droghe pesanti.

Certo una equiparazione di tutte le situazioni nel senso di una criminalizzazione generalizzata sull'assunto presuntivo della pericolosità delle condotte di consumo o detenzione per uso personale rispetto a beni giuridici quali la salute pubblica o la sicurezza pubblica non è politica condivisibile. Essa rivela un «modello di penalità eticizzante e pedagogica che persegue l'obbiettivo di una penalizzazione diffusa, secondo paradigmi che coinvolgono stili di vita e la mancata condivisione dei valori sociali»⁵⁶.

Si impone invece una valutazione differenziata delle situazioni che tengano conto delle numerosissime variabili che in questa materia giocano un ruolo fondamentale nella adozione dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo, cosicché «il viaggiatore inesperto che dovesse addentrarsi per le strette strade della cittadella costruita dal legislatore del 2006» non dovrebbe più imbattersi «in padri autoritari che utilizzano severe punizioni per guidare e controllare i comportamenti dei loro figli ribelli»⁵⁷.

⁵⁶ CIRILLO, *La disciplina penale degli stupefacenti. La realtà normativa*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 177

⁵⁷ Prendendo in prestito una efficace metafora da A. ESPOSITO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, *ivi*, 173

Il punto su...

*Le basi emotive della decisione penale
e la psicologia del giudice*

ADOLFO CERETTI

INTRODUZIONE

1. «A volte ritornano». Nelle nostre conversazioni quotidiane ricorriamo a questa espressione per designare fantasmi, angosce, incubi, frammenti onirici che si ripropongono, talvolta sotto forma di sintomi, nella nostra coscienza, ma che vorremmo rimanessero *per sempre* relegati altrove, nascosti.

Quando affrontiamo la questione criminale, le angosce arcaiche che «a volte ritornano» sono di frequente associate all'oscuro sentimento di invidia che proviamo per quello che il delinquente, liberando alcuni impulsi che ogni persona civile ha imparato a sacrificare, ha osato commettere e, parallelamente, alle nostre fantasie di eccessiva reazione morale e di punizione per il colpevole. Il “sentimento di giustizia” di ciascuno di noi consisterebbe, infatti, nel *sensibilissimo* regolatore emotivo di questi arcani equilibri.

A partire dalla fine degli anni Venti del secolo scorso queste geniali intuizioni contenute in un celebre scritto di F. Alexander e H. Staub hanno contribuito a edificare – insieme a molte altre – più di un vettore di senso per le ricerche, allora agli albori, nel campo della psicologia giudiziaria e, più tardi, della psicologia giuridica.

È in parte sorprendente come quasi un secolo dopo la pubblicazione de *Il delinquente, il giudice e il pubblico* (tradotto in italiano nel 1978), le questioni poste dai due studiosi continuino a essere strettamente attuali. In particolare, quelle riguardanti i “fattori irrazionali” attivi nelle decisioni dei giudici sono definitivamente entrate nelle riflessioni degli scienziati dell'uomo.

I cultori della psicoanalisi, per esempio, hanno da tempo sottolineato come la loro disciplina sia chiamata a rimarcare – quasi “per statuto”, potremmo aggiungere – le difficoltà di ragionare unicamente nei termini di una “giustizia razionale”.

Nel 1946, un solo anno dopo la fine, in Italia, di un regime che aveva profondamente osteggiato il consolidarsi e il diffondersi delle scienze umane e sociali, può sembrare dunque singolare imbattersi in un articolo intitolato *Basi affettive nella giustizia penale e psicologia del giudice*. R. Merloni, che ne è l'autore, annota sulla Rivista *Psicoanalisi* [pp. 34 sgg.] come questo sapere incontri una legge penale che si dice obiettiva, e che ha quale principale finalità la stretta difesa

sociale, ma deve invece constatare che alla base di tale presunta razionalità vi sono, da parte dei giudici, atteggiamenti psicologici inconsci che trascendono le accettabili necessità di difesa, per lasciare spazio a sentimenti arcaici, egoistici e individualistici, come per esempio la vendetta. In breve, la psicoanalisi segnala, in quell'epoca, la necessità che il giudice – il quale quando è immesso nelle sue funzioni occupa una posizione che gli garantisce di sfogare più aggressività di chiunque altro, provando, meno di chiunque altro, sentimenti di colpa – non vada verso il colpevole come un agente punitivo, aggressivo della società. Il giudice, secondo Merloni, dovrebbe approcciarsi nei confronti del colpevole «come il padre e l'educatore che, seppure con mezzi severi, deve proporsi il fine di riadattare e migliorare», indagando intensamente la personalità psichica del reo, la sua costituzione, l'ambiente in cui egli ha vissuto.

L'oscurità in cui ci si imbatte nell'esaminare il contenuto psicologico delle istituzioni penali deriverebbe, quindi, dal fatto che il legislatore, la pubblica opinione e gli stessi giudici ignorano il significato e la potenza dei fattori irrazionali presenti in chi, pur desiderando essere giusto e porre una "precisa giustificazione al suo operato", è indotto inconsciamente, dalla sua singolare posizione di preservare e tutelare l'organismo sociale, a soddisfare, senza sensi di colpa, tendenze istintive presenti in tutti gli uomini, e normalmente inibite.

2. Dalla metà degli anni Quaranta, la società nel suo complesso, le scienze umane e giuridiche e la giustizia penale sono profondamente mutate.

In buona sostanza, alla relativa solidità che aveva contraddistinto – Oltreoceano come in Europa – la famiglia medio-borghese degli anni Cinquanta e dei primi anni Sessanta si è sostituita un'organizzazione sociale più complessa e fragile che richiede molte più risorse in termini di gestione, programmazione e coordinamento. Se, invero, l'*ethos* del consumismo, la diffusione dell'automobile, gli spostamenti di lunga durata per raggiungere il posto di lavoro, la presenza sempre più significativa delle donne nel mercato del lavoro, l'imborghesimento della classe lavoratrice specializzata, l'aumento di famiglie con i due coniugi in carriera, la crescita delle percentuali di divorzio, l'affidamento a terzi dei compiti riguardanti l'educazione della prole e la cura della casa hanno, in ordine sparso, prodotto un aumento di libertà, opportunità e benessere per i componenti di queste famiglie (soprattutto per le donne), le loro ricadute hanno fondamentalmente significato un'ansia crescente e un senso globale di vulnerabilità, insicurezza, precarietà. A questo elenco vanno aggiunte le metamorfosi ecologiche della città e quelle dell'esperienza della criminalità da parte della classe media: «Se un tempo riguardavano quasi esclusivamente i poveri, criminalità e inciviltà

(e soprattutto gli atti di vandalismo, gli scippi, i furti e le rapine) sono diventate, negli ultimi decenni, preoccupazioni quotidiane di chiunque possieda un'automobile, lasci la casa incustodita durante la giornata, usi la metropolitana o cammini per le strade della città nelle ore notturne. Benché la vittimizzazione continui a essere distribuita in modo disuguale, e siano i deprivilegiati e le minoranze a esserne maggiormente colpiti, nel giro di una sola generazione la criminalità è divenuta un aspetto importante nella vita della media borghesia, urbana e suburbana» [D. GARLAND, 2001, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, il Saggiatore, trad. it. 2004, p. 261].

Generalizzando, possiamo affermare che per contrastare la crescita di articolate diseguaglianze sociali e per far fronte a questa inedita complessità – che a ben vedere sembra già, almeno in parte, il ritratto di un'epoca passata –, i Governi dei Paesi Occidentali hanno implementato, soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso, modelli architettati di *welfare*. Parallelamente, per contenere i tassi sempre più allarmanti di criminalità e di incarcerazione sono state promosse e sostenute politiche penali assistenziali, ovvero istituzioni e pratiche volte alla riabilitazione dei delinquenti.

In breve: in un sistema solido di *welfare* lo Stato può tutto, è onnipotente. Laddove assiste distribuendo e risarcendo, supplisce a tutto. Ma nel momento in cui, soprattutto a causa delle progressive crisi economiche, i diversi sistemi di *welfare* iniziano a evidenziare carenze e manchevolezze, ogni aspettativa di presa in carico di diseguaglianze e conflitti, compresi quelli che nascono nei luoghi in cui tradizionalmente si sviluppa la socialità (famiglia, quartiere, scuola, posti di lavoro, etc.), finisce con il riversarsi sul sistema della giustizia. Una delle conseguenze rilevata da studiosi di diverse discipline è che, in ragione di questi accadimenti, il sistema di giustizia penale si è espanso all'inverosimile, rendendo le sanzioni tendenzialmente intempestive e scarsamente effettive.

Come è noto, per ciò che riguarda più specificamente l'ambito penitenziario l'intersezione di tutti questi piani orienta ormai da tempo i Governi, le Autorità locali e le Amministrazioni della Giustizia a disinvestire da progetti trattamentali all'interno degli istituti di pena e da quelli sociali di collegamento tra carcere e territorio. Una tendenza che accomuna molte democrazie tardomoderne è infatti quella di rispolverare le funzioni di segregazione e di incapacitazione dei devianti, che hanno costituito le ragioni della comparsa e del successo delle prigioni come istituzione totale¹.

¹ Può essere di aiuto riprendere qui la nozione di "incapacitazione selettiva", sostenuta dall'intuizione basilare che responsabile della maggior parte dei delitti commessi è una piccola quota di delinquenti reci-

3. Una cosa è certa: i giudici, volenti o nolenti, sono gettati dentro a questa complessità, e dentro a questa complessità sono chiamati, quotidianamente, a *decidere*. Chi non concorda, difatti, che occorre sempre salvaguardare la giustizia, e che questo imperativo non deve essere trasgredito?

G. Chiodi lo definisce il «nobile, superbo e fragilissimo, a volte evanescente, compito del magistrato» [G. CHIODI, *Giurisdizione ed equità regolativa*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, 1996, p. 32].

Ma su quale sia divenuto, concretamente, il ruolo del giudice regna, oggi, molta incertezza. Nel provare a definirlo, tutto sembra farsi opaco.

Rispetto al fatto che egli abbia funzioni che eccedono quella di enunciare autoritativamente la volontà della legge, secondo la classica formulazione montesquieiana che lo vede, alla lettera, bocca della legge, concordano, comunque, i più attenti studiosi.

E non potrebbe che essere altrimenti, in una realtà così difficile da decifrare, da dipanare e da descrivere come quella attuale, all'interno della quale ci siamo brevemente addentrati.

Lo stesso Chiodi elenca due posizioni che allargano di molto i confini del giudice inteso come bocca della legge. La prima lo identifica come un «negoziatore qualificato di sentenze», che prende ispirazioni da criteri puramente circostanziali e al quale la collettività o l'ordinamento accordano una fiducia particolare, che deriva dalla sua competenza o dalla sua credibilità personale. La seconda lo qualifica come «l'interprete della situazione da giudicare, alla luce della complessa ermeneutica richiesta dall'intelligenza dei comportamenti umani (secondo l'altrettanto classica formulazione aristotelica connessa col giudizio equitativo, che fa del giudice un arbitro)» [G. CHIODI, p. 32].

In sintesi: quando si è imposto, nel corso del tempo, il primato della legge esso rispondeva – siamo all'epoca dei lumi – all'esigenza di combattere contro il privilegio, di affermare principi di uguaglianza e di tutela dei diritti. Nella nostra era, invece, la visione di una ragione univoca e universale è stata profondamente minata, a tal punto che a essa è subentrata piuttosto «una valutazione ponderata degli interessi, in prima istanza decisamente economici, che ha favorito [...] le procedure della negoziazione, estesasi, quest'ultima, perfino ai valori in senso morale» [G. CHIODI, p. 34]². La legge e i suoi alti significati ne hanno

divi, e che incapacitare questo piccolo gruppo potrebbe avere ricadute significative, in termini esponenziali, sul tasso generale di delinquenza.

² “In un mondo “globale”, il moltiplicarsi vertiginoso della domanda di diritto e di giustizia è da

subito radicali stravolgimenti, fino al punto da far supporre che ai nostri giorni la *legge* non può che essere considerata *uno degli elementi*, per quanto autorevoli e altamente qualificati, che *rientrano nelle valutazioni del giudizio giuridico*. A farsi spazio, come sottolineato poc'anzi, sarebbe – per Chiodi – un giudizio equitativo, relazionale, che si propone di definire equilibrio, congruenza, compensazione e proporzione tra interessi eteronomi e configgenti, e che trova applicabilità tanto in materia civilistica che penalistica.

4. Il giudizio equitativo non accantona, dunque, la legge. Naturalmente essa continuerà a fornire i principali criteri valutativi del giudicare, alimentando però, e non condizionando in assoluto, le motivazioni del giudizio. In definitiva, il ruolo del giudice non dovrebbe essere più solo ed esclusivamente quello di interpretare la legge, ma anche quello di formulare un giudizio fondato sull'individuazione dell'equilibrio equitativo degli interessi. «Il giudice, anziché voce della legge, dovrebbe essere voce dell'equità» [G. CHIODI, p. 44].

Si può essere d'accordo o in disaccordo con questa conclusione che qui assumiamo, in ogni caso, quale punto di riferimento per orizzontarci anche rispetto ad altre riflessioni metodologiche ed epistemologiche legate al giudizio. Vi sono, infatti, mille altri piani sui quali indirizzare l'attenzione e il ragionamento. La letteratura filosofico e antropologico giuridica sull'argomento è sterminata. Valga per tutti il bellissimo volume di Antoine Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario* [Cortina, Milano, 2007].

Ebbene, il Comitato Direttivo di *Criminalia*, nel corso della riunione organizzata per programmare questo volume della Rivista, dopo un'appassionante riflessione collettiva su questi temi ha condiviso di proporre a tre studiosi e operatori nel campo della giustizia – A. Forza, Avvocato; L. Lanza, Magistrato; A. Verde, Professore di Criminologia, Psicoanalista e Perito – di approfondire un aspetto specifico del “giudicare”, che ha per oggetto *le basi emotive della decisione penale e la psicologia del giudice*.

mettere in relazione con la moltiplicazione delle opportunità di conflitto dovute alle radicali trasformazioni avvenute sul piano socio-economico, all'aumento delle comunicazioni, agli scambi sociali, alla crescita del numero di beni in circolazione che hanno favorito il passaggio da un modello universalista, “geocentrico”, che impone le medesime regole a tutti i cittadini di una data nazione, a un modello giuridico “egocentrico”, particolarista, dove ogni soggetto vede regolamentate le relazioni giuridiche che lo riguardano sulla base di un codice giuridico distinto. Ciascuna professione, ciascun tipo di attività produce i “suoi” codici, la “sua” etica, la “sua” deontologia, che funzionano in relativa autonomia rispetto alle norme generali”. [A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in A. CERETTI (a cura di), *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Volume terzo. Criminologia*, Giuffrè, 2000, p. 738].

Detto altrimenti, mutuando quasi per intero il titolo, ancora molto attuale, del contributo di Merloni, *Criminalia* ha invitato i tre contributori a rivisitare, ciascuno dal proprio punto di vista, le tematiche – affrontate originariamente da Alexander e Staub – inerenti ai “fattori irrazionali” attivi nelle decisioni del giudice.

Se è corretto sostenere che quest’ultimo, allo scopo di rendere giustizia dovrebbe, «in quanto rappresentante della moralità collettiva, farsi da un lato impersonale, ma dall’altro personalissimo, [...] dovrebbe applicare norme generali e astratte ma comprendere in fondo la particolarità, la singolarità, la peculiarità di ciascuno di noi» [VERDE], le premesse per parlare di «difficile neutralità» [LANZA] e di come «sentimenti ed emozioni poss[a]no influenzare prepotentemente i [suoi, del magistrato] processi di ragionamento» [FORZA]... ci sono tutte.

Va da sé che per sostenere e far evolvere questa ipotesi e quelle che ne derivano i tre autori si sono potuti avvalere di tutti gli sviluppi del pensiero psicoanalitico, delle scoperte, delle prove e delle teorie consolidate in psicologia sociale, della decisione e nell’ambito delle ricerche neuroscientifiche – materiale che Alexander e Staub, nel 1929, non potevano certo avere a disposizione.

Non intendo ovviamente togliere il piacere della sorpresa e quello della lettura, anticipando, in forma riassuntiva, ciò che è contenuto nei tre interessantissimi saggi.

Mi limito qui a evidenziare, senza presunzione di esaustività, che gli argomenti disseminati nei tre scritti affrontano, coerentemente con quanto è stato richiesto, problemi quali l’intuito e il ragionamento del giudicante, l’inconscio cognitivo e la decisione, la personalità del decidente, il nodo del libero convincimento inteso come “contenitore di emozioni”, e poi ancora domande e risposte circa le difese, le tecniche di neutralizzazione, le strategie di disimpegno morale che consentono a chi restituisce giustizia di “addormentarsi tranquillamente” dopo aver condannato all’ergastolo.

5. Di recente ho affrontato, in un volume pensato e scritto insieme a Lorenzo Natali, alcuni aspetti riguardanti l’«intuizionismo etico» [cfr. A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Cortina, 2009, cap. 2]. Vorrei chiudere queste note introduttive riprendendo parte di quei passaggi, e riproporli al lettore di questa Rivista.

È naturale che qui interessa considerare solo qualche aspetto ben circoscritto della ricerca sulle basi psicologiche della moralità.

In generale, tutti noi tendiamo a dimenticare che il giudice – non solo quan-

do si fa voce dell'equità, ma anche quando prova a enunciare autoritativamente la volontà della legge – non può mai prescindere da alcuni suoi personalissimi giudizi morali che irrompono, talvolta in modo prepotente, dentro ai meccanismi che sovrintendono le sue sentenze.

Diamo la parola a Lanza: «L'esperienza di giudizio in collegi ordinari e asimmetrici [...] mi permette di affermare che il senso di disprezzo e di disgusto, che può determinare un fatto illecito grave, obbiettivamente rivoltante, è sicuramente – *coeteris paribus* – un motivo di rafforzamento degli sforzi nella ricerca della responsabilità dell'autore».

Ad ascoltare Lanza, il disprezzo e il disgusto sono due sentimenti che diventano decisivi, in determinati contesti, per dare forza al suo impegno.

Proviamo a concentrarci, giunti a questo punto, sul disprezzo e sul disgusto. Su quanto e come essi entrino a formare, prima ancora di divenire un rafforzamento per andare alla ricerca di fonti materiali di prove, un giudizio morale.

5.1. Nei lavori di J. Haidt³ rinveniamo un interesse specifico per risalire all'origine delle convinzioni e delle motivazioni morali.

Il nucleo forte della sua ipotesi è che le convinzioni e le motivazioni in campo morale derivano da un ridotto numero di veloci e automatiche "intuizioni" che ingenerano ragionamenti lenti e coscienti, e che supportano e vincolano la costruzione sociale di virtù e valori. È stata l'evoluzione a predisporre il cervello a sviluppare queste intuizioni.

Non importa se stiamo osservando il viso di un uomo, leggendo una lista di antipasti, se siamo coinvolti in una rissa o discutendo di ciò che è giusto o ingiusto. L'ipotesi è che l'individuo mette sempre in atto valutazioni immediate, giudizi repentini su ogni cosa che vede e ascolta, in base alla dimensione bene/male. Piccoli lampi di piacere o di disgusto, appunto, prodotti dalla somiglianza a noi stessi, rendono alcune opzioni semplicemente gradevoli o, al contrario, intollerabili. L'intuizione morale è infatti definita come «[...] l'improvvisa comparsa nella coscienza, o ai suoi margini, di un "sentimento" (*feeling*) che valuta – in termini di bene/male; piacere/dispiacere – il carattere o le azioni di

³ Jonathan Haidt è Professore nel Dipartimento di Psicologia dell'Università della Virginia. Il suo nome è ormai abbastanza conosciuto anche in Italia. Negli Stati Uniti è considerato uno dei protagonisti nel dibattito che nell'ultimo decennio ha mutato gli sguardi sulle basi psicologiche della morale. Il valore aggiunto delle sue ricerche sta nel fatto che egli tiene conto dei dati provenienti dalle ricerche empiriche (quelle svolte dagli neuroscienziati), nonché dalle riflessioni storico-filosofiche, psicologiche, socio-politiche e artistico-letterarie sulla natura della moralità umana.

una persona, senza la consapevolezza conscia di essere passati attraverso livelli di ricerca, di aver valutato delle prove o di aver inferito una conclusione» [J. HAIDT, F. BJORKLUND, *Social Intuitionists Answer Six Questions About Moral Psychology*, in faculty.virginia.edu/haidtlab/articles/haidt.bjorklund.social-intuitionists-answer-6-questions.doc, 2006, p. 6].

Il modello “socio-intuizionista” (*Social Intuitionist Model*: SIM) si struttura su questi presupposti, ed è composto da sei processi psicologici che descrivono le relazioni tra un’intuizione iniziale del “bene” rispetto al “male”, un giudizio morale conscio e un ragionamento morale conscio.

I primi quattro passaggi sono fondamentali, e sono sempre presenti; il quinto e il sesto si danno meno frequentemente, ma sono importanti per dirimere alcuni dilemmi filosofici.

Il SIM sostiene che il giudizio morale sia onnipresente, come lo è il giudizio estetico, e che sia messo in atto velocemente, spontaneamente e intuitivamente (I processo psicologico).

Assistiamo a un gesto violento o veniamo a conoscenza di un gesto di gratitudine. In un lampo sperimentiamo una forma di valutazione difficile da spiegare, tanto quanto la risposta affettiva allo sguardo di un volto o alla visione di un dipinto.

Il modello è “intuizionista” in quanto afferma che il giudizio è generalmente il risultato di processi automatici, di “lampi intuitivi”. Quest’esperienza conscia di rigetto o approvazione, che comprende una credenza nella giustizia o erroneità dell’atto, è il “giudizio morale”.

Vi è un legame, una stretta connessione tra i lampi intuitivi e il giudizio morale conscio.

Il SIM sostiene (II processo psicologico) che il “ragionamento morale” è un processo complesso (non automatico) ingaggiato normalmente *ex post*, ossia dopo aver portato a termine un “giudizio morale”.

Detto altrimenti, gli studi nell’ambito della psicologia morale e delle neuroscienze cognitive dimostrerebbero che il “giudizio” morale scaturisce da intuizioni basate sull’emozione e sull’affettività – esattamente come aveva colto D. Hume nel 1777 [*Ricerche sull’intelletto umano e sui principi della morale*], sostenendo che la ragione è schiava delle passioni –, e che il “ragionamento” morale non determina il “giudizio” morale. Piuttosto, i “ragionamenti” morali con cui le persone vanno alla ricerca di argomentazioni atte a supportare un “giudizio” morale già formato sono costruiti a posteriori.

La “persuasione ragionata” (III processo psicologico) ipotizza che nelle persone si rinvenga una combinazione di risolutezza e disponibilità: risolutezza nel

rispettare le norme alle quali accordano preferenza, disponibilità a essere persuasi dalle buone argomentazioni avanzate da altri.

Il problema, in ogni caso, nasce quando ci si imbatte in un elemento specifico di una questione cruciale, e dopo aver avuto una reazione intuitiva o emotiva si devono fare i conti con gli interessi che sono in gioco in quel particolare contesto. È in queste situazioni, che riguardano la maggior parte dei giudizi morali, che il ragionamento morale verbale conscio opera una scelta. È importante sottolineare che “persuasione ragionata” non significa necessariamente persuasione attraverso lo strumento della logica. Persuadere ragionevolmente qualcuno in campo morale può voler dire tentare di scatenare (produrre) negli altri il *giusto* “lampo intuitivo”. Ci sono situazioni nelle quali la “persuasione” non dipende, per esempio, dalla condivisione dei ragionamenti. I famosi e celebrati esperimenti di S. Milgram [(1974), *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, tr. it. Einaudi, 2003] hanno evidenziato come il “potere di una situazione” possa produrre nei soggetti forme di obbedienza senza che si sia instaurata in loro alcuna persuasione logica, in quanto si accetta la definizione della situazione indicata dall'autorità sia come ragionevole che oggettivamente necessaria.

Quando gli uomini devono affrontare circostanze *ambigue* cercano dunque aiuto per interpretare e comprendere ciò che dovrebbero pensare in relazione a quello che sta accadendo. Solo gli esseri umani cooperano, difatti, con i non-consanguinei, e lo fanno in parte attraverso forme di adattamento psico/sociale che li rendono estremamente sensibili e influenzabili rispetto a quanto mettono in atto e pensano gli altri. Abbiamo un intenso bisogno di “appartenere” e di “andare d'accordo”. Ne deriva che i nostri giudizi morali sono fortemente modellati da ciò che gli altri reputano di noi, anche quando siamo all'oscuro dei processi che sono alla base delle loro credenze. La “persuasione sociale” (IV processo psicologico) cattura questo automatico processo inconscio.

Questi quattro processi formano il nucleo del modello socio-intuizionista, che conferisce al “ragionamento morale” un ruolo causale nel “giudizio morale” (anche se ciò accade esclusivamente quando il ragionamento passa *attraverso* altri soggetti).

Tutto quanto detto non esclude l'ulteriore ipotesi che le persone possano, in svariate situazioni, ragionare in campo morale individualmente, affidandosi a processi logico-deduttivi, senza tener conto dell'intuizione iniziale. In questi contesti il ragionamento è “causale” e non è certamente “schiavo delle passioni”. Secondo Haidt e Bjorklund queste situazioni non sono molto frequenti e avvengono specialmente se l'intuizione iniziale è debole e la capacità individuale di

elaborazione alta (V processo psicologico: il “giudizio ragionato”). Da secoli – osservano gli autori – i filosofi hanno provato a istituire sistemi morali coerenti, ragionando a partire da alcuni principi primi. Resta il fatto che quando i sistemi morali costruiti sulla coerenza non tengono in considerazione i “lampi intuitivi”, sono in genere rigettati.

Infine, nell’avviare un ragionamento un soggetto può spontaneamente cogliere una nuova intuizione che contraddice il giudizio intuitivo originale. Ciò avviene principalmente attraverso il *role-taking* (“assunzione di ruolo”). Chi si trova a dover affrontare un problema o un dilemma da più punti di vista, mettendosi nei panni dell’altro può cogliere “intuizioni” in competizione tra loro. Il giudizio finale può consistere tanto nell’aderire all’intuizione più robusta, quanto nel ricorrere al “ragionamento” per pesare i pro e i contro o applicare una regola o un principio (per esempio, “l’onestà è la politica migliore”, “la violenza è qualcosa da evitare”). Questo percorso è l’equivalente di un dialogo interiore, e avviene senza un confronto interpersonale (VI processo psicologico: la “riflessione privata”).

5.2. Il SIM si propone dunque di *catturare* l’interazione tra intuizione, giudizio e ragionamento nel campo della morale, tenendo conto dell’influenza che i vincoli sociali occupano in questi processi.

Haidt, S. H: Koller e M. G. Dias [*Affect, Culture, and Morality, or Is It Wrong to Eat Your Dog?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 65, 4, pp. 613-628, 1993] hanno individuato – essenzialmente attraverso la somministrazione di centinaia di interviste e una rilettura ragionata dei lavori più considerevoli sui sistemi morali – quelli che a loro giudizio sono i tre fondamenti universalmente condivisi della morale (presenti in tutte le culture): (1) danno-sofferenza, ovvero la sensibilità o l’avversione per i segni di sofferenza e di dolore subiti o inflitti dagli/agli altri; (2) reciprocità-onestà, ovvero le risposte emotive alle situazioni di reciprocazione o di mancata riconoscenza; (3) la risposta alla gerarchia sociale, per esempio la rabbia nei confronti di coloro che non mostrano segni appropriati di deferenza e rispetto.

A questi tre fondamenti se ne possono affiancare altri due (presenti nella maggior parte delle culture, ma non in tutte): (4) purezza-*pietas*, vale a dire l’attenzione per la pulizia e il *disgusto* nei confronti di situazioni particolari concernenti il cibo, il sesso e i cadaveri (l’attenzione è sul perché così tante regole racchiudono le pratiche che li riguardano); (5) senso d’appartenenza-estraneità a un gruppo, ovvero i vincoli di appartenenza che escludono da un altro gruppo (*ingroup* e *outgroup*, comprese le questioni concernenti i “confini”).

Sotto alcuni profili il secondo, il terzo, il quarto e il quinto fondamento sono emanazioni del primo. L'individuo desume da un danno patito da altri il rischio di subirne uno lui stesso. Da qui un'incurvatura del proprio agire verso una attenzione generale nei confronti degli altri, la tendenza a identificarsi in un gruppo e ad avvertire dei doveri nei confronti dell'autorità che li fa valere, a prefiggersi azioni "pure" rispetto alle credenze fatte proprie dal gruppo di appartenenza, consacrando in un "legame" (la *pietas*), scaturigine della sfera religiosa.

6. Reputo che ci siano tutte le premesse, ora, per iniziare a capire – almeno in base agli esiti di alcune significative ricerche svolte nell'ambito della psicologia morale – da dove venga, e il peso che può assumere in un giudizio e in un ragionamento morale, il lampo di disgusto di cui parla Lanza. Ma a ben veder siamo ancora all'inizio del nostro cammino. Con quali modalità *esonda*, difatti, questo *lampo* dentro ai meccanismi di edificazione di una sentenza? [Cfr. sul punto il contributo di FORZA]. E che cosa accade quando dei fattori affettivi potentissimi intrecciano il compito del giudizio? [Cfr. sul punto il contributo di VERDE].

Sono certo che *Criminalia*, attraverso le riflessioni qui raccolte, contribuirà, ancora una volta, a fornire risposte intelligenti.

ANTONIO FORZA

RAZIONALITÀ ED EMOZIONI NEL GIUDICANTE

SOMMARIO: 1. Alcune premesse. – 2. *Intuito e ragionamento nel giudice*. – 3. Le decisioni intuitive. – 4. L’“inconscio cognitivo” e la decisione. – 5. Sentenze imperfette. – 6. *Decisioni “veloci e frugali”*. – 7. Altri fattori dell’emotività estranei al ragionamento. – 8. Conclusioni.

1. *Alcune premesse*

I giuristi crescono nella consuetudine di pensare che le decisioni del giudice scaturiscano da una mente fredda e che emozioni e ragione operino in ambiti del tutto separati; che nella sentenza il giudice non lasci spazio alle emozioni e che i meccanismi della ragione siano mantenuti scevri da ogni condizionamento dei sentimenti.

La persona del giudice si fa avanti come l’essere umano più freddo e meno emotivo che si possa immaginare.

La pratica quotidiana induce spesso a ritenere che le cose non stiano proprio così. Anzi, l’esperienza finisce per insegnare che, anche nel mondo della giustizia come nella realtà quotidiana, sentimenti ed emozioni possono influenzare prepotentemente i processi di ragionamento.

La ricerca psicologica sta delineando la dimensione di una razionalità che, come è stato detto suggestivamente, è sempre più somigliante ad una fioca luce di candela rispetto alla potenza accecante delle pulsioni e delle emozioni [M. MADONATO, S. DELL’ORCO, *Psicologia della decisione*, Bruno Mondadori, 2010].

Gli esseri umani sarebbero dotati di una mente intuitiva che fornisce loro una grammatica dell’azione corrispondente ad un senso istintivo ed innato, anche di ciò che è giusto e di ciò che è sbagliato.

Questo modello teorico si avvicina molto alla intuizione di Chomsky sulla genesi della competenza linguistica negli individui.

La plausibilità di tale ipotesi sarebbe confermata dai quadri clinici di pazienti con lesioni della corteccia prefrontale i quali, pur mantenendo intatta la coscienza delle regole morali, si comportano in modo anomalo per la loro incapacità di provare emozioni congrue.

Sotto questo profilo le neuroscienze stanno fornendo un importante contributo, in particolare, nella comprensione dei meccanismi che sovrintendono le decisioni.

Come sempre accade, la conoscenza scientifica rimette spesso in discussione le evidenze che ci appaiono più ovvie.

In questo senso recenti ricerche sperimentali hanno evidenziato come le componenti emotive ed affettive rivestano una funzione predominante nel giudizio e nella decisione, ridimensionando il ruolo del ragionamento.

Nei primi anni novanta dello scorso secolo il neurologo comportamentale statunitense di origini portoghesi, Antonio Damasio, aveva dimostrato che i processi decisionali erano strettamente correlati agli stati emotivi degli individui [A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, 1995].

Damasio è stato forse il primo a porre sotto attenta valutazione le conseguenze della separazione tra emozione ed intelletto, secondo il paradigma ispirato all'opera di Cartesio, e ciò sulla base, non tanto di argomentazioni filosofiche, ma partendo dall'analisi di casi clinici e della valutazione di evidenze neurologiche sperimentali.

È divenuto così famoso il caso di quel suo paziente (Elliot) che, dovendo essere sottoposto all'asportazione di una neoformazione in un distretto corticale del lobo frontale, venne valutato con la somministrazione di test cognitivi prima e dopo l'atto chirurgico. Le sue capacità cognitive, ben presenti prima dell'operazione (attenzione, percezione, memoria, ragionamento, ecc.) erano rimaste integre anche dopo l'intervento. Il paziente aveva dato prova di non aver perso alcuna di quelle funzioni, correlate alla corteccia cerebrale prefrontale.

Quella, invece, che era andata irrimediabilmente perduta era la sua capacità di decidere.

Il caso consentì a Damasio di dimostrare l'essenzialità del valore cognitivo delle emozioni nei processi decisionali. Il pensiero razionale doveva essere in qualche misura interessato da processi inconsci correlati alle aree più antiche e profonde del cervello.

Attraverso l'analisi di questo e di altri casi di pazienti, con analoghe lesioni cerebrali, Damasio arrivò al chiarimento neurobiologico della funzione emotiva e dei suoi strettissimi intrecci con l'agire razionale.

Tale intuizione, in tempi più recenti, ha trovato conferma con le tecniche più avanzate di *neuroimmagine*.

Le evidenze della clinica portano, dunque, a concludere che i meccanismi della ragione, non solo non sono separati dalle strutture più profonde del cer-

vello, regolatrici degli istinti, delle pulsioni e delle emozioni, ma sono fortemente condizionati dagli stessi.

Si è scoperto, ad esempio, quanto importante sia il ruolo della *dopamina*, un neurotrasmettitore che aiuta a regolare le nostre emozioni e che ci aiuta a scegliere tra le alternative [J. LEHRER, *Come decidiamo*, Codice Edizioni, 2009, p. 30].

Platone nel Fedone screditava le emozioni perché irrazionali ed inaffidabili – i cavalli selvaggi dell’anima – mentre si è visto che in realtà riflettono un enorme quantità di analisi invisibili agli occhi della nostra coscienza.

Le *scienze cognitive*, insomma, giustificherebbero nel loro complesso una ripresa di temi della teoria “*realista*” del diritto, frequentati nei primi decenni del Novecento ed in seguito negletti dalle teorie di impianto normativista e kelseniano [G. TUZET, *Dover decidere*, Carocci, 2010, p. 223]. Tra questi temi, un filone di ricerca si sta occupando appunto del ruolo delle emozioni nelle decisioni dei giudici e delle giurie

2. Intuito e ragionamento nel giudicante

Già l’Altavilla, agli inizi del secolo scorso, nel descrivere il processo formativo del convincimento del giudice, riconosceva uno spazio importante ai “*fattori soggettivi*”.

Nella sua monumentale *Psicologia Giudiziaria*, rifacendosi agli studi del contemporaneo Gignoux sul ruolo dei “*fenomeni affettivi*” nel giudizio, parlava di “*subiettivismo*” del giudicante, come insieme di “*disposizioni organiche innate ed acquisite, radicate in noi per l’abitudine, la imposizione, o la suggestione, od anche per altri giudizi che noi abbiamo considerati fino ad allora come indiscutibili*” [E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, III ed., Utet, 1948].

Distingueva tra *intuito* e *ragionamento* e metteva in guardia i giudici sui rischi che un convincimento fondato solo sull’intuizione può ingenerare. Collocava infatti l’intuito tra le “*esperienze subcoscienti*” ed ammoniva: “*L’intuito, proprio per questa sua origine, può alle volte dare risultati preziosi, alle volte creare un uniformismo pericoloso per il giudice. L’intuito è certamente una voce che sorge dall’incosciente, in cui si è accumulata la nostra esperienza e anche quella della razza, che precedendo ogni processo analitico di ragionamento, ci fa sentire come un avvenimento ha dovuto verificarsi. Ed alle volte questo giudizio anticipato si cristallizza così prepotentemente nella coscienza del giudice, che non soltanto le risultanze processuali non varranno a modificarlo ma egli, inconsapevolmente, si sforza*

di adattare questi risultati al suo convincimento” [E. ALTAVILLA, *op. cit.*, p. 709].

Peraltro, tale ultimo fenomeno, quello della tendenza innata al verificazionismo, come ricerca dei soli dati che confermano un giudizio già maturato, era stato già descritto da Bacone che, nel suo *Novum Organum*, lo collocava tra gli *idola tribus*, cioè tra le principali fonti di errore del pensiero nella specie umana e, aggiungiamo noi, tra i fattori condizionanti del ragionamento.

3. *Le decisioni intuitive*

Nel mondo anglosassone, quando si vuol definire una decisione intuitiva, si fa ricorso all'espressione *gut feeling*. L'immagine evoca un modo di sentire viscerale.

A tale espressione ha fatto ricorso la *psicologia della decisione* per definire quei processi decisionali che non sono frutto di un ragionamento ma che rappresentano il risultato di scelte istintive [*gut feeling* è proprio il titolo di un recente lavoro dello scienziato cognitivo G. GIGERENZER, tradotto in italiano con il titolo *Decisioni intuitive*, Raffaello Cortina, 2009].

Molti dei processi mentali, così attentamente descritti dall'Altavilla e dagli studiosi contemporanei di psicologia giuridica, sono stati chiariti e in larga misura confermati dalle moderne *scienze cognitive*.

Basterà in via esemplificativa qui ricordare, giusto per riprendere le considerazioni finali della citazione dell'Altavilla, il documentato fenomeno della cosiddetta *tendenza alla conferma*.

Gli studi di Wason, famoso psicologo sperimentale del secolo scorso, avevano già ampiamente dimostrato come tutti gli individui basino quasi sempre il proprio giudizio su quelle informazioni che confermano le proprie iniziali ipotesi, piuttosto che su quelle che possono falsificarle [P.C. WASON, *On the failure to eliminate hypothesis in a conceptual task*, in “Quarterly Journal of Experimental Psychology”, 12, 3, 1960]. I soggetti sperimentali individuavano rapidamente un'ipotesi e tendevano a riprodurre risposte coerenti con la regola ipotizzata, senza considerare le risposte che avrebbero potuto disconfermarla. Ciò accade perché tra le strategie di selezione delle ipotesi stesse vi è quasi sempre la tendenza a controllare solo un tipo di previsione, con la inevitabile conseguenza di perdere di vista le possibili alternative e di confermare ipotesi inadeguate [si veda per quanto attiene al ragionamento controfattuale: P. CATELLANI, *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, in *Sistemi Intelligenti*, 2/2010, Il Mulino].

Potrebbe essere questa la spiegazione del fallimento applicativo di una nor-

ma, quale quella di cui all'art. 358 c.p.p., che pretende da parte del P.M. lo svolgimento di accertamenti su fatti e circostanze anche a favore dell'indagato.

4. L'“inconscio cognitivo” e la decisione

A partire dalla seconda metà del XX secolo, le *scienze cognitive* sono state protagoniste di una svolta teorica ed empirica basata sulla dimostrazione che la grande maggioranza delle decisioni dell'uomo non deriva da processi razionali formalizzati, ma da strategie adattive informali in cui la sfera emotiva gioca un ruolo fondamentale [M. MADONATO, S. DELL'ORCO, *op. cit.*, passim].

Già Simon, premio Nobel per l'economia nel 1978, aveva dimostrato come la razionalità umana operi nei limiti di un ambiente psicologico e la mente dell'uomo fatichi a muoversi all'interno di un mondo fatto di dati ambigui difficilmente processabili con inferenze logico-deduttive [H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, 1967]. Tale ambiente impone agli individui una selezione di fattori sui quali essi dovranno fondare la propria decisione, dunque, l'agente economico dispone di una razionalità limitata (*bounded rationality*) che non sa elaborare tutte le informazioni ed i segnali provenienti dall'esterno [M. MOTTERLINI, F. GUALA, *Mente Mercati Decisioni*, Università Bocconi Editore, 2011].

Negli anni settanta dello scorso secolo gli studi degli psicologi cognitivi Amos Tversky e Daniel Kahneman dimostrarono che, nell'adozione di decisioni complesse, ogni individuo fa ricorso a precise strategie, definite “*euristiche*” [l'espressione deriva dal greco *to εὕρισχεν*, trovare, scoprire].

Tversky morì prematuramente ma se fosse sopravvissuto sarebbe stato, anche lui, insignito del Nobel per l'economia, premio riconosciuto al collega Kahneman nel 2002 per quegli stessi studi.

Ciascun individuo da un lato è facilitato attraverso le *euristiche* nell'assumere decisioni rapide, rispetto ai metodi della logica deduttiva ed induttiva, ma dall'altro queste strategie lo inducono ad errori sistematici di giudizio o *biases* [D. KAHNEMAN, R. SLOVIE, A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982].

Un esempio di euristica, applicabile al mondo della giustizia, è stato documentato da un recente studio di giovani ricercatori dell'Università di Trento che hanno dimostrato l'esistenza di una tendenza dei giudici donna a liquidare in favore delle mogli somme maggiori, a titolo di mantenimento, rispetto a quelle liquidate ai mariti [C. BONA, B. BAZZANELLA, *L'assegno di mantenimento nella*

separazione. *Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Università degli Studi di Trento, 2008]. Si è parlato della cosiddetta *euristica della disponibilità* che condiziona le decisioni sulla base della *saliienza* degli eventi cioè del loro grado di rilevanza nel ricordo del soggetto. Sarebbe, dunque, la disponibilità di esempi nella mente del decisore a condizionare le decisioni medesime; è quindi più facile per un giudice di sesso femminile crearsi o recuperare nella memoria l'immagine di una donna in difficoltà piuttosto che non quella di un uomo.

In anni più recenti molti ricercatori, ma anche lo stesso Kahneman (in parte rivisitando il proprio modello teorico) hanno parlato di due diversi *Sistemi* che presiederebbero le decisioni degli individui: un Sistema 1 o *Sistema Euristico* ed un Sistema 2 o *Sistema Analitico* [M. MOTTERLINI, F. GUALA, *op cit.*, p. 69; cfr. anche J.St. B.T. EVANS, *Dual processing accounts of reasoning, judgment and social cognition*, in "Annual Review of Psychology, 2008].

Nel suo recentissimo lavoro, pubblicato in queste settimane, dal titolo *Thinking fast and slow* (2011), il premio Nobel delinea le caratteristiche dei due Sistemi che guidano il nostro modo di decidere.

Il primo dei due opererebbe con modalità rapide, intuitive, impulsive, associative ed automatiche, difficili da controllare o modificare, non particolarmente impegnative in termini di sforzo razionale. Il secondo implicherebbe processi consapevoli, più ponderati, più lenti e, quindi, più faticosi.

Si ricorre sempre a quest'ultimo quando si affronta un calcolo matematico, quando si deve risolvere un problema che implica una serie di passaggi procedurali. Si ricorre, invece, al primo in tutti gli altri casi e ciò è particolarmente evidente nel cosiddetto ragionamento esplorativo dove si salta velocemente alle conclusioni.

È sempre utile, scrive Boncinelli, che la "corda aurea" della ragione sia presente e pronta ad intervenire ed a temperare i moti dell'animo, ma dobbiamo alle emozioni la prontezza, l'efficienza ed anche l'eventuale originalità e creatività di molte nostre scelte [E. BONCINELLI, *La vita della nostra mente*, Laterza, 2011].

Si può anche guardare al Sistema 1 come a una specie di «inconscio cognitivo», una sorta di "pilota automatico", per così dire, di cui ci ha dotato l'evoluzione per procurare i dati necessari ad orientarci nel mondo in modo efficiente e senza sforzo [J.F. KIHLMSTROM, *The Cognitive Unconscious*, in "Science", 237, 1987, pp. 1445-1452].

La tendenza in tutti noi, infatti, è quella di avvalerci del *Sistema Euristico*, come primo approccio e questo comporta inevitabilmente più errori ed imprecisioni. Tale modalità del decidere è pervasa dall'enorme influenza delle impres-

sioni di natura intuitiva, inconscia ed automatica. Se lo riteniamo necessario, in un secondo momento, utilizziamo il *Sistema Analitico*, fondato sui criteri della logica formale e destinato ad introdurre elementi più affidabili di giudizio.

La maggior parte dei nostri errori è infatti il prodotto dei giudizi intuitivi del Sistema 1 che non sono passati al vaglio del Sistema 2. Se il Sistema 2 resta inattivo finiamo per credere come vere impressioni false e questo vale soprattutto per i giudizi e le decisioni quotidiane. La maggior parte delle nostre scelte è il prodotto automatico del Sistema 1 che lascia al Sistema 2 soltanto la convinzione illusoria di essere al centro dell'azione.

Nonostante il Sistema 2 cerchi di giustificare *ex post* la "razionalità" dei nostri comportamenti, la maggior parte di questi è determinata dal Sistema 1.

5. Sentenze imperfette

A tali meccanismi non si sottrae il mondo del processo penale [A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Giuffré, 2010].

Capita spesso di imbattersi in decisioni assunte per schemi mentali, non perfettamente logici, frutto di giudizi intuitivi e valutazioni probabilistiche [vedi in particolare C. BONA, *Sentenze imperfette*, Il Mulino, 2010, pp. 69 ss. I giudici civili ricorrerebbero a processi mentali significativamente difforni rispetto a quelli suggeriti dalla logica deduttiva]. L'esperienza nelle aule giudiziarie consente quasi quotidianamente di trovarsi di fronte a provvedimenti che tradiscono scelte emotive, poi elaborate attraverso percorsi motivazionali non propriamente coerenti, che a fatica nascondono l'intuizione originaria.

Di *intuito*, appunto si è parlato e si parla spesso per definire questa capacità del giudice di cogliere immediatamente il fatto. Una sorta di sensibilità non comune che evoca una capacità straordinaria di giungere al cuore del problema, sensibilità che l'esperienza e la pratica quotidiana dovrebbero affinare.

Con un linguaggio più aggiornato si è parlato anche di *precomprensione*, per definire quell'*unicum* di fattori soggettivi che mette insieme, non solo le esperienze umane accumulate dal giudice nel tempo, ma anche i suoi "pre-giudizi", le sue convinzioni morali, ideologiche e politiche e, non ultimo, le sue caratterialità [G. FIANDACA, *Violenza su donna «in jeans» e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, in *Foro italiano*, 1999, II, c. 165]. Insomma, nella precomprensione è racchiuso tutto il mondo psicologico e spirituale del giudice [F.M. IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2194].

Negli Stati Uniti, sul finire degli anni ottanta dello scorso secolo, sono stati condotti una serie di studi sul tema. L'obiettivo era quello di comprendere le modalità attraverso le quali i giudici utilizzano *teorie implicite* e meccanismi di semplificazione per formulare le loro decisioni.

Una particolare attenzione è stata posta al ruolo svolto dagli *stereotipi*.

Gli psicologi sociali Bodenhausen e Lichtenstein, con uno studio sulle giurie popolari, hanno dimostrato l'estrema facilità con la quale tali meccanismi operano anche in sede giudiziaria e come, alla base di molte decisioni questi diventino fattori condizionanti nella valutazione delle prove e nella ricostruzione del fatto oggetto del giudizio [G.V. BODENHAUSEN, M. LICHTESNSTEIN, *Social stereotypes and information-processing strategies. The impact of task complexity*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 52, 1987, pp. 871-880]. In particolare, hanno studiato il ricordo dei dati probatori a favore o a sfavore della colpevolezza di un imputato, a seconda della sua appartenenza etnica, e l'influenza che tale ultimo fattore può avere sul modo in cui i giurati emettono il verdetto finale.

Ne è dunque emerso che tutti, in modo inconsapevole, ed a prescindere da fattori di carattere ideologico, venivano condizionati dallo stereotipo come modalità di semplificazione del giudizio. Usavano lo stereotipo come fattore aggregante attorno al quale venivano verificate le prove che fossero coerenti con esso ed erano trascurate sistematicamente le evidenze processuali che lo disconfermavano.

Insomma, una sorta di "*cecità attentiva*" nei confronti dei riscontri probatori che potevano falsificare il fondamento del loro pregiudizio etnico che, nello specifico, era rivolto a soggetti di origine ispanico-americana.

6. Decisioni "veloci e frugali"

Gli individui, nessuno escluso, dunque, decidono nella stessa maniera: prima maturano la decisione, poi la argomentano; prima entra in funzione il Sistema 1 poi subentra la razionalità del Sistema 2. Il senso comune ci induce, invece, a pensare che le decisioni, al contrario, poggino saldamente sul pensiero razionale.

E così anche il giudice, intuitivamente decide, e poi, a posteriori, cerca di validare la fondatezza del giudizio con argomenti che spesso forzano le evidenze processuali. Il meccanismo è quasi automatico e comunque involontario.

E, tanto più ambigua è la vicenda che deve essere valutata, tanto più incerta è la situazione processuale, tanto maggiore è lo stress emotivo e tanto più ampi sono gli spazi che si prestano alle decisioni *gut feeling*.

Sono, in particolare, i processi indiziari che tendono a favorire tali modalità di giudizio. Anche se alcune ricerche hanno evidenziato significative differenze di approccio epistemologico tra giudici esperti e giudici di minore esperienza [P. CATELLANI, *Il giudice esperto, Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Il Mulino, 1992].

Le ipotesi accusatorie, che hanno alla base vicende umane dal forte impatto emotivo, nella maggior parte delle situazioni inducono a giudizi sulla responsabilità assunti con il *Sistema 1* e poi, a seguire, viene costruita la motivazione, secondo un percorso argomentativo che spesso sconfinava in forzature dal forte sapore retorico.

Non è casuale, ad esempio, il ricorso al cosiddetto *ragionamento circolare*, dove l'affermazione di responsabilità è data per implicita [cfr. Cassazione Penale., Sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147].

Anche altre modalità possono essere tuttavia impiegate quasi involontariamente, quali ad esempio introdurre nel ragionamento sul caso in esame un'ipotesi verosimile di spiegazione, ancorché priva di qualsiasi riscontro probatorio. Insomma, una vera e propria ipotesi immaginata.

Ma ulteriori soluzioni vengono spesso utilizzate: quella, ad esempio, di manipolare i fatti che possono contraddire l'ipotesi sostenuta, travisandone il loro significato; ignorare appunto le informazioni di segno opposto che non sono suscettibili di manipolazione, mantenendo sulle stesse rigorosamente il silenzio; valorizzare fatti del tutto insignificanti, introducendo dei criteri inferenziali favorevoli alla tesi che si vuol supportare; sottrarsi ad un controllo di coerenza interna della ipotesi che si intende sostenere e delle eventuali contro-ipotesi.

Insomma, il repertorio dei percorsi argomentativi è ampio ed allo stesso viene fatto ricorso in tutti i gradi del giudizio e non è infrequente, anche nelle stesse decisioni della Suprema Corte, imbattersi in simili forme di ragionamento.

Uno dei più autorevoli scienziati cognitivi che si stanno occupando di questa materia è certamente Gerd Gigerenzer, direttore di un gruppo di ricerca al Max Planck Institut di Berlino.

Egli ha spiegato come nel percorso decisionale i soggetti facciano spesso ricorso ad una euristica da lui definita "*fast and frugal*", veloce e frugale, che si basa su una regola d'arresto definita "*one reason*", letteralmente motivo unico.

La decisione, rispetto ad un ampio quadro cognitivo che il giudicante ha a disposizione, viene assunta sulla base di un solo fattore, di un solo dato, di un solo criterio o, semplicemente, di un solo indizio ed, in sequenza, vengono poi utilizzate le sole informazioni che soddisfano la scelta già assunta e tutto ciò confermerebbe l'intuizione di Francesco Bacone.

Vi sono decisioni della stessa Corte di Cassazione che ricalcano questo meccanismo: basti pensare alla cosiddetta “*sentenza sui jeans*”, rimasta famosa.

In quel caso la regola d’arresto era appunto: “... è un dato di comune esperienza che è quasi impossibile sfilare anche in parte i jeans di una persona senza la sua fattiva collaborazione poiché trattasi di una operazione che è già assai difficoltosa per chi li indossa” [cfr. Cassazione, Sez. III, 6 novembre 1998, n. 3355].

Questo motivo unico ha finito per condizionare emotivamente una decisione da più parti fortemente criticata per il suo impianto argomentativo. I giudici, infatti, avevano pretermesso aspetti ben più rilevanti e meritevoli di considerazione.

Anche i giudici di legittimità, dunque, nonostante che il loro intervento, di regola, avvenga a distanza di tempo dal fatto, non si sottraggono all’*euristica veloce e frugale*.

Paradossalmente, infatti, è proprio la distanza dalla vicenda storica e la limitatezza del quadro informativo a rendere i giudici del Supremo Collegio più vulnerabili ai propri condizionamenti emotivi.

E così, dopo aver esaminato sentenza e ricorso, pur in presenza di fondate censure sul piano tecnico, si convincono della fondatezza della decisione di merito, perché emotivamente condizionati da quel solo fattore, dato o criterio che rappresenta la “*one reason*”.

In questi casi respingono con motivazione liquidatoria l’impugnazione utilizzando, come bene ha spiegato Iacoviello, una *tecnica di giustificazione* piuttosto che una *tecnica decisoria* [F.M. IACOVIELLO, *Le due Cassazioni*, in L. ZILLETTI, E. ROSSO (a cura di), *Il giudizio di Cassazione*, Giuffrè, 2011, p. 43].

7. Altri fattori dell’emotività estranei al ragionamento

Un recentissimo lavoro, pubblicato sull’autorevole rivista statunitense *Proceedings of the National Academy of Science*, da conto di una ricerca svolta da scienziati cognitivi israeliani e statunitensi, questi ultimi della prestigiosa Columbia University di New York [S. DANZIGERA, J. LEVAV L. AVNAIM PESSO, *Extraneous factors in judicial decisions*, in PNAS, 2011].

Oggetto dell’indagine era quello di stabilire appunto se le decisioni giudiziarie fossero il prodotto razionale dell’applicazione delle norme giuridiche al fatto o se, invece, come già sostenuto dal Kosinski nelle sue ricerche di un paio di decenni fa, fossero, per dirla con le sue parole, il prodotto di “*ciò che il giudice aveva mangiato a colazione*” [A. KOZINSKI, *What I ate for breakfast and-other mysteries of judicial decision making*, in *Loyola LA L Review*, 26, 1993, p. 993].

Il gruppo di ricerca analizzò il lavoro di otto giudici israeliani monocratici, nell'arco di dieci mesi e concretizzatosi un ampio campione di ben 1.112 sentenze. Si trattava di giudici dell'esecuzione penale che dovevano pronunciarsi su istanze di condannati per reati comuni (rapine, furti, stupri, omicidi, ecc. ...) e decidere sulla concessione di benefici penitenziari (istanze di libertà condizionata, ammissione al *probation*, ecc. ...).

Vennero considerati molteplici fattori quali la recidiva, l'etnia, l'età ed il sesso dei condannati. Vennero valutati altresì fattori relativi ai giudici, quali il carico di lavoro, la durata di ogni decisione, la posizione ordinale della pronuncia nella sequenza di decisioni per quel giorno, la durata delle interruzioni dell'udienza scandita in tre sessioni, due mattutine ed una pomeridiana. L'indagine così strutturata ha consentito di stabilire che le decisioni favorevoli per i condannati, a prescindere dalle caratteristiche tecnico-giuridiche del caso esaminato, si collocavano sistematicamente all'inizio di ogni sessione, mentre i giudizi negativi crescevano drammaticamente alla fine di ogni sessione, in coincidenza con il calo del glucosio nel sangue. Un breve riposo, uno spuntino e con esso il cambio di umore e l'aumento degli zuccheri, finivano per ripristinare le risorse mentali dei giudici che, alla ripresa dimostravano maggior disponibilità ad approfondire le questioni ed a vedere i casi con maggior clemenza.

Il campione molto ampio di sentenze esaminate ha finito così per confermare quegli studi più datati, e sicuramente meno completi, che avevano lumeggiato come variabili esterne al *problem solving* giudiziario possano influenzare la decisione del giudice.

8. Conclusioni

Come ha sostenuto Sutherland, noto studioso inglese del ragionamento del XX secolo, la razionalità di una decisione dipende dalla completezza del quadro conoscitivo di chi la prende [S. SUTHERLAND, *Irrazionalità*, Lindau, 2010, p. 16].

Quando le nostre conoscenze si dimostrano insufficienti, allora, è ragionevole procurarsi ulteriori elementi; purtroppo lo facciamo di solito in modo emotivo e del tutto irrazionale, dal momento che cerchiamo solo quelle evidenze che supportano le nostre precedenti convinzioni.

Si apprezza, allora ed ancor di più, il valore fondamentale dell'obbligo di motivazione della decisione giudiziaria.

Tale obbligo esprime, ed al tempo stesso garantisce, la natura cognitiva anziché potestativa del giudizio.

È in forza della motivazione che la decisione del giudice risulta argomentata da affermazioni in quanto tali verificabili e falsificabili. È sempre in forza della motivazione che il giudice dà conto del suo sapere, anche solo opinabile e probabile, ma proprio per questo confutabile e controllabile non solo dall'imputato, ma anche dalla società.

L'apporto di nuove conoscenze che le neuroscienze stanno dando al mondo del processo è destinato dunque a mettere in tensione categorie giuridiche consolidate e tra queste forse anche quella del libero convincimento del giudice [C. CONTI, (a cura di) *Scienza e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2011].

Scienza e processo, dunque, non costituiscono due monadi separate ed autonome, bensì contesti suscettibili di una reciproca integrazione anche grazie ad una singolare continuità epistemologica.

LUIGI LANZA

EMOZIONI E LIBERO CONVINCIMENTO
NELLA DECISIONE DEL GIUDICE PENALE

SOMMARIO: 1. Una difficile “neutralità”. – 2. Gli stati emotivi e passionali. – 3. Il dominio della complessità e le variabili della decisione del giudice penale. – 4. L’itinerario della deliberazione e la scelta finale sui punti e capi della sentenza. – 5. Il libero convincimento come “contenitore di emozioni”? – 6. Il disinteresse del giudice.

1. *Una difficile “neutralità”*

Il titolo, nella sua successione semantica, suggerisce subito l’idea che il giudice, persona terza rispetto al *thema decidendum*, e imparziale rispetto all’epilogo del suo deliberare (in punto di colpevolezza od estraneità dell’accusato), si avvalga, prima nell’assunzione della prova e, poi, nella decisione in camera di consiglio (con maggior o minor gradiente di necessità e/o di consapevolezza), di una sequenza di percezioni soggettive e di criteri valutativi, rispetto al fatto e alle persone (compiacimento, fastidio, angoscia, ira, irritazione, attrazione, condivisione, partecipazione, simpatia, repulsione, noia, stanchezza etc.), che trovano fondamento nella sua singolare e specifica storia di vita e intelligenza emotiva e che, spesso, possono anche essere esteriormente percepibili dalle parti e dagli spettatori del processo.

Si tratta all’evidenza di qualità pacificamente “coese all’intimità del giudicante” e non suscettibili di una aprioristica catalogazione o addirittura di una scala di efficienza causale, rispetto a quello che sarà poi il prodotto sociale dato dalla sentenza penale.

Tanto premesso, va subito detto che il processo, come sostengono J. Bentham [(1823) *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, tr. it., UTET, 1998] e Mittermaier [*Teoria della prova nel processo penale*, Sanvito, 1858], si sostanzia nell’arte di pesare le prove, con un risultato di una decisione che oscilla, e tendenzialmente si armonizza, tra il principio del *iudicium secundum conscientiam* e la regola diversa del *iudicium secundum alligata et probata*, in una dinamica che si connota dalla ineliminabile persistenza del canone del libero convincimento.

Nel 1969, lo svedese Karl Gunnar Myrdal [*Objectivity in social research*, Pantheon Books, 1969], occupandosi della «illusione della neutralità delle scienze sociali», ha sostenuto, come ipotesi operativa, che quasi mai ci si trova di fronte a carenze casuali nei nostri processi di conoscenza: l'ignoranza, come la conoscenza è intenzionalmente orientata.

L'esperienza di giudizio in collegi ordinari e asimmetrici (Tribunale per i minorenni, Sezione per i minorenni presso la Corte di appello, Magistratura di sorveglianza e Corte di assise d'appello) mi permette di affermare che il senso di disprezzo e di disgusto, che può determinare un fatto illecito grave, obiettivamente rivoltante, è sicuramente – *coeteris paribus* – un motivo di rafforzamento degli sforzi nella ricerca della responsabilità dell'autore, mentre una condizione di minimizzazione dell'illecito (espressa nei collegi asimmetrici dalla suggestiva espressione: «forse l'avrei fatto anch'io») è sicuramente il primo ingrediente per un trattamento sanzionatorio di favore nei confronti dell'autore.

Allora, il libro di Myrdal mi sorprese per l'accento posto sulla soggettività di ogni processo valutativo; oggi, la sua lettura mi lascia indifferente, perché l'esperienza, accumulata per quarant'anni come giudice dibattimentale di I e II grado, mi orienta sempre più a pensare a orizzonti limitati nella “pretesa di verità”, che nasce, mai in modo “asettico” dalle carte e dalle emozioni del processo penale.

Non a caso già nel 1622, Lorenzo Priori nella sua “*Prattica criminale secondo il rito delle leggi della serenissima Repubblica di Venezia*” sentiva la necessità di diffidare il giudice a non voler «proferire sentenza mai fulminatamente ed in collera, ma con l'animo quieto da ogni passione d'ira».

2. *Gli stati emotivi e passionali*

Il nostro sistema non si occupa degli “stati d'animo (stati emotivi e passionali)” di chi giudica, ma si limita, da un lato, a statuirne l'indifferenza per la parte privata, “l'imputato”, agli effetti del giudizio di imputabilità (art. 90 c.p.), e, dall'altro, a fissare però una serie di barriere per impedire che il provvedimento giudiziario sia espresso da un “giudice incompatibile”, a causa di atti compiuti nel procedimento, o per ragioni di parentela, affinità o coniugio; oppure da chi aveva l'obbligo di astenersi, per la ricorrenza di interessi in grado di turbare e pregiudicare la sua imparzialità, rispetto all'esito del giudizio e la sua equidistanza dalle parti, compresa quella pubblica (art. 36, comma 1, lett. f, c.p.p.); oppure ancora per la presenza di «altre gravi ragioni di convenienza».

Per tale ultima causa di astensione va però ricordato [Cass. pen. sez. I, 12467/2009, Rv. 243562] che è inammissibile la ricusazione del giudice fondata appunto su di essa, in quanto, le «altre gravi ragioni di convenienza», per le quali l'art. 36, comma 1, lett. h, c.p.p., impone al giudice il dovere di astenersi, non risultano richiamate nel successivo art. 37, il quale detta la disciplina dei casi di ricusazione, né può essere ad essa estesa, data la natura di norme eccezionali che la regolano.

Il giudice quindi, che abbia dimostrato nel processo la sua emozione, anche in modo vistoso e plateale, evidenziando – per esempio – palese turbamento e commozione a fronte della deposizione della persona offesa costituita parte civile, in un odioso fatto di violenza sessuale; oppure irritazione fastidiosa per la ritrattazione dibattimentale di una chiamata in reità o correttezza, non è persona ricusabile, a meno che non ricorra nella sua condotta nel processo, una indebita manifestazione del suo convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione a sensi del disposto dell'art. 37, comma 1, lett. b, c.p.p.

Ancora una volta le variabili personali della decisione si sottraggono dal terreno di una peraltro impossibile “verifica di terzietà e imparzialità” (art. 111, comma 2, Cost.).

3. Il dominio della complessità e le variabili della decisione del giudice penale

Sembra ormai assodato che le scienze del futuro saranno esclusivamente quelle in grado di dominare la “*complessità*”: il dominio della complessità esige però la disponibilità di modelli adeguati, non soltanto a rappresentarne la realtà, ma anche capaci di prevederne gli sviluppi [R. VACCA, *Il Medioevo prossimo venturo*, Mondadori, 1971].

In questo senso, sicuramente, manca una scienza del decidere sulla responsabilità penale, non tanto perché difettino dei protocolli in cui inquadrare i singoli passaggi intermedi dell'azione del decidere, quanto e soprattutto perché risulta impossibile la previsione dei risultati [M.E. MAGRIN, *Psicologia della decisione giudiziaria*, in A. QUADRIO, G. DE LEO (a cura di), *Manuale di Psicologia Giuridica*, LED, 1995, pp. 141-200].

L'azione del giudicare è un'azione eminentemente complessa la quale mescola, assorbe, fonde e compendia le mozioni più svariate, non solo di tecnica giuridica, ma istanze affettive, sociali e culturali: la conseguenza è quella di un *continuo processo di interferenza fra i livelli di razionalità e logica giudiziaria*,

da un lato, e quelli *affettivi, emozionali e socio-culturali*, dall'altro [A. CERETTI, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni*, Franco Angeli, 1996].

Pertanto, la sostenibile *imprevedibilità teorica della decisione* non può che essere il naturale corollario di siffatta complessa, intricata e quasi "imprendibile" azione.

In un incontro di studio, organizzato dal C.S.M. (30 novembre-2 dicembre 1990) sul principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale, Giuseppe De Luca evidenziava, opportunamente, che il lavoro di analisi della dottrina, prima e dopo l'applicazione del nuovo codice di rito, è stato condotto su "come è fatta la sentenza", piuttosto che su "come la sentenza si fa".

Questa premessa è importante perché introduce il tema di fondo del presente argomentare, il quale comporta un'incursione sulle variabili della decisione del giudice penale.

Infatti il decidere del giudice – come scelta tra diverse soluzioni ragionevoli – si muove sostanzialmente tra gli argini lessicali offerti dai disposti degli artt. 192, comma 1, c.p.p. in tema di valutazione della prova (che va pesata dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati), e l'art. 546, comma 1, lett. e, c.p.p. che disciplina requisiti e contenuti della sentenza.

In questo scenario, il risultato dell'intricata azione del giudicare diventa la *sentenza* che nel nostro ordinamento è *la scrittura della responsabilità*, nel senso che ogni imputato, a processo concluso, deve trovare nella motivazione scritta della sentenza che lo riguarda i criteri che il giudice ha adottato nella valutazione delle prove e i risultati probatori che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (artt. 192, 187, 544 e segg. c.p.p.).

Tuttavia, prima della scrittura della responsabilità, va collocata la fase della progressiva formazione del convincimento, in un processo dialettico lineare che si connota per una progressiva riduzione delle incertezze, sino alla definizione della formula del dispositivo (di proscioglimento o di condanna) che dà corpo esterno all'avvenuta scelta dell'ipotesi ragionevolmente preferibile.

Ed è in questa prima fase genetica che si muovono – con alterne vicende – le variabili teoriche dello scenario della decisione del giudice.

Il protocollo della decisione nel nuovo codice di rito è scandito da quattro semplici norme: l'art. 525 c.p.p., che riguarda i tempi, le persone e la continuità della deliberazione; l'art. 526 c.p.p., che sancisce il fondamentale criterio di esclusione di quelle prove che non siano state legittimamente acquisite nel dibattimento: il legislatore, anziché occuparsi di orientare il Giudice perché decida in un certo modo, dandogli indicazioni e suggerimenti, si preoccupa invece

che non vengano portate dentro nella Camera di Consiglio informazioni che non fanno parte della vita (trasparente e controllata dalle parti) del processo, quindi, un'importante norma di garanzia e di igiene processuale; l'art. 527 c.p.p., che disciplina la deliberazione collegiale, proponendo l'ordine di decisione delle questioni e l'ordine di manifestazione del voto; l'art. 528 c.p.p., che prevede la sospensione della deliberazione: per la lettura del verbale stenotipico d'udienza, per l'ascolto o visione di riproduzioni fonografiche o audiovisive.

4. L'itinerario della deliberazione e la scelta finale sui punti e capi della sentenza

Ciò posto è necessario rispondere ad alcuni interrogativi: esistono aree di "precomprensione" del giudice del dibattimento? Quand'è che il giudice dibattimentale inizia l'operazione logica e giuridica della decisione sul capo di imputazione?

Il momento *a quo*, in proposito, è sicuramente la chiusura della istruzione dibattimentale, ma la storia del processo conosce però molti altri momenti in cui, ancor prima di decidere in termini finali di innocenza o di colpevolezza dell'imputato, il Giudice del dibattimento può già insensibilmente spostare l'asse della sua bilancia, raggiungendo "micro-convincimenti" che in qualche modo deve palesare.

Si pensi, ad esempio: alla decisione di assunzione di una prova non disciplinata dalla legge (*ex art. 189 c.p.p.*); alla individuazione della prova manifestamente superflua o irrilevante (*art. 190, comma 1, c.p.p.*); ai provvedimenti sull'ammissione della prova (ammissibilità e superfluità *ex art. 495 c.p.p.*) oppure di revoca di prove ammesse e di ammissione di prove escluse; alla selezione, nell'elenco dei testi, delle persone da esaminare e quelle da non esaminare; alla conduzione del dibattimento, ai poteri connessi in tema di esame delle parti, in tema di esame dei testi, dei periti, dei consulenti.

Tali deliberazioni infatti comportano, in modo necessario ed ineliminabile, una specie di "preorientamento" di chi giudica, il quale, pur nella "provvisoria e revocabilità" di tali decisioni, è costretto in qualche modo ad anticipare una "possibile anche se non vincolante" linea di tendenza nel suo percorso di giudizio.

Il Giudice d'Appello, poi nella sua connotazione di "giudice di carta", comincia a giudicare ancora prima che i giochi processuali inizino. Basti riflettere sul giudice relatore in Corte di Assise d'appello, il quale inizia la lettura de-

gli atti processuali e quindi raggiunge un progressivo risultato di conoscenza molto tempo prima della data di fissazione del dibattimento e ben prima della successiva conoscenza delle carte ad opera del Presidente del collegio e degli altri giudici: risultato questo che va sicuramente collocato in quel terreno che la psicologia definisce “precomprensione” e che i latini, più propriamente indicano come *pre-judicium*, non disgiunto da una sorta di squilibrato “potere di conoscenza degli atti”.

Nel processo d’Assise poi, soprattutto in appello, i Giudici togati dispongono di una velocità di accesso e di controllo delle risultanze processuali che non è in concreto, né lo può essere, uguale a quella degli altri sei Giudici popolari. Quindi, non solo vi è una pre-cognizione del processo da parte dei giudici professionali, ma vi sono tra gli stessi giudici (popolari e laici) corsie differenziate di accesso alla informazione, che finiscono con il diventare spazi di divaricazione a forbice nella conoscenza, anche in relazione alla dimensione del processo stesso e alla lontananza del giudice popolare d’assise d’appello dalla sede di giudizio.

Così stabiliti sommariamente i tempi dilatati e differenziati della formazione del convincimento, si può ora valutare il protocollo della decisione formale e le variabili che la colorano.

In una serie di incontri di studio, organizzati dal C.S.M. negli anni 2004-2005 e nel 2009, sulla motivazione dei provvedimenti giudiziari mi ero occupato delle *variabili teoriche dello scenario della decisione*, sostenendo che ogni sentenza, anche quella del giudice monocratico, si muove su di un terreno personologico ed emozionale, pressoché irripetibile, circostanza questa che, accoppiata alla segretezza, che vincola ogni atto della deliberazione in Camera di consiglio (art. 125, comma 4, c.p.p.), rende difficile la trasposizione esterna delle interazioni connotative e di quelle specifiche del giudicare da soli oppure con altri (giudici professionali e non).

L’importanza, anche inconscia, di tali fattori di condizionamento e variabilità è stata oltremodo sottovalutata e solo in questi ultimi tempi si sta prendendo faticosamente atto che essi, laddove calati nel diversificato interagire delle deliberazioni, senza i filtri della misura e della professionalità, possono creare condizioni di ingovernabile turbolenza, oppure rischiano di produrre, quanto meno, l’impressione di un basso profilo nei risultati di giustizia [L. LANZA, *Gli omicidi in famiglia, Le dinamiche della decisione in Corte di Assise*, Giuffrè 1994; ID., *Il percorso della decisione, Postfazione di un giudice*, in A. FORZA (a cura di), *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, Marsilio, 1997].

Per praticità se ne propone il loro elenco, aggiornato per questa circostanza,

senza soffermarsi nella loro analisi, precisando che il loro accorpamento non risponde a criteri sistematici, ma soltanto a una personale esigenza espositiva, e che averne individuate solo otto, altro non è che una contingente convenzione narrativa.

Viste dall'ottica interna di chi decide, queste paiono quindi essere le variabili della decisione, che si ritiene di proporre per ordine scalare di importanza.

1) personalità del decidente (cultura, ideologia, credenze, esperienza e storia di vita, precedenti decisioni sulla stessa questione di diritto);

2) gravità dell'imputazione, qualità dell'imputato o della vittima, livello di professionalità ed autorevolezza delle difese delle parti o dei rappresentanti dell'Accusa, interesse dei media ai risultati del processo;

3) quadri differenziali della decisione monocratica rispetto a quella collegiale: una riflessione solitaria nel primo caso, ove le sensazioni emotive non hanno risorse di comparazione; una soluzione condivisa o comunque confrontata nel secondo caso;

4) composizione esclusivamente togata, oppure mista del Collegio deliberante: da ciò non solo l'asimmetria del sapere togato rispetto a quello non-professionale, ma tutti i problemi del linguaggio tecnico e della sua "volgarizzazione";

5) stacco cronologico-emozionale e probatorio (eccezionalità della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in secondo grado) tra giudici di merito di primo e secondo grado;

6) conoscenza o comunque applicazione corretta da parte del decidente delle dinamiche interattive dei microgruppi in ambiti di organi collegiali: importanza dello stile di conduzione del processo e della discussione in Camera di consiglio, da parte del Presidente (che può essere: autoritario, poco informato, sbrigativo, o esattamente il contrario) con tutte le gradualità e le sfumature che si esprimono dinamicamente nelle singole deliberazioni sui punti e capi della sentenza;

7) gestione, nel collegio decisorio, del pensiero divergente o minoritario e ricerca della soluzione condivisa dalla maggioranza e conseguenti profili della giustificazione da esprimere nella motivazione da parte dell'estensore;

8) omesso rispetto delle regole di priorità nell'ordine di manifestazione delle opinioni da votare nel collegio decisorio: si tratta di una variabile "criptata" di difficile esterna emersione e di pressoché impossibile prova in punto di efficacia causale rispetto alla singola deliberazione, siffattamente viziata.

L'operazione logica del giudice, che costruisce progressivamente la motivazione scritta del provvedimento deliberato, consegue comunque ad un'acquisita certezza morale, la quale si determina, una volta raggiunta la persuasione della

verità, tenuto conto di alcune inalterate regole di base [P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto*, Cedam, 1940]:

I) nessuna prova, per quanto pregevole e rassicurante, contiene in sé la garanzia scientifica della sua perfetta coincidenza con la verità, essendo notorio che la verità è sempre più estesa della capacità umana di fornirne la prova;

II) il convincimento del giudice non è fatto di sola ragione e di operazioni logiche, essendo ineliminabile l'intrusione di altri elementi personali e soggettivi tipici di chi giudica (le variabili della decisione);

III) la certezza comincia dove si perde la coscienza della probabilità e si attenua sino a spegnersi la forza delle ipotesi alternative;

IV) l'accertamento della realtà consiste nell'accettazione dell'ipotesi enormemente più probabile dell'ipotesi alternativa, la quale ultima, pur di gran lunga improbabile, rimane pur sempre possibile, tenuto conto che, da un punto di vista rigorosamente razionale, le probabilità contrarie non possono mai ridursi allo zero.

Da ultimo ma non in fondo va ribadito che nel "momento distale" del controllo di legittimità della pronuncia penale, la Corte di cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore possibile ricostruzione dei fatti, né deve dividerne la giustificazione che ne è stata proposta, ma deve limitarsi a verificare se tale giustificazione sia compatibile con il senso comune e con «i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento», secondo una formula giurisprudenziale ricorrente.

Né siffatta interpretazione può risultare superata in ragione della modifica apportata all'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e, l. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 8, con la previsione che il vizio di motivazione può essere dedotto quando risulti, non solo dal testo del provvedimento impugnato, ma anche «da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame», dato che tale riferimento va inteso in modo che non privi di qualsiasi significato il limite della testualità, imposto dalla stessa disposizione. Ne consegue che esso va interpretato come relativo soltanto agli atti dai quali derivi un obbligo di pronuncia che si assuma violato dal giudice del merito, come ad esempio la richiesta di una circostanza attenuante o della sostituzione della pena detentiva [cfr. in termini: Cass. pen. sez. V, 39843/2006, Gatti].

5. *Il libero convincimento come "contenitore di emozioni"?*

A questo punto, volendo cercare un contenitore teorico-pratico, in cui far convergere in qualche modo tutto il patrimonio di "essenziale emotività" di cui il giudice penale è portatore, come persona, in tutti i processi cognitivi e valutativi che attraversano il suo convincimento, al di là di ogni ragionevole dubbio (*ex art. 533 c.p.p.*), il possibile modello di riferimento finale, per quanto arbitrario, sembra essere soltanto "il libero convincimento del giudice".

Ipotesi di lettura, questa, che implica la prospettazione del problema se tale canone "annoso" sia stato limitato o in qualche modo "contenuto" dal codice Vassalli, nei protocolli di valutazione della prova fissati nelle Disposizioni generali del titolo I del libro III del nuovo codice di rito.

Non a caso, dopo l'entrata in vigore, il 24 ottobre 1989 del nuovo codice di rito, il Consiglio superiore della magistratura, da sempre sensibile alla "direzione del vento" nella interpretazione della norma, ha curato parecchi incontri e seminari di studio che hanno interessato quasi un migliaio di magistrati operanti nel settore penale, sul tema specifico della valutazione della prova penale, e, quindi, sulla logica che presiede la formulazione del giudizio di responsabilità o di non colpevolezza dell'imputato.

I risultati sul tema non sono stati affatto univoci, né in dottrina, né in giurisprudenza.

Limitata l'analisi ai soli sviluppi dei giudici di legittimità, e secondo un primo orientamento del Supremo collegio, il vigente art. 192, comma 3, c.p.p. ha stabilito una limitazione della libertà di convincimento del giudice, vietando l'attribuzione del valore di prova alla sola chiamata in correità, quando non sia accompagnata da «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità», dato che essa proviene da soggetti coinvolti, in grado maggiore o minore, nel fatto per cui si procede, onde è ragionevole il dubbio sull'assoluto disinteresse del chiamante [Cass. pen. sez. I, 13272/1998. In senso conforme Sezioni Unite: n. 1653/1992, Rv. 192465; n. 11/1995, Rv. 202002].

Di diverso e contrario avviso, peraltro sulla prima parte della massima, è stata invece una successiva decisione della stessa I sezione [Cass. pen. sez. I, 13008/98, Rv. 211895], la quale ha affermato che il terzo comma dell'art. 192 c.p.p. non introduce una deroga o una restrizione quantitativa allo spazio del libero convincimento del giudice, e neppure è volto a porre divieti di utilizzazione, ancorché impliciti, o ad indicare una gerarchia di valore delle acquisizioni probatorie, ma si limita unicamente a indicare il criterio argomentativo che il giudice deve seguire nel portare avanti l'operazione intellettuale di valutazione

delle dichiarazioni rese da determinati soggetti.

Quanto alla valutazione della prova indiziaria, quando dall'indizio (inteso come fatto certo dal quale sia possibile inferire la prova di un fatto incerto), sia desumibile più di una conseguenza, si è sostenuto che il giudice deve applicare la regola metodologica ricavabile dall'art. 192 c.p.p.: egli deve operare un apprezzamento unitario degli indizi previa valutazione di ciascun indizio singolarmente al fine di vagliarne la valenza qualitativa individuale e, determinata in positivo la valenza significativa di ciascun indizio, passare all'esame globale unitario dei vari elementi indizianti attraverso il quale la fisiologica ambiguità di ciascuno di tali elementi può risolversi così che ciascun indizio si sommi e si integri con gli altri e la risultante di tale amalgama determini una chiarificazione univoca che consente di ritenere raggiunta la prova logica del fatto non noto. La prova così raggiunta, se conseguita con rigore metodologico che giustifica e sostanzia il principio del libero convincimento del giudice, non costituisce uno strumento meno qualificato della prova diretta, o storica [Cass. pen. sez. VI, 8402/1997, Rv. 209100, conforme sez. III, 229/2000, Rv. 217713].

Su tali premesse è interessante ancora notare che, mediante la ricerca C.E.D., al sintagma «libero convincimento», corrispondono 922 massime, delle quali l'85% circa risulta collegato a sentenze pronunciate nel vigore del Codice Rocco.

Il Supremo collegio, in proposito, ha comunque di recente ribadito con forza la regola che in tema di giudizio, la valutazione delle prove acquisite compete in via esclusiva al giudice, che la esercita secondo il principio del libero convincimento e con divieto di delegarla al sapere scientifico esterno, il quale ha esclusivamente valenza strumentale ed integrativa delle conoscenze giudiziali e può assumere rilevanza solo ove il giudice ne apprezzi l'assoluta necessità ovvero la funzionale imprescindibilità ai fini della decisione [Cass. pen. sez. III, 42984/2007, Rv. 239068].

Sulla base di tali principi, si è quindi affermata l'operatività del libero convincimento del giudice nella valutazione: a) dei riconoscimenti fotografici e dei riconoscimenti informali dell'imputato, operati dai testi in dibattimento [Cass. pen. sez. II, 17336/2011, Rv. 250081; Cass. pen. sez. IV, 45496/2008, Rv. 242029]; b) della autenticità o falsità di un documento, a prescindere dalla perizia grafica [Cass. pen. sez. V, 42679/2010, Rv. 249143]; c) della testimonianza indiretta, in caso di contrasto tra le dichiarazioni rese dal teste *de relato* e quelle rese dal teste di riferimento [Cass. pen. sez. I, 39662/2010 Rv. 248478]; d) della condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che il giudice di merito ben può considerare, in concorso

di altre circostanze, la portata significativa del silenzio su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo [Cass. pen. sez. II, 22651/2010, Rv. 247426]; e) della sussistenza di atteggiamenti reticenti nella deposizione del teste [Cass. pen. sez. I, 3470/2010, Rv. 246311]; f) della confessione stragiudiziale [Cass. pen. sez. V, 38252/2008, Rv. 241572]; g) della determinazione equitativa dei danni non patrimoniali [Cass. pen. sez. V, 38948/2006, Rv. 235024]; h) dello stato di ebbrezza del conducente di un autoveicolo, senza il ricorso alla strumentazione e la procedura indicate nell'art. 379 del regolamento di attuazione ed esecuzione del codice della strada [Cass. pen. sez. IV, 38438/2006, Rv. 235039]; i) dell'assolutezza dell'impedimento dell'imputato o del difensore a comparire (Cass. pen. sez. I, 405/1998, Rv. 209432).

Orbene, volendo comparare i due gruppi di massime di diversa datazione, al fine di individuare, con una grossolana diagnosi differenziale, se il “come nasce oggi la sentenza” sia o meno caratterizzato, rispetto alle precedenti decisioni, da un più angusto ambito degli spazi del libero convincimento, la risposta, che si desume dalla successione delle massime sullo specifico tema, non può che essere negativa.

Invero, sia che si ritenga che il nuovo codice di rito abbia ristretto gli ambiti del libero convincimento, ovvero, sia che si pensi ad una mera prospettazione di un criterio argomentativo il quale comporti la necessità di una rafforzata giustificazione, il “protocollo di formazione dell'intimo convincimento” del giudice non sembra particolarmente mutato, pur dovendosi registrare, in sede di giudizio di legittimità – da parte dei giudici di merito – una più scrupolosa giustificazione nella stesura della motivazione nei punti regolati dall'art. 192 c.p.p.

Conclusione questa che fa salva l'asserzione di F. Cordero [*Procedura Penale*, Giuffrè, 1993], secondo il quale la motivazione «non è uno spiraglio aperto sull'anima del giudice, affinché se ne possano cogliere e soppesare i pensieri ed i sentimenti, ma *l'espressione dialettica della decisione*, che può essere valutata soltanto in base agli argomenti addotti», e la non meno rilevante considerazione di M. Taruffo [*Lezioni sul processo civile. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Il Mulino, 2005] per il quale nessun sistema giuridico è razionale ove non produca decisioni giudiziarie razionali, tenuto conto che la *persuasione* non è un “criterio”, ma semplicemente un “fenomeno”, e che il *compito del giudice* nel motivare non è di persuadere retoricamente, ma di *giustificare razionalmente la decisione*.

6. *Il disinteresse del giudice*

In ogni caso, si può prospettare che l'emozione del giudice, direttamente percepita, o *aliunde* desunta, sia il crinale forte che differenzia una giustizia umana rispetto ad una gestione asettica della vicenda processuale, fondata su obsolete gerarchie di "prove tariffate", che non ammetterebbe dubbi od incertezze.

Da ultimo occorre riflettere con A. Turchi [*Opere complete di Adeodato Turchi. 1832-1834, 1833*] che «sarà quegli un buon giudice, colui che unirà ai lumi profondi un'integrità superiore ad ogni sospetto. Incapace di convertire le più chiare questioni in problemi oscuri e difficili, d'alterare la semplicità delle leggi con sottili interpretazioni, di credersi abile a misura che trovasi ingegnoso e fecondo, nell'inventare temperamenti che snervano la forza e il vigor delle leggi. Di questa integrità il più stabile fondamento è il puro disinteresse, non quello soltanto che ricusa i regali e per sé e per gli altri, ma quello ancora che dispregia l'ambizione, il favore, la gloria umana, il desiderio finanche di essere applaudito e lodato nella propria integrità».

ALFREDO VERDE

COME SI GIUSTIFICA CHI RENDE GIUSTIZIA?

«– Quello che dici si può anche credere –, disse il picchiatore, – ma io non mi lascio corrompere. Sono stato assunto per bastonare e bastono –» [F. KAFKA, *Il processo*, tr. it. Primo Levi, Einaudi, Torino, 1984, p. 95].

«E, se si voleva ottenere un risultato, era soprattutto indispensabile eliminare fin dal principio ogni pensiero di colpa. Non c'era alcuna colpa. Il processo non era che un grosso affare, come ne aveva già conclusi tanti, e vantaggiosamente, per la banca: un affare entro cui, come sempre, si annidavano diversi pericoli, da cui appunto occorreva guardarsi. Ma a questo fine non ci si doveva gingillare con pensieri di chissà quale colpa, bensì attenersi fermamente al pensiero del proprio vantaggio» [F. KAFKA, *Il processo*, tr. it. Primo Levi, Einaudi, Torino, 1984, p. 138].

1. È difficile parlare della persona-giudice...

Nel senso comune, si è abituati a considerare chi giudica un gradino sopra (o sotto, particolarmente nel nostro paese) agli altri. Non si vuole qui trattare delle aberrazioni, degli illegalismi, dei favoritismi o delle violazioni di norme da parte di chi dice il diritto, ma del normale atteggiamento diffuso nella collettività verso chi rende giustizia, che è poi il contraltare e lo specchio, evidente, di ciò che chi rende giustizia pensa di se stesso.

Diremo quindi che il giudice è come quei soggetti, gli “strani stranieri” di cui parla S. Freud in *Totem e tabù* [FREUD, 1912-13, in *Opere 1912-1914. Totem e tabù e altri scritti*, Boringhieri, 1975]: un gradino al di sopra, e uno al di sotto, della norma. Da lui, come dal sovrano, ci si aspetta la più grande moralità, ma lo si considera anche pericoloso, possibile trasgressore, e la sua attività viene circondata da particolari cautele. L'idea diffusa, che avanziamo subito, è che il giudice, in quanto rappresentante della moralità collettiva, dovrebbe per la collettività farsi da un lato impersonale, ma dall'altro personalissimo; dovrebbe

applicare norme generali e astratte, ma comprendere in fondo la particolarità, la singolarità, la peculiarità di ciascuno di noi allo scopo di rendere giustizia. Il giudice dovrebbe cioè risolvere l'ossimoro insito nella norma, l'essere insieme generale e considerare ciò che è più particolare.

Perché questa pretesa? A ben vedere, deriva dall'atteggiamento che ciascuno di noi, più o meno accentuatamente, mantiene nei confronti della nostra istanza giudicante interna, morale, se si vuole o superegoica: il giudice dovrebbe cioè rappresentare il nostro modo "dolce" e comprensivo di giudicarci, mentre invece spesso, nell'immaginario collettivo, viene a rappresentare il modello arcaico e primordiale di giustizia espresso dall'immagine rappresentata sullo schienale della poltrona nello studio del pittore Titorelli, ne *Il Processo* di Kafka: non Dike, ma Nike, la dea della vittoria, con le ali ai piedi, ma come Dike bendata [A. VERDE, *Dove il soggetto scrive a propria insaputa la propria condanna: Il Processo di Franz Kafka*, in A. FRANCIA, A. VERDE, J. BIRKHOFF (a cura di), *Raccontare delitti. Il ruolo della narrativa nella formazione del pensiero criminologico*, FrancoAngeli, 1999]. La giustizia come un'epidemia, che colpisce a caso e non risparmia nessuno di quelli che vengono in contatto con lei, o la giustizia che ci ridà quello che ci è stato ingiustamente tolto? Erinni che distrugge, o mamma che benevola tiene e ci risarcisce?

2. Questa considerazione ci porta subito al problema fondamentale, che è quello del narcisismo, se lo si affronta dal punto di vista psichiatrico (e psicoanalitico, se si vuole), o della dissonanza cognitiva, se lo si vuole considerare dal punto di vista cognitivo. Al centro del sé, per così dire, sta l'idea di un qualcuno (noi stessi) che amiamo, che riteniamo buono, degno della massima considerazione. Se non fossimo così, saremmo patologici, per la precisione depressi. La depressione è un giudice interno che ci dà sempre torto; nella mania, che in fondo è la negazione della depressione, apprezziamo noi stessi al massimo; la normalità, in cui in parte accettiamo la nostra depressione (il nostro condannarci) e in parte cerchiamo di superarlo, è fatta di una maniacalità minima, di una micromaniacalità, come afferma R. Rossi [*Sottovoce agli psichiatri*. Piccin, 2010], e allora cerchiamo di condannarci il meno possibile, o meglio, di dimenticare, di non considerare la nostra parte colpevole, la nostra parte cattiva, meritevole di condanna. Il nostro narcisismo, cioè il nostro amore per noi stessi, è il responsabile di tutto ciò, e ci permette di continuare ad amarci. Questo è possibile attraverso l'utilizzazione di strategie per portare al di fuori dalla nostra consapevolezza la nostra colpa: un tempo, in psicoanalisi, si parlava di rimozione (che consisteva, nell'originario modello freudiano, nel privare una rappresentazione

della carica affettiva, e nella mancanza di investimento consapevole della stessa rappresentazione da parte della coscienza, per cui una cosa la si sapeva, ma non contava, e quindi si poteva dire che dell'intera problematica il soggetto fosse diventato inconsapevole).

Come rimuovere, però, i sentimenti?

Freud si scontrò lungamente con questo problema proprio trattando i temi della giustizia e della colpa, quando coniò il concetto di "senso di colpa inconscio": a rigore, affermò, un sentimento inconscio non esiste, perché gli affetti (il senso di colpa) semplicemente non possono diventare inconsci, semmai scompaiono.

Come fare scomparire la colpa? R. Speciale Bagliacca [*Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*. III ed. Astrolabio, 2006], uno psicoanalista con un'iniziale formazione giuridica, ha dedicato un libro molto importante alla colpa in psicoanalisi, non scevro da una serie di riferimenti al mondo della giustizia. Uno degli importanti contributi dell'opera di Speciale Bagliacca è stato quello di inquadrare il senso di colpa alla luce delle successive rivoluzioni psicoanalitiche, e di avere armonizzato il contributo freudiano con i successivi sviluppi dovuti a Klein. M. Klein [(1935), *Contributo alla psicogenesi degli stati maniaco-depressivi*, in *Scritti 1921-1958*, Bollati Boringhieri, 2006; (1940), *Il lutto e la sua connessione con gli stati maniaco-depressivi*, in *Scritti 1921-1958*, Bollati Boringhieri, 2006], e il suo allievo L. Grinberg [(1972), *Colpa e depressione*, tr. it. 1978 Il Formichiere], hanno distinto la colpa persecutoria dalla colpa depressiva: la prima è rappresentata dal nostro sentirci perseguitati dall'esterno (e viene connessa alla legge del taglione, per la quale chi alberga istinti aggressivi fantastica di essere aggressivamente contrattaccato), da un giudice spietato che non vuole sentire ragione; la seconda, invece, si basa sul nostro sentirci in colpa, sentirci in fin dei conti responsabili di quanto abbiamo fatto o abbiamo solo desiderato. Fra questi due estremi, la teorizzazione di Speciale Bagliacca ha inserito una categoria successiva, quella della "colpa depressiva inflitta persecutoriamente", che rappresenta una sorta di mediazione: il contenuto è quello della pena depressiva, ma l'obbligo a sentirci colpevoli non viene da un'istanza interiore, ma da un'istanza esteriore. Come si vede, siamo molto vicini al contesto del giudizio e dell'amministrazione della giustizia, in quanto la colpa non è più, come nella colpa paranoide, una persecuzione assoluta che rappresenta la risposta concreta a una concreta nostra azione, o, come nella colpa depressiva, un moto interiore nostro; ma è un obbligo a pentirci, a redimerci, che ci viene, per così dire, imposto dall'esterno: la nostra colpa ce la "schiaffano addosso".

Per comprendere più a fondo tale passaggio, è necessario fare riferimento a un'altra caratteristica del pensiero di Klein e dei suoi discepoli, legato alla teorizzazione del processo di identificazione non più solo come qualcosa di intrapersonale, ma come qualcosa di transpersonale, in cui aspetti personali possono passare da una persona all'altra: in altre parole, il concetto di identificazione proiettiva permette di pensare all'altro come a qualcuno in cui possano essere depositati parti e aspetti di sé, insieme ai sentimenti cui sono connessi. Sappiamo, adesso, che è possibile tentare di fare sentire, di fare per così dire assaggiare a un altro una colpa che sarebbe nostra: chi scrive ha lungamente trattato il problema del sistema penale come sistema di gestione e attribuzione della colpa, e cioè del biasimo e della responsabilità collettivi, espressi nelle modalità che vanno dalla semplice riprovazione (alla luce anche di approcci moderni, come quello del *reintegrative shaming*) fino alla materiale punizione del colpevole, nelle modalità più diverse ma attualmente ancora, in certi contesti socioculturali, drammaticamente concrete. Così, la parte colpevole di tutti può essere attribuita al reo, una volta che questo sia definito e riconosciuto come tale (la cognizione processuale), tramite appunto un giudizio che gli attribuisce la responsabilità dell'atto non conforme al diritto: ma questo "giudizio" si esprime in realtà in una narrativa che gli imputa la responsabilità dell'atto, una narrativa appunto che lo rende autore, e con ciò legittima la pena a lui inflitta, contemporaneamente sciogliendo e liberando tutti gli altri dalla colpa collettiva [A. VERDE, F. BONGIORNO GALLEGRA, *Narrative giudiziarie: funzione e crisi*, in "Rassegna Italiana di Criminologia" (nuova serie), 2, 3, 2008, pp. 497-524].

Questa teorizzazione, appoggiata alla magnifica costruzione girardiana, applicata al contesto giudiziario prima dallo stesso R. Girard [(1972), *La violenza e il sacro*, tr. it. Adelphi, 1980; (1978), *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, tr. it. Adelphi, Milano, 1980; (1982), *Il capro espiatorio*, tr. it. Adelphi, Milano, 1987], poi da A. Francia [*La testa nel barattolo. il criminologo e il suo mondo interno di fronte alla violenza e alla sua repressione*. Editrice Liguria, 1984] e A. Ceretti [*Dal sacrificio al giudizio: da Girard a Chapman*, in A. FRANCIA (a cura di), *Il capro espiatorio. Discipline a confronto*, Franco Angeli, 1995], infine dal sottoscritto, permette di comprendere come quella della colpa possa essere costruita come una vera e propria economia collettiva, per cui tale sentimento può davvero essere considerato come un bene negativo, che può essere distribuito e attribuito in modo differenziato all'interno della società: solo recentemente gli storici e gli studiosi della pena – da P. Spierenburg [*The Spectacle of Suffering*, Cambridge University Press, New York, 1984] a D. Garland [(2001), *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, tr. it., Il Saggiato-

tore, Milano, 2004] – hanno iniziato a trattare il problema. I giudici, da questo punto di vista, possono ben essere definiti come i banchieri, o se si vuole, meno pomposamente, i contabili, della colpa, coloro che ricevono il mandato di punire dalla collettività e riallocano la colpa addosso a coloro che meritano (sulla base del giudizio penale) di vedersela caricata su.

Klein ha permesso quindi di inaugurare uno studio sociopsicoanalitico della penalità che considera la colpa, e la pena a questa connessa, come un bene negativo che può essere distribuito in base alle regole che definiremmo, da criminologi, della reazione sociale formale.

Ma è solo con le concezioni psicoanalitiche più moderne, quelle connesse al concetto di dissociazione, che siamo riusciti ad affrontare il problema sollevato da Freud e parzialmente risolto da Klein attraverso l'intuizione riguardante la possibilità di trasferire aspetti di sé addosso agli altri [per tutti, P. BROMBERG, *Standing in the spaces: the multiplicity of self and the psychoanalytic relationship*, in *Contemporary Psychoanalysis*, 32, 1996, pp. 509-535,). Resta ancora da comprendere la sorte della colpa nel soggetto che se ne spoglia: dove va la colpa, nel soggetto, dopo la sua identificazione proiettiva addosso agli altri, i colpevoli, visto che non può stare all'interno del sé? La risposta è semplice: il concetto di dissociazione permette di considerare "non Sé" la parte di me che sente la colpa, in quanto viene attribuita a un altro soggetto, non connesso con quello che dalla stessa si vuole liberare. Non io, sono quello che si sente in colpa, ma un altro me: come afferma la frase di Josef K. riportata in esergo, "era necessario fin dal principio eliminare ogni idea di una possibile colpa. Non c'era alcuna colpa". In altre parole, la dissociazione (quanto in precedenza veniva definito come scissione del Sé, da parte dei kleiniani) rappresenta il primo gradino della proiezione della colpa all'esterno, in quanto sposta intrapsichicamente la colpa, e la responsabilità, su un altro sé che sta al mio interno, o meglio, che mi è *extimo*. Se si vuole parlare di meccanismi di difesa, qui abbiamo a che fare con la negazione della realtà psichica. Al fine di evitare che le parti di sé dissociate vengano in contatto, vigila una serie di meccanismi ormai studiati, attraverso i quali i soggetti "se la raccontano", cioè costruiscono versioni razionalizzate di sé, versioni "buone", purgate dalla colpa.

Come è noto, una serie di studiosi, a partire da G. Sykes e D. Matza [*Techniques of neutralization: A theory of delinquency*, in *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 664-70], hanno descritto, inizialmente nei delinquenti, i meccanismi tramite i quali gli stessi, pur condividendo gli asset normativi diffusi nella società, riescono a giustificarsi e a razionalizzare a se stessi "perché" hanno commesso il delitto. Si tratta degli stessi meccanismi utilizzati, a ben vedere, dai

delinquenti professionali e dai delinquenti dai colletti bianchi. Sykes e Matza hanno enumerato fra le “tecniche di neutralizzazione” il diniego della responsabilità, il negare di avere inflitto un danno attraverso l’atto compiuto, il diniego della vittima (che nel processo di costruzione narrativa viene dipinta come meritevole dell’atto compiuto), la condanna dei giudici, l’appello a *higher loyalties* (asset normativi o scopi meritevoli, che giustificherebbero l’atto compiuto), la minimizzazione della colpa, la disumanizzazione della vittima e la rappresentazione erronea delle conseguenze, nel senso ancora della vittimizzazione. Stranamente senza citare i precedenti, anche il grande psicologo cognitivista A. Bandura ha parlato di “tecniche di disimpegno morale”, enumerando tra esse la giustificazione morale delle azioni compiute (con riferimento a set di principi superiori), l’utilizzazione di eufemismi, la comparazione vantaggiosa con i fatti dannosi che l’azione da mettere in atto vuole contrastare, l’attribuzione della responsabilità degli atti commessi ad altri e la diffusione della responsabilità stessa sulla collettività, la minimizzazione o la messa in questione delle conseguenze dannose, l’attribuzione della responsabilità dell’atto che vittimizza alla vittima e la sua disumanizzazione [A. BANDURA, *Human Agency in Social Cognitive Theory*, in *American Psychologist*, 44, 1989, pp. 1175–841; *Mechanisms of Moral Disengagement*, in Reich W. (a cura di), *Origins of Terrorism: Psychologies, Ideologies, Theologies, States of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990].

3. Si tratta, come si nota, di vere e proprie strategie narrative, che costruiscono una sorta di arsenale retorico a disposizione dei meccanismi di difesa (negazione e proiezione della colpa, e poi formazione reattiva e intellettualizzazione), per tenere la consapevolezza di aver commesso qualche cosa di male lontano da sé. Nostra opinione è che, a livello sociale, la professionalità e l’attività dei giudici vengano dipinte tramite una serie di razionalizzazioni analoghe, e che i giudici stessi utilizzino le tecniche di neutralizzazione o di disimpegno morale citate, per gestire il peso della colpa proveniente dalla collettività, e da loro deviata sul reo: non senza, però, che qualche traccia, qualche brandello o frustolo colpevole rimanga sulle loro mani.

Ma perché negare la colpa? In fondo, i giudici devono giustificare la repressione (attraverso l’inflazione di dolore) relativamente a comportamenti che evidentemente realizzano desideri diffusi nella società, e presenti in tutti noi (e riconducibili, a ben vedere, ai grandi desideri infantili evidenziati dalla psicoanalisi: desideri sessuali, desiderio di potere, talora anche piacere sadico nel far male agli altri), come anche in loro stessi. I giudici, punendo, realizzano il

desiderio collettivo di colpire nel reo chi si permette di mettere in atto i desideri di tutti, compreso quello (sadico) di godere della sofferenza altrui, come insegnano le *tricoteuses* della Rivoluzione francese e gli spettatori di *Porta a Porta*.

Un'attività, quindi, sostanzialmente volta a un fine aggressivo (punire), forse anche nell'ambito del diritto civile. Un'altra versione del *summum ius, summa iniuria*, cui fa da contrastare l'innocenza della vittima, ora perduta nella società moderna, in cui il colpevole è davvero cattivo (e la civiltà giuridica di una società viene misurata nella misura in cui punisce solo i cattivi, e non in modo troppo disumano). Il compito dei giudici, novelli Minosse dell'inferno attuale, è allora quello di trasformare l'illimitatezza del desiderio di punizione collettivo in una pena limitata, basata su una ricostruzione narrativa (*plotting*) razionale, che permetta di assegnare la fattispecie concreta ricostruita alla fattispecie astratta interpretata, prevista dalla norma giuridica penale. Compito, quindi, molto difficile, e molto esposto a errori, considerata la delicatezza della materia, così vicina al livello della colpa, delle emozioni e sentimenti connessi a quest'ultima, e delle strategie difensive volte a contenerla e proiettarla; per questi motivi, potremmo dire, sarebbe opportuno selezionare giudici il più equilibrati e meno difesi possibile, e cioè paranoici al minimo grado.

La realtà è ben diversa, e mostra non solo che gli errori giudiziari sono molto diffusi, ma anche che tali errori costituiscono l'applicazione di vere e proprie strategie cognitive distorte, che derivano, nella nostra opinione, non da semplici errori razionali, come pretendono i cognitivisti, ma dall'interferenza di fattori affettivi potentissimi con il compito del giudizio. Una di queste fallacie, per fare solo un esempio, è quella connessa alla categorizzazione stereotipica dell'autore del reato, quest'ultimo inteso come attributo di un soggetto già valutato come delinquente (vero e proprio soggetto pre-giudicato, ovvero giudicato negativamente per un attributo stereotipico precedente alla valutazione del fatto commesso: appartenenza a una minoranza etnica, a una categoria professionale squalificata, a una nazionalità particolare): in tali casi, potremmo dire, l'attribuzione della colpa all'imputato segue logiche abduttive erronee (l'abduzione è alla base di qualsiasi decisione intuitiva), che non trovano correzione nella valutazione *ex-post*. Potremmo allora dire che il buon giudice è colui che segue le sue convinzioni abduttive (talora presentatesi a lui in modo intuitivo e molto spesso basate su un potente fattore affettivo), ma che le soppesa attentamente alla luce di tutti i dati disponibili, ed è aperto alla messa in discussione delle conclusioni che ha raggiunto.

Il discorso del presente contributo, comunque, prescinde dalla qualità del ragionamento del giudice, e riguarda tutti i casi in cui il giudice irroghi una

pena, anche (e soprattutto?) quelli in cui il giudice ragiona correttamente. Come può un giudice addormentarsi tranquillamente dopo che ha mandato qualcuno all'ergastolo? Soltanto, si diceva, applicando le difese, o tecniche di neutralizzazione, o strategie di disimpegno morale, di cui si diceva prima.

Qualche nota dalla pratica psicoanalitica dell'autore: un giudice di una grande città del nord, donna, separata, sceglie di sobbarcarsi una penosa trasferta per trovare un terapeuta. La donna, all'inizio della terapia, appare rigida, inamidata: anche il modo di parlare è autoassequerativo, con le parole scandite e il tono quasi sentenziante. Retta da un superio rigoroso, retaggio di una famiglia che ama risalire nella memoria storica ai tempi di Cavour, di cui vanta ancor ora l'amicizia con un avo, lamenta di essere considerata compassata e austera, ma lei non si sente tale. Eppure, evita rigorosamente di dare la mano all'analista, per tutti gli anni della terapia. All'analista riesce tuttavia simpatica, e lei a lui si affida totalmente, fino a chiedergli (altrettanto ovviamente!) se gli interessa essere nominato consulente tecnico d'ufficio, cosa che (ovviamente) lo stesso rifiuta (come si nota, anche nel cittadino più onesto si annidano tendenze trasgressive!). L'atteggiamento verso il giudizio penale è quello (intensamente paradossale!!!) che vede la paziente convinta dell'aiuto che, nello svolgimento della sua attività quotidiana, lei fornirebbe alle persone, ad esempio (motiva) facendo sì che soggetti non imputabili, da lei non definiti pericolosi, non finiscano in ospedale psichiatrico giudiziario, ma vengano seguiti ambulatorialmente dai servizi territoriali competenti. Confrontata con il fatto che comunque lei irroga pene, che manda la gente in carcere, si difende affermando che i soggetti così trattati hanno commesso un delitto, e che comunque, se lei non facesse questo lavoro, sarebbe qualcun altro a svolgerlo. Lei in più ha il vantaggio, aggiunge, e la passione, di saper ascoltare le persone che finiscono davanti a lei e trarre un intenso senso di piacere e la consapevolezza dell'utilità del proprio lavoro da quanto fa. Come si vede, si tratta del consueto arsenale di difese negatorie: è molto arduo per l'analista, quindi, mostrarle quanto in realtà, pur ascoltandosi e facendosi ascoltare da lui in terapia sempre più, sia difficile per lei smettere di condannarsi, cosa che produrrà, nel momento in cui le difese cederanno e lei si sarà lasciata un po' andare, perché ha "sentito la primavera" dopo anni di inverno, l'irrompere di una grave malattia. Ed è solo dopo tale malattia che diventerà possibile alla paziente avvicinarsi alla consapevolezza della stima e del piacere che prova a trattare con l'analista (piacere che, nota il sottoscritto anche se non è ancora riuscito a dirglielo, lei si nega ancora tanto da impedirsi tuttora di stringergli la mano), e iniziare a parlare il linguaggio dell'affetto.

Altro *flash* che deriva ancora più direttamente dall'esperienza dell'autore:

quando era giovane, il sottoscritto sentiva spesso parlare di un pubblico ministero presso il locale tribunale minorile, che veniva dipinto come buono, comprensivo, financo tenero e sempre pronto, anche nelle sue dichiarazioni esplicite, ad aiutare i minori. Parallelamente, lo stesso PM non aveva potuto esimersi da richiedere una pena di quindici anni di reclusione in un caso in cui un minore aveva commesso un omicidio. Il sottoscritto si chiedeva allora come fosse possibile, con quale dissociazione della personalità, questo Pubblico Ministero potesse mantenere la convinzione della propria bontà.

Un'ultima vignetta: una giovane allieva, superato l'esame in magistratura, mentre aspetta di iniziare l'uditorato, viene a un congresso di criminologi, come è noto piuttosto trasgressivi, e partecipa a una serata allegra in cui si cantano le canzoni degli anni settanta con la chitarra, e criminologi, psicologi, penalisti, psichiatri forensi e non, e giudici addolciscono la tristezza del tempo che passa e della giovinezza che svanisce con qualche bicchiere di vino. Tra sé e sé a un certo punto il sottoscritto la sente mormorare: "Stasera ho bevuto troppo, e ormai non posso più, perché sono un magistrato".

Sono ormai passati gli anni dell'adolescenza, in cui il precetto universale della coerenza veniva utilizzato e sbandierato al mondo, e in cui l'incoerenza era considerata il più grande difetto. Se siamo tutti assassini e amanti, se tutti vorremmo delinquere e invidiamo chi ci riesce, se le trasmissioni televisive in cui vengono mostrati possibili assassini e si pende dalle loro labbra quando ci spiegano che loro hanno, o non hanno, commesso un certo delitto, hanno un così alto share, perché dovremmo pretendere la coerenza dai giudici? La gabbia morale in cui sono rinchiusi non è una pena sufficiente per loro? E la colpa legata al punire non merita che noi tutti, che attribuiamo loro questa funzione, a nostra volta cessiamo di punirli? Credo che il segreto stia qui: una società evoluta dovrebbe tollerare la loro punitività, perché solo coloro la cui aggressività è stata percepita e non condannata sono in grado di tollerare i propri aspetti aggressivi e antisociali, senza espellerli e proiettarli altrove.

OPINIONI A CONFRONTO

L'OBIEZIONE DI COSCIENZA E LE RIFLESSIONI
DEL GIURISTA NELL'ERA DEL BIODIRITTO

Nota introduttiva di STEFANO CANESTRARI

La storia dell'obiezione di coscienza è millenaria, ma il suo fondamento costituzionale è una conquista della civiltà giuridica moderna. Si pensi al riconoscimento, da parte della Corte Costituzionale, della sua implicita inclusione entro gli artt. 2, 19 e 21 Cost.

In questa prospettiva, l'esigenza di tutelare la libertà di coscienza dei singoli emerge con chiarezza in funzione del principio pluralista che caratterizza le democrazie contemporanee, nonché del principio di laicità che dovrebbe assicurare la neutralità dello stato in materia etica. Se questo punto di vista è oggi ampiamente condiviso, appare invece controversa la questione concernente i requisiti e i limiti dell'obiezione di coscienza, intesa come possibile mezzo di risoluzione dei conflitti che possono insorgere – di fronte all'intervento del diritto penale – in settori eticamente sensibili.

Il principale riferimento è ovviamente agli esercenti le professioni sanitarie, dunque alle difficoltà di contemperare il diritto alla salute e la libertà di coscienza di chi presta l'attività professionale. Di notevole interesse – per le considerazioni di carattere generale che solleva – la problematica dell'obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza (la c.d. «pillola del giorno dopo»). Com'è noto, i farmacisti – in quanto incaricati di pubblico servizio – sono tenuti a vendere il farmaco a seguito della presentazione della ricetta medica (art. 38 R.d. 1706/1938). Gli obblighi previsti dalla normativa citata sono presidiati da sanzioni penali (art. 328 c.p.) e valgono nei confronti di farmacisti che svolgono la loro prestazione in farmacie comunali, ospedaliere, private e nei distretti sanitari.

La situazione dei farmacisti obiettori parrebbe dunque più complessa rispetto a quella dei medici, posto che in capo a questi ultimi non è configurabile alcun obbligo di prescrivere determinati farmaci. Inoltre, la tutela del diritto alla salute dei pazienti richiede che sia comunque garantita la consegna del farmaco, possibilità che potrebbe essere compromessa nell'ipotesi in cui tutti i farmacisti di una certa zona scelgano di obiettare.

La tematica qui in discussione è stata oggetto anche di un recente documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, alla cui redazione ha contribuito an-

che chi scrive (<http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>). In quella sede sono emersi orientamenti diversi.

Alcuni membri hanno ritenuto – sulla base di plurime argomentazioni – che si possa attribuire al farmacista un ruolo riconducibile a quello degli «operatori sanitari» e che, pertanto, in analogia a quanto avviene per altre figure professionali sanitarie (l. n. 194/1978 e l. n. 40/2004), debba assolutamente essere riconosciuto anche a questa categoria il diritto all'obiezione.

Altri membri hanno ritenuto – evidenziando molteplici ragioni – che non si può assimilare la figura del farmacista a quella del medico, dato che il farmacista non è responsabile né della prescrizione del farmaco, né delle condizioni personali e di salute di chi lo richiede. Tra l'altro, è stato sottolineato che, nel caso in cui si riconoscesse sul piano legislativo al farmacista il diritto all'obiezione di coscienza (attraverso il rifiuto di spedire prescrizioni mediche della c.d. pillola del giorno dopo), gli si conferirebbe una duplice facoltà. Da un lato, quella di censurare l'operato del medico con conseguenti rischi per la salute psicofisica della paziente; dall'altro, quella di intervenire nella sfera privata e più intima della donna impedendone di fatto l'autodeterminazione.

Tali discussioni ripropongono antichi interrogativi sulla natura giuridica dell'obiezione di coscienza e nuovi dilemmi sulla sua estensione. Abbiamo chiesto a Ferrando Mantovani e a Paolo Veronesi di confrontarsi – con gli strumenti del giurista che ha analizzato *funditus* l'universo del biodiritto – sui profili attualmente più controversi del volto di Antigone.

In particolare, con riferimento al fondamento giuridico, poniamo l'interrogativo se il diritto all'o.d.c. sia immediatamente azionabile innanzi al giudice oppure sia imprescindibile l'interposizione legislativa. In secondo luogo, chiediamo di riflettere, alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea, sui requisiti, sui limiti di operatività e sull'individuazione delle modalità di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza.

Ferrando Mantovani

I. Per rispondere ai quesiti posti dal Prof. Canestrari, non è fuori luogo premettere:

1) che il problema dell'obiezione di coscienza (quale rifiuto individuale, pubblicamente espresso, di tenere il comportamento, imposto da un obbligo giuridico, di fare, ritenuto ingiusto dalla coscienza in forza di una norma etica, religiosa, filosofica, sentita più vincolante della norma giuridica) si è andato

acutizzando, assurgendo a problema epocale, innanzitutto per le tre seguenti ragioni: *a)* perché nell'età moderna l'avvento della secolarizzazione ha creato una vera e propria frattura tra «coscienza» e «diritto», che nel mondo premoderno si presentavano tendenzialmente coincidenti o, comunque, non collidenti; per cui la coscienza si è, conseguentemente, interiorizzata, trovando nella interiorità della persona l'unica sede per l'elaborazione delle proprie verità e del proprio sistema di valori, mentre il diritto si è progressivamente esteriorizzato, avendo come proprio oggetto non l'interiorità, ma l'esteriorità della persona, come si estrinseca nelle azioni nel mondo sociale; *b)* perché gli sviluppi della scienza e, in particolare, della biomedicina, unitamente alle pretese di un diritto di autodeterminazione pressoché assoluto, hanno moltiplicato i casi in cui gli esercenti certe professioni, dal personale sanitario ai farmacisti e ai giudici tutelari, si trovano di fronte a richieste di interventi soppressivi della vita umana o lesivi di altri beni fondamentali, giuridicamente autorizzati, e quindi al proprio dovere giuridico di soddisfare certe richieste; *c)* perché si assiste a prese di posizione contrarie ad ampliamenti della sfera dell'obiezione di coscienza, ancor più se *praeter legem* o *sine lege*, da parte, segnatamente, di quelle aree culturali, in tempi non lontani sostenitrici dell'obiezione militare, appellandosi a quelle esigenze di neutralità etica dello Stato laico, che in verità rinnegano;

2) che, proprio per le suddette ragioni, si attualizza sempre più il conflitto tra: *a)* la coscienza di tutti coloro che, fermamente convinti dell'indisponibilità della vita umana, perché sacra per i credenti e diritto assoluto per certo pensiero laico, o di altri beni fondamentali, ritengono non vincolanti gli obblighi giuridici soppressivi in materia, perché ritenuti dalla propria coscienza non legittimi; *b)* e il diritto, che tende a considerare giuridicamente irrilevanti le pretese della coscienza, le sue verità, perché «pericolose», poiché possono porre in crisi il campo degli obblighi giuridici e, pertanto, da relegare nella sfera irrilevante del «privato». Con il conseguente lacerante dilemma tra: *a)* il coraggio della coerenza: di seguire la voce della propria coscienza, disattendendo pubblicamente gli obblighi giuridici, con l'elevato prezzo del «costi quel che costi»; *b)* o il senso di colpa, di rimorso, di mortificazione, per avere adempiuto agli obblighi giuridici, dalla propria coscienza non condivisi, per non sottostare alle sanzioni giuridiche, talora anche gravi, da inadempimento degli stessi;

3) che, pertanto, l'obiezione di coscienza pone un problema nodale per le moderne democrazie circa la loro capacità di risolvere tale antinomia tra il dovere di ubbidienza alla legge, data la sua valenza democratica, e il rispetto della coscienza e, quindi, il diritto di obiettare alla legge.

II. Circa il primo quesito, posto dal Prof. Canestrari, sulla immediata azionabilità del diritto di obiezione di coscienza o sulla necessità della interposizione legislativa, e premesso che la Costituzione italiana, a differenza di altre Costituzioni (ad es., quella tedesca) non prevede espressamente il diritto di obiezione di coscienza, si sono succedute in dottrina le tre fondamentali soluzioni seguenti:

1) una *iniziale soluzione negazionista*, cioè del disconoscimento assoluto di un tale diritto, perché sia fattore di disgregazione dell'ordinamento giuridico, essendo la certezza del diritto e l'efficacia cogente dei comandi legislativi rimessi alla soggettiva accettazione da parte dei singoli individui; sia perché fattore di scardinamento degli obblighi di solidarietà civile e politica, necessari per la convivenza sociale. Ma con due fondamentali obiezioni, perché un tale assoluto disconoscimento: *a*) è più conforme alla logica degli ordinamenti fondati sulla «Verità di Stato», tipici degli Stati totalitari, autoritari, fondamentalisti, col loro ruolo di «guida etica», per i quali la coscienza dovrebbe, conseguentemente, sempre sottostare alla volontà statuale; *b*) ma è difforme dalla logica delle democrazie pluraliste, ove il principio di maggioranza è sottoposto a limiti e a contrappesi, onde evitare che la volontà maggioritaria possa comprimere, indebitamente, i diritti e le libertà dei singoli individui;

2) una *seconda soluzione relativamente aperturista*, cioè del riconoscimento all'o. di c. di un aggancio costituzionale, individuato, a seconda degli Autori, negli artt. 2, 19, 21 Cost. Oggetto, però, non di una tutela come diritto soggettivo, costituzionalmente protetto ed immediatamente azionabile innanzi al giudice. Ma soltanto di una tutela per così dire riflessa, essendo necessarie per la legittimità dell'obiezione e per il suo legittimo esercizio un'espressa previsione e disciplina legislativa: *a*) o perché, secondo certi Autori, ogni ipotesi di o. di c., avendo carattere eccezionale, abbisognerebbe di un'espressa previsione legislativa, legittimante la deroga ad una contraria regola e costitutiva del relativo diritto soggettivo; *b*) o perché, secondo altri Autori, sarebbe comunque sempre necessaria, per la concreta operatività del diritto di o. di c., un'imprescindibile regolamentazione legislativa delle modalità del suo esercizio. Ed è questa pure la soluzione sostanzialmente adottata dalla Corte costituzionale, che, più volte investita della questione, ha riconosciuto la rilevanza costituzionale della libertà di coscienza (fondata sulla lettura sistematica degli artt. 2, 9, 21 Cost.) e della conseguente libertà di obiettare, ma ha altresì richiesto per il concreto riconoscimento del diritto di o. di c. l'interposizione legislativa. Ma, anche qui, con una triplice fondamentale obiezione, perché, come meglio vedremo: *a*) le ipotesi di o. di c., già codificate o da riconoscere, hanno carattere regolare, essendo espressioni di principi giuridici generali; *b*) la disciplina dei limiti e delle moda-

lità d'esercizio si può ricavare, come meglio dimostreremo, dal nostro vigente ordinamento giuridico; *c*) la postulata necessità dell'interposizione legislativa resta tributaria dell'idea, poco liberale, dello Stato come fonte unica di ogni diritto e di ogni dovere;

3) una *terza soluzione liberalizzatrice*, cioè del riconoscimento dell'o. di c. come diritto costituzionalmente tutelato, immediatamente azionabile innanzi al giudice, senza bisogno di interposizione legislativa per legittimare certi comportamenti obiettanti. Fondato sulla *libertà di coscienza*, che implica il duplice diritto non solo di ricevere imposizioni nella formazione dei propri convincimenti, ma di tenere comportamenti esterni secondo i dettami della propria coscienza, poiché è innanzitutto nelle manifestazioni esterne che deve estrinsecarsi la libertà giuridica di coscienza. È ricostruito e ricostruibile, come diritto, più che su singoli articoli della Costituzione, essendo nessuno di essi di per sé esaustivo, sulla interpretazione sistematica di norme costituzionali. Quali, in particolare: *a*) l'art. 19, costituendo la libertà di coscienza il fondamento del diritto di libertà religiosa (pur essendo tale articolo di per sé insufficiente, perché legittima la libertà religiosa, ma non quella etica e filosofica); *b*) l'art. 21, poiché la libertà di manifestazione comprende anche l'estrinsecazione dei propri convincimenti religiosi, etici, filosofici; *c*) l'art. 13 Cost., poiché la libertà psicofisica, della mente e del corpo nella loro inscindibile unità, comprende pure la libertà di coscienza, nella duplice dimensione sopraindicata. E dall'art. 2 Cost. la libertà di coscienza è elevata a diritto inviolabile dell'uomo: *a*) sia questo costruito già sulla base dei suddetti articoli della Carta costituzionale; *b*) o, comunque, costituzionalizzato attraverso la clausola aperta del suddetto art. 2, pronta a recepire i diritti della persona via via emergenti per «segni certi», costituiti, nel caso nostro, dagli artt. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e 9 della Convenzione europea, che espressamente riconoscono tale libertà. Nonché dall'Assemblea del Consiglio d'Europa (2010), che ha espressamente riconosciuto il diritto di obiezione all'aborto, all'eutanasia e ad ogni atto, che possa causare la morte del concepito, capovolgendo un testo, presentato per restringere l'o. di c. e favorire l'aborto.

Pertanto, il problema attuale dell'o. di c. costituisce non più un problema di legittimità, di riconoscimento come diritto costituzionalmente riconosciuto, ma piuttosto un problema di effettiva operatività, a prescindere da specifiche interposizioni legislative.

Il che presuppone: *a*) sul piano fattuale, la comprovata reale esigenza di una estensione dell'obiezione ad ulteriori ipotesi, diverse da quelle già riconosciute dalla legge; *b*) sul piano giuridico, la possibilità – comprovata tale esigenza – di desumere dai principi, fondanti il nostro ordinamento giuridico, e dalle vigenti

leggi, disciplinanti le specifiche ipotesi di o. di c. già codificate, i *requisiti costitutivi* di un *generale ed unitario diritto di obiezione di coscienza*: nei suoi imprescindibili *limiti* e nelle sue prefissate *modalità di esercizio*.

III. Circa la suddetta esigenza di estensione dell'o. di c., essa trova una palese conferma nell'attuale situazione, contrassegnata da tre gruppi di ipotesi.

A) Le *ipotesi codificate*, cioè espressamente previste e disciplinate da specifiche leggi. E precisamente: 1) *l'obiezione al servizio militare* (di cui alle leggi del 1972, 1974, 1988, modificate da una serie di sentenze della Corte cost.; ma oggi inoperante, per la sostituzione al servizio di leva obbligatorio del servizio militare professionale; che risolve il conflitto tra il dovere di difendere la patria (art. 52 Cost.), col conseguente obbligo del servizio militare, e la libertà di coscienza e, quindi, di obiezione a tutto ciò che attiene alle armi; 2) *l'obiezione all'interruzione della gravidanza* (di cui alla L. n. 194/1978, art. 9), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari della prestazione ininterrotta della gravidanza e la libertà di coscienza, radicata qui nel presupposto costituzionale della tutela della vita, fin dall'inizio, ed estrinsecantesi nell'obiezione al dovere di uccidere il concepito, considerato essere umano fino dalla fecondazione; 3) *l'obiezione alla sperimentazione animale* (di cui alla L. n. 413/1993, che risolve il conflitto tra l'interesse al progresso della ricerca scientifica (art. 9 Cost.) e la libertà di coscienza, incentrata qui sull'interesse dell'umana pietà per gli animali e sul c.d. «diritto dell'animale alla non sofferenza», via via emerso attraverso la filosofia degli *animal rights*); 4) *l'obiezione alla procreazione medicalmente assistita* (di cui alla L. n. 40/2004, art. 16), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari di effettuare la prestazione della PMA, per soddisfare l'altrui diritto alla procreazione, e la libertà di coscienza, radicata qui nel valore della «dignità della procreazione» (insita nell'originalità della trasmissione della vita, l'atto più intimo della coppia), spersonalizzata dalla proceduralizzazione del concepimento, e nel valore della vita degli embrioni, messi in pericolo dalla PMA (anche per l'elevata probabilità di insuccesso e di morte dei medesimi).

Circa *l'obiezione alla interruzione della gravidanza*, essa abbraccia anche la *pillola RU 486*: a) poiché sostanza abortiva, utilizzabile nelle gravidanze in atto (con consistente efficacia fino alla settima settimana dall'inizio della gravidanza); b) perché, pertanto, è lecitamente utilizzabile soltanto nel rispetto delle procedure e modalità, previste dalla L. n. 194/1979, che parla di interruzione della gravidanza senza distinzione tra interruzione chirurgica ed interruzione chimica, onde anche rispetto a quest'ultima è parimenti operante il diritto di obiezione, previsto dall'art. 9. Mentre il rifiuto degli operatori sanitari è doveroso-

so se la RU 486 è utilizzata fuori dalle procedure suddette, costituendo siffatto uso un illecito, punibile *ex art.* 19 della suddetta legge.

B) Le *ipotesi di controversa codificazione*, poiché si discute se siano riconducibili o meno alle ipotesi di obiezione codificate. Così, in particolare, per quanto riguarda il rifiuto del *farmacista* di tenere a disposizione e di distribuire il farmaco Norlevo (la c.d. pillola del giorno dopo) o farmaci con analoghi effetti.

La *tesi negativa* della riconducibilità sotto l'ipotesi dell'o. di c. all'aborto (dell'art. 9 L. 194/1978) fa leva sugli argomenti: 1) della qualificazione di tale farmaco come «contraccettivo d'emergenza» (così eufemisticamente etichettato anche sul foglio illustrativo del medesimo), non come un farmaco abortivo, in quanto bloccherebbe soltanto l'ovulazione o impedirebbe l'impianto dell'ovulo fecondato nell'endometrio; 2) del conseguente espediente della posticipazione dell'inizio della gravidanza dal momento della fecondazione dell'ovulo al momento dell'impianto dell'embrione nell'endometrio; 3) del disposto dell'art. 38 del R. D. 30/9/1938, n. 1706, sull'obbligo del farmacista di tenere a disposizione, di vendere e, comunque, di distribuire i farmaci, nazionali, richiesti; 4) della non assimilabilità del farmacista al medico, sia perché non responsabile delle prescrizioni del farmaco e delle condizioni di salute del richiedente, sia perché si riconoscerebbe al farmacista il potere di censurare l'operato del medico con conseguenti rischi per la salute psicofisica del paziente, oltre che di intervenire nella sfera privata della donna, impedendone l'autodeterminazione; 5) dell'assenza di una legge risolutiva della questione in esame, non essendo mai stati approvati i vari disegni di legge in materia.

La *tesi positiva* afferma, al contrario, la non necessità di una specifica legge autorizzatrice, esistendo anche rispetto al farmacista tutti i requisiti, previsti dal suddetto art. 9, per l'obiezione all'aborto: 1) il *requisito primario* dell'essere pure questi «*personale sanitario*», perché: a) il R. D. 27/7/1934, n. 1265 (sulle professioni sanitarie) tratta dei farmacisti negli artt. 99 ss. sotto il Titolo II, Capo I «Dell'esercizio delle professioni sanitarie», e tale articolo sottopone a vigilanza sanitaria «l'esercizio della medicina e chirurgia, della veterinaria, della *farmaceutica*»; b) la più recente L. 23/12/1978, n. 833 (sul Servizio sanitario nazionale) considera sanitaria l'attività di immissione in commercio e distribuzione di farmaci (art. 1/6, n. 7); attribuisce alle ASL «l'assistenza farmaceutica e la vigilanza sulle farmacie» (art. 14/31 a); considera «prestazione di cura» «l'assistenza medica generica, specialistica, infermieristica e *farmaceutica*»; dispone che l'ASL eroghi l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie, di cui sono titolari gli Enti pubblici, e le farmacie private, tutte convenzionate secondo i criteri di cui agli artt. 43-48 (art. 28/1); 2) il *secondo requisito* dell'avere il Norlevo anche un incontestabile *effetto*

abortivo, per la sua capacità di sopprimere il concepito nella fase antecedente all'impianto nell'endometrio. Come è stato riconosciuto anche dal TAR del Lazio (sent. 12/10/2001), che ha imposto alle case farmaceutiche l'indicazione nei fogli illustrativi del Norlevo dell'eventualità dell'effetto abortivo; 3) il *terzo requisito* della possibile *gravidanza in atto*, poiché questa inizia non con l'impianto nell'endometrio, ma con la *fecondazione dell'ovulo*, che, come dimostra la meraviglia della «razionalità biologica», dà luogo ad una nuova ed autonoma «individualità umana», che andrà sviluppandosi in continuità e senza interruzioni, essendo il nuovo essere progettista, direttore e costruttore di se stesso, fornendogli la madre soltanto il materiale necessario per la costruzione e l'ambiente di lavoro; 4) il *quarto requisito* dell'*interruzione della gravidanza*, poiché, ai sensi della L. n. 149/1978, deve intendersi qualunque interruzione del processo vitale successivo alla fecondazione, si tratti di aborto chirurgico o chimico.

Sicché, se così è, il farmacista non ha l'obbligo di tenere a disposizione e di distribuire il farmaco Norlevo e farmaci similari, potendo invocare la o. di c., di cui all'art. 9 L. n. 194: 1) perché la *ratio* della libertà di coscienza non può non legittimare un'interpretazione lata di tale obiezione, comprendente tutti gli atti rientranti nella *catena causale*, finalizzata alla soppressione del concepito; e, quindi, non solo gli atti esecutivi dell'interruzione della gravidanza, ma anche gli atti antecedenti, che ne costituiscono condizione necessaria, non potendo il farmacista obiettore essere costretto a rendersi parte attiva, ad essere partecipe, della vicenda abortiva; 2) perché del tutto inconferenti sono gli asseriti inconvenienti soprariportati (del conferimento al farmacista del potere di censura dell'operato del medico, con conseguenti rischi per la salute psicofisica della donna; dell'intervento nella sfera privata della stessa, impedendone l'autodeterminazione): *a*) sia perché sono inconvenienti comuni anche all'ipotesi del medico obiettore antiaborista, e a pressoché tutte le ipotesi di o. di c., e, quindi, sarebbero utilizzabili per impedire ogni obiezione; *b*) sia perché tali inconvenienti sono superabili attraverso i limiti, cui debbono sottostare tutte le ipotesi di o. di c., quale, come vedremo, il limite della non compromissione in modo irreparabile dell'interesse in conflitto del richiedente il farmaco abortivo, poiché sufficientemente salvaguardato dal dato di realtà (o comunque da assicurare) della presenza nella stessa farmacia di farmacisti non obiettori o di farmacie non obiettranti (con l'esposizione anche del relativo avviso).

C) Le *ipotesi non codificate*, poiché non previste da alcuna specifica legge, ma che da più parti si richiede che siano considerate legittime anche *sine lege*.

Per quanto concerne il *campo biomedico*, le presenti ipotesi riguardano, in particolare, le richieste dei pazienti, nell'attualità della malattia o in un pre-

cedente testamento biologico (avente tutti i requisiti di validità), agli operatori sanitari non di un semplice *non facere* (quale la non somministrazione di farmaci, la non effettuazione di interventi chirurgici), ma di un *facere*. Quali: 1) l'*interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali* (mediante il distacco dei relativi congegni) nei soggetti in stato vegetativo persistente, sempre che sia ritenuta giuridicamente lecita (così per i giudici milanesi nel caso di Eluana Englaro) e non vietata (così invece per il Disegno di legge, approvato nel 2010 dal Senato); 2) il *distacco del respiratore* (come nel caso di Piergiorgio Welby, ritenuto lecito dai giudici romani); 3) l'*arresto della macchina della rianimazione* in soggetti non ancora colpiti da morte encefalica irreversibile; 4) gli *interventi transessuali* (autorizzati dalla L. n. 164/1982), rispetto ai quali il problema dell'ò. di c. si pone solo se esiste per il personale sanitario l'obbligo giuridico di effettuare tali interventi, se richiesti, tenuto conto che tale personale ha l'obbligo di salvaguardare la vita e la salute dei pazienti (mentre lo pseudomutamento chirurgico del sesso ha veramente tale funzione? Ed è sufficiente invocare l'evanescente e incontrollabile salvaguardia della salute psichica?); 5) il *prelievo del rene da soggetto vivente a scopo di trapianto* (autorizzato dalla L. n. 458/1967), comportando esso una menomazione permanente dell'integrità fisica e l'aumento del rischio per la vita del donatore, e ponendosi al limite della tollerabilità costituzionale il porre il soggetto nella drammatica alternativa tra il rimorso e l'eroismo; 6) la *distribuzione, la prescrizione e la somministrazione di farmaci con effetto abortivo*, sempre che si ritenga l'ò. di c. in materia non riconducibile, come invece abbiamo visto, al disposto dell'art. 9 della L. n. 194/1978.

E per quanto concerne gli *operatori non sanitari*, l'ò. di c. riguarda, in particolare, il *rifiuto da parte del giudice tutelare dell'autorizzazione dell'interruzione della gravidanza di minorenne*, non riconducibile alla figura di obiezione dell'art. 9 L. n. 194/1978, prevista per i soli operatori sanitari. Né dalla Corte costituzionale (sent. n. 196/1978) è stata accolta la questione di incostituzionalità, in relazione agli artt. 2, 3, 19, 21 Cost., degli artt. 9 e 12 della suddetta legge, perché non contemplanti la suddetta ipotesi. Anche se per le fragili ragioni della prevalenza dell'interesse della giustizia, del non essere tale autorizzazione direttamente ed immediatamente rivolta all'intervento abortivo e della non esistenza di una disparità di trattamento, operando l'autorizzazione e l'intervento abortivo in fasi diverse della procedura.

D) Ma accanto alle attuali ipotesi di obiezione ad attività lesiva della vita umana, si prospettano, nel futuro o nel futuribile (pure se studi, ricerche o sperimentazioni sono stati in certi paesi già effettuati) anche ipotesi di obiezione ad attività lesive del bene della *dignità umana* (anch'esso costituzionalizzato sulla

base degli artt. 2, 3/1, 27/3, 41 Cost.), nel caso in cui fossero non auspicabilmente autorizzate, in qualche misura, le attività, oggi da noi vietate, di ricerca, di sperimentazione e di effettuazione: 1) della *clonazione umana*, perché lesiva della dignità umana sotto il profilo della identità genetica; 2) dell'*ibridazione uomo-animale*, costituente un intollerabile attentato alla dignità umana, per il superamento del limite della stessa specificità dell'essere umano; anche se da certuni auspicata al fine della produzione di umanoidi (es.: lo scimpanzuomo), utilizzabili nei lavori ripetitivi e sgradevoli, come cavie per ricerche e sperimentazioni o come serbatoi di organi per trapianti; 3) della *selezione eugenetica*, poiché il principio di eguaglianza e pari dignità degli esseri umani, impotente di fronte alla inevitabilità delle disuguaglianze naturali, si oppone alla costruzione programmata di discriminazioni tra individui, siano essi uomini superiori o inferiori; 4) dell'*ibernazione* di soggetti ancora vivi, ma irrimediabilmente condannati a morte da letale malattia, allo scopo di conservarli vitali in attesa, senza termine, della scoperta di rimedi per vincere tale patologia e farli rivivere in un mondo che non è più il loro; 5) del *prestito del ventre della donna per fini procreativi*, lesivo della dignità della donna, degradata ad incubatrice umana, e del nato, degradato a *res* commissionabile e commerciabile, oggetto di contrattazione e di contenzioso, il cui *status* viene a dipendere dalla osservanza o inosservanza del patto tra le parti contraenti o dall'esito di un processo; 6) della *gestazione extra-materna* del concepito, prodotto *in vitro*, nella *incubatrice meccanica* (da certuni auspicata in vista del «sogno eugenetico» di bambini perfetti, per la possibilità di spegnere la macchina in caso di insorgenza di anomalie; in *utero animale* (già prospettata per evitare alla «donna moderna» gli inconvenienti, fisici ed estetici, e le limitazioni della libertà da gravidanza; nel *corpo maschile* (per consentire alle coppie omosessuali di avere figli, per soddisfare il desiderio di maternità del transessuale e per realizzare la più perfetta uguaglianza tra uomo e donna).

IV. Comprovata, in base ai dati soprariferiti, l'esigenza di una progressiva estensione dell'ò. di c., parallelamente agli sviluppi della biomedicina, il vero problema, oggi, è quello della costruzione di un *diritto generale ed unitario di obiezione di coscienza*, attraverso la necessaria individuazione dei requisiti costitutivi, dei limiti e delle modalità di esercizio del medesimo, già sulla base dei principi fondanti il nostro ordinamento giuridico, dell'autentica laicità (intesa come neutralità etica dello Stato laico), del pluralismo, dell'uguaglianza e della libertà di coscienza; nonché delle normative disciplinanti le specifiche ipotesi di obiezione codificate. E, quindi, un diritto, così costruito, già attualmente operante e, pertanto, pronto a recepire le nuove ipotesi di obiezione via via

emergenti, a prescindere da specifiche previsioni di legge.

Circa le normative sulle ipotesi di obiezione codificate, va precisato che trattasi di norme non eccezionali (come, invece, hanno ritenuto i sostenitori della interposizione legislativa), tali non essendo: *a*) né l'art. n. 9 L. 194/1978, sull'obiezione all'aborto, poiché la tutela della vita, anche del concepito, è la regola, essendo espressione del principio generale del non uccidere, mentre eccezionale è l'interruzione della gravidanza, giuridicamente autorizzata soltanto nei precisi limiti (serio pericolo per la salute psicofisica o grave pericolo per la vita o salute della donna, per l'aborto rispettivamente prima e dopo i 90 giorni dal concepimento) e modalità, fissati dalla suddetta legge; *b*) né l'art. 16 L. n. 40/2004, sull'obiezione alla procreazione assistita, poiché regola è la procreazione naturale ed eccezione la procreazione assistita, giuridicamente autorizzata nei precisi limiti e modalità dalla suddetta legge fissati; ed anche perché l'obiezione ha pure lo scopo di evitare la partecipazione ad attività, che compromettono la vita di embrioni (date le elevate probabilità di insuccesso) ed è, quindi, espressione anche del principio generale del non uccidere; *c*) né la L. n. 413/1993, sull'obiezione alla sperimentazione animale, perché espressione del principio regolare del divieto di maltrattamenti degli animali (sancito, *in crescendo*, dalla legislazione in materia, e in particolare, dagli artt. 544 *bis* e ss. del c.p., ed anche sotto la spinta della filosofia degli *animal rights*), mentre una deroga a tale principio è la sperimentazione animale. Sicché le suddette norme sull'obiezione, costituendo eccezioni ad eccezioni, confermano la regola: sono pienamente regolari e, perciò, estensibili per analogia, assurgendo così, come vedremo, a fondamentali punti di riferimento per l'individuazione dei requisiti, limiti e modalità d'esercizio del generale ed unitario diritto di obiezione. Né, ancor più precisamente, la suddetta ricostruzione del diritto di obiezione di coscienza, nei suoi requisiti, limiti e modalità soprariferiti, costituisce alcuna anomalia giuridica, poiché è conforme ai criteri ricostruttivi, elaborati dalla dottrina, dalla giurisprudenza ordinaria e dalla Corte costituzionale rispetto ad altri diritti costituzionalmente riconosciuti. Paradigmatico l'esempio del diritto di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), rispetto al quale il conflitto di tale diritto coi diritti, pure costituzionalizzati, dell'onore e della riservatezza è stato risolto nei termini di un necessario temperamento, conseguito – senza alcuna interposizione legislativa – con la sottoposizione del diritto di manifestazione ai noti quattro limiti dell'interesse pubblico sociale dei fatti riferiti o criticati, della verità storica di tali fatti, della correttezza del linguaggio, della continenza della modalità espressive.

Ma l'individuazione dei requisiti, limiti e modalità del diritto in questione è condizione essenziale per evitare che l'obiezione di coscienza, da un lato, scon-

fini in un'incontenibile soggettivizzazione della osservanza delle norme giuridiche, e, da altro lato, dipenda dalla libera iniziativa del legislatore.

V. Tutto ciò premesso, è possibile rispondere al secondo quesito, posto dal Prof. Canestrari.

A) Circa i *requisiti* fondamentali del diritto generale ed unitario di obiezione di coscienza, essi sono i tre seguenti: 1) la necessità della esistenza di un conflitto tra due *interessi costituzionalizzati*; 2) la riferibilità dell'obiezione a *specifici interessi, a specifici valori di natura costituzionale*, e non ad una generica libertà di coscienza, aperta a tutti i soggettivismi e, quindi, anche alle eccentricità, alle stravaganze e ai tornaconti individuali. Due requisiti, i suddetti, entrambi presenti nella sopraindicata serie di ipotesi di obiezione non codificate, poiché si tratta di conflitti tra l'interesse costituzionalizzato alla prestazione medica (art. 32 Cost.) e l'interesse della tutela della vita umana, del non uccidere, essendo la vita bene indubbiamente costituzionalizzato (anche se non espressamente), in quanto bene-presupposto per l'effettività e l'esercizio di tutti i diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione, che presuppongono che il titolare sia uomo vivo; 3) la *necessaria convivenza e soddisfacimento reciproco* di entrambi gli interessi collidenti, dovendo il conflitto essere risolto (come insegna più in generale anche la Corte costituzionale) in modo da evitare il *sacrificio totale, lo svuotamento irreparabile* di nessuno dei due suddetti interessi.

B) Circa i *limiti*, già dal suddetto requisito della necessaria convivenza degli interessi collidenti deriva un duplice limite logico:

1) il *limite* fondamentale, per cui l'obiezione *non deve compromettere in modo irreparabile l'interesse in conflitto*, quale innanzitutto la vita e la salute altrui. Limite, questo, espressamente previsto dall'art. 9 della L. n. 194/1978, per il quale l'obiettore non può rifiutare l'intervento di interruzione della gravidanza quando, data la particolarità della situazione, esso è indispensabile per salvaguardare la vita della donna in immediato pericolo di vita (come nel caso di indisponibilità di altro medico non obiettore). È ribadito dagli artt. 22, 3.16, 8, 3, rispettivamente dei Codici deontologici del medico, dell'ostetrica/o, dell'infermiere e del farmacista. In base a tale limite, ad es., il testimone di Geova non può invocare l'obiezione per rifiutare la necessaria emotrasfusione sul figlio minorenne in pericolo di vita. L'obiezione può essere, invece, invocata – come di fatto avvenuto in noti casi – nelle ipotesi, sopraelencate, del rifiuto dell'interruzione della alimentazione ed idratazione artificiali, del distacco del respiratore, dell'arresto della macchina della rianimazione, poiché essa non solo non compromette in modo irreparabile la vita altrui, ma anzi salvaguarda quel tanto di vita, che ancora residua;

2) il *limite* della *dichiarazione preventiva* dell'obiezione di coscienza, per consentire a chi di dovere (quale la struttura sanitaria) la sostituzione del soggetto obietto con altri soggetti non obiettori, in modo da non pregiudicare l'altrui diritto alla prestazione richiesta. Limite logico, pure questo, già espressamente codificato (e quindi estensibile analogicamente) dagli artt. 9 della legge sull'interruzione della gravidanza e 16 della legge sulla procreazione assistita, che stabiliscono i termini della dichiarazione preventiva e differiscono di un mese dalla presentazione l'efficacia della dichiarazione tardiva. Anche se, nel caso che non sia trascorso il tempo prescritto per l'efficacia della dichiarazione, l'obiettore, che rifiuta la prestazione, non dovrebbe essere punito, *ex art.* 328 c.p., per mancanza di offesa del fatto omissivo se è stato comunque sostituito da altro soggetto non obietto¹.

Dalle ipotesi di obiezione codificate, e precisamente dai suddetti artt. 9 e 16, sono desumibili i *limiti soggettivi*, di validità per l'obiezione agli interventi nel campo della biomedicina in generale, dell'*appartenenza dell'obiettore al personale sanitario od esercente attività sanitaria*, come sono definite tali due categorie dall'art. 9 del TU. della legge sanitaria.

Arbitrari sono, invece, *limiti soggettivi discriminatori*, rispetto cioè a certe categorie di soggetti (quali, come è stato pure sostenuto, gli esercenti pubbliche funzioni e, più specificatamente, i giudici tutelari rispetto all'autorizzazione all'aborto minorile), perché contrastanti coi principi costituzionali di libertà di coscienza, di pluralismo e, in particolare, di eguaglianza, in quanto: *a*) pongono tali soggetti di fronte all'alternativa tra il compimento dell'atto contro coscienza o la rinuncia alla pubblica funzione; *b*) perché comporterebbero l'esclusione da determinate funzioni pubbliche di settori della società non allineati col pensiero dominante, senza alcun fondamento logico-giuridico. Anche i suddetti soggetti debbono sottostare ai soli limiti, indicati come sopra per tutti gli obiettori, quali quello innanzitutto della non compromissione irreparabile dell'interesse in conflitto e, in particolare, dei beni della vita e salute altrui. E salvo anche qui la sostituzione, da parte di chi di dovere, dell'obiettore con altri soggetti non obiettori.

Ma dalle ipotesi di obiezioni codificate, di cui agli artt. 9 e 16 sopracitati, sono desumibili anche i *limiti oggettivi* di validità più generale, quali: 1) il *limite oggettivo* dell'essere gli *atti specificamente e necessariamente diretti alla realizza-*

¹ Alla suddetta logica appare ispirarsi, pur se *pro domo sua*, la Cass. (sent. 17/2/2009, n. 28482), che ha escluso il reato dell'art. 328 c.p. a carico del magistrato, che rifiuta di tenere udienza per la presenza in aula del crocifisso, essendo le udienze, a lui assegnate, svolte da altro magistrato.

zione del fatto, oggetto dell'obiezione, dovendo essi costituire *condiciones sine quibus non* della catena causale, realizzatrice della stesso; 2) il *limite oggettivo* dell'esclusione dell'obiezione rispetto: a) alle *attività di assistenza antecedente*, riguardanti cioè attribuzioni generiche, estranee alla catena degli atti produttivi dell'evento obiettato (quali, ad es., le attività di alimentazione, di mantenimento dell'igiene personale della paziente destinataria dell'aborto o della procreazione assistita; b) alle *attività di assistenza conseguente* all'intervento, trattandosi di attività successive all'evento, già verificatosi, oggetto dell'obiezione (sempre che non riguardino atti già predisposti nel protocollo, quali *condiciones sine quibus non*, senza le quali l'evento non sarebbe stato effettuato).

C) E dalle ipotesi di obiezione codificate, di cui ai più volte menzionati artt. 9 e 16 sono altresì desumibili indicazioni circa: 1) le *modalità di presentazione della dichiarazione* di obiezione e le *autorità legittimate a riceverle*; 2) le *modalità della revoca espressa* e, soprattutto, della *revoca tacita* della dichiarazione (per comportamenti incompatibili col tipo di obiezione dichiarata).

D) Così come dall'ipotesi codificata, di cui all'art. 4 L. 1993, sull'obiezione alla sperimentazione animale, è desumibile il principio, di validità più generale, del *divieto di discriminazioni sfavorevoli per l'obiettore*, essendo esso espressione dei superiori principi di libertà, di pluralismo e di eguaglianza ed applicabile, *a fortiori*, per gli obiettori ad attività sull'uomo. Ai quali, come tali, non sono applicabili sanzioni penali, civili, amministrative, disciplinari, né trattamenti discriminatori sotto il profilo professionale².

VI. E, per concludere, di fronte alla moltiplicazione delle esigenze di legittimazione di nuove ipotesi di obiezione di coscienza, l'alternativa, che si pone, è tra: 1) o il riconoscimento di un *generale ed unitario diritto di obiezione*, ricostruito, come sopra indicato, nei suoi requisiti costitutivi, nei suoi limiti e nelle sue modalità di esercizio, già operante senza le specifiche interposizioni legislative di volta in volta; 2) oppure, se si persiste nella necessaria interposizione legisla-

² Alla luce del suddetto principio sono manifestamente illegittime le delibere della Giunta regionale pugliese n. 405 del 17/3/2009 (che definisce il riposizionamento degli obiettori all'aborto) e n. 735 del 15/3/2010 (che esclude i medici obiettori dai concorsi per assunzioni nei Consultori). Ed è pienamente fondata la sentenza n. 3477/2010 del TAR delle Puglie, che ha giustiziato gli atti della suddetta Giunta, che riservavano, in due concorsi, l'accesso ai Consultori a specialisti non obiettori, trattandosi di atti discriminatori, contrastanti con gli artt. 3 e 4 Cost. Ma non invece la sent. n. 283/1982 del TAR dell'Emilia, che ha affermato la legittimità della delibera della Regione Emilia, che subordinava l'assunzione al servizio sanitario alla presentazione della dichiarazione di non obiezione abortiva.

tiva (non accompagnata, però, come l'esperienza insegna, dai necessari specifici interventi legislativi, tanto più tempestivi), resta la via della codificazione, in un testo di legge, di un generale ed unitario diritto di obiezione, che ne fissi i requisiti, i limiti e le modalità d'esercizio, pronto a recepire le ipotesi di obiezione via via emergenti, che presentino i requisiti, rientrino nei limiti e siano esercitate con le modalità, fissati da tale testo legislativo. Con eventuali integrazioni ad opera di regolamenti esecutivi, disciplinanti, se ed ove occorra, le modalità di esercizio di singole ipotesi di obiezione (quali, ad es., quella del farmacista obiettore).

Paolo Veronesi

1. *La libertà di coscienza tra i sentieri della Costituzione* – La nostra Costituzione non menziona espressamente né la libertà di coscienza, né un eventuale e conseguente diritto all'obiezione di coscienza. Non si tratta tuttavia degli unici diritti o principi non impressi, a chiare lettere, nel suo articolato. Nella Costituzione non troviamo così sanciti, tra gli altri, né il principio di separazione di poteri, né quelli di legalità e di laicità; e neppure sono in essa menzionati il diritto alla vita o il diritto a formare unioni similfamiliari. Ciò, peraltro, non significa affatto che questi non esistano. Lo prova, in primo luogo, la declinazione riservata ad alcuni di quegli stessi diritti e principi in peculiari luoghi della Carta, e così pure il loro costante e motivato riconoscimento nell'ambito della giurisprudenza costituzionale [v., ad es., P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 63]. Molti principi e diritti non sono cioè menzionati semplicemente perché assunti a presupposto o comunque protetti dall'ombrello di più ampie previsioni costituzionali.

Il fondamento costituzionale dell'inespressa libertà di coscienza viene così agevolmente reperito nella combinazione sistematica degli artt. 2, 3, 19 e 21 (anche se qualche interprete preferisce concentrarsi sul solo art. 13, mentre altri si agganciano all'art. 23 Cost.); tali disposizioni conterrebbero infatti – come ha precisato la stessa Consulta – «un insieme di elementi normativi convergenti nella configurazione unitaria di un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza» [sent. n. 43/1997, punto 5 del *Considerato in diritto*; si vedano altresì, *ex plurimis*, le sentt. n. 149/1995, n. 422/1993, n. 467/1991, n. 470/1989, n. 196/1987]. La tutela della libertà in discorso è peraltro espressamente prevista – quanto alle fonti di più diretta incidenza sul nostro ordinamento – dalla Convenzione EDU (art. 9) nonché dalla Carta dei diritti fondamentali della UE (art. 10).

2. *Coscienza e coscienze: un problema di bilanciamento* – In un sistema liberal-democratico, la sfera della coscienza è ovviamente “terra proibita” per il diritto. Quest’ultimo, in altri termini, deve accontentarsi dell’ubbidienza “esterna” ai suoi precetti, mai potendo pretendere (né verificare) un’adesione anche “interiore” agli stessi. Ciò peraltro non significa che tra le sterminate (oltreché impalpabili) lande della coscienza e i ben più tangibili terreni del diritto non vi siano dei veri e propri “valichi di frontiera” [G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, Milano, 2000, 11]. I problemi sorgono infatti nel momento in cui dalla dimensione più profonda della personalità si transita nell’orbita delle azioni vere e proprie; è in questo frangente che l’innegabile libertà del singolo di autodeterminarsi in base alla propria coscienza [sent. cost. n. 117/1979] potrebbe convertirsi in una concreta offesa alle libertà costituzionali (e alla coscienza) di altri soggetti.

Su questi profili il diritto deve ovviamente vigilare.

Se l’individuo è infatti egoisticamente portato ad anteporre comunque le proprie opzioni di coscienza alle stesse ragioni della convivenza o ai diritti fondamentali altrui, le società si devono invece preoccupare che ciò non conduca al frantumarsi dei vincoli che ne costituiscono il substrato. Il problema emerge con peculiare chiarezza nel caso delle realtà statuali. Anche a seguito dei sorprendenti approdi della scienza e della tecnica, queste ultime si trovano infatti costrette a disciplinare materie via via più controverse e “sensibili” (inizio vita, fine vita, rifiuto delle cure, procreazione assistita, transessualismo, sperimentazione biotecnologica, matrimonio omosessuale ecc.). D’altro canto, tali problemi sono ulteriormente destinati a deflagrare man mano che s’intensificano i tratti multiculturali delle varie società umane. In questa prospettiva emerge perciò la necessità d’individuare i corretti bilanciamenti tra i diversi interessi in gioco nelle varie situazioni sul tappeto; accorte ponderazioni che devono inevitabilmente tradursi nello stabilire congrui limiti all’incondizionato privilegio della libertà di coscienza di taluno sugli altri, così come – peraltro – ai corrispondenti diritti o pretese altrui. Se è infatti vero che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto» – come ha costantemente ribadito la stessa Corte costituzionale sin dalla sua sentenza d’esordio (n. 1/1956) – ciò deve necessariamente valere anche per i diritti e i comportamenti che poggiano sulla libertà di coscienza, specie allorché questi ultimi possano concretamente minare la coesione sociale oppure convertirsi nella lesione della libertà di coscienza, dell’integrità psicofisica o dei diritti costituzionali altrui [tra i tanti cfr. F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 543 e 548]. La giusta tutela della coscienza dei singoli – peraltro essenziale proprio al fine di rafforzare la matri-

ce democratica dell'ordinamento – non può insomma tradursi nella prevalenza totalitaria di talune coscienze sulle altre, in una lesione del nucleo essenziale di altri diritti costituzionalmente riconosciuti, in una perniciosa forma di anarchia capillare e di massa [*ex plurimis* M. AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 2009, 905].

Su tale (assai delicato) profilo la nostra Corte costituzionale è sempre stata decisamente all'erta, affermando perciò che spetta esclusivamente al legislatore «stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà che esse reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro». Ciò per bilanciare adeguatamente i diversi interessi in gioco, «affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi» (sent. n. 43/1997, punto 5), ovvero al fine di «non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale» (sent. n. 149/1995 e ivi ulteriori richiami giurisprudenziali) [*contra* la tesi dell'interposizione legislativa – peraltro maggioritaria – v., ad esempio, F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza tra presente e futuro*, in *Iustitia*, 2011, 144 s., 151 ss. e G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, ivi, 2009, 273 ss.]. La stessa preoccupazione trapela peraltro dall'art. 10, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: il diritto all'obiezione di coscienza è infatti senz'altro riconosciuto, stabilendosi però che esso è regolato «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Va poi da sé che tali scelte legislative – se illegittime – potranno essere comunque contestate; nel caso, saranno dunque la Corte costituzionale e la Corte Edu a doversi esprimere. Non è peraltro escluso che l'art. 52, par. 1 della stessa Carta (enunciando il principio per cui i diritti in essa enunciati devono essere comunque garantiti nel loro nucleo essenziale), implichi che talune forme di obiezione di coscienza siano già sufficientemente tutelate mediante il generico richiamo dell'art. 10 cit. In tal caso dovranno essere eventualmente i giudici, volta per volta, a riconoscerne l'esistenza, utilizzando però le numerose (e spesso insormontabili) cautele di cui si dirà.

3. *Ancora sulla interposizione legislativa: i "paletti" al diritto di obiezione* – Nella prospettiva cui si è appena accennato l'obiezione di coscienza pone dunque un problema fondamentale per le democrazie pluraliste: come far coesistere la valenza generale e coesiva della legge – nonché i diritti costituzionali di talune persone – con il doveroso rispetto delle eterodosse coscienze individuali (oggetto di diritti altrui). Se è infatti indubbio che l'obiezione costituisce un'utilissima “risorsa critica” per l'ordinamento, è tuttavia altrettanto certo che «non può

essere accolta l'idea» di una sua «applicazione illimitata». In palio c'è infatti la possibile «frantumazione dell'ordinamento giuridico» [V. POSSENTI, *L'obiezione di coscienza oggi: elementi di analisi*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano 1992, 166]. Con ciò s'incorrerebbe inoltre nel paradossale rischio di negare, all'atto pratico, il pluralismo e il personalismo (in capo alla “vittima” dell'obiezione) nel momento stesso in cui se ne rivendica l'applicazione (a favore, però, del solo obiettore).

Per questi motivi la nostra Corte costituzionale non accede all'idea secondo la quale l'obiezione di coscienza costituirebbe l'oggetto di un diritto la cui rivendicazione e il cui concreto esercizio da parte dell'obiettore sarebbe, per definizione, legittimo e insindacabile (sia pure – per qualche interprete – entro taluni e circostanziati limiti “interni” ed “esterni”) [da ultimo v. I. LEONCINI, *Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza*, in *Arch. giur.*, 2011, 182 ss., 211 s.]. La Corte pretende invece – come già accennato – un'interposizione legislativa che discerna caso da caso e bilanci gli interessi e i diritti inevitabilmente confliggenti dei diversi soggetti coinvolti [cfr., *ex plurimis*, le sentt. n. 422/1993, n. 467/1991, n. 409/1989, n. 164/1985, n. 117/1979, n. 58/1960]. Si tratta – per usare una metafora già adombrata *supra* – del più nitido e ineludibile “valico di frontiera” rilevante nella circostanza. In prima battuta, solo la legge può insomma soppesare costi e benefici, individuare i modi con i quali sondare la veridicità delle opzioni di coscienza, proteggere i diritti costituzionali dei singoli dalla “dittatura” di coscienze altrui, stabilire fino a qual punto l'obiezione possa liberamente spingersi senza mettere in pericolo la stessa tenuta dell'ordinamento, prescrivere prestazioni alternative che rimarchino la non contestata appartenenza sociale del soggetto obiettante e la genuinità delle sue scelte. In altri termini, si tratta di applicare la «regola aurea» di ogni regime liberal-democratico: «la libertà incontra il limite delle libertà altrui» [si v. l'autorevole monito di V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire*, in ID., *Stato, popolo, Governo*, Milano, 1985, 319].

In mancanza di una legge che la preveda, la tuteli ma la circoscriva – ponderando perciò i diversi interessi valorizzati o messi in discussione dall'obiettore – la disubbidienza comunque decisa dal singolo “per ragioni di coscienza” dovrà invece essere – *di norma* – variamente sanzionata; il soggetto potrà insomma astenersi dal comportamento sgradito purché sopporti le conseguenze giuridiche del suo gesto (eventualmente da escludersi o mitigarsi allorché il motivo di coscienza possa ricondursi a istituti giuridici che incidono sulla valutazione del grado della colpa, sulle attenuanti ecc.). Anzi, proprio la disponibilità a sopportare simili

sanzioni rientra tra gli aspetti indubbiamente pedagogici ed “esemplari” sottesi a ogni comportamento obiettante. Né ci si potrà sempre e comunque trincerare oltre lo scudo della scriminante dell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.): non così, almeno, nell'eventualità in cui altri diritti costituzionali (prevalenti o equiordinati) risultassero irrimediabilmente danneggiati dai comportamenti dell'obietto. L'art. 51 c.p. si ritiene infatti applicabile allorché sia *già* accertato che il diritto di colui che lo rivendica *debba* prevalere sugli altri interessi con esso confliggenti. Ma non è proprio questa, di norma, la situazione in cui versa l'obietto, il quale agisce (appunto) contro un giudizio legislativo di prevalenza che avversa. Del resto, se rivivesse l'obbligo del servizio di leva, ammetteremmo forse che, *ex art.* 51 c.p., chiunque se ne possa sottrarre adducendo – a sua insondabile discrezione – motivi di coscienza? Per quale motivo, allora, l'attuale Codice dell'ordinamento militare disciplina, nel dettaglio, l'obiezione di coscienza e i servizi alternativi prescritti per chi rifiutasse l'uso delle armi in tempo di guerra o di grave crisi internazionale (artt. 2097 ss., d. legisl. n. 66/2011)?

Su questa scia la dottrina si è pertanto prodigata a fissare i paletti entro i quali le leggi finalizzate ad ammettere una qualunque forma di obiezione dovrebbero effettivamente muoversi: si sono in tal modo inquadrati le “guardie di frontiera” da porre ai “valichi” di cui s'è detto. Se ne è concluso perciò che la presa di posizione obiettante dev'essere, in primo luogo, necessariamente *pubblica*; ciò per costituire davvero un utile esempio rivolto ai consociati [A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 13 s.]. L'obiezione dev'essere inoltre strettamente *individuale*, di contro a talvolta auspiccate obiezioni di gruppo; la coscienza è infatti, per definizione, propria dei singoli, mentre l'idea di un suo esercizio collettivo cela possibili forme di coartazione. La prestazione personale rifiutata dovrà inoltre consistere in un *obbligo giuridico* e non già in un semplice *onere*: si può infatti legittimamente pretendere che il diretto interessato rinunci alle conseguenze favorevoli derivanti dall'adempimento di quest'ultimo, pur di rimanere coerente con la propria coscienza. Da qui le critiche opponibili alla recente pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, la quale – ribaltando le conclusioni di altra giurisprudenza [v. T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289, in *Giust. civ.*, 1983, 3139 ss.] – ha escluso la possibilità di procedere all'assunzione a tempo determinato di medici destinati ai consultori, condizionando ciò a una clausola (puramente onerosa) per la quale l'aspirante doveva rinunciare all'obiezione (e questo per consentire, come peraltro *imposto* dalla legge, il regolare svolgimento del servizio). Si ritiene inoltre che la decisione di obiettare debba necessariamente accompagnarsi, in alternativa, all'«imposizione di un

carico sostitutivo di lavoro», pena la lesione dell'art. 2 Cost. (quanto al profilo dei doveri inderogabili di solidarietà gravanti su tutti) e dell'art. 3 Cost. (sul piano delle disparità di trattamento tra obiettore e non-obiettore) [tra i molti v. S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986, 150 ss.]. Tale conversione del *facere* consente inoltre di tamponare l'inflazione di semplici obiezioni di comodo, nonché di saggiare – sia pur indirettamente – la sincerità dei motivi di coscienza addotti dall'interessato [A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 14. Sulla necessità di prevedere prestazioni alternative, finalizzate a comporre gli interessi in conflitto, si concentra anche la recentissima Corte EDU, Grande Camera, sent. 7 luglio 2011, ric. n. 37334/08, Bayatyan c. Armenia, parr. 124 e 125, calibrata sull'obiezione al servizio militare obbligatorio]. Criticabile perciò che nulla di questo sia previsto, ad esempio, per i medici che obiettono all'aborto, ai quali potrebbe ad esempio richiedersi lo svolgimento di attività non meramente simboliche (ma neppure penalizzanti) che confermino gli afflitti della loro coscienza. Andrebbe inoltre (e sempre) riscontrato *uno stringente nesso di causa ed effetto* tra il dovere che l'obiettore rifiuta e la lesione della sua coscienza; da qui la certa illegittimità della c.d. obiezione fiscale. Va inoltre menzionato un ulteriore requisito che, come vedremo, è, all'atto pratico, fondamentale: *l'obiezione non deve ledere, in concreto, il contrapposto diritto di chi chiede l'osservanza della norma rifiutata*, il quale andrà quindi e comunque tutelato. Ciò costituisce il miglior antidoto attraverso il quale il legislatore può davvero *garantirsi che, mediante il grimaldello della coscienza, taluni non puntino, in realtà, a perseguire obiettivi di carattere squisitamente politico* – ponendo perciò nel nulla le decisioni assunte dagli organi legittimi (Parlamento o Corte costituzionale) – nonché per assicurarsi che l'obiezione venga effettivamente ricondotta alla sua vera *ratio* (che non è certo quella di perseguire il raggiungimento di fini politici – e meno che meno l'affossamento di talune leggi – bensì di tutelare la sola coscienza dei singoli, già formata a particolari valori) [si v. le fondamentali osservazioni di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, Firenze, 2011, 92 ss.].

Una volta distillati i casi di obiezione sopportabili dall'ordinamento, dosare almeno alcuni degli ingredienti appena indicati – ma taluni di essi paiono davvero indefettibili – consente perciò di garantire, a un tempo, i diritti di chi obietta nonché quelli di coloro che richiedono l'osservanza della legge e la tutela della propria (diversa) coscienza.

Non va peraltro escluso a priori che, *in ipotesi assolutamente residuali ed eccezionali*, il diritto all'obiezione di coscienza possa essere rilevato dal giudice (ai sensi del citato art. 51 c.p., nonché degli artt. 10 e 52 della Carta dei diritti fondamentali) o dalla Corte costituzionale (ad es., nel quadro di un giudizio

di uguaglianza e ragionevolezza, oppure nelle ipotesi in cui concretamente si riscontri la mancata garanzia del “nucleo essenziale” della libertà in discorso); «più ancora che nel caso dell'introduzione con legge, a scremare le richieste di riconoscimento giudiziale dell'obiezione sarà» – oltre alla verifica che la condotta in discorso sia plasmata un'effettiva matrice coscienziale – «il requisito dell'assenza di pregiudizi per i beni giuridici perseguiti e per le posizioni giuridiche soggettive tutelate dalla legge cui si obietta» (ed è ciò che, il più delle volte, risulterà difficilmente perseguibile nel contesto di una pronuncia) [D. PARIS, *op. cit.*, 263 ss., 301 ss.]

4. *Come valutare le vigenti discipline sull'obiezione di coscienza?* – Il problema – allora – consiste nello stabilire se le norme italiane già oggi vigenti per taluni casi di obiezione davvero consentano i contemperamenti cui s'è accennato: ove così non fosse si porrebbe infatti un limpido problema di costituzionalità [DI COSIMO, *op. cit.*, p. 181 ss.]. È proprio in questa prospettiva che si deve dunque valutare la legittimità delle discipline di obiezione di coscienza già contemplate dall'ordinamento – in materia di interruzione volontaria della gravidanza, di procreazione assistita, di sperimentazione animale, di servizio militare (tuttora vigente in caso di guerra o di gravi crisi internazionali) – ovvero ragionare dell'incostituzionalità (o anche solo dell'inopportunità) delle ulteriori mancate previsioni di tutela della coscienza (come nella vicenda dell'obiezione farmaceutica, fiscale, al lavoro, dei pubblici funzionari ecc.). In ragione delle ipotesi espressamente menzionate nella nota introduttiva del Prof. Stefano Canestrari ci si concentrerà di seguito sulla fattispecie dell'obiezione medica all'interruzione volontaria di gravidanza nonché su quella opposta dal farmacista alla ricetta che prescrive la cosiddetta “pillola del giorno dopo”. Si tratta peraltro di vicende dalle quali si possono ricavare ammaestramenti validi in generale.

5. *L'obiezione del medico all'aborto* – Numerose (e non prive di sostanza) paiono le critiche da muoversi nei confronti della vigente disciplina in materia di obiezione di coscienza alle pratiche abortive. Sono, ad esempio, gli stessi dati offerti dal *Documento* approvato al termine dell'indagine conoscitiva svolta nella XIV legislatura dalla Commissione XII della Camera – pur se a maggioranza “ostile” alla legge n. 194/1978 – a rivelare che, senza giri di parole, l'obiezione di coscienza medica all'interruzione volontaria di gravidanza è ormai in grado di ostacolare, e finanche d'impedire, «l'effettivo svolgimento continuativo del servizio» [si v. il par. 4.4 del *Documento*]. Espressioni che riscontrano, cioè, la plastica violazione dell'art. 9, comma 4, legge n. 194/1978, ove è prescritto

– nell’ottica di un equo e costituzionalmente indispensabile bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella vicenda – che «gli enti ospedalieri e di cura sono tenuti *in ogni caso* ad assicurare» l’effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza; una evidente preconditione, quest’ultima, affinché la libertà di coscienza del personale sanitario non si riverberi, inficiandoli, sugli interessi costituzionalmente rilevanti delle donne che chiedano di abortire (e che rende, quindi, ancor meno comprensibile la già criticata decisione del T.A.R. Puglia). Del resto, una simile situazione palesemente collide con quanto sancito sin dalla sentenza costituzionale n. 27/1975: ove ne ricorrano i presupposti, alla donna dev’essere garantita la possibilità di interrompere la gravidanza, ossia di vedere tutelato, nei termini di legge, il suo diritto alla salute psicofisica (art. 32 Cost.). Può insomma concludersi che il bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente propri delle pazienti e degli obiettori, predisposto dalla legge in base alle indicazioni delle Consulta, pare ormai sul punto di “saltare”; stando anzi ai dati offerti dall’ultima *Relazione* ministeriale sull’attuazione della legge n. 194, in talune zone del Paese esso sarebbe già del tutto franato [si pensi solo che l’obiezione dei ginecologi raggiunge le vette dell’85,6% nel Lazio, dell’84,1% in Basilicata, dell’83,9% in Campania, dell’83,5% in Sicilia]. Perché – evidentemente – anche la coscienza sembra possedere, almeno in Italia, «una sua geografia regionale» o cittadina [A. SOFRI, *Contro Giuliano*, Palermo, 1998, 74].

La massa montante delle obiezioni all’aborto è peraltro dettata (in buona parte) non già da precise opzioni di coscienza bensì da sempre più sospette ragioni di comodo, di carriera, di realizzazione professionale: le testimonianze sul punto sono ormai numerose e più che credibili. Ne costituiscono puntuali conferme sia il caso della ginecologa obiettrice che decise comunque di interrompere la propria gravidanza (scatenando così la reazione legale – peraltro inutile – del suo compagno) [cfr. Pretura di Bari, 7 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 548 ss.], sia l’emergere di vicende in cui ginecologi obiettori – alla bisogna – concordano con la compagna di ricorrere all’aiuto di colleghi che tali non siano (rimanendo però formalmente contrari a praticarlo) [casi in C. LALLI, *C’è chi dice no*, Milano, 2011, 57].

Le modalità e il lassismo con i quali la legge n. 194 disciplina l’obiezione del personale coinvolto nelle procedure abortive sta insomma facilitando simili derive, agevolando il vero e proprio boicottaggio politico della legge, oltre che l’immeritata tutela di opzioni personali che con la libertà di coscienza hanno verosimilmente poco a che vedere; ciò però finisce per comprimere oltre misura – restando alle coordinate più volte ribadite dalla Consulta – il diritto alla salute delle donne che legittimamente chiedano di interrompere la gravidanza.

Né un tale, evidente *favor* per l'obiezione di coscienza può essere giustificato – come talvolta avviene – adducendo la radicale incostituzionalità della legge n. 194/1978. Quest'ultima è stata infatti elaborata sotto “dettatura” della stessa Corte costituzionale, la quale ne ha addirittura messo in luce il carattere costituzionalmente vincolato (sentenza n. 35/1997); in ogni caso, la (del tutto presunta) incostituzionalità della legge in discorso dovrebbe, al più, essere aggredita ricorrendo al consueto strumento del giudizio in via incidentale, non già mediante scorciatoie “personalizzate” (che sembrerebbero, anzi, delineare un'ulteriore forma – assai perniciosa – di “obiezione al diritto positivo”).

Il progressivo abbandono del bilanciamento individuato dalla Corte – e quindi accolto (benché “mal protetto”) dalla legge n. 194 – si palesa però anche su altri profili della disciplina. L'art. 9, comma 3, della stessa legge opportunamente limita il diritto di obiettare a coloro che siano chiamati a porre in essere «attività *specificamente e necessariamente* dirette a determinare l'interruzione di gravidanza»; esso precisa inoltre che, nella medesima ottica, il personale non può sottrarsi a prestare l'assistenza «*antecedente e conseguente* all'intervento»; l'obiezione non può infine essere opposta ove l'intervento medico risulti «*indispensabile per salvare la vita della donna* in imminente pericolo» (comma 5). La torsione applicativa cui tali concetti sono stati sottoposti hanno peraltro consentito di ricomprendere tra i soggetti obiettanti anche professionalità che non parrebbero meritargli: è il caso degli analisti di laboratorio, chiamati a svolgere esami clinici di *routine* [A. RIZZIERI, *Commento alla legge n. 194/1978* (sub art. 9), in A. ZACCARIA, *Comm. breve al diritto di famiglia*, Padova, 2011, 1789, ritiene giustamente «singolari» le pronunce che hanno avallato simili pretese: v. T.A.R. Emilia-Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30, in *I TAR*, 1981, I, 961 ss. e Cons. St., 10 ottobre 1983, I, 1027. *Contra* v. invece Pretura di Ancona, 9 ottobre 1979 e Pretura di Penne, 6 dicembre 1983, che hanno rispettivamente condannato il cardiologo che si rifiutò di effettuare un elettrocardiogramma e le ostetriche refrattarie e a preparare il campo sterile per l'intervento]. È chiaro che una simile tendenza – approssimazione dopo approssimazione – può pericolosamente condurre (e sta probabilmente già conducendo) ad agevolare e a estendere il boicottaggio della legge in ogni anfratto della vita ospedaliera; ossia ben al di là dei confini del bilanciamento fissato dall'art. 9, legge n. 194 [come nel caso dell'anestesista che, in una situazione d'emergenza, rifiutò di somministrare dei semplici analgesici ad aborto già avviato: casi in C. LALLI, *op. cit.*, 75 ss.]. Né pare fondata la critica in base alla quale le citate limitazioni fissate dalla legge risulterebbero addirittura incomprensibili già in base al «buon senso» sotteso «alla disciplina della partecipazione criminosa»

[I. LEONCINI, *op. cit.*, 200]. Non sembra infatti corretto raffrontare e assimilare le due realtà, essendo queste ontologicamente diverse; da un lato abbiamo infatti la partecipazione a un reato, dall'altro la realizzazione di un'azione consentita dalla legge, ritenuta indispensabile dalla Consulta, tesa inoltre a implementare uno specifico diritto sancito nella Carta (art. 32 Cost.) accortamente bilanciandolo con i diritti altrui. La norma prima citata – invece – ragionevolmente non sembrerebbe evocare quegli atti medici che solo «occasionalmente possono inserirsi nella catena causale culminante nei singoli atti interruttivi» [A. D'ATENA, *Commento all'art. 9, l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1654], non possedendo essi alcuna specificità in tal senso e consentendo anzi alla diretta interessata «la successiva scelta tra le molteplici possibili utilizzazioni di quell'atto» [A. NAPPI, *I limiti oggettivi all'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Giur. it.*, 1984, II, 316]; né essa copre le attività che intervengono quando ormai la scelta è già stata portata ad esecuzione. Conferma tutto ciò (sia pur indirettamente) la stessa giurisprudenza costituzionale che ha respinto la pretesa dei giudici tutelari, coinvolti nelle procedure relative all'aborto delle minori, di opporre obiezione di coscienza [per tutte v. la sent. n. 196/1987]: essi devono infatti soltanto accertare (dall'«esterno») che la ragazza sia effettivamente in grado di comprendere l'importanza del momento, fermo restando che sarà la gestante a doversi assumere la responsabilità del proprio gesto, potendo poi anche decidere di non dare seguito alle sue iniziali intenzioni.

In base a quanto già detto, appare peraltro poco ragionevole che – attraverso il richiamo all'art. 5, operato dall'art. 9 della legge n. 194 – si equiparino i medici chiamati a svolgere l'intervento abortivo e quelli che devono soltanto certificare l'esistenza dei presupposti che rendono lecita la successiva interruzione di gravidanza. Questi ultimi – di fatto – si trovano in una condizione assimilabile *in toto* a quella dei giudici tutelari. Forse però il legislatore ha ritenuto così di favorire i medici, valutando che la loro obiezione «anticipata» non sia ostativa alla tenuta della legge (è infatti assai ampia la platea dei soggetti che la donna può consultare in questa fase); il giudice tutelare è invece spesso un «isolato», svolgendo le sue funzioni in un ambito territoriale molto vasto: la sua obiezione potrebbe quindi assumere effetti dirompenti. Senza dire che sui giudici grava poi il «macigno» dell'art. 101 Cost., del tutto incompatibile con forme di obiezione [cfr. D. PARIS, *op. cit.*, 114, 119 s., 243].

De iure condendo, e per ovviare a ciò che abbiamo definito un boicottaggio *sub specie* di obiezione (dettato spesso da ragioni per nulla ascrivibili a genuine scelte di coscienza), non mancherebbero certo gli strumenti [v. anche G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza: come si ostacola l'applicazione di*

una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato), in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 846 ss. e D. PARIS, *op. cit.*, 191 ss.]. Già si è accennato alla possibilità di concepire prestazioni alternative che confermino, sia pure in modo indiretto, la “buona fede” del soggetto obiettante e compensino la portata della sua scelta [si rinvia ancora alla sentenza della Corte Edu, Grande Camera, già citata]; non a caso, è quanto continua a essere previsto dal Codice dell’ordinamento militare per coloro che si oppongono all’uso delle armi in tempo di guerra o di grave crisi internazionale [artt. 2097, d. legisl. n. 66/2010 già cit.]. Si potrebbe altrimenti aggiungere la previsione di particolari indennità per i medici non obiettori; ciò non si tradurrebbe affatto in una violazione del principio di uguaglianza, stante il carico di lavoro aggiuntivo (e magari ghetizzato) che questi subiscono proprio per consentire alla coscienza dei colleghi di esprimersi liberamente. Non si vedono inoltre ostacoli a collocare il *surplus* di attività che i medici non obiettori potrebbero essere costretti a svolgere nell’ambito delle cosiddette prestazioni aggiuntive di tipo libero professionale, da praticarsi al di là dell’orario contrattuale e da retribuire con una congrua remunerazione [v. l’art. 3, co. 12, d. legisl. 29 aprile 1998, n. 124; gli artt. 8 e 10, d.p.c.m. 27 marzo 2000 e l’art. 15-*quinquies*, d. legisl. 19 giugno 1999, n. 229; la proposta è stata avanzata, in varie sedi, da Mario RICCIO]. E così anche – per i motivi di cui s’è detto – non va affatto esclusa la legittimità dell’assunzione a tempo determinato di ginecologi che rinuncino a sollevare obiezione, né va respinta l’idea di ricorrere a personale non obiettore esterno alla struttura (la “mobilità del personale” è evocata a tal fine anche dalla legge n. 194). Oppure, si potrebbe permettere (come a volte già accade) che le interruzioni di gravidanza vengano praticate anche presso le strutture private specificamente autorizzate dalle Regioni. Né per taluni sarebbe da escludersi – sia pure, va detto e rimarcato, come *extrema ratio* – la stessa eliminazione dell’obiezione di coscienza: ciò che aveva un senso, in via transitoria e in base al principio del “legittimo affidamento”, nel momento in cui entrò in vigore la legge n. 194, non avrebbe più alcuna ragion d’essere per coloro che, oggi, optano di cimentarsi con una determinata specializzazione medica ben sapendo cosa li attende (tale posizione è stata sostenuta, in varie sedi, e tra gli altri, da Stefano RODOTÀ). La scelta di praticare la ginecologia, del resto, non costituisce il contenuto di un obbligo giuridico gravante sulla generalità degli studenti di medicina; chi avesse le sue personali (e del tutto legittime) convinzioni di coscienza potrebbe quindi senz’altro scegliere altre strade. Né ciò dovrebbe essere percepito come un sacrificio per chi avesse tali insopprimibili ragioni etiche da opporre a talune azioni richieste dalla professione. Benché forse troppo “rigida”, nonché in contrasto

con gli assunti dell'art. 4 Cost., questa posizione ha peraltro il merito di sottolineare che, anche ammettendo talune tipologie di obiezione, rimane comunque fondamentale che si preservi il diritto di chi chiede di accedere alle prestazioni garantite dalla legge "contestata": ove questo fosse messo in pericolo, anche gli ambiti della scelta obiettante dovrebbero venire, se non esclusi *ex abrupto*, quanto meno ridiscussi e ricalibrati.

6. *L'obiezione sul banco (dei farmacisti)* – Altro problema è stabilire se anche i farmacisti possano obiettare, rifiutando la consegna di taluni prodotti (ad esempio, la c.d. "pillola del giorno dopo"). Allo stato, la pretesa di applicare analogicamente in tali casi quanto stabilito per i medici *ex art. 9, legge n. 194*, naufraga sugli scogli dell'interpretazione. L'articolo appena citato descrive infatti azioni e procedure da porre in essere in cliniche autorizzate, non certo altrove e tanto meno tra le pareti di una farmacia. Il "personale sanitario" evocato dalla legge n. 194 è inoltre quello chiamato a prendere parte (testualmente) alle procedure disciplinate agli artt. 5 e 7 della stessa: queste norme non fanno alcuna menzione di attività eventualmente ascrivibili, anche solo alla lontana, alla professione del farmacista. Del resto, l'intera legge n. 194 presuppone interventi che vengono posti in essere *dopo* il già avvenuto impianto dell'ovulo fecondato; nulla di tutto questo avviene nel caso della pillola del giorno dopo, la quale agisce per inibire la fecondazione o al più – ma pare sempre meno certo – lo stesso annidamento. Non a caso, quindi, l'utilizzo di tale farmaco è *del tutto* sottratto alle procedure previste dalla legge n. 194. E poi, *i limiti alle libertà, per loro natura, vanno tradizionalmente interpretati in senso restrittivo*; il diritto che la Corte costituzionale ha ritenuto prevalente nel caso (la salute della donna) non può quindi essere artatamente ristretto mediante simili approcci. Anche in base ad altri principi generali, un'evidente eccezione – qual è, per sua natura, la disciplina della possibilità di obiettare – non ammette in alcun modo interpretazioni estensive (*ex art. 14 delle Preleggi*). In aggiunta, l'art. 38, r.d. 30 settembre 1938, n. 1706, impone a ogni operatore di farmacia – in quanto incaricato di pubblico servizio – l'obbligo di consegnare un qualunque farmaco dietro presentazione di ricetta medica, ovvero di procurarselo nel più breve tempo possibile. Manca quindi ogni appiglio minimo per giustificare, nel caso, il ricorso all'interpretazione estensiva o analogica [tra i tanti v. G. DI COSIMO, *I farmacisti e la pillola del giorno dopo*, in *Quad. cost.*, 2001, 143].

De iure condito, insomma, il farmacista ha le mani legate [cfr., per tutti, E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norma penale e conflitti di coscienza*, in questa *Rivista*, 2008, 3, 119 ss.; *contra* F. MANTOVANI, *op. cit.*, 146 ss.] e, se rifiutasse il farmaco,

potrebbe senz'altro risponderne ai sensi dell'art. 328 c.p. Ma, *de iure condendo*, quali soluzioni sarebbero invece astrattamente praticabili a suo favore?

In prima approssimazione, parrebbe opportuno riconoscere anche al farmacista il diritto di obiettare, benché il suo coinvolgimento materiale nella vicenda (e ciò vale anche per il medico cui venisse chiesta la ricetta) appaia alquanto lasco: il legislatore che si predisponesse a riconoscere queste obiezioni si ispirerebbe quindi a un modello di protezione della coscienza molto elevato e nient'affatto necessitato dal punto di vista costituzionale [D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione della c.d. "pillola del giorno dopo": profili di diritto costituzionale*, in R. BALDUZZI, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 540]. Occorre peraltro verificare, al passo successivo, quali conseguenze una previsione legislativa in tal senso produrrebbe nella sfera giuridico-costituzionale altrui, e stabilire altresì quale normativa non impedirebbe comunque a chi chieda l'osservanza della legge di vedere attuati i propri diritti (pur se non "graditi" all'obiettore). È in questa prospettiva – dettata dall'indefettibile esigenza costituzionale di bilanciare i diritti coinvolti nella vicenda – che i nodi vengono inesorabilmente al pettine.

Lasciamo da parte la questione tesa a stabilire se il farmaco in oggetto agisca davvero al fine d'impedire la fecondazione o – al più – l'eventuale annidamento dell'ovulo già fecondato [come cautelativamente non escluso da T.A.R. Lazio, sez. I, 12 ottobre 2001, n. 8465, che ne ha comunque negato l'effetto abortivo *ex lege* n. 194]. In realtà, più recenti ricerche sembrerebbero recisamente escludere questa seconda ipotesi [si v. i documenti citati da C. LALLI, *op. cit.*, 222, nota 7 e 223, nota 14], ma ciò non appare comunque rassicurante per chi volesse, in ogni caso, tutelare qualsiasi prodotto del concepimento. Accantonato il problema "biologico", non va peraltro sottaciuto l'evidente rischio sotteso alla dilatazione del concetto di causa-effetto in tal modo praticata. La legge che eventualmente ammettesse tali obiezioni potrebbe quindi diventare il volano di una incontrollata estensione di simili pretese, legittimate dal richiamo al principio di uguaglianza: un percorso che renderebbe di fatto impossibile l'utilizzo del farmaco (il quale, come noto, va assunto in tempi rapidi).

Rilevante è inoltre evidenziare che il farmacista rimane totalmente all'oscuro delle ragioni che, nel singolo caso, hanno indotto il medico alla specifica prescrizione: in ipotesi, egli potrebbe così rifiutarsi di consegnare un prodotto essenziale non solo per la salute bensì anche – *pro futuro* – per la vita della donna (nei casi in cui, ad esempio, questa non sia fisiologicamente in grado di reggere la gravidanza, ovvero perché essa debba sottoporsi, nell'immediato, a trattamenti invasivi variamente incompatibili con il suo stato). Insomma, il farmaci-

sta, pur se disinformato, diverrebbe il vero “giudice” della decisione maturata da chi ha invece dovuto valutare il caso specifico in tutto il suo spessore e nelle sue molteplici sfaccettature (ossia dal medico).

Inoltre, verso quali farmaci egli potrebbe indirizzare la propria opzione di coscienza? Solo in riferimento alla pillola del giorno dopo o, addirittura, nei confronti di ogni farmaco verso il quale nutrisse perplessità morali (gli oppiacei o il metadone, ad esempio)? Quale babele ne conseguirebbe?

Ma ciò che pare essenziale per inquadrare il tema in discorso va individuato in un profilo (già richiamato) sul quale, non a caso, il Comitato Nazionale per la Bioetica, nella *Nota* del 25 febbraio 2011, ha visto compattarsi tutte le sue componenti: «presupposto necessario e indispensabile per l'eventuale riconoscimento legale dell'obiezione di coscienza è» che la donna abbia «*in ogni caso* la possibilità di ottenere *comunque* il farmaco prescritto» [cfr. il par. 3]; anche perché l'effetto di quest'ultimo è destinato ad azzerarsi trascorso un brevissimo lasso di tempo e la tempestività risulta dunque essenziale. Solo allorché ciò sia *assolutamente e concretamente* garantito – e magari prevedendo, in aggiunta, prestazioni alternative (benché non penalizzanti) a carico del farmacista obiettore – si potrà, *de iure condendo*, introdurre simili soluzioni, evitando qualsivoglia strumentalizzazione politica e garantendo quindi anche le coscienze di chi chiede di accedere legittimamente al farmaco. Purtroppo però, al di là di una sua formale previsione in un eventuale legge in materia, è proprio questo risultato che – complici i tempi di somministrazione del prodotto e l'attuale organizzazione del sistema delle farmacie – non sembra poter essere affatto assicurato. Per cui, fintanto che ciò non sarà *effettivamente* garantito, non è *assolutamente* possibile prevedere una simile forma di obiezione.

Sul punto è dunque assai significativo quanto espresso dalla Corte EDU: ai sensi dell'art. 9 Cedu, il diritto di manifestare il proprio pensiero religioso (o d'altra natura) non consente affatto d'imporre tali convinzioni mediante il rifiuto di vendere i prodotti reperibili unicamente nelle farmacie [si v. la decisione 2 ottobre 2001, n. 49853/99, Pichon and Sajous v. France]. È stata perciò ritenuta del tutto compatibile con la Convenzione una disciplina che – come nel caso francese – punisce l'obiezione dei farmacisti. Ci sono insomma vicende in cui il legislatore deve «tutelare la legge dalla coscienza» [D. PARIS, *op. ult. cit.*, 541], a pena di consentire la tracimazione delle scelte obiettanti in un vero e proprio attacco politico alle leggi. Ma – come già detto – questa non è la *ratio* di una genuina obiezione.

OPINIONI A CONFRONTO

VERSO L'ABOLIZIONE DELLE FORMULE DI PROSCIoglIMENTO?

Nota introduttiva di Giovanni Canzio

La problematica delle “formule di proscioglimento”, già oggetto di ampia discussione nella fase progettuale del codice di procedura penale del 1989 e al centro di un interessante dibattito fra E. Fassone, G. Pecorella, G. Pisapia e E. Zappalà, coordinato da Mario Chiavario per la rivista *La Legislazione penale* [2005, p. 641 ss.] alla vigilia dell'approvazione della c.d. “legge Pecorella”, torna alla ribalta alla luce del novellato precetto dell'art. 533, comma 1 del codice di rito, sostituito dall'art. 5 di quella legge – L. 20 febbraio 2006, n. 46 –, che formalizza un dato ormai prefigurato dalla migliore dottrina e da alcuni arresti della giurisprudenza di legittimità a sezioni unite.

La disposizione normativa, nel dettare la regola decisoria per cui «il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio», svolge un ruolo cruciale per l'identificazione dello standard di prova necessaria e sufficiente per vincere la presunzione d'innocenza, sulla quale dev'essere misurata la decisione di colpevolezza e la condanna dell'imputato. Questa può essere pronunciata solo quando alla razionale ricostruzione probatoria del fatto si oppongano eventualità remote, pur astrattamente prospettabili come possibili, ma la cui reale evenienza, nel caso concreto, risulti non plausibile, non trovando riscontro nelle specifiche emergenze processuali.

Ex adverso, la contraddittorietà e l'insufficienza del risultato probatorio, precludendo un giudizio di elevata credibilità razionale e di “certezza processuale” dell'enunciato di accusa, comportano, al pari della mancanza di prova, l'assoluzione dell'imputato, a norma dell'art. 530, comma 2 c.p.p..

Si pone, quindi, all'attenzione dei giuristi il quesito se dal “nuovo” criterio di accertamento della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio» debba conseguire l'abolizione della differente tipologia delle sentenze di assoluzione nel merito, potendosi circoscrivere il dispositivo all'essenziale enunciato dell'essere l'imputato colpevole o innocente e rinviando alla sede della motivazione l'analisi delle ragioni a fondamento della pronuncia assolutoria; oppure (nella linea della continuità legislativa: v. la direttiva n. 11 della l. delega n. 81 del 1987 e le direttive nn. 26.2 e 26.3 del Progetto “Riccio” di l. delega per il nuovo c.p.p.,

presentato il 19 dicembre 2007) persista l'esigenza di adeguare le diverse formule alle conclusioni raggiunte nell'accertamento della specifica causa del proscioglimento, da indicare, non solo nel percorso logico-giuridico della motivazione, ma ancor prima nel dispositivo, secondo le scansioni dettate dai plurimi commi dell'art. 530 c.p.p.

Abbiamo chiesto a un **avvocato, Aldo Casalinuovo, un docente universitario, Enrico Manzaduri, e a un magistrato, Giuseppe Santalucia**, alla stregua delle rispettive esperienze professionali **e culturali**, di valutare le più correnti prassi giudiziarie (spesso caratterizzate dalla larga scissione temporale fra il momento della lettura del dispositivo e quello della pubblicazione dei motivi della decisione, soprattutto nei processi di rilevante valenza socio-politica e mediatica) ed esprimere il loro punto di vista al riguardo dell'impiego delle varie formule di proscioglimento, anche alla luce dei quesiti di seguito proposti.

La tradizionale differenziazione può considerarsi solo servente ai diritti e alle facoltà della parte civile e alla selezione del tipo d'impugnazione cui si ha interesse e si è legittimati, così da ritenere la tematica in discussione ulteriormente intrecciata agli interrogativi sulla presenza e sul ruolo della parte civile nel processo penale, sull'autonomia delle giurisdizioni e sull'efficacia extrapenale della sentenza dibattimentale?

Più in generale, la diversità e la rigida gerarchia delle formule di proscioglimento nel merito e la loro specificazione nel dispositivo sono davvero consequenziali alla complessa articolazione dell'oggetto della prova e alla varietà dei profili dell'accertamento probatorio, con riguardo a ciascun capo e punto della decisione (il fatto e le circostanze oggetto dell'imputazione, la loro qualificazione giuridica, la colpevolezza, la punibilità ecc.), rispetto ai quali dovrà atteggiarsi la piattaforma devolutiva dell'impugnazione?

Sarebbe indispensabile e auspicabile l'intervento del legislatore per semplificare e rendere armonica la disciplina degli schemi degli epiloghi assolutori nella parte dispositiva, in coerenza con le linee del modello accusatorio, rinviando ai motivi della decisione le specifiche cause del proscioglimento sul merito dell'accusa, come per le ragioni della condanna?

Aldo Casalinuovo

1. Le formule di proscioglimento – e, nell'ambito di queste, quelle che più direttamente si ricollegano alla sussistenza del fatto e alla colpevolezza dell'imputato – attraversano, se così può dirsi, la legge penale sostanziale e ne evocano al-

cune delle fondamentali categorie concettuali. Esse sono dotate di straordinaria idoneità esplicativa, giacché, nella sintesi lessicale che le caratterizza, “svelano” il processo, focalizzano lo snodo giuridico centrale della *res judicata*, indicano in prima battuta la traccia logico – giuridica che troverà sviluppo nella successiva motivazione.

Non è improprio affermare che le formule di proscioglimento (ma meglio sarebbe dire, nell’ambito di queste, quelle di assoluzione) adempiono anche ad una funzione di garanzia, posto che nella locuzione liberatoria consegnano all’imputato una prima satisfattiva risposta che vale a qualificare, da subito, il significato giuridico della caduta della pretesa punitiva ed il conseguente proscioglimento dagli addebiti al medesimo contestati.

E, del resto, mette conto ricordare come nella fase finale della discussione parlamentare sulla legge delega relativa alla emanazione del vigente codice di rito, fu esclusa la pur prospettata possibilità di ridurre *ad unum* l’esito dei differenti pronunciamenti assolutori, ritenendosi che tale soluzione «*potesse creare degli scompensi e delle incertezze circa la condizione ed il trattamento da riservare all’imputato, sia in riferimento ai giudizi civili e amministrativi, sia nei confronti della generale considerazione sociale*» [E. MARZADURI, *Sentenza di non doversi procedere*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 1991, p. 500], con ciò, evidentemente, assegnando anche una funzione *social-risarcitoria* alla specifica formula liberatoria prescelta.

Non v’è dubbio, quindi, che la formula terminativa – che altro non è se non la locuzione compendiativa delle ragioni giuridiche e di fatto poste alla base della sentenza di proscioglimento – già può essere considerata e può rappresentarsi come una prima, per così dire circostanziata, risposta dell’ordinamento all’individuo innocente che ha subito la “pena” del processo e le conseguenze – plurime e tutte quantomai rilevanti – di una imputazione ritenuta non fondata.

Certo, si tratta di argomento che può prestarsi ad una duplice lettura, laddove, al contrario, voglia ritenersi la formula terminativa un recinto troppo stretto per contenere il massimo raggio di azione della decisione sostanziale che manda esente da responsabilità l’individuo sottoposto a processo. Ed è proprio in questa chiave che ci si interrogò – nella Commissione ministeriale presieduta da Francesco Carnelutti che, nel 1963, licenziò una primissima Bozza di progetto di riforma del codice di procedura penale – sulla opportunità ed utilità di mantenere inalterato il regime delle formule di proscioglimento, con una corrente di pensiero, alla cui testa vi era proprio il Carnelutti, favorevole alla abolizione delle formule terminative: «*esse – affermava il grande giurista friulano – aggiungono al proscioglimento una mezza motivazione non necessaria e, ciò che più con-*

ta, pericolosa, mentre le ragioni del proscioglimento, in quanto occorre conoscerle, debbono risultare dalla motivazione intiera» [F. CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1964, pag. 164].

Già: una “*mezza motivazione*” che nella valutazione dei favorevoli alla abolizione delle formule può costituire (s'intende, non come unico argomento) elemento limitativo rispetto alla ampiezza ontologica della pronuncia liberatoria, ma che, invero, può anche essere vista come un'anticipazione opportuna ed immediatamente tutelativa dell'innocente prima ancora della compiuta esplicitazione delle ragioni che l'hanno determinata (si pensi al significato, per così dire totalizzante, della formula «*perché il fatto non sussiste*»).

Non può, per altro verso, dimenticarsi come le formule di proscioglimento di merito trovarono collocazione nel codice Rocco in un'ottica di garanzia dell'imputato, essendosi, da un lato, abbandonata la limitativa previsione della formula terminativa alle cause meramente processuali intervenute, con il conseguente ampliamento del novero delle formule di proscioglimento, e, dall'altro, operata l'introduzione della regola di prevalenza della formula di merito rispetto alla causa estintiva del reato (art. 152 nel codice del '30, art. 129 nel codice vigente).

2. Ma se la *formula* altro non è che la sintesi della successiva motivazione, non si vede per qual motivo essa debba essere considerata asincrona rispetto agli esiti dell'accertamento giudiziario. Anzi, può dirsi che la formula di proscioglimento rappresenti, nella quasi totalità dei casi, un utile ed immediato tratto di unione tra processo e diritto sostanziale, posto che ovviamente non potrà mai prescindere, nell'esame e nella valutazione della singola fattispecie, dalle osservazioni sostanziali che attengono alla sussistenza dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo del reato, ovvero alla eventuale ricorrenza di una causa di giustificazione nell'azione od omissione del reo, per fermarsi qui solo ai profili più rilevanti in punto di accertamento del fatto.

E non pare, in verità, che la indicazione della formula di proscioglimento possa in qualche modo entrare in rotta di collisione, o rappresentarsi in termini di incoerenza, rispetto alla nuova, più recente regola decisoria, dettata nell'art. 533 del codice di rito, in base alla quale «*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*». Si è rafforzata con la nuova regola [in ossequio ad antichi precetti: Mario Pagano, *La logica dei probabili*, condanna solo «*quando con la prova si escludon tutti i possibili accadimenti, fuor che uno solo*»; ed a nuovi orientamenti: l'«*elevato grado di credibilità razionale*» o di «*probabilità logica*», fissato in particolare dalla fondamentale sentenza Franzese] la necessità che l'idoneità

dimostrativa della prova sia quanto più penetrante possibile, e l'opportunità che il libero convincimento del giudice trovi – per così dire nel dubbio normato – un confine di garanzia; completandosi così il percorso innovativo connotato dalla eliminazione della ambigua formula assolutoria per «insufficienza di prove» e dalla equiparazione, ai fini dell'accertamento di responsabilità, della insufficienza o contraddittorietà della prova alla sua mancanza.

In tutto questo, non pare incidere in alcun modo l'indicazione della formula di proscioglimento in sede di dispositivo, giacché è del tutto evidente che ben può il dubbio inerire ad alcuno dei profili interessati, in via di sintesi, dalle formule di proscioglimento, e che dunque esso debba essere sempre superato in ordine ad ogni singolo profilo che vale ad integrare il reato in ogni sua essenziale componente, oltreché naturalmente in relazione alla specifica prova di responsabilità dell'imputato.

3. È vero: nella esperienza dei Paesi di Common Law, dai quali è mutuata la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sono sconosciute le formule di proscioglimento e, dunque, il giudizio di responsabilità è misurato con particolare nettezza sulla pura alternativa colpevole o innocente. E, tuttavia, se è condivisibile la regola decisoria che ben focalizza, tra l'altro, lo “*standard probatorio*” necessario per giungere ad una sentenza di condanna (e dunque, specularmente, al suo esatto contrario), non è affatto detto che l'ulteriore profilo dell'accesso ad una decisione meramente dichiarativa in ordine alla colpevolezza o all'innocenza dell'imputato sia pur esso aspetto da assumere in termini di positiva considerazione.

In primo luogo, pur se la struttura del reato in quei Paesi (negli Stati Uniti, in modo particolare) si rappresenta, in linea generale, secondo uno schema non eccessivamente dissimile da quello contemplato dalla nostra legge penale sostanziale (*actus reus*, elemento materiale; *mens rea*, elemento soggettivo; sussistenza del nesso di causalità), non è però possibile operare una completa sovrapposizione dei modelli sostanziali di riferimento: ciò che evidentemente non consente una trasposizione meccanica degli istituti processuali connessi, come nel caso in argomento, ai profili di diritto sostanziale relativi alla struttura del reato (e non si trascuri, anche in ordine a tali aspetti, l'incidenza, per quanto ci riguarda, di una elaborazione giurisprudenziale non di rado innovativa, non riscontrabile, al contrario, negli ordinamenti, come quello statunitense, basati sul principio di obbligatorietà del precedente giudiziario). In secondo luogo, l'esperienza insegna che non è sufficiente il mero richiamo al sistema accusatorio per consentire l'utile introduzione nel nostro ordinamento di istituti e regole

proprie di quel sistema [e bisognerebbe sempre ricordare l'efficacissima espressione del prof. Gian Domenico Pisapia, presidente della Commissione ministeriale di riforma del codice di rito, che parlò, agli albori della riforma, di modello «*tendenzialmente accusatorio*»]. Ormai è *ius receptum*, se così è consentito dire: la peculiarità del nostro sistema, e probabilmente della nostra cultura giuridica, non consente mutazioni automatiche di altrui, anche settoriali o parziali, discipline procedimentali.

4. Non v'è dubbio, sotto altro e pur rilevante aspetto, che la differente modulazione della formula assolutoria, ovvero di proscioglimento, possa spiegare concreti effetti in ordine alla facoltà d'impugnazione riconosciuta alla parte civile, «ai soli effetti della responsabilità civile» (art. 576 c.p.p.). Dopo la nota sentenza della Corte Costituzionale che riconobbe alla parte civile la facoltà di proporre ricorso per cassazione relativamente ai profili concernenti gli interessi civilistici in caso di proscioglimento dell'imputato [Corte Cost. 22.1.1970, n. 1], tale facoltà è ormai naturalmente dato acquisito nell'ordinamento. E, tuttavia, tale problematica non solo non ha ancora trovato un definitivo assestamento sistematico nella nostra legge processuale, quanto risulta sempre più soggetta ad interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi non sempre condivisibili. Si pensi, ad esempio, alla ormai annosa *querelle* sulla possibilità di impugnazione della parte civile della sentenza di assoluzione con la formula «perché il fatto non costituisce reato», la quale, secondo un pur minoritario indirizzo [Cass., sez. III, 8.6.1994, Armellini, e, nella giurisprudenza di merito, App. Catanzaro, 28.1.2000, Donati], non pregiudicando l'interesse della parte civile al risarcimento del danno in sede civile non consentirebbe l'impugnazione in sede penale [*contra*, tra molte altre: Cass., sez. V, 19.1.2005, Casini, e Cass., sez. IV, 5.12.2000, Burgaretta, sull'assunto della persistenza dell'effetto preclusivo di cui all'art. 652 del codice di rito anche in presenza di siffatta formula assolutoria]; ovvero, ancora, al ricorso per cassazione della persona offesa costituita parte civile avverso la sentenza di non luogo a procedere, ai sensi dell'art.428 c.p.p., consentito «ai fini della tutela degli interessi penali» della medesima parte civile [SS.UU. 29.5.2008, n. 25695]. E non può poi dimenticarsi l'attuale contrasto interpretativo sulla ammissibilità dell'appello proposto dalla parte civile avverso la sentenza di proscioglimento e riportante esclusivamente la richiesta di affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza alcun riferimento alle richieste risarcitorie [da ultimo, per l'inammissibilità, Cass., Sez. III, 16.3.2010, Columbro; in senso opposto, sul presupposto che le richieste sui profili risarcitori devono e possono desumersi per implicito, proiettandosi necessariamente

te l'istanza di responsabilità dell'imputato sull'obbligo risarcitorio a carico di quest'ultimo: Sez. V, 23.9.2009, Longo]; mentre, com'è noto, si è abrogato, con la famosa legge Pecorella n. 46/2006, l'art. 577 c.p.p., contemplante la possibilità per la persona offesa costituita parte civile di proporre impugnazione, agli effetti penali, in ordine alle pronunce aventi ad oggetto i reati di ingiuria e di diffamazione [efficace, su tutta la tematica in argomento, l'osservazione di LOZZI, in *Lezioni di Procedura Penale*, Giappichelli: l'impugnazione agli effetti penali non può che competere al rappresentante del pubblico ministero in quanto essa altro non è se non «una estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale»).

Cosa si vuol dire in sostanza? Che la tematica relativa ai limiti ed al significato della impugnazione consentita alla parte civile merita una attenta riflessione che riporti ordine ad una materia delicatissima che sempre più spesso è apparsa sfuggire di mano sia al legislatore che all'interprete [già nel 1988 ancora il prof. Pisapia, in *Compendio di Procedura Penale*, 5^a edizione, annotava: «La sentenza della Corte Costituzionale ha fatto sorgere più di un dubbio ed ha dato luogo ad interpretazioni contrastanti: sarebbe stato auspicabile un pronto intervento legislativo che chiarisse, in modo univoco, la delicata ed importante materia»]. E, in questo senso, essa non pare affatto confinabile nell'angusto spazio concernente le formule di proscioglimento, ma andrebbe rivisitata organicamente per assegnarle, in via definitiva, una più puntuale e chiara definizione normativa e una consequenziale e coerente collocazione sistematica. E, può aggiungersi in proposito, mai dimenticando che l'accessorietà dell'azione civile nel processo penale non può autorizzare prerogative e facoltà debordanti e foriere di effetti ipertrofici e confusionistici.

5. Per concludere. L'esperienza degli ultimi venti anni [potremmo dire a partire dalle notissime sentenze della Corte Costituzionale n. 254 e 255 del 1992 in materia di utilizzabilità a fini di prova delle dichiarazioni predibattimentali, che segnarono uno spartiacque ben chiaro rispetto al nuovo "mondo" che andava dischiudendosi nel processo penale ed alle resistenze che esso incontrava] dimostra inequivocabilmente che interventi parziali e poco coordinati non giovano al complessivo equilibrio del sistema processuale ed anzi sono non di rado causativi di incertezza e distorsioni interpretative nel concreto operare. Ciò di cui si ha bisogno, invece, è di una revisione organica e ragionata del codice di rito, per rilanciarlo alla luce dei suoi principi fondanti e sulla base della ormai non breve esperienza sul campo che ne ha disvelato pregi e difetti, limiti e potenzialità, aree da riconsiderare (si pensi, sol per accennarne una, a quella relativa al regime delle nullità) e segmenti consolidati nella interpretazione giu-

risprudenziiale. Gli è che l'Italia è il Paese, tra l'altro, delle Commissioni ministeriali di studio, che licenziano progetti ed articolati, anche pregevoli, i quali rimangono tuttavia, alla fine, soltanto buone occasioni di dibattito per studiosi ed operatori. Quattro le Commissioni per la riforma del codice penale dal 1988 ad oggi (Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia), due per la revisione del codice di procedura penale dal 2005 ad oggi (Dalia, Riccio), ma mai un sia pur minimo esame, in un'aula parlamentare, dei progetti proposti. È, allora, su questo che ci si dovrebbe oggi concentrare: sulla possibilità di giungere ad una stagione di riflessione condivisa per favorire una rivisitazione dello strumento processuale al fine di renderlo complessivamente più armonico ed equilibrato e, nondimeno, al fine di attualizzarlo definitivamente in piena consonanza con la nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione. Ma non può francamente non pensarsi che l'orizzonte, sotto questo aspetto, non è presago di buoni auspici.

Enrico Manzaduri

1. Negli artt. 529-531 c.p.p., come noto, ha trovato traduzione la direttiva n. 11 dell'art. 2 della l. n.81/1987, direttiva in forza della quale il legislatore delegato era stato chiamato ad inserire nel testo del codice «le diverse formule di assoluzione o di proscioglimento» e, quindi, a prevedere la «specificazione nel dispositivo della sentenza» di dette formule. Ha così ricevuto conferma un'impostazione ormai tradizionale del nostro ordinamento processuale penale, anche se in alcuni passaggi del tormentato *iter* della riforma erano emersi orientamenti alquanto diversi. In particolare, nel corso dei lavori preparatori della prima legge-delega si era più volte affacciata l'ipotesi di una radicale eliminazione delle formule terminative delle sentenze di proscioglimento [cfr. per gli opportuni riferimenti, L. RIGANTI, *L'assoluzione per insufficienza di prove nell'itinerario della riforma*, in *IP* 1987, 169], in linea, del resto, con le scelte effettuate in occasione della redazione del progetto Carnelutti, dove la rimozione delle formule veniva giustificata con l'osservazione che esse «aggiungono al proscioglimento una mezza motivazione, non necessaria e, ciò che più conta, pericolosa, mentre le ragioni del proscioglimento, in quanto occorra conoscerle, debbano risultare dalla motivazione intera» [così F. CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 164]. Peraltro, nella fase finale dell'elaborazione del provvedimento legislativo del 1974 ebbero il sopravvento preoccupazioni di segno opposto: si temette cioè che la *reductio ad unum* degli epiloghi assolutori avrebbe potuto creare scompensi ed incertezze

circa la condizione da riservare all'imputato, sia in riferimento ai giudizi civili ed amministrativi, sia nei confronti della generale considerazione sociale.

Nella stesura della l. n. 81 del 1987, la seconda legge-delega, la questione sulla sopravvivenza o meno delle formule terminative, nella sostanza, non venne invece riproposta, essendosi concentrata l'attenzione sui destini della sola formula dubitativa; ed alla fine il codice nuovo doveva riprendere integralmente, con alcune varianti terminologiche, l'intero catalogo delle causali di cui all'art. 479 c.p.p. 1930, salvo l'inserzione della formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato», formula che, pur figurando in alcune disposizioni del codice Rocco, non compariva tuttavia all'interno di quella in cui erano espressamente elencate le formule terminative dibattimentali.

2. Anche dopo l'entrata in vigore della riforma, la problematica delle formule di proscioglimento non doveva destare uno specifico interesse in seno alla dottrina processualpenalistica, più attenta, semmai, alla portata sistematica della regola di giudizio introdotta per i casi di mancanza e contraddittorietà della prova. Sarebbe stata proprio la critica mossa nei confronti della prassi rapidamente consolidatasi di inserire nel dispositivo il riferimento al 2° comma dell'art. 530 a favorire una serie di interventi volti a suggerire una revisione complessiva delle modalità di redazione delle sentenze di proscioglimento. Al riguardo, si era rilevato come la presenza nel dispositivo del suddetto richiamo normativo, anche quando non viene citata esplicitamente nella formula adottata l'insufficienza o la contraddittorietà delle prove a carico, venisse per lo più «intesa come univoco riferimento ad una pronuncia determinata proprio dal dubbio probatorio, e non dalla mancanza di prova, riproducendo così, quantomeno nella percezione dell'opinione pubblica, i deteriori effetti, in termini di compressione della presunzione d'innocenza, tipici dell'assoluzione per insufficienza di prove» [O. MAZZA, sub *art. 530 c.p.p.*, in G. CONSO, V. GREVI (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 1881]. In effetti, ove si voglia evitare il rischio di una surrettizia sopravvivenza della formula dubitativa, nel rispetto degli artt. 192 e 546 c.p.p., la motivazione pare essere l'unica sede nella quale possono trovare spazio i riferimenti alle regole ed ai criteri adottati per raggiungere un determinato risultato probatorio [cfr., in particolare, E. ZAPPALÀ, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *LP* 2005, 664]. Sulla scia di queste (ed altre) considerazioni, venne avanzata da più parti la proposta di una risistemazione dell'intera materia, consistente nel radicale abbandono delle varie formule di proscioglimento e nel ritorno allo schema semplice del binomio colpevole-innocente: perverso,

una volta riconosciuto che «il tema della decisione deve essere se l'imputato sia colpevole (e non, se sia innocente)», si può legittimamente concludere nel senso che «l'accertamento tende soltanto a verificare se l'ipotesi probatoria sia provata al di là del ragionevole dubbio» [E. ZAPPALÀ, *Le formule*, cit., 665; per analoga conclusione, v. altresì P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XII ed., Milano 2011, 705 s.; nonché G. PECORELLA, *Formule di proscioglimento e "giusto processo"*, in LP 2005, 651; GIUL. PISAPIA, *Equilibri (e squilibri) dottrinali e giurisprudenziali nell'applicazione della normativa sulle formule di proscioglimento*, *ivi* 2005, 655; con riguardo alle sole formule assolutorie, v., invece, M. CHIAVARIO, *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esigenza di scelte etico-politiche*, *ivi* 2005, 669 s.].

Questa impostazione sembra ricevere ulteriore impulso dall'inserimento nell'art. 533 c.p.p. del criterio di accertamento della colpevolezza dell'imputato [in merito, v. L. SCOMPARI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 59]. È difatti evidente che a fronte di una disposizione che impedisce la pronuncia di condanna laddove non sia stato eliminato ogni ragionevole dubbio, l'epilogo alternativo, quantomeno per le ipotesi assolutorie, si delinea in termini unitari e non abbisogna di specificazioni motivazionali nel dispositivo, giustificandosi per il semplice fatto che non è stato raggiunto lo *standard* di prova richiesto.

3. A questo punto, si tratta di ricercare le ragioni che possono egualmente sorreggere la previsione dell'impiego delle varie formule terminative. Ed in questa prospettiva, nelle note di Giovanni Canzio viene subito avanzato l'interrogativo se «la tradizionale differenziazione può considerarsi solo servente ai diritti e alle facoltà della parte civile e alla selezione del tipo di impugnazione cui si ha interesse e si è legittimati».

Una risposta negativa viene da chi ha osservato come il legislatore del 1988 fosse già «ben consapevole del forte risalto socio-politico di taluni processi» ed anche per questo motivo, in considerazione delle scarse situazioni che consentono una redazione contestuale della motivazione, ha ragionevolmente «voluto mantenere l'offerta di un corredo informativo minimo sin dal momento della lettura del dispositivo», momento in cui «si produce il massimo impatto», con esiti spesso polemici e scomposti [E. FASSONE, *Formule di proscioglimento: teoria, prassi e condizionamenti dal contesto*, in LP 2005, 646]. Ma la conoscenza dei motivi essenziali della decisione non sempre è adeguatamente assicurata dalle soluzioni lessicali che danno corpo al *numerus clausus* delle formule. Invero, «nella maggior parte dei casi (...) sono raccolti sotto un'unica espressione mol-

teplici cause proscioglitive, talvolta anche assai differenti tra loro»; pertanto, si deve riconoscere che, eccezion fatta per i casi di non doversi procedere, dove compare un riferimento specifico alla causa dell'improcedibilità dell'azione o dell'estinzione del reato, «la formula si limita a comunicare la classe di appartenenza di quella operante in concreto, senza offrire alcuna informazione aggiuntiva» [F.B. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo*, Torino 2010, 377 s., che segnala come «La situazione sarebbe molto diversa da quella appena tratteggiata, se il giudice potesse registrare, di volta in volta, la conclusione specifica dell'accertamento condotto, adoperando brevi e icastiche proposizioni analoghe alle formule (...): il difetto del dolo, la sussistenza della legittima difesa, il difetto di colpevolezza dovuto a errore, sono tutti sintagmi ben più limpidi del 'fatto non costituisce reato'»].

Insomma, la giustificazione della presenza delle formule terminativa non può rinvenirsi nell'esigenza di rappresentare al singolo ed alla collettività l'autentica causa della mancata condanna, dal momento che tale comunicazione è spesso così generica da rendere difficile non solo una corretta lettura giuridica dell'epilogo, ma altresì un apprezzamento etico-sociale dello stesso. Piuttosto, merita osservare come le sentenze di proscioglimento siano talora prese in considerazione dall'ordinamento in ragione della formula adottata per ricondurre o meno alle stesse determinati effetti giuridici che non si esauriscono in quelli extrapenalici che sono disciplinati negli artt. 652 e 653 c.p.p. [per una rassegna di tali situazioni, L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento*, cit., 361 ss.]. E non sempre, a dire il vero, con esiti condivisibili: ad es., la previsione dell'art. 314 c.p.p., nel delimitare l'area delle assoluzioni rilevanti ai fini della richiesta della riparazione per ingiusta detenzione, finisce con l'ingenerare intollerabili disparità di trattamento allorché l'estinzione del reato o l'improcedibilità vengono ad impedire la declaratoria di innocenza dell'imputato [ma cfr. anche per ulteriori ipotesi, F.B. MORELLI, *Le formule*, cit., 383 ss.].

Per contro, la lettura dell'art. 652 c.p.p. ci consente di individuare una fattispecie nella quale il significato del sintagma rituale nel definire gli effetti della sentenza è estremamente ridotto: solo quando «il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima» la formula «il fatto non costituisce reato» potrà assumere rilevanza. E pertanto solo un'attenta disamina della motivazione potrà condurre al riconoscimento dell'efficacia vincolante della decisione penale nel giudizio civile od amministrativo di danno. Ma anche le formule più ampie di assoluzione non sembrano *tout court* idonee a definire i rapporti tra le giurisdizioni. Infatti, alla luce di un orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità, le formule «il fatto non sussiste» e

«l'imputato non lo ha commesso», in tanto permettono di individuare sentenze vincolanti in sede extrapenale, in quanto queste decisioni si basano sull'accertamento positivo delle predette cause assolutorie, mentre nessun vincolo deriverebbe dalla presenza delle formule ampie conseguenti all'individuazione di un quadro probatorio equivoco [cfr., tra le tante, nella giurisprudenza civile, Cass. III, 20 settembre 2006, Soc. Compagnoni Barbara c. Solinas, in *Giust. Civ.*, 2006, 9].

Ne discende che nessuna delle locuzioni descritte nell'art. 652 c.p.p. è in grado di comunicare la concreta portata degli effetti della sentenza: «sarà ogni volta indispensabile esplorare la motivazione, alla ricerca dell'accertamento reale di quel fattore specifico in grado di impedire sia l'integrazione del reato che quella dell'illecito civile» [F.B. MORELLI, *Le formule*, cit., 401]. Ed analoga conclusione va estesa alla disciplina posta dall'art. 653 comma 1 c.p.p.: da un lato per le formule «il fatto non sussiste» e «l'imputato non lo ha commesso» pare delinearsi la necessità di un accertamento positivo alla stregua di quanto si è osservato in precedenza, dall'altro lato per la formula «il fatto non costituisce illecito penale» sembra imporsi un percorso interpretativo volto a verificare di volta in volta quando il fatto sia penalmente illecito [v. ancora F.B. MORELLI, *Le formule*, cit., 402 s.; secondo varie impostazioni, N. ROMBI, *Gli effetti dell'accertamento penale in sede disciplinare*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1306; L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento*, cit., 375].

Dal rapido riscontro che si è operato, si deve escludere che le formule di proscioglimento, quindi, assumano un ruolo determinante nell'individuazione del significato che è destinata ad assumere la decisione all'interno dell'ordinamento. Si potrà invece convenire con chi ha ritenuto che le formule «dovrebbero finire per impegnare il giudice, se volesse rimanere coerente, a riportare dopo, nella motivazione, quegli elementi di giudizio da lui prima isolati e ritenuti rilevanti nella determinazione del giudizio» [in questi termini, D. SIRACUSANO, *Collegamento tra "prova" e "causa" nella sentenza di assoluzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1959, 411], anche se i rilievi sull'imprecisione di talune locuzioni attenuano inevitabilmente il significato del vincolo. E tuttavia non si può trascurare del tutto l'eventualità che in occasione della stesura della motivazione si individui una corretta causale non corrispondente a quella enunciata nel dispositivo, così da rendere forse preferibile lasciare libero l'estensore di formulare le ragioni del proscioglimento sino alla fine.

4. Alla resa dei conti, sembra lecito ritenere che l'eliminazione della sintetica esposizione dei motivi nel dispositivo delle sentenze di proscioglimento non

dovrebbe comportare conseguenze preoccupanti per il sistema del processo penale, anche nel caso in cui si ipotizzasse il mantenimento della presenza della parte civile. Un'ipotesi, questa, peraltro, che non pare imporsi proprio nella prospettiva di una tutela di chi risulta portatore di interessi risarcitori per il cui riconoscimento opera nell'ambito penale una regola di giudizio decisamente più impegnativa di quella che disciplina gli esiti del processo civile, processo civile nel quale potranno altresì essere richiamate presunzioni spesso determinanti ai fini dell'epilogo del giudizio a favore del danneggiato (ma, va riconosciuto, anche processo civile la cui durata è notevolmente maggiore rispetto a quello del processo penale...).

L'abbandono delle formule di proscioglimento che attengono al merito dell'accusa non dovrebbe incidere sull'estensione e sulla sequenza dei contenuti motivazionali della sentenza di condanna, dato che il giudice non potrà escludere l'esistenza del ragionevole dubbio se non avrà affrontato tutti gli interrogativi che si pongono sulla base dell'art. 187 c.p.p. ai fini dell'accertamento della responsabilità penale e dell'individuazione della giusta sanzione. Per contro l'attuale necessità di indicare la causa dell'esito liberatorio «induce il giudice ad operare un accertamento fondativo della pronuncia», accertamento che dovrebbe venir meno nella misura in cui il tema della decisione, come si è già accennato, venga riconosciuto soltanto nella verifica dell'ipotesi accusatoria [E. ZAPPALÀ, *Le formule*, cit., 665].

Giuseppe Santalucia

1. La premessa della riflessione, cui sono stato sollecitato, sembra avere la forza persuasiva delle affermazioni auto-evidenti, che non lasciano spazio per articolare posizioni contrarie.

Se il processo non ha altro oggetto che provare la colpevolezza, se l'innocenza è la condizione naturale e normativa dell'imputato, quel che preesiste e accompagna, senza indebolimenti di contenuto, la formulazione dell'imputazione e poi via via, attraverso reiterati tentativi di falsificazione, il lavoro probatorio di verifica, allora è quasi ovvio che, smentita l'ipotesi di colpevolezza, s'imponga la dichiarazione di innocenza nella sua pienezza, senza cavillosi distinguo che ne disperdano, almeno in parte, l'intensità.

L'innocenza, è indiscusso, non può formare oggetto di accertamento in un processo liberal-democratico, peraltro a struttura accusatoria, e quindi all'esito e in assenza di prova di colpevolezza essa va dichiarata per quel che è ed è stata

durante l'intero svolgimento del processo, condizione non graduabile e non misurabile, estranea al tema di prova.

Le formule di proscioglimento, invece, fatta eccezione per le ampiamente liberatorie «il fatto non sussiste» e «l'imputato non l'ha commesso», finiscono inevitabilmente per sminuire il significato dell'affermazione d'innocenza, quasi a consegnare, pur nell'insuccesso dello sforzo d'accusa, un'innocenza scalfita, non piena, sporcata dai detriti di un'imputazione che non ha trovato fondamento e che però riesce a proiettare, oltre, l'ombra di sé.

Sarebbe sufficiente, in vista del riconoscimento dell'innocenza, che la sentenza affermasse il fallimento della pretesa di punizione, perché l'innocenza non è soggetta a verifica e non deve essere condizionata e ristretta da precisazioni cristallizzate in formule decisorie.

2. L'assunto, al di là per il momento del grado effettivo di persuasività, non si arricchisce, a mio giudizio, nella sua portata logica e sistematica se non di forza suggestiva, una volta che si consideri l'innovazione apportata dall'introduzione della regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio».

E, infatti, sia che la si intenda in termini di innalzamento dello *standard* probatorio necessario per la condanna, sia che la si apprezzi come espressione di un metodo legale di ragionamento probatorio, la regola non ha mutato la struttura logica del procedimento giudiziale, che ha unico tema di accertamento nell'imputazione e che è incapace, quale che sia la modalità di valutazione del compendio probatorio e il tasso di "certezza" richiesto per l'affermazione di colpevolezza, di intaccare la condizione di innocenza, salvo, ovviamente, che sia pronunciata condanna definitiva.

Un diverso avviso è espresso da chi [E.M. CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 85 ss.] ritiene che la regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» abbia messo ancor più in evidenza come unico oggetto dell'accertamento penale sia il tema della colpevolezza, contribuendo a far superare possibili incertezze ancora legate alla previsione di un duplice criterio risolutore del fatto incerto, desumibile dagli artt. 530 e 533 c.p.p.

L'affermazione sembra però trascurare che di duplicità dei criteri risolutivi del fatto incerto può dirsi proprio per effetto della novella del 2006, che ha introdotto la regola del ragionevole dubbio, posto che in precedenza non poteva negarsi che unico criterio fosse quello che, in presenza di una prova insufficiente o di una prova contraddittoria pur sulla causa di giustificazione, imponeva l'assoluzione; si deve, semmai, proprio alla nuova regola del ragionevole dubbio

l'idea che si sia di fronte a regole di giudizio non pienamente sovrapponibili, dall'ambito operativo differente, tali da segnare uno scarto tra i casi di prova insufficiente o contraddittoria, con epilogo assolutorio, e i casi di superamento del ragionevole dubbio, che aprono alla condanna.

L'argomento decisivo che giustifica l'opportunità di abolizione delle formule consiste nell'estraneità dell'innocenza all'ambito dell'accertamento, e poco può significare lungo questo crinale che la relativa presunzione abbia aumentato il grado di resistenza alla pretesa di affermazione della colpevolezza.

Al più, la regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» induce a considerare che i maggiori presidi apprestati alla presunzione d'innocenza possano refluire sulle forme in cui si estrinseca la decisione di proscioglimento, suggerendo di epurarle da ogni riferimento, sintetico e perciò scarsamente soddisfacente, agli argomenti di motivazione.

Ma si tratta, appunto, di un mero riflesso e non di un effetto diretto della nuova regola, sia essa di metodo probatorio che di giudizio.

3. La proposta abolitrice si rivolge non a tutte le formule, come peraltro mette bene in evidenza la nota introduttiva al dibattito, ma soltanto a quelle di assoluzione nel merito, e ciò perché il valore sotteso alla proposta inerisce alla presunzione di non colpevolezza, che può esigere la massima espansione soltanto rispetto alle formule che abbiano comunque fondamento nell'esame del merito dell'accusa.

Le formule delle sentenze di non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità o per la sussistenza di una causa estintiva non traducono, infatti, una statuizione di non fondatezza dell'accusa, ma fissano una costruzione "in ipotesi" del tipo: se anche l'imputazione fosse fondata, comunque l'improcedibilità o l'estinzione del reato ne impedirebbe l'accertamento [così, M. CHIAVARIO, *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esistenza di scelte etico-politiche*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 666 ss.].

Pur nella loro eterogeneità, perché l'una afferisce al difetto della condizione di procedibilità e ha contenuto meramente processuale negando il processo, e l'altra si iscrive invece a buon diritto nel novero delle formule di merito nella misura in cui qualifica una decisione «sul tema sostanziale e cioè di merito» [F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1983, p. 504], entrambe sono ancorate al presupposto ipotetico dell'esistenza del reato.

E questa struttura le pone al di fuori dei confini del dibattito sull'abolizione delle formule di proscioglimento nel merito, le sole che, pur dichiarando l'infondatezza dell'imputazione, sono in grado di far ritenere implicitamente che siano stati in qualche modo accertati brandelli dell'ipotesi accusatoria.

Peraltro, e sul punto è bene intendersi, la proposta non mira all'eliminazione delle formule intese come indicazioni prescrittive circa il percorso logico di valutazione del compendio probatorio, con quel che ne segue in punto di gerarchia, di priorità di accertamento di alcuni profili, in fatto e in diritto, del tema decisivo su altri.

Più limitatamente, essa sottopone a esame critico la previsione dell'indicazione in dispositivo, come anticipazione stereotipata delle ragioni della pronuncia, e quindi dei termini fattuali e giuridici entro cui l'imputazione è stata smentita.

Si deve alla direttiva n. 11) della legge delega per il vigente codice di rito la prescrizione della specificazione in dispositivo delle formule di assoluzione o di proscioglimento, poi attuata dall'art. 425 comma 1, che fa carico al giudice dell'udienza preliminare di indicare la causa della sentenza di non luogo a procedere nel dispositivo, e dagli artt. 529, 530 e 531, per il giudizio dibattimentale e poi richiamati per il giudizio abbreviato dall'art. 442.

La consultazione dei lavori parlamentari preparatori della legge delega non rivela l'esistenza di dibattiti sul punto, che possano ora offrire spunti di approfondimento. Allora, le attenzioni furono quasi interamente rivolte all'eliminazione della formula dubitativa di assoluzione e alla portata di garanzia che quell'innovazione rappresentava. Peraltro, già la legge delega 3 aprile 1974, n. 108 conteneva una direttiva dal seguente contenuto: «specificazione, nel dispositivo della sentenza, delle formule di assoluzione o di proscioglimento...».

E però, gli interventi dei senatori Leone, Gallo e Coco, nel corso della seduta del 20 novembre 1986 dedicata alla discussione generale di quel disegno di legge, fecero ricorso ad argomenti che possono arricchire la riflessione attuale. Il senatore Leone, criticando la soluzione dell'abolizione della formula dubitativa, faceva osservare che la formula dell'insufficienza di prove, pur eliminata dal dispositivo, avrebbe rivissuto nella motivazione della sentenza, a nulla – o ad assai poco – rilevando l'impossibilità di inserirla in dispositivo. Il senatore Gallo, poi, nel dirsi favorevole alla soluzione abolitrice, maggiormente in linea con il principio della presunzione di non colpevolezza, chiariva che il problema, in motivazione, sarebbe stato costituito dal coordinamento tra giudicato penale e giudicato extrapenale in modo da collegare al meglio la formula di assoluzione nascente con una certa motivazione rispetto ad altra, per quanto attiene alle conseguenze extrapenali.

E, infine, il senatore Coco, pur non negando che «risalendo dal dispositivo alla motivazione, si può sempre stabilire se le prove erano soltanto insufficienti...» rilevava come fosse «fin troppo evidente la differenza fra l'esplicitazione della formula nel dispositivo e la possibilità di desumerla ripercorrendo l'*iter*

logico della motivazione...», per poi concludere che era una giusta conquista di civiltà l'eliminazione della formula dubitativa.

È così ancor più chiaro che la questione ha una portata più contenuta di quella che in prima battuta potrebbe ipotizzarsi, perché non interferisce con l'ampio tema dell'indicazione in sentenza, e cioè in motivazione, della causa del proscioglimento o dell'assoluzione.

Si ponga mente, a tal proposito, alla disposizione generale dell'art. 129 c.p.p., concernente l'immediata declaratoria di una causa di non punibilità, perché da essa si trae una prescrizione diversa da quelle che, si è detto, attengono alla formazione del dispositivo.

Il giudice ha, infatti, l'obbligo di dichiarare con sentenza – e non già soltanto di inserire la relativa formula in dispositivo – la causa di non punibilità che risulti agli atti, tra quelle elencate nello stesso articolo attraverso l'indicazione delle diverse formule. La previsione dell'indicazione della formula in sentenza è ancor più chiaramente contenuta nel comma 2 del menzionato articolo, relativo alla prevalenza, in caso di evidenza, della formula più favorevole su quella applicabile per la ricorrenza di una causa di estinzione del reato, per la parte in cui si specifica che «il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».

Si può allora affermare che l'uso della formula è diretta e naturale conseguenza dell'obbligo di formazione della pronuncia di proscioglimento, o di assoluzione, secondo schemi ricostruttivi legalmente dati e che rispondono ad una logica di scomposizione dell'ipotesi imputativa, informata dal principio del *favor rei*.

Per un'utile esemplificazione: se manca il fatto, se risulta che il fatto non sussiste, non è razionale andare a riscontrare quale sia stato l'elemento psicologico dell'ipotetico autore, perché l'indagine sull'autore, sul suo atteggiamento psicologico, presuppone che un fatto rispondente al tipo sia stato commesso. A questo criterio logico si sovrappone uno squisitamente giuridico, di maggiore convenienza per l'imputato della formula assolutoria più radicale, che non lo coinvolga per nulla, al pari del resto della formula «l'imputato non l'ha commesso», che, pur dando per accaduto il dato oggettivo, nega la riconducibilità materiale del fatto all'imputato.

Il criterio di progressione logica nell'accertamento si arricchisce di considerazioni di favore per l'imputato, ma in prima battuta risponde a esigenze di razionalità ricostruttiva. Se non v'è un fatto, per l'assenza di un elemento costitutivo di natura oggettiva, non ha senso procedere al riscontro del nesso causale, seppure, come hanno osservato le Sezioni unite [Sez. un., 29 maggio 2008,

n. 40049, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, 883 ss.], si tratta soltanto di pregiudizialità logica, che non opera nel caso di proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.* dovendo il giudice dichiarare la causa che abbia ad emergere per prima.

Si può discutere – sul piano della logica ricostruttiva – se, accertato il fatto, debba darsi preferenza all’indagine circa la rilevanza penale o a quella della sussistenza del nesso di causalità materiale. La questione ha però una risposta nell’interazione del principio di favore per l’imputato, dal momento che, come osservato anche dalla Corte costituzionale [sent. n. 85 del 2008] le decisioni ampiamente liberatorie sono quelle pronunciate con le formule «il fatto non sussiste» e «l’imputato non lo ha commesso» perché escludono ogni riferibilità del fatto al soggetto.

Ed è per questa ragione che le Sezioni unite [Sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451/2008, Magera, in *C.E.D. Cass.*, n. 238195] hanno precisato che la formula dell’insussistenza del fatto prevale su quella del fatto non è previsto dalla legge come reato. A sua volta, tale ultima prevale su quella «perché il fatto non costituisce reato», attestando la piena estraneità della condotta all’ambito della penale rilevanza e quindi la completa infondatezza dell’accusa sul piano giuridico con conseguente maggior valore ai fini del riconoscimento dell’innocenza [così, Sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, cit.].

4. Di formule assolutorie si occupano anche le disposizioni che regolano gli effetti vincolanti extrapenali del giudicato. In quest’ambito si coglie assai agevolmente che il riferimento non è alle anticipazioni del dispositivo ma al contenuto di accertamento della sentenza. L’insussistenza del fatto, la non riconducibilità dello stesso all’imputato, l’essere stato il fatto compiuto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima sono postulati di accertamento propri della sentenza, cui corrispondono altrettante e in gran parte omologhe clausole da dispositivo, ma la cui operatività non è certo condizionata dall’inserimento in dispositivo della corretta clausola.

Compaia o no in dispositivo la formula adeguata al contenuto dell’accertamento assolutorio, la sentenza esplica gli effetti vincolanti che la legge le attribuisce: si deve alle Sezioni unite [Sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, cit.] l’utile precisazione che gli effetti vincolanti extrapenali del giudicato assolutorio dipendono non già dalla formula utilizzata in dispositivo ma solo dal contenuto della sentenza, e cioè dall’effettivo e positivo accertamento di quanto dalla legge indicato. Corollario di una tale affermazione di principio, peraltro già consolidato in giurisprudenza, è che il giudice civile, nell’apprezzare l’eventuale vincolo extrapenale, non può limitarsi alla rilevazione della formula utilizzata,

ma deve tenere conto anche della «motivazione della sentenza penale per individuare l'effettiva ragione dell'assoluzione dell'imputato, eventualmente anche prescindendo dalla formula contenuta nel dispositivo, ove tecnicamente non corretta». E, ancora: siccome l'effetto vincolante extrapenale non può essere collegato all'assoluzione che abbia fatto applicazione della regola di giudizio della prova insufficiente o contraddittoria o del dubbio in ordine alla sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere o dell'esercizio di un diritto, non ci si può arrestare alla rilevazione della formula indicata in dispositivo ma occorre porre attenzione alla motivazione e quindi al contenuto di accertamento.

5. Quanto sin qui detto sembra avvalorare la tesi favorevole all'abolizione delle formule in dispositivo, dato che, in fin dei conti, giocano un ruolo marginale nell'individuazione del contenuto di accertamento della sentenza.

Se, in buona sostanza servono a poco, se ne può fare a meno senza porsi tanti scrupoli.

È sufficiente, però, dare uno sguardo a quel che accade in fase procedimentale, a monte dell'esercizio dell'azione, ove vigono altre regole, per recuperare una maggiore cautela nell'esame della tesi abolitrice.

È stato più volte detto in giurisprudenza che la pronuncia nel merito presuppone l'esercizio dell'azione, che la regola della prevalenza della causa di proscioglimento nel merito rispetto al proscioglimento per causa estintiva non opera nella fase delle indagini preliminari, con la conseguenza che l'indagato non può dolersi se il provvedimento di archiviazione abbia definito il procedimento per la rilevazione di una causa di estinzione e non si sia fatto carico di dichiarare l'infondatezza nel merito della notizia di reato; e che il giudice, al quale sia chiesto il provvedimento di archiviazione, non può nell'analisi e nelle conclusioni, formulare affermazioni *in malam partem*, facendo precedere alle indicazioni del motivo formale per il quale è disposta l'archiviazione una motivazione sostanziale, che concerna la configurabilità del reato e la responsabilità dell'indagato in ordine ad esso [così, rispettivamente, Sez. I, 21 marzo 2001, n. 17476, Pinna, *C.E.D. Cass.*, n. 218724; Sez. VI, 26 ottobre 2005 n. 45001, Mastrangelo, *C.E.D. Cass.*, n. 233509; Sez. I, 23 febbraio 1999, n. 1560, Bentivegna, *C.E.D. Cass.*, n. 213880].

In dottrina [F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, 1994, p. 380 ss.] dette soluzioni paiono ragionevoli perché – si osserva – l'eventuale estensione analogica delle disposizioni che governano il processo, sulla premessa della natura di principio generale della regola contenuta nell'art. 129 comma 2 c.p.p. [in tal

senso E. MARZADURI, *Commento all'art. 129*, in M. CHIAVARIO (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Utet, 1990, p. 125], dovrebbe comunque inserirsi in una cornice di ricostruzione sistematica che non stravolga la natura del provvedimento di archiviazione e la sua funzione di mero controllo sull'inerzia del pubblico ministero.

L'osservazione è certo corretta, ma resta il fatto che il provvedimento di archiviazione ben può definire indagini particolarmente complesse e laboriose in cui siano stati emessi provvedimenti coercitivi custodiali in danno dell'indagato, quindi con la formulazione di addebiti e l'esplicarsi di una funzione giurisdizionale che non può essere contenuta, al di là delle sistemazioni teoriche, nella nozione di mera giurisdizione di controllo e di garanzia della legalità nella fase procedimentale.

Non può allora tacersi che, se anche per il provvedimento di archiviazione fosse stato previsto l'inserimento delle formule nella parte dispositiva, le istanze di tutela dell'indagato avrebbero trovato migliore e più adeguata considerazione, perché quel tipo di previsione avrebbe obbligato il giudice a valutazioni di priorità tra le diverse e concorrenti cause di infondatezza della notizia di reato.

È pur vero che oggi non si nega, né in dottrina né in giurisprudenza, che il giudice abbia il potere di mutare la formula archiviativa indicata dal pubblico ministero, ma un tale approdo, non delineando un comportamento in termini di doverosità, non riesce a dare esaustiva risposta all'esigenza che anche il provvedimento che definisce le indagini, per quanto non possa contenere valutazioni sul merito dell'addebito, sia calibrato sulle risultanze informative nel senso di accordare maggior tutela alla presunzione di innocenza che, seppure non coinvolta dall'avvio di un processo, è comunque chiamata in causa dallo svolgimento delle indagini preliminari, e ciò specie se si considera la proiezione pubblica che anche le indagini ricevono in molti casi.

6. Quanto è previsto per la fase procedimentale sembra autorizzare la conclusione che la tradizionale regola dell'inserimento delle formule in dispositivo sia intimamente connessa alla più importante, e intensa sul piano delle garanzie, regola della gerarchia delle formule di proscioglimento.

In una prospettiva riformatrice, però, il significato di garanzia potrebbe essere recuperato anche recidendo l'indicato legame con l'eliminazione della menzione in dispositivo della formula, sicché nessuna delle argomentazioni svolte è tale da far propendere con sicurezza per la tesi contraria alla proposta abolitrice.

Il rilievo, secondo cui spesso lo iato temporale tra lettura del dispositivo e deposito della sentenza è talmente ampio da suggerire il mantenimento di questa

specie di anticipazione delle ragioni della decisione, non è sembrato particolarmente incisivo per sostenere l'opportunità dello *status quo*, potendo ovviarsi alle esigenze di conoscenza tempestiva dei contenuti degli accertamenti giudiziari con la predisposizione di comunicati-stampa, redatti dallo stesso giudice, per dare adeguata notizia di quanto deciso nei casi più importanti e di spiccato pubblico interesse [così, M. CHIAVARIO, *La questione delle "formule"*, cit., p. 666 ss.].

A parte che non si coglie, a questo punto, la forza innovatrice della proposta, perché i dispositivi sarebbero inevitabilmente integrati, almeno nella percezione collettiva, dai comunicati-stampa, e si avrebbe in più il pericolo di una disparità di trattamento per la discrezionalità dei giudici nel decidere se dare conto o meno, con un apposito comunicato, di quanto sentenziato, mi sembra che il mantenimento delle formule in dispositivo risponda a non trascurabili esigenze che provo brevemente ad illustrare.

Le ragioni che mi sembra si oppongono alla tesi abolitrice recuperano una qualche importanza in forza di un'osservazione elementare, ossia che il rafforzamento della presunzione di non colpevolezza, che si persegue con l'abolizione delle formule, sarebbe ben poca cosa se le cause dell'assoluzione non possono essere, ovviamente, eliminate dalla sentenza; se la motivazione, anzi, di esse deve dare adeguato conto; se in buona sostanza le formule, non conosciute al momento della lettura del dispositivo, sono e restano facilmente estraibili e divulgabili non appena depositata la sentenza.

– L'eliminazione delle formule dal dispositivo altererebbe la corrispondenza con i dispositivi di condanna, perché la determinazione della pena e il riferimento a eventuali circostanze, che nella quantificazione del trattamento sanzionatorio incidono, sono implicita anticipazione dei contenuti dell'accertamento, nella misura in cui danno immediata percezione della gravità del fatto concretamente commesso, ben al di là del mero titolo formale del reato.

– L'esigenza d'immediata conoscenza delle ragioni di una decisione assolutoria, per quanto solo sommariamente soddisfatta dall'indicazione della formula in dispositivo, è non soltanto della collettività ma soprattutto della vittima del reato, che spesso partecipa all'accertamento anche solo nella qualità di persona offesa, e ha certo interesse a comprendere quanto prima possibile per quali motivi la sua pretesa riparatoria resta senza risposta.

– L'indicazione della formula in dispositivo cristallizza, a beneficio dell'estensore del collegio e dello stesso giudice monocratico che abbia a rinviare il deposito della sentenza, il percorso logico di verifica dell'accusa, e assicura, nel senso di un fermo ancoraggio, la motivazione, di redazione postuma, alle reali ragioni della decisione.

OPINIONI A CONFRONTO

LA RICERCA DELLA NOTIZIA DI REATO DA PARTE DELL'ACCUSATORE

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

Se ed entro quali limiti sia lecito o, più semplicemente, opportuno affidare anche al pubblico ministero il compito di ricercare la notizia di reato costituisce ancor oggi un nodo irrisolto del nostro diritto processuale penale.

Per verità, la legge attuale (diversamente dal codice previgente) autorizza espressamente l'organo dell'accusa ad attivarsi per cercare notizie di reato (art. 330 c.p.p.). Ciò che lascerebbe supporre un superamento del problema, un taglio di quel nodo, da parte dello stesso legislatore.

Ma non è così. Resta insoluto il problema di quali siano i mezzi che l'accusatore può legittimamente utilizzare per ricercare le *notitiae criminis*.

Fra queste non possono figurare gli strumenti tipici dell'indagine penale, quali perquisizioni, sequestri, intercettazioni, interrogatori etc., che suppongono l'esistenza di una notizia di reato. Una simile conclusione è imposta dalla logica del sistema. Benché nessuna norma lo vieti esplicitamente, è chiaro, infatti, che abuserebbe del proprio potere il pubblico ministero, il quale usasse quei mezzi, per così dire, *ad explorandum*. Perquisizioni e sequestri sono legittimi, se eseguiti al fine di metter le mani sul *corpus delicti* o su cose pertinenti al reato: il che, comprensibilmente, suppone la preesistenza di una notizia di reato. Analoghe considerazioni valgono per le intercettazioni telefoniche e per gli interrogatori: legittime sul fondamento di preesistenti indizi di reità (art. 267 c.p.p.) o addirittura di precisi addebiti (art. 275 comma 3 c.p.p.).

La soluzione non è tuttavia così semplice, giacché il pubblico ministero ha a disposizione strumenti, diversi da quelli appena esemplificati, che gli permettono di muovere *secundum ius* alla ricerca di notizie di reato.

Si pensi agli anonimi. Di per sé non potrebbero legittimare l'inizio di un'indagine preliminare, al punto che la legge vieta, in linea generale, di usarli come notizie di reato (art. 333 comma 3 c.p.p.). Nella pratica, tuttavia, essi sono largamente impiegati per avviare indagini, anche sulla scorta di un risalente avallo della nostra Corte costituzionale (sent. nr. 300 del 1974).

Ancora, si pensi alle intercettazioni di comunicazioni esperibili per finalità preventive, delle quali l'art. 226 comma 5 autorizza l'uso per "fini investigativi" anche da parte del pubblico ministero. Lo stesso vale per i colloqui investigativi

previsti dall'art. 18-*bis* ord. pen., e, più in generale, per tutte le attività investigative intraprese da magistrati del pubblico ministero nel corso di procedimenti di prevenzione *ante-delictum* (l. 575/1965).

Inoltre, rimane aperta la questione dei cosiddetti "reperti casuali", vale a dire di quelle notizie di reato acquisite occasionalmente, per combinazione più o meno fortunosa, nell'espletamento di indagini avviate sulla scorta di altre, precedenti notizie di reato. Soprattutto le intercettazioni di comunicazioni, anche in ragione dell'ampio uso che se ne fa, costituiscono una formidabile sorgente di notizie di reato trovate "casualmente". L'uso delle virgolette si impone, giacché è verosimile che talvolta si tratti di "casualità" assai prevedibile, se non addirittura fittizia: si mette sotto controllo un'utenza telefonica, sul presupposto formalmente legittimo di sussistenti indizi di reità, perché in realtà si va alla caccia di notizie su altri reati, addebitabili allo stesso o ad altri soggetti. Insomma, è facile aggirare il limite sistematico del quale si diceva poco fa: anche i mezzi dell'indagine penale possono, di fatto, essere piegati a finalità di ricerca di *notitiae criminis*, se soltanto si riesce a far leva su una notizia di reato per così dire "servente". Si tratta di eventualità tutt'altro che infrequenti, soprattutto nel settore delle iniziative di contrasto a fenomeni criminalità associativa, dove ogni notizia di reato può fungere da facile esca per reperire "casualmente" quantità indeterminate di altri "spunti investigativi".

Più che dubbi giuridici, le pratiche appena accennate pongono serie questioni di opportunità. Ricercare le notizie di reato significa alimentare la macchina giudiziaria: in altre parole, significa orientare la politica repressiva dello Stato. Dovrebbe essere, questo, un classico compito delle forze di polizia. Un compito da controbilanciare con una responsabilità di tipo politico, che non dovrebbe essere assunta dai (né addossata ai) magistrati del pubblico ministero.

La questione non può dirsi superata per effetto dell'automatismo al quale l'art. 112 cost. assoggetta l'iniziativa penale del pubblico ministero. Chi argomentasse in tal senso si accontenterebbe delle apparenze. Quell'automatismo, infatti, è facilmente aggirabile, se al magistrato titolare dell'accusa è consentito attivarsi per selezionare preventivamente le notizie di reato da verificare in vista dell'iniziativa penale. Formalmente, il principio di obbligatorietà predicato dall'art. 112 cost. sarebbe salvo, ma, nella sostanza, verrebbe negato, per effetto di scelte discrezionali collocate a monte dell'azione penale, nel momento genetico della fase investigativa. D'altra parte, l'accentuata indipendenza che la Costituzione assegna al pubblico ministero costituisce un ostacolo o quanto meno, una remora, all'adozione di interventi legislativi che assegnino il compito di ricercare notizie di reato in via esclusiva alla polizia giudiziaria.

Abbiamo chiesto a Francesco Caprioli e Gaetano Insolera di esprimere le loro opinioni al riguardo. In particolare, si tratta di prender posizione circa la possibile riforma di questo delicato settore del nostro diritto processuale penale.

Sarà sufficiente regolare diversamente i poteri d'indagine penale o d'investigazione preventiva sopra ricordati, in maniera da evitarne un uso (obliquo) come mezzi di ricerca di notizie di reato?

Oppure converrà battere la strada di una radicale riforma dell'art. 330 c.p.p., come già prospettato nel disegno di legge nr. 1440 presentato alla presidenza del Senato il 10 marzo 2009 (cosiddetto ddl Alfano)?

O sarà addirittura preferibile intervenire sull'art. 109 cost., allentando il rapporto di dipendenza fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, come suggerisce il disegno di legge costituzionale nr. 4275, presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011?

Francesco Caprioli

1. *Le indagini per la ricerca della notizia di reato nell'attuale assetto normativo.* – Può il pubblico ministero svolgere indagini finalizzate alla ricerca della notizia di reato? Molto discussa nel vigore del codice abrogato [per un approfondito dibattito a tre voci, dagli esiti non univoci, cfr. FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: una ulteriore "supplenza" conforme alle norme vigenti?*, e TRANCHINA, *Il pubblico ministero "ricercatore" di notizie di reato: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, in *Leg. pen.*, 1986, 313], la questione sembrerebbe oggi indiscutibilmente risolta in senso positivo dal disposto degli artt. 330 comma 1 e 335 comma 1 c.p.p., che fanno espresso riferimento a notizie di reato "acquisite di propria iniziativa" dal magistrato inquirente. A giudizio di molti, la volontà legislativa di coinvolgere il pubblico ministero nell'attività di formazione della *notitia criminis* sarebbe confermata, del resto, da istituti processuali che dimostrerebbero quanto sia ormai evanescente il confine tra indagini precedenti e successive all'acquisizione della notizia di reato: colloquio investigativo, intercettazioni preventive, operazioni sotto copertura renderebbero ormai obsoleta la figura del pubblico ministero come mero recettore di informative di reato confezionate dalla polizia [per questi rilievi cfr. ad esempio DE LEO, *Il pubblico ministero tra completezza investigativa e ricerca dei reati*, in *Cass. pen.* 1995, 1431 ss.; MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo*, in *AA.VV.*, *Il processo penale tra politiche*

della sicurezza e nuovi garantismi, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2002, 33 ss.; v. anche ZAPPULLA, *Notizia di reato*, in corso di pubblicazione in *Annali Enc. Dir.*, vol. IV, 28 ss. datt.].

Conviene tuttavia segnalare che non si tratta di un'opinione pacifica. Corte di cassazione e Corte costituzionale sembrano pensarla diversamente [cfr. Cass. 26 gennaio 1999, p.m. Terni, in *Cass. pen.* 1999, 3458; Corte cost. 511/00; Corte cost. 97/01]: e anche in dottrina non mancano le voci dissenzienti [v. in particolare SANTALUCIA, *Il potere del pubblico ministero di ricerca delle notizie di reato tra principi costituzionali e legge processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 150 ss.; VIOLANTE, *Controllo di legalità*, in *Cass. pen.*, 2010, 879]. In primo luogo, viene contestata l'equazione "prendere notizia dei reati di propria iniziativa" = "svolgere attività di ricerca e/o formazione della *notitia criminis*". La distinzione contenuta nell'art. 330 c.p.p. tra "ricevere" e "prendere notizia" dei reati non farebbe che alludere al diverso atteggiamento psicologico del magistrato inquirente al cospetto di strumenti comunicativi qualificati o non qualificati di trasmissione della notizia di reato: la locuzione "prendere notizia" si limiterebbe, in altre parole, a sottolineare «l'assenza [nell'atto informativo] di una compiuta predeterminazione dell'oggetto, che va selezionato ed isolato all'interno di un contesto comunicativo, che non risponde alla finalità di farne percepire al destinatario la consistenza fattuale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 169]. Neppure la disciplina dei colloqui investigativi, delle intercettazioni preventive e delle operazioni sotto copertura andrebbe necessariamente interpretata nel senso di postulare un diretto coinvolgimento del pubblico ministero nelle dinamiche di formazione della *notitia criminis*: simili interpretazioni, si afferma, stanno e cadono con la contestata esegesi estensiva dell'art. 330 c.p.p. [così ancora SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 163; ma la circostanza è ammessa anche da DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1440: «è evidente che qui si sta proponendo una lettura di questi interventi normativi come manifestazione della tendenza a spingere il pubblico ministero verso i momenti di formazione della notizia di reato. Quella che a prima vista potrebbe apparire una lettura di una qualche audacia, in realtà si presenta con la forza delle interpretazioni che hanno dalla loro la ragione dell'*a posteriori*: poiché vengono dopo una base legislativa dal chiaro valore sistematico quale è l'art. 330 c.p.p.»].

Accreditata o meno dal dato normativo, la tesi che riconosce al pubblico ministero la facoltà di avviare e condurre indagini finalizzate alla formazione della *notitia criminis* lascia indubbiamente aperti numerosi interrogativi. Che tipo di *input* esterno occorre perché il pubblico ministero possa avviare la sua attività di ricerca? L'indagine finalizzata alla ricerca della notizia di reato può nascere

da una pura e semplice intuizione investigativa del magistrato inquirente, o è necessario, come sembra preferibile ritenere (cfr. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.*, 2009, 3265), quanto meno un "sospetto" di reato, la ragionevole supposizione dell'esistenza di un illecito? Ricorrendo tale condizione, esiste un dovere del pubblico ministero di avviare l'attività di ricerca della notizia di reato (come sembra suggerire la stessa formulazione dell'art. 330 c.p.p., specie se letta unitamente al disposto dell'art. 55 c.p.p.: v. ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 24 datt.), oppure «prima che la notizia di reato venga in esistenza, c'è una ineliminabile discrezionalità nella scelta del terreno sul quale muovere alla ricerca di indizi circa la commissione di reati, sia che intervenga direttamente il pubblico ministero, sia che agisca autonomamente la polizia giudiziaria» [così FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320]? L'attività di formazione della notizia di reato ha natura amministrativa [cfr. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari*, cit., 3265 s.; VOENA, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del convegno di Perugia 14-15 aprile 1988, Padova, 1989, 29 ss.; ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit. 27 datt.], oppure nel nuovo assetto processuale, con l'alternativa azione/archiviazione collocata all'esito delle indagini preliminari, «tutta la fase investigativa antecedente all'azione penale [andrebbe intesa] come un *continuum*», come un'entità sistematicamente e ontologicamente omogenea «sia che cada prima sia che cada dopo la giuridica configurazione di una notizia di reato» [DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1441; nella medesima prospettiva MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 100?]

E ancora: a quale disciplina soggiacciono le indagini finalizzate all'acquisizione della *notitia criminis*? Quali mezzi di ricerca della prova vi si possono inscrivere? Quali tracce documentali devono lasciare nei registri del pubblico ministero? Quali determinazioni devono essere adottate dall'organo inquirente al loro esito?

È appena il caso di osservare che l'assenza di indicazioni normative al riguardo offre ulteriori argomenti a sostegno della tesi di chi esclude radicalmente che il pubblico ministero possa svolgere indagini dirette ad acquisire la notizia di reato. Mancando un registro *ad hoc*, e non sembrando legittimo invocare l'art. 2 comma 1 ult. parte del d.m. 30 settembre 1989, n. 334 per istituirne uno apposito [così almeno MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 86; possibilista, al riguardo, è invece POTETTI, *Attività del pubblico ministero diretta alla formazione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.* 1995, 138 s.], gli atti informativi suscettibili di

innescare un'attività investigativa di acquisizione della *notitia criminis* vengono di regola iscritti nel "registro degli atti non costituenti notizia di reato" (c.d. "modello 45") istituito con il suddetto decreto ministeriale. Ma la forzatura è evidente: sia perché un conto sono gli atti comunicativi che il ministero della giustizia aveva in mente nell'istituire il suddetto registro («atti e informative del tutto privi di rilevanza penale», quali «esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa, esposti privi di senso ovvero di contenuto abnorme o assurdo, atti riguardanti eventi accidentali ecc.»; ogni denuncia, in altre parole, di fatti palesemente non illeciti o la cui rappresentazione appaia manifestamente inverosimile per contrarietà a elementari leggi logiche o scientifiche o per inconciliabilità con fatti notori) e un conto sono gli atti comunicativi dei quali stiamo discutendo (informative di contenuto generico che non contengono la compiuta rappresentazione di un accadimento asseritamente criminoso, ma indicano la strada per una possibile attività di ricerca della notizia di reato); sia perché la circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989 escludeva espressamente la possibilità di svolgere atti di investigazione preliminare in relazione a informative iscritte a modello 45, obbligando il pubblico ministero a trasferire l'informativa nel registro *ex art. 335 c.p.p.* non appena si presentasse la necessità di avviare indagini.

Accolte simili premesse – riconosciuta, cioè, come pienamente legittima un'investigazione preliminare condotta dal pubblico ministero nel cono d'ombra del modello 45 sul presupposto della non ancora intervenuta acquisizione della *notitia criminis* –, ci si dovrebbe inoltre rassegnare non soltanto all'idea di un agevole uso strumentale dell'istituto in funzione di aggiramento della disciplina dei termini investigativi (essendo inevitabilmente labili, tanto più in assenza di una definizione normativa di notizia di reato, i confini tra ciò che non è ancora e ciò che è già *notitia criminis*), ma anche, coerentemente con le indicazioni provenienti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in materia di archiviazione delle non-notizie di reato [Cass. S.U. 22 novembre 2000, Buonarroti, in *Cass. pen.* 2001, 1777], all'idea di un'attività investigativa totalmente sottratta al controllo del giudice se ritenuta sterile dall'organo inquirente. Benché astrattamente doverosa, una simile attività rimarrebbe dunque governata da scelte ampiamente discrezionali del pubblico ministero, libero non soltanto di decidere se, come e quando investigare per trasformare il sospetto di reato in *notitia criminis*, ma anche di valutare a suo piacimento gli esiti dell'investigazione.

S'intende che la ritenuta inconciliabilità di un simile assetto normativo con il dettato costituzionale farebbe vacillare ulteriormente la *lectio faciliior* dell'art.

330 c.p.p. (cfr. SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 170). È dunque tempo di inscrivere la norma nelle sue coordinate sovraordinarie, per comprendere se l'estensione dei poteri investigativi del pubblico ministero alla fase che precede l'acquisizione della notizia di reato sia una soluzione normativa avallata o smentita dai principi costituzionali.

2. *Il quadro di riferimento costituzionale.* – Una parte della dottrina ritiene che la legittimazione a svolgere indagini finalizzate alla ricerca della *notitia criminis* andrebbe riconosciuta al pubblico ministero in ragione del principio di “diretta disponibilità” della polizia giudiziaria sancito dall'art. 109 Cost., sul presupposto che tale principio permetterebbe al magistrato inquirente di svolgere in prima persona, o tramite la polizia giudiziaria, tutte le attività espressamente consentite a quest'ultima, ivi compresa quella consistente nel “prendere notizia dei reati” ex art. 55 c.p.p. [cfr. ad esempio GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali*, in *Alla ricerca di un processo penale “giusto”*, Milano, 2000, 183 s.; sulla natura funzionalmente ibrida dell'attività di polizia finalizzata alla ricerca della notizia di reato, a cavallo tra compiti di polizia di sicurezza e di polizia giudiziaria, cfr. ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 23 datt.]. A tale assunto si obietta, tuttavia, che la formula “disponibilità diretta” impiegata nell'art. 109 Cost. venne prescelta dai Costituenti – a scapito della formula “disponibilità esclusiva” – proprio al fine di accollare al solo potere esecutivo la responsabilità della repressione penale: con lo specifico intento, cioè, di escludere che i singoli uffici giudiziari potessero «impostare una propria politica repressiva, ricercando i reati da perseguire secondo criteri selettivi discrezionali» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 156]. Lungi dal vincolare il legislatore ordinario ad attribuire al pubblico ministero poteri di ricerca della *notitia criminis*, l'art. 109 Cost. sembrerebbe dunque accreditare l'opinione contraria. Ne deriva che per estromettere il magistrato inquirente dalle dinamiche di formazione della notizia di reato non sarebbe affatto indispensabile intervenire sulla norma costituzionale, allentando un rapporto di dipendenza funzionale che andrebbe, al contrario, mantenuto ben saldo nelle indagini successive all'acquisizione della notizia di reato.

Ciò premesso, una diffusa opinione è che il potere di ricerca della notizia di reato da parte del pubblico ministero costituirebbe un fondamentale presidio di garanzia dei principi di autonomia e indipendenza del potere giudiziario, nonché degli stessi principi di obbligatorietà dell'azione penale e di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Esso infatti consente al pubblico ministero – è stato scritto – «di estendere l'azione penale ad aree e soggetti in relazione

ai quali manchi o sia debole l'iniziativa autonoma degli organi di polizia, pur sempre soggetti all'influenza delle relative strutture politico-amministrative di appartenenza» [MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, 243 s.; v. anche CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'“azione” nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 905; FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 318; GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive*, cit., 184 s.]. Di qui la fiera opposizione di una parte dei commentatori ai progetti di legge che puntano a un esplicito ridimensionamento del suddetto potere, come il disegno di legge nr. 1440 presentato alla presidenza del Senato il 10 marzo 2009, che suggerisce di modificare l'art. 330 c.p.p. riservando alla polizia giudiziaria il potere di prendere notizia dei reati di propria iniziativa. «Improvvida novità», è stato scritto, che lascerebbe il pubblico ministero «alla mercé delle scelte investigative degli organi di polizia, che per di più dipendono in via gerarchica dal potere esecutivo»: «con tutti i rischi di interferenza della politica sulla giustizia che una situazione del genere comporterebbe, a totale scapito del principio di legalità» [GREVI, *Ruolo del pm, polizia giudiziaria e rischi di interferenze politiche*, in *Corriere della sera*, 16 luglio 2009]. Il canone dell'obbligatorietà degraderebbe a presidio meramente formale del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: poiché «l'azione inquirente della polizia, operando scelte politicamente eterodirette, fatalmente discrimina», «consentire alla polizia di selezionare a monte le informazioni che fanno scattare l'obbligo di esercitare l'azione penale significherebbe, in definitiva, accontentarsi di garantire l'uguaglianza tra discriminati» [GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Giust. Insieme*, 2008, 0, 143 s.].

Nulla da eccepire al riguardo. S'intende, tuttavia, che per salvaguardare i principi di obbligatorietà dell'azione penale e di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge occorre sottrarre il potere di ricerca della notizia di reato anche all'insindacabile discrezionalità del pubblico ministero. Diversamente, il rimedio finirebbe per rivelarsi peggiore del male, dal momento che la facoltà di indirizzare l'attività inquirente su binari potenzialmente discriminatori verrebbe estesa a un organo politicamente irresponsabile. L'inevitabile deriva sarebbe la responsabilizzazione politica del titolare dell'azione penale: se «l'attività di costruzione dell'accusa», quella che «scaturisce da un sospetto orientato verso un ambiente criminoso» ed ha come «atto conclusivo» la notizia di reato, apparisse «non già come automatica traduzione di un comando legale, bensì come frutto di scelte soggettive che [...] si colorano necessariamente di arbitrario», sarebbe «necessario ripensare radicalmente la collocazione istituzionale del pubbli-

co accusatore, onde evitare l'impressione di parzialità e partigianeria del suo operare»; nella misura in cui «l'attività preparatoria dell'accusa comporta scelte di opportunità, [...] essa reca in sé una ineludibile valenza politica e dev'essere pertanto resa suscettibile di controllo in sede politica» [così, puntualmente, ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 591 e nota 71; nel senso che l'attività di ricerca delle notizie di reato da parte del pubblico ministero dovrebbe «incontrare gli estremi confini delle notizie non qualificate che pervengono al pubblico ministero, anche per una sua diligente attività di "ascolto" della società», poiché, in caso contrario, una simile attività si giustificerebbe soltanto «se il pubblico ministero nel nostro ordinamento fosse politicamente responsabile verso l'elettorato», cf. anche SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 112-113. Su posizioni analoghe, tra gli altri, D'AMBROSIO, *Ruolo e attività della polizia giudiziaria nelle indagini: brevi considerazioni e qualche proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 2688 s.; VIOLANTE, *Dove arriva il potere del pm*, in *La Stampa*, 6 ottobre 2008; ID., *Controllo di legalità*, cit., 879 s.].

Scarsamente convincente è l'obiezione di chi ritiene *tout court* estranea alla dimensione precettiva del principio di obbligatorietà l'attività del pubblico ministero che precede l'acquisizione della notizia di reato (MAZZA, *La fase delle indagini preliminari*, cit., 3266). Nel vigore del codice abrogato, l'argomento ricorreva frequentemente nel dibattito sulle indagini finalizzate alla ricerca della *notitia criminis*: «decidere quali zone della città debbano essere controllate per stabilire se vi sono locali pubblici in cui si fa spaccio di droga o quali industrie alimentari debbano essere sottoposte a ispezioni con prelevamento di campioni dei prodotti, può determinare riflessi sulla repressione degli illeciti penali che finisce per essere orientata *ab origine* in una specifica direzione. Ma così non si violano certo il principio di uguaglianza e di obbligatorietà dell'azione penale, perché non si tratta di discriminazioni operate nel momento in cui il pubblico ministero si trova a dovere decidere tra le due strade della richiesta di archiviazione o dell'accusa, in presenza di una notizia di reato» [AMODIO, *Labolizione della pregiudiziale nel nuovo processo penale tributario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 521; l'opinione era condivisa esplicitamente da FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320 nota 16]. Esteso al vigente sistema processuale, con l'alternativa azione/archiviazione spostata all'esito dell'indagine preliminare, questo modo di ragionare aveva indotto qualcuno a ritenere sottratta al dominio del principio di obbligatorietà perfino l'investigazione *successiva* all'acquisizione della notizia di reato: ma l'opinione era apertamente smentita dalla procedura

giurisdizionale di controllo sul rispetto dell'obbligo di agire, e, segnatamente, dal meccanismo di integrazione delle indagini di cui all'art. 409 comma 4 c.p.p., sufficiente a dimostrare come l'obbligo di investigare sulla notizia di reato non fosse che una scontata estensione dell'obbligo di esercitare l'azione penale [sul punto, anche per i necessari riferimenti, cfr. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 535]. L'argomento può facilmente venire esteso alle indagini che precedono l'acquisizione della notizia di reato. Se nell'obbligo di agire imposto al pubblico ministero dall'art. 112 Cost. rientra anche l'obbligo di compiere tutte le attività investigative necessarie a rendere l'azione penale concretamente e fruttuosamente esercitabile quando un reato viene commesso, non si vede come le indagini funzionali all'acquisizione della *notitia criminis* – una volta riconosciute la legittimità – potrebbero ritenersi affrancate dalla regola dell'obbligatorietà [per rilievi parzialmente analoghi LATTANZI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel d.d.l. n. 1440/S*, in *Cass. pen.*, 2009, 1786]: tanto più se si osserva il fenomeno dalla già riferita angolazione prospettica di chi ritiene che l'attività pre-investigativa del pubblico ministero, lungi dal connotarsi in chiave meramente amministrativa, contribuisca a formare, insieme con gli atti di indagine preliminare successivi all'acquisizione della *notitia criminis*, una comune «fase investigativa antecedente all'azione penale», «un *continuum*» omogeneo al cui interno la notizia di reato assume i caratteri dell'«accidente giuridico» [DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1441]. Se lo scopo dell'art. 112 Cost. è «limitare la discrezionalità del pubblico ministero per aumentarne l'autonomia istituzionale e per garantire l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge», non appare credibile, è stato osservato [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 143], «desumerne una perimetrazione funzionale del potere inquirente del pubblico ministero, nel senso di ritenerlo limitato agli accertamenti successivi alla notizia di reato in vista delle determinazioni da assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale». L'argomento viene messo in campo per escludere che l'art. 112 Cost. vieti le indagini dirette alla formazione della *notitia criminis* (conclusione non condivisibile, sulla quale occorrerà tornare): ma vale anche a confermare l'idea che tali indagini, se consentite all'organo inquirente, non potrebbero ritenersi ispirate a criteri di opportunità politica.

Anche gli autori propensi a ritenere già positivamente esistente nel nostro sistema processuale un potere di ricerca e di formazione della *notitia criminis* da parte del pubblico ministero – e favorevoli a mantenerne in vita la previsione – avvertono dunque l'esigenza di sottrarre l'esercizio di tale potere all'arbitrio dell'organo inquirente. In difetto di qualsiasi regolamentazione normativa dei suoi presupposti, e in assenza di controlli giurisdizionali sui suoi contenuti e sui

suoi esiti, l'attività di "pre-indagine", si afferma, non reggerebbe al vaglio di legittimità costituzionale. Indispensabili, pertanto, regole e controlli: «funzioni e prerogative essenziali» del pubblico ministero come quelle derivanti dal potere di ricercare la notizia di reato esigono, per vantare «piena giustificazione», «l'adozione di criteri eteronomi, definiti secondo procedure trasparenti e democraticamente legittimate, di orientamento della discrezionalità dell'agire investigativo» [MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, cit., 244; v. anche ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 26 datt.].

Ma quali regole? E quali controlli?

3. *Proposte di regolamentazione dell'istituto.* – Per cominciare, sembra da escludere anche in una prospettiva *de iure condendo* che l'attività di formazione della notizia di reato possa costituire il frutto di un'autonoma iniziativa del pubblico ministero, avviata [per usare l'espressione di DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1447] in assenza di «coordinate di sospetta reità» già positivamente sussistenti. Presupposto minimo per lo svolgimento delle investigazioni di cui trattasi dovrebbe essere pertanto l'esistenza di un "sospetto di reato" analogo a quello che espressamente impone al pubblico ministero, nel caso di morte di una persona, di effettuare accertamenti finalizzati all'acquisizione della *notitia criminis* (art. 116 disp. att. c.p.p.). Occorrerebbe, in altre parole, uno specifico e documentabile spunto informativo idoneo a ingenerare il fondato convincimento che l'impiego di risorse investigative per la ricerca della notizia di reato non risulterebbe vano. Dovrebbe inoltre trattarsi di uno spunto informativo acquisito dal pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni, posto che neppure le notizie di reato vere e proprie, se acquisite in un contesto extrafunzionale, obbligano il magistrato inquirente a stimolare l'avvio di indagini preliminari (art. 70 comma 5 ord. giud.: il pubblico ministero "può" segnalarle al capo dell'ufficio). Rimanendo sul piano dei presupposti, andrebbe anche vagliata la possibilità di restringere il potere pre-investigativo del pubblico ministero a determinate fattispecie di reato, selezionate in base alla loro gravità o alla loro natura (il riferimento è a fattispecie, come quelle associative, rispetto alle quali i confini tra attività di prevenzione e attività di repressione tendono fisiologicamente ad assottigliarsi).

Ciò premesso, dalle indagini rivolte all'acquisizione della *notitia criminis* andrebbero anzitutto escluse, secondo una diffusa opinione, tutte le investigazioni che comportassero un diretto coinvolgimento del potenziale indagato o la restrizione di diritti fondamentali dell'individuo (anche laddove simili attività investigative risultassero compatibili con l'assenza della notizia di reato:

sul punto, diffusamente, ZAPPULLA, *Notizia di reato*, cit., 27 ss. datt.). La scelta di non attribuire poteri autoritativi al pubblico ministero nella fase prodromica all'acquisizione della *notitia criminis* soddisfa un'esigenza intuitiva largamente condivisa: non incidere su diritti individuali quando ancora ci si muove nell'orbita del sospetto [v. per tutti FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 317, e DE LEO, *Il pubblico ministero*, cit., 1448]. Tuttavia, se si ritiene l'attività investigativa di cui trattasi funzionale alla piena attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e del principio di eguaglianza tra i cittadini, e se si concepisce tale attività come strutturalmente e funzionalmente affine all'indagine preliminare vera e propria, una simile conclusione potrebbe non apparire del tutto scontata. Occorrerebbe cioè spiegare «la ragione per la quale all'omogeneità tra l'attività di ricerca e quella successiva di sviluppo della notizia di reato, ambedue affidate al pubblico ministero, non debba corrispondere un pari corredo di poteri di coazione, con l'unico temperamento della fondatezza o della gravità indiziaria per l'emissione di una particolare tipologia di atti» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 163].

Quanto all'esigenza di istituire controlli sull'operato del pubblico ministero, essa potrebbe astrattamente tradursi: 1) in primo luogo, nella previsione di un obbligo di iscrizione dell'informativa generica di reato in un registro apposito (che potrebbe essere denominato registro "atti relativi"), distinto da quello riservato alle non-notizie di reato; 2) in secondo luogo, nella previsione di un termine entro il quale andrebbero svolte le indagini dirette alla formazione della *notitia criminis* (decorrente dall'iscrizione nel registro "atti relativi" o, meglio ancora, dal momento dell'effettiva acquisizione del dato informativo prodromico all'indagine); 3) in terzo luogo, nella previsione di un controllo gerarchico e/o giurisdizionale sia sulla determinazione del pubblico ministero di non dare seguito all'informativa generica (sul presupposto che qualunque indagine rivolta alla formazione della *notitia criminis* si rivelerebbe presumibilmente infruttuosa), sia sulla determinazione del pubblico ministero di non effettuare alcuna iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. all'esito dell'attività pre-investigativa, o, comunque, alla scadenza del termine. Con riferimento alla prima decisione, potrebbe essere sufficiente un "visto" del capo dell'ufficio, che andrebbe negato sia quando nella presunta informativa generica di reato fosse già ravvisabile un'autentica *notitia criminis*, sia quando il capo dell'ufficio non condividesse la prognosi negativa del sostituto circa l'esito dell'attività di approfondimento investigativo. Con riferimento alla seconda, sembrerebbe invece indispensabile strutturare la procedura di controllo secondo cadenze assimilabili a quelle proprie dell'indagine contro ignoti, anch'esse, in fondo, finalizzate alla ricerca di

una notizia di reato (nominativa) da iscrivere nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. In particolare, si dovrebbe costringere il pubblico ministero a interpellare il giudice per le indagini preliminari sia nell'ipotesi in cui l'attività di acquisizione della *notitia criminis* si fosse conclusa, a suo giudizio, infruttuosamente, sia nell'ipotesi di intervenuta scadenza del termine: con facoltà, per il giudice, di condividere la scelta abdicativa dell'organo inquirente con apposito decreto autorizzativo (da emanarsi *de plano*), oppure di ordinare l'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (precisando la qualificazione giuridica del fatto e gli eventuali soggetti da iscrivere), oppure, ancora, di ordinare lo svolgimento delle indagini che, colpevolmente omesse dal pubblico ministero, avrebbero potuto condurre – e potrebbero ancora condurre – all'acquisizione della notizia. Quest'ultima forma di controllo riflette il carattere doveroso che andrebbe attribuito, come si è visto, allo svolgimento stesso delle pre-indagini: se l'obbligo di investigare prodromico all'obbligo di esercitare l'azione penale nasce non già nel momento dell'acquisizione della notizia di reato ma nel momento in cui si materializza il semplice “sospetto” che un reato sia stato commesso, nella procedura di controllo sulle scelte del pubblico ministero in ordine alla informativa generica di reato non potrebbe non innestarsi un meccanismo di “coazione all'indagine” analogo a quello previsto dall'art. 409 comma 4 c.p.p.

Inutile nascondere, tuttavia, che una simile regolamentazione dell'istituto – della quale si è ampiamente discusso, tra il 2006 e il 2008, nel corso dei lavori della Commissione di riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Riccio – presenterebbe forti controindicazioni. Il problema non è tanto il grave dispendio di risorse processuali che la sua attuazione comporterebbe, quanto il rischio di istituire un meccanismo di controllo solo formalmente ossequioso del principio di obbligatorietà. Il riferimento si indirizza, in particolare, alle informative generiche di reato che dovessero pervenire al pubblico ministero in forma non qualificata. È vero che anche in relazione alle notizie di reato informalmente apprese dal pubblico ministero sarebbe del tutto illusorio istituire controlli sulla decisione dell'organo inquirente di non svolgere indagini e di non esercitare, conseguentemente, l'azione penale, «risolvendosi qui l'accantonamento della notizia in un'operazione mentale» [FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 319]. Ma il fenomeno – di dimensioni contenute se riferito alle notizie di reato – assumerebbe i contorni della regola se trasportato sul terreno delle informative generiche, essendo innumerevoli gli spunti cognitivi idonei a ingenerare quanto meno un “sospetto” di reità che quotidianamente pervengono al pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni e che il pubblico ministero resterebbe libero, di fatto, di coltivare o di ignorare.

Se anche lo svolgimento delle indagini dirette alla formazione della notizia di reato venisse normativamente configurato come un obbligo per l'organo inquirente, si tratterebbe, dunque, di un obbligo incoercibile, il cui rispetto sfuggirebbe nella maggior parte dei casi a qualunque tipo di controllo. Tanto basta, a mio giudizio, per escludere che simili indagini siano inscrivibili in modelli normativi conformi al principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'art. 112 Cost. vieta al legislatore ordinario di attribuire al pubblico ministero poteri di indirizzo dell'azione penale che siano sottratti – di fatto, se non in diritto – al governo del principio di legalità: e poiché tale resterebbe, nella maggior parte dei casi, il potere-dovere di muovere alla ricerca della notizia di reato, non sembra azzardato desumere dalla norma costituzionale proprio quella «perimetrazione funzionale del potere inquirente del pubblico ministero [...] agli accertamenti successivi alla notizia di reato» che secondo un'autorevole dottrina, come già sappiamo, non potrebbe farsi rientrare tra i corollari del principio di obbligatorietà [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 143].

Ugualmente debole – benché sicuramente auspicabile, se si decide di attribuire al pubblico ministero poteri di pre-investigazione – è la soluzione di prevedere “criteri di priorità” nell'esercizio di tali poteri [cfr. in particolare MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, cit., 243 s.; ma già FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero*, cit., 320, avvertiva che la logica della ricerca della *notitia criminis* non avrebbe dovuto essere «né quella del colpo di dadi, né, peggio ancora, di un precostituito intento persecutorio nei confronti di determinate categorie di persone», suggerendo alcuni parametri cui avrebbe dovuto ispirarsi l'azione del pubblico ministero (prevalenza per i sospetti di reità “gravi” e provenienti da settori in cui «è ragionevole supporre che si nascondano zone di impunità per reati idonei ad arrecare grave danno sociale»)]. Se si ritiene che l'esercizio dei suddetti poteri sia rimesso alla piena discrezionalità del pubblico ministero, non vale ad escludere la valenza politica del suo operato la circostanza che, se decide di procedere, l'organo inquirente debba farlo nel rispetto di determinate priorità. Se si ritiene che l'esercizio di tali poteri sia invece doveroso, rimane l'obiezione legata al fatto che il controllo sul rispetto delle priorità resterebbe limitato alle sole informative generiche non qualificate che il pubblico ministero riconoscesse di avere ricevuto. Si tratterebbe poi di istituire una difficile gerarchia tra notizie di reato e informative generiche: se si ammettesse, ad esempio, che le prime prevalgono necessariamente sulle seconde (perché non ha senso impegnare risorse nella ricerca di *notitiae criminis* quando gli uffici di procura non riescono notoriamente a smaltire neppure quelle già acquisite), non vi sarebbe spazio, di fatto, per lo svolgimento di pre-indagini, posto che le me-

desime innegabilmente «sottraggono risorse umane e organizzative alle attività di diretta strumentalità all'esercizio dell'azione penale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 165].

4. *Il male minore*. – La soluzione più rassicurante rimane pertanto quella di escludere, in linea di principio, l'esistenza di un potere del pubblico ministero di svolgere investigazioni finalizzate alla ricerca delle notizie di reato. Il rischio di un inopportuno drenaggio delle *notitiae criminis* da parte dei funzionari di polizia e dei loro vertici politici appare, in definitiva, meno grave del rischio di affidare scelte discrezionali di politica investigativa a un organo che dovrebbe essere soggetto soltanto alla legge. Né può dirsi che l'equilibrio degli assetti istituzionali verrebbe garantito a scapito dell'eguaglianza tra i cittadini: anziché «dare più compiuta effettività al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione» [GIOSTRA, *Pubblico ministero*, cit., 144], è l'opzione normativa di segno contrario che finirebbe per dilatare l'area delle discriminazioni *in omittendo*. Facendo crescere a dismisura gli obblighi investigativi del pubblico ministero, e rendendo il rispetto di tali obblighi insuscettibile di controllo, essa non potrebbe che incrementare anche il numero delle omissioni colpevolmente discriminatorie.

In presenza di un'informativa generica di reato ricevuta formalmente o informalmente (ivi compresi gli spunti cognitivi che dovessero emergere da un'indagine concernente una *notitia criminis* già iscritta nel registro), sarebbe dunque opportuno prevedere una mera facoltà del pubblico ministero di invitare la polizia a effettuare gli opportuni approfondimenti, magari con suggerimenti e direttive ma – come è stato efficacemente scritto – «senza un coinvolgimento che lo faccia centro autonomo di imputazione di scelte di politica criminale» [SANTALUCIA, *Il potere*, cit., 170]. La stessa soluzione andrebbe adottata per le informative di reato anonime, di cui l'art. 333 comma 3 c.p.p. vieta notoriamente sia «fatto alcun uso»: l'attività pre-investigativa che si ritiene comunque consentita sulla base di tali informative, spesso contenutisticamente qualificabili come autentiche *notitiae criminis* [Cass., Sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, in *Cass. pen.*, 2008, 4533], andrebbe anch'essa affidata interamente alla polizia giudiziaria [VIOLANTE, *Controllo di legalità*, cit., 881].

S'intende che la puntuale applicazione di tali regole risentirebbe sia della difficoltà di allestire un adeguato apparato sanzionatorio processuale per il caso della loro inosservanza (nessuno, probabilmente, si spingerebbe a sostenere l'invalidità dell'azione penale esercitata dal pubblico ministero in relazione a una *notitia criminis* acquisita di propria iniziativa: sul punto MAZZA, *La fase delle*

indagini preliminari, cit., 3267), sia della stessa indeterminatezza dei confini concettuali che separano la *notitia criminis* vera e propria dalla generica informativa di reato. Ma il principio va ribadito con fermezza: se si hanno a cuore le sorti dell'art. 112 Cost. e si intende salvaguardare, in prospettiva, la stessa indipendenza e irresponsabilità politica della magistratura inquirente, deve essere ben chiaro che il pubblico ministero non può operare in ambiti sottratti al dominio della legge.

Gaetano Insolera

1. È questione risalente quella posta da Renzo Orlandi. In parte anche lui se ne occupò nel 1996, esaminando la realtà delle “inchieste preparatorie” riguardanti la criminalità organizzata, quale riedizione dell'*inquisitio generalis* [R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 568 ss.].

In quella occasione era colto lo stretto rapporto tra determinatezza delle fattispecie incriminative e possibilità di vincolare l'operato e i poteri dell'accusa alle condizioni che dovrebbero accompagnare l'inizio di un procedimento penale: la precisa individuazione del presupposto di fatto che dà corpo alla *notitia criminis*. Come vedremo uno spunto questo che si rivelerà assai utile anche a proposito dei temi che caratterizzano ancora oggi il dibattito attorno alle iniziative di riforma che hanno dato spunto a questo confronto. Il rapporto tra magistratura e polizia, la nozione di notizia di reato e la connessa questione riguardante il momento di inizio del procedimento penale.

Le considerazioni dell'autore, allora, mettevano in rilievo i rischi corsi dai principi di legalità ed eguaglianza quando l'attività di costruzione dell'accusa non corrisponda all'automatica traduzione di un preciso comando legale, ma sia frutto di scelte soggettive consentite dalla imprecisione della prescrizione. Le accuse si colorano di arbitrio e ciò avrebbe imposto anche di ripensare alla collocazione istituzionale del pubblico accusatore.

Un dibattito sulle iniziative di ricerca delle notizie di reato da parte degli uffici del Pubblico ministero, si era già aperto una decina di anni prima.

L'abolizione della pregiudiziale amministrativa tributaria ad opera della legge n. 516 del 1982 e la forte attenzione della opinione pubblica, fin da allora, nei confronti della evasione fiscale, aveva visto avviare da parte della magistratura torinese inchieste non originate da notizie di reato “qualificate”, in particolare provenienti dall'amministrazione finanziaria.

Sui c.d. *blitz* tributari del 1985 si aprì un confronto che in buona parte anticipava le questioni di cui stiamo parlando [farò riferimento, in particolare a quello svoltosi tra P. FERRUA, M. NOBILI, G. TRANCHINA, *Uffici del pubblico ministero ed iniziative di ricerca delle notizie di reato*, in *Leg. pen.*, 1986, 315 ss.].

Ancora vigente il codice di procedura del 1930, l'art. 219 poteva, in modo più preciso, ricondurre alla sola polizia giudiziaria il compito di prendere notizia dei reati. Ma quella limitazione già appariva facilmente superabile [FERRUA, 318. Dubbi, invece, in NOBILI, 326ss.]: la formula del vigente art. 330 si può dire che abbia superato il problema.

Ci si era chiesti anche se le iniziative giudiziarie mosse dalla “voce pubblica” circa l'esistenza di aree di impunità, anziché dalla trasmissione di notizie di reato, fossero affette da vizi processuali dell'azione penale. Con una risposta negativa [FERRUA, 315].

Una sostanziale omogeneità di vedute era possibile riscontrare su un punto.

Riguardava l'esclusione dell'utilizzo dei poteri coercitivi propri del Pubblico ministero – a cominciare da quelli di perquisizione e sequestro – in funzione di ricerca del presupposto di fatto (*notitia criminis*) proposto dalla “voce pubblica”. Nel caso dei *blitz* tributari determinati da scostamenti tra redditi dichiarati e “medie di categoria”, ci si chiedeva come potesse essere soddisfatta l'esigenza di una precisa indicazione del reato ipotizzato in sede di, sia pure stringata, motivazione del provvedimento [NOBILI, 329].

Già in quel contesto tuttavia non ricordo che venissero individuati precisi ostacoli processuali da opporre alle prassi adottate. Del resto l'attitudine degli scritti anonimi a determinare l'avvio di indagini, riconosciuta dalla Corte costituzionale nel 1974, non poteva non aprire una strada a notizie, comunque riconducibili a fonti identificate.

Non solo, pur in presenza di dati normativi che allora sembravano meglio definire i ruoli di polizia e magistratura, sia in chi muoveva critiche sia in chi manifestava un certo plauso, si coglieva comunque la consapevolezza di mutamenti in atto che troveranno esito nella previsione dell'art. 330 c.p.p. e nelle scelte operate dal codice del 1989 in punto rapporti tra polizia e Procura della Repubblica.

La questione quindi, già allora, si incentrava sul tema della supplenza esercitata dal potere giudiziario, in questo caso con un'erosione dei poteri amministrativi di polizia, attribuiti istituzionalmente all'esecutivo. “Vecchie regole” [NOBILI, 327] che restano valide non perché presidiate da dati normativi, che scontano invece sempre un tasso di ambiguità, ma fino a quando non si verificano mutamenti nei rapporti tra i poteri, che ne mettano in forse il riconosci-

mento. E ad entrare in gioco sono fattori politici, diverse dislocazioni dei poteri: con lo spostamento dell'asse d'intervento della magistratura e del processo penale nell'area delle funzioni poliziesche [NOBILI, 325].

Ed era già allora questa la chiave di lettura per cogliere le diverse posizioni: da una parte compiacimento per una ricerca mossa dalla volontà di sondare zone franche presidiate da "signorie" riluttanti ad accettare il progressivo espandersi del rischio penale [FERRUA, 321], dall'altra considerazioni più dubbiose sia in ragione dei poteri dei quali ancora disponeva il Pubblico Ministero [TRAN-CHINA, 332], sia, con una visione più generale delle cose, segnalando i rischi di una ulteriore espansione del ruolo del potere giudiziario all'unisono con quello dei media (i gestori atipici della morale): un contesto che prescindeva dalla questione specifica, anticipando scenari futuri di mutamento degli equilibri disegnati dalla Costituzione.

2. Sono trascorsi quasi trenta anni e, in questa direzione, è successo di tutto: quegli spunti sono diventati solo una nota dell'assordante *refrain* che accompagna confronti e scontri sul ruolo assunto dal nostro sistema di giustizia penale.

2.1. Il "nuovo" codice, nonostante le migliori intenzioni dei compilatori, ha visto enormemente rafforzato il ruolo ed i poteri della pubblica accusa e il peso di quanto si svolge nella fase delle indagini preliminari, di cui essa è indiscussa padrona: vizi congeniti, torsioni interpretative, interventi della Corte, soprattutto negli anni '90, riforme volte a rendere più libere ed incisive le cautele reali (sequestri preventivi), potenziamento costante delle misure di prevenzione, terreno elettivo di una sovrapposizione con le funzioni di polizia. Ancora, più specificamente, le situazioni, richiamate nella nota introduttiva, in tema di intercettazioni per finalità preventive, di colloqui investigativi previsti dall'Ordinamento penitenziario. E la questione delle "inchieste preparatorie", come riedizione della *inquisitio generalis*, da cui ho mosso, si intreccia perfettamente con quella del PM alla ricerca di *notitiae criminis*, quando i reperti siano "casuali", prodotto di imponenti attività di intercettazione.

Se il volto attuale del processo è determinato da quanto accade nelle indagini preliminari [G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. pen e processo*, 2010, 913 ss.] e non si rinvengono ostacoli giuridici all'attività di ricerca del loro presupposto da parte dell'accusa, possiamo dire che si è consolidato un sistema che sugli uffici di procura ha spostato il compito di orientare la politica repressiva dello Stato. Bene dice la nota introduttiva, quando, richiamando le proposte di riforma,

sposta il discorso sulla opportunità di mantenere lo *status quo*, ovvero intervenire, per ristabilire in qualche modo le “vecchie regole”.

2.2. Ancora una volta il discorso ci porta alla dimensione politica della questione e a quanto è successo negli ultimi trenta anni.

La storia è nota e brucianti ne sono gli effetti, sotto i nostri occhi.

Mancata transizione politica a seguito della implosione dei partiti della prima Repubblica, progressiva perdita di legittimazione del sistema politico-rappresentativo, rafforzarsi del potere giudiziario – delle sue sedi rappresentative (CSM e magistratura associata) e di quelle operative, per quanto detto, gli Uffici di procura – quale interlocutore diretto di istanze di sicurezza e difesa sociale: il tramite è costituito dall'imponente dispiegamento dei *media*. Quante trasmissioni televisive di *denuncia* sono messe in onda quotidianamente? E i sondaggi, volti ad accreditare le ipotesi di accusa, così come i volti delle vittime chiamati a testimoniare l'urgenza di una risposta dello Stato. Una realtà di fatto che travolge qualsiasi resistenza delle “vecchie regole” sulla divisione dei poteri. La lunga stagione del berlusconismo ne ha costituito, anche con i suoi aspetti grotteschi, la rappresentazione quotidiana.

2.3. In definitiva quelle che trenta anni fa potevano apparire tendenze in atto, oggi costituiscono un dato di realtà generalizzato e consolidato. E torniamo alle valutazioni in termini opportunità.

Con quella parola penso ci si riferisca, ancora una volta, ad una valutazione politica: molto seria, che riguarda una cascata di problemi, anche i fondamentali della Repubblica.

La ricerca delle notizie di reato da parte dell'accusatore, animata da quella imponente mole di informazioni mossa dai *media* – ormai prassi consolidata [non l'“eventualità improbabile” immaginata da F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, 664] – è solo un segmento di una linea assai più lunga e complessa: che affida al potere giudiziario non un controllo a posteriori di legalità, ma un compito di direzione e, in definitiva, di decisione politica sulla questione criminale. Porta a compimento quella idea di supplenza al cui irrobustimento ha contribuito l'inarrestabile declino della politica.

E così è questa l'epoca dei giudici, si dice, nazionali e sovranazionali, unica élite capace di contrastare gli abusi della politica, di dare soddisfazione ai diritti fondamentali; nella sua autonomia e indipendenza, di presentarsi indenne dai condizionamenti di contrapposte corporazioni e signorie.

È questa una voce che ormai si è fatta forte ed esprime la convinzione di un

necessario e già realizzatosi, declino del diritto penale della modernità: quello fondato anzitutto sulla divisione dei poteri [di recente, riassume questa posizione M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011]. C'è da stupirsi, allora, se è il potere giudiziario ad occupare lo spazio dell'attività amministrativa e preventiva dell'esecutivo, quando la asserita crisi della modernità intacca alle radici la stessa legalità?

Sono idee che piacciono e circolano con insistenza, anche nella giurisprudenza della Cassazione. Penso a SS.UU. n. 18288, 21 gennaio-13 maggio 2010. Come è noto la decisione, sulla base del dialogo apertosi con la Corte Edu, propone una nozione di legalità sostanziale a cui contribuisce in modo decisivo il momento interpretativo. Quanto questa presa di distanza dal testo legislativo può ripercuotersi, già al momento nel quale l'accusa individua il presupposto di fatto che giustifica l'avvio del procedimento? Mi sembra che le preoccupazioni manifestate da Renzo Orlandi nel 1996 siano destinate ad aumentare.

Che dire poi di altra sentenza, sempre a Sezioni unite, che affronta quello che ritengo un ganglio fondamentale del sistema di garanzie che avrebbe dovuto accompagnare il codice accusatorio: i termini di svolgimento delle indagini preliminari, le sanzioni endoprocessuali in caso di scorretta iscrizione nel registro degli indagati, la sindacabilità dell'operato del P.M. da parte del giudice [G. INSOLERA, *La ritardata iscrizione nel registro delle notizie di reato: tra diritto vivente, interpretazione costituzionalmente conforme e intervento legislativo*, in *Crit. dir.* 2008, 205 ss.].

La sentenza delle SS.UU. 24 settembre-22 ottobre 2009 n. 40538 ci interessa per un passaggio della motivazione: quello in cui si sostiene la ineludibile vaghezza, la fluidità, della nozione di *notitia criminis*, tale da non consentire un apprezzamento, da parte del giudice, della tempestività del PM nel procedere alla iscrizione. Si tratta di un'affermazione impegnativa, notavo in altra sede come la tesi rischi di travolgere il sistema dei reati di omessa denuncia.

Ai nostri fini quali le conseguenze: se il concetto di notizia di reato è inafferrabile, non solo non consente di individuare quando avrebbe dovuto procedersi all'iscrizione in base all'art. 335 c.p.p., ma resta nel vago lo stesso momento genetico del procedimento, rendendo impensabile un vincolo come quello ipotizzato dal Ddl. n. 1440/S ("La polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti").

E tale lo ritiene, ad esempio, Giorgio Lattanzi [*Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel D.D.L. N. 1440/S*, in *Cass. pen.*, 2009, 570.1]. Impensabile un'inerzia del PM. che abbia acquisito da stampa e televisione informazioni che fanno fondatamente pensare alla possibilità che sia stato commesso un reato, dovendo

limitarsi ad informare e attendere i risultati di investigazioni richieste alla Polizia giudiziaria. Ancora il timore di una influenza dell'esecutivo sull'esercizio dell'azione penale e quindi un rischio per la sua connotazione obbligatoria.

Ma è significativo soprattutto come la polemica si indirizzi direttamente contro le posizioni assunte in argomento da Luciano Violante.

È in un recente *pamphlet*, denso e ricco delle esperienze dell'autore, che troviamo anche, netta, la riproposizione dei diversi ruoli di polizia e magistratura nella ricerca delle notizie di reato: "Vegliare sulla legalità non è compito del magistrato: in tutti i paesi democratici è compito dell'autorità di pubblica sicurezza o della pubblica amministrazione." [L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 163]

Confronto significativo, dicevo. Perché esprime in modo icastico un conflitto che trascende la specifica questione e ci riporta invece alla vera posta in gioco. Quella che riguarda la chiusura della fase di transizione politica, con un ritorno ad un fisiologico – in una democrazia rappresentativa – riparto dei poteri.

3. Penso che da quest'ultima considerazione si debba partire per cercare di dare una risposta, lo dico subito, insoddisfacente, alle domande con le quali si chiude la nota introduttiva.

I progetti di riforma richiamati, esprimono un modo di operare che ha purtroppo caratterizzato l'ultimo quindicennio. Si agisce in base all'idea che basti una legge, magari approvata ponendo la fiducia, per modificare tendenze e ruoli assunti dalla giustizia penale nel contesto di quelle profonde e irrisolte modificazioni politiche che ho ricordato sinteticamente. È la storia del defatigante esercizio legislativo di questi anni destinato a scontrarsi con la realtà di un potere giudiziario che, dialogando ed essendo supportato da altri attori – le Corti, nazionali e sovranazionali, i media, larga parte della comunità scientifica – è stato in grado di vanificare le iniziative mirate a contrastarne l'antagonismo nei confronti della politica.

Nel caso della riforma dell'art. 330 c.p.p. è corretto parlare anche di norma manifesto posto che, come del resto avveniva con il codice previgente, non è dato individuare sanzioni processuali per la sua violazione ma, soprattutto, non sembra proprio che riesca ad imbrigliare le possibili modalità che caratterizzano la ricezione e i possibili sviluppi della notizia di reato [O. MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.* 2009, 3263 ss.].

Il giudizio coinvolge anche l'art. 10 del D.d.l. costituzionale: occorrerebbe infatti fare comunque riferimento alla norma ordinaria che costituirebbe la

realizzazione del principio che si vorrebbe inserire nella Legge fondamentale. La Costituzione non disegna gli interni dell'ordinamento giuridico, ma grava il legislatore di un onere, a pena di invalidità della norma, quello di non porsi in contrasto con un principio [lo ricorda M. GALLO, *A proposito della garanzia costituzionale*, in *Crit. dir.*, 2010, 22 ss.].

Breve: il discorso tornerebbe comunque alle reali capacità di una disposizione, come quella immaginata per il riformato art. 330, e ai suoi limiti.

Per quello che concerne una più precisa definizione dei poteri di indagine preventiva già attribuiti al P.M. – art. 226 norme di coordinamento e art. 18, comma 5, ord. pen. – la prima norma, al 5° comma, sembra voler porre un argine tra attività preventiva e fase procedimentale.

Vero è tuttavia che si tratta di disposizioni frutto della logica derogatoria, del doppio binario, mentre il tema della ricerca della notizia di reato da parte del PM, come si è visto, è su altri terreni che si è posto all'attenzione.

Quelli del controllo e della moralizzazione “giudiziaria” di determinati settori dell'economia, della politica, della Pubblica amministrazione.

Una risposta insoddisfacente la mia: anche il ritorno alle “vecchie regole” in punto confini tra attività della accusa e della polizia nella ricerca delle notizie di reato, ha come presupposto un ritorno alla grammatica della democrazia parlamentare.

Attualità
Jus corrigendi e responsabilità penale

LUCIA RISICATO

L'EDUCAZIONE DEL "BULLO"
TRA USO E ABUSO DEI MEZZI DI CORREZIONE

SOMMARIO: 1. Strumenti didattici a fini sanzionatori: breve sintesi di una vicenda giudiziaria emblematica. – 2. Le motivazioni della sentenza di primo grado. – 3. *Segue*: e quelle (antitetiche) della sentenza d'appello. – 4. Ragioni pedagogico-disciplinari e *ius corrigendi*. – 5. Le modalità dell'intervento correttivo: abuso travisato da uso o uso travisato da abuso?

1. *Strumenti didattici a fini sanzionatori:*
breve sintesi di una vicenda giudiziaria emblematica

Il recente mutamento culturale, prima che giuridico, su ambiti e forme dello *ius corrigendi* impone una riflessione sui limiti di liceità di metodi educativi che un tempo sarebbero stati ritenuti socialmente adeguati, senza il timore – reale o paventato – di danni morali a carico dei minori. La vicenda giudiziaria, ancora *in itinere*, che abbiamo scelto di commentare risulta, sotto questo aspetto, addirittura emblematica: ogni valutazione giuridica del fatto si presta eloquentemente ad una ricostruzione antitetica altrettanto plausibile, a conferma dell'estrema delicatezza della materia trattata. Può l'uso "improprio" – a fini punitivi – di uno strumento didattico considerarsi lecito? E, in special modo, può dirsi lecita la ripetizione ossessiva di un'espressione dalla valenza semantica ormai, per traslato, ingiuriosa?

Questi, in estrema sintesi, i fatti. L'insegnante di una scuola media di Palermo infligge una punizione esemplare a un alunno riottoso reiteratamente richiamato da precedenti – ma inefficaci – note disciplinari per la personalità "sopra le righe". L'allievo è responsabile di ripetute angherie ai danni di un compagno al quale ha impedito l'accesso ai servizi igienici, apostrofandolo davanti alla classe come *gay*. Nonostante la "dissociazione" del suo complice, l'alunno si rifiuta di chiedere scusa al compagno discriminato e offeso. A quel punto la docente decide di far meditare l'allievo sulla propria mancanza di sensibilità e la classe intera sulla natura esecrabile di atteggiamenti prevaricatori. Il metodo utilizzato per invitare alla meditazione è, nella migliore delle ipotesi, retaggio di uno "stile comunicativo superato": l'allievo è costretto a scrivere per

cento volte sul proprio quaderno la frase “sono *deficiente*”. L’espressione usata è frutto, a sua volta, di un patteggiamento: la prima versione dello scritto punitivo è infatti “sono un *emerito* deficiente” (aggettivo freudiano?). L’interpretazione della portata semantica dell’epiteto ha, come vedremo, rilievo cruciale ai fini della qualificazione giuridica del fatto: l’insegnante precisa, davanti ai compagni, che il termine “deficiente” deve essere inteso in senso prettamente etimologico (dal verbo latino *deficere*, che esprime appunto assenza, mancanza) e non nell’accezione ingiuriosa oggi peraltro diffusissima. L’intervento correttivo si tradurrebbe, così, in una sorta di “educazione sentimentale” forzata nascente dalla conclamata inutilità di qualunque tentativo bonario di indurre il minore – considerato dai compagni come un modello di comportamento, non certo idealtipico – a fare ammenda: la sentenza di primo grado pone in rilievo proprio la necessità di “contestualizzare” la condotta della docente in rapporto all’ambiente scolastico difficile e alla personalità turbolenta del ragazzo; quella di appello, per contro, “contestualizza” invece il significato dell’insulto alla stregua delle capacità di comprensione della vittima e della sua personale percezione della correzione, inquadrando l’episodio di bullismo che dà origine alla punizione come una forma fisiologica di “interazione” tra coetanei vivaci che non giustifica deviazioni rispetto a metodi educativi ortodossi.

Prosciolta dal Gip del Tribunale di Palermo per insussistenza del fatto¹, l’insegnante viene invece condannata in appello² per il reato di abuso dei mezzi di correzione, con esito di lesioni personali, a un mese di reclusione. Le argomentazioni addotte a favore e contro l’imputata nelle due pronunzie qui citate meritano distinta considerazione, descrivendo da angoli prospettici diversi la delicata linea di confine tra uso e abuso dei mezzi di correzione.

2. Le motivazioni della sentenza di primo grado

Il Gip del Tribunale di Palermo premette che la risalente formulazione del delitto di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina di cui all’art. 571 c.p.³,

¹ Trib. Palermo, Giudice per le indagini preliminari, 27 giugno 2007, in *Quest. Giustizia*, 4/2007, 829 e ss. e in *Foro it.*, 2008, II, 14 e ss., con nota di S. RIOLO.

² Corte d’Appello di Palermo, III Sez. penale, 16 febbraio 2011, *inedita*.

³ Nella letteratura penalistica v., tra gli altri, L. MAZZA, voce *Maltrattamenti e abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; G.D. PISAPIA, voce *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 29; ID., voce *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, in *Nss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 98; G. PIOSELLI, voce *Abuso dei mezzi di*

caratterizzata da un'ideologia improntata all'autoritarismo, deve oggi essere reinterpretata alla luce dei principi costituzionali e della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre del 1989. È quindi da ritenersi superata, o almeno fortemente ridimensionata, l'interpretazione che assegna al fine educativo la capacità di annullare – o di diminuire – il disvalore di condotte violente: il principio personalistico affermatosi con la Costituzione repubblicana non consente in alcun modo di mediare tra finalità educative e dignità o integrità personale.

A ciò occorre aggiungere che le più moderne teorie pedagogiche escludono che umiliazioni e sofferenze (fisiche o psichiche) inflitte a un minore possano sortire un qualche effetto positivo o dissuasivo⁴. La già richiamata Convenzione ONU del 1989 esclude il ricorso a metodi educativi violenti, che non potranno mai prevalere – per una questione di civiltà – su cultura, persuasione, convincimento e dialogo. Questa linea ermeneutica è, del resto, adottata con convinzione dalla giurisprudenza più recente, la quale vede nel minore un soggetto titolare di diritti, e non l'oggetto «di un malinteso senso di protezione»⁵.

Alla stregua di questi nuovi parametri scientifici e culturali il giudice di prime cure ricostruisce l'abuso rilevante ai sensi dell'art. 571 c.p., consistente nel travalicamento ingiustificato di un *uso* legittimo di mezzi di correzione o di disciplina, la cui fonte sarà individuata in norme extrapenalistiche (come le circolari e i regolamenti ministeriali) ma anche in usi sociali che siano ritenuti adeguati in un dato momento storico⁶. Correlare l'abuso all'uso significa anche valutare che il mezzo educativo utilizzato sia tale per *natura* e per *destinazione*: ne deriva

correzione e di disciplina, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 170. Sui limiti tra uso e abuso cfr. S. LARIZZA, *La difficile vita del reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Cass. pen.*, 1997, 33; F. RAMACCI, *Atipicità del fatto ed esercizio del diritto negli interventi correttivi o disciplinari*, in *Giust. pen.*, 1969, II, 403; C. FIORE, *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Foro pen.*, 1963, 35; F. ANTOLISEI, *Osservazioni in tema di "Jus corrigendi"*, in *Giur. it.*, 1952, II, 13; G. BETTIOL, *Aspetti del "Jus corrigendi" nel diritto penale*, in *Scuola pos.*, 1943, 33.

⁴ Particolarmente significativa, sotto questo aspetto, è la recente Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 14 e ss., ove si ribadisce che «integra il reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina l'uso in funzione educativa del mezzo astrattamente lecito che trasmodi nell'abuso sia in ragione dell'arbitrarietà o intempestività della sua applicazione, sia in ragione dell'eccesso nella misura» (nella specie, l'imputato aveva inflitto reiterate umiliazioni alla figlia costringendola altresì, con minaccia di percosse, a scrivere ripetutamente la frase "non sono una ladra, non devo rubare").

⁵ Così Cass. pen., Sez. VI, 31 maggio 2007, N.B., in *dejure.giuffre.it*

⁶ Sullo *jus corrigendi* v., da ultimo, A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 191 e ss.; G. PANEbianco, *L'esercizio di un diritto*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. I a cura di G. de Vero, Torino, 2010, 347.

che la condotta abusiva ricorre ogni volta che il mezzo sia utilizzato «per un interesse diverso da quello per cui è stato conferito (vessatorio, esemplarmente punitivo, volto al mero insulto o all'umiliazione, per riaffermare semplicemente la propria autorità)»⁷. L'abuso presuppone sempre, in certo modo, l'inadeguatezza o l'eccentricità dei modi d'intervento, tenuto conto del *contesto culturale* e della *situazione concreta* su cui si innesta la condotta dell'agente, e sempre che dall'abuso in questione derivi il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente del soggetto "corretto"⁸.

La condotta di cui all'art. 571 richiede inoltre il dolo, consistente nella volontà di usare il mezzo pedagogico o di disciplina sapendo che si tratta di abuso da cui possa derivare una malattia fisica o psichica.

Su queste basi è finalmente possibile appurare se il mezzo educativo utilizzato nel caso di specie, ovvero far scrivere cento volte su un quaderno la frase "sono deficiente", sia proporzionato rispetto allo scopo pedagogico perseguito, tenuto conto della situazione concreta in cui l'imputata si trovava ad operare e delle caratteristiche antropologiche dei suoi giovani interlocutori.

Il Gip esclude, in primo luogo, che la condotta in esame possa aver cagionato il pericolo di una malattia psichica⁹ nel destinatario della correzione, affetto da disturbi comportamentali di eziologia ed entità incerte e quasi certamente già presenti almeno quattro giorni prima del fatto dedotto in contestazione.

La dinamica "ambientale" del fatto consentirebbe poi di escludere, nel caso concreto, anche la sussistenza di un abuso in grado di determinare oggettivamen-

⁷ Gip Palermo, 27 giugno 2007, in *Quest. Giust.*, cit., 831.

⁸ Gip Palermo, 27 giugno 2007, in *Quest. Giust.*, cit., 832: «alla stregua dei suddetti parametri di valutazione della condotta sul piano oggettivo, la giurisprudenza del Supremo Collegio, nel tempo, ha ritenuto come leciti i mezzi di correzione tradizionali tali da non porre in pericolo l'incolumità del soggetto passivo (Cass. 1982/1451) e quindi quelli adeguati al fine da perseguire. Più precisamente il Supremo Collegio si è limitato a rilevare che non sono consentiti, ad esempio, l'uso della cinghia o gli atti di violenza fisica dell'insegnante, vietati anche dai regolamenti scolastici (Cass. 19 gennaio 1972, in *Giust. Pen.*, 1974, II, 4989), non fornendo tuttavia indicazioni specifiche sulle condotte che pur non integrando gli estremi di un'aggressione fisica al corpo sono tuttavia suscettibili di determinare il "pericolo di malattia della mente" per la loro inadeguatezza alla finalità educativa perseguita».

⁹ La Cassazione attribuisce al concetto di "malattia della mente" di cui all'art. 571 c.p. un'accezione molto più ampia di quella (medica) cui si fa riferimento nell'accertamento dell'infirmità di cui agli artt. 88 e 89 c.p., e consistente in ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo: cfr., tra le altre, Cass., 7 febbraio 2005, Cagliano, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 20, 74, con nota di G. DOSI, *Infanzia negata, serve più prevenzione. C'è un solo mezzo: il curatore speciale*, richiamata espressamente in motivazione da Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2007, cit., 14.

te il pericolo di malattia. Per operare questa valutazione, risulterebbero appunto decisivi il *contesto* in cui la condotta è andata a inserirsi ed il *modo* in cui essa è stata intesa dal diretto interessato. In particolare, i biglietti scritti a commento della vicenda dai compagni di classe dell'allievo turbolento, inclusi tra le fonti di prova utilizzabili, dimostrerebbero proprio la corretta percezione delle finalità pedagogiche del gesto, dell'uso non ingiurioso del termine "deficiente" (destinato a evidenziare solo la mancanza di sensibilità dell'allievo) e dell'inutilità di mezzi correttivi più blandi a carico del destinatario della correzione. L'allievo etimologicamente "deficiente" era già ampiamente noto per atteggiamenti "bullistici" sfociati nella sistematica derisione e nell'aperta emarginazione nei confronti di un compagno di classe, insultato con un aggettivo discriminatorio verso una determinata categoria di persone: atteggiamenti tanto più pericolosi sia perché inutilmente lambiti da pregressi mezzi educativi "istituzionali", sia soprattutto perché oggetto di ammirazione ed emulazione da parte dei compagni.

Recenti ricerche psicopedagogiche sostengono, in proposito, che la prepotenza, se non tempestivamente neutralizzata e stigmatizzata, può condizionare le relazioni tra compagni di classe fino a essere accettata come presupposto "normale" dei rapporti personali e sociali¹⁰. Ora, il non intervenire nei confronti dello sfrontato atteggiamento dell'offensore, che si era pervicacemente rifiutato di chiedere scusa all'offeso, avrebbe finito con l'accreditare presso i compagni di classe l'idea dell'adeguatezza sociale delle condotte vessatorie ai danni dei più deboli, con un'inaccettabile distorsione dei modelli comportamentali a cui tutti gli altri alunni avrebbero dovuto ispirarsi. Beninteso, l'intervento educativo in questione, oltre ad avere una valenza generalpreventiva verso l'insieme dei compagni di classe, rivendicherebbe una specifica finalità paideutica anche nei confronti del minore "corretto": l'analisi comportamentale consente, infatti, di ravvisare un nesso probabilistico di tipo involutivo tra bambino prevaricatore e adulto antisociale¹¹. La consuetudine verso tattiche intimidatorie trasforma il fanciullo prepotente in uomo violento: un'argomentazione dotata di indubbia efficacia, se solo si inquadra il fatto in una realtà antropologica complessa (definita "difficile" dalla preside dell'istituto proprio perché connotata dalla serpeg-

¹⁰ V., tra gli altri, A. CIVITA, *Il bullismo come fenomeno sociale. Uno studio tra devianza e disagio minorile*, Roma, 2007. Per un'analisi criminologica della correlazione tra abusi e delinquenza minorile cfr., per tutti, A. BANDINI - U. GATTI - B. GUALCO - D. MALFATTI - M. I. MARUGO - A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, I, Milano, 2003, 163 e ss., ed Autori *ivi* citati.

¹¹ Cfr. A. RICCI, in *Bullismo e dintorni. Le relazioni disagiate nella scuola*, a cura di Z. Formella e A. Ricci, Roma, 2011, 85 e ss.

giante subcultura della prevaricazione¹²⁾ come quella della scuola palermitana in cui l'episodio contestato si verifica.

Rispetto al fenomeno del bullismo, osserva il Gip riprendendo recenti studi psicopedagogici, non esiste una regola generale. Appaiono tuttavia inefficaci e desueti «gli strumenti di correzione indicati tassativamente dai regolamenti in materia di istruzione relativi ad ammonimento, censura, sospensione dalla scuola, esclusione dagli scrutini o esami, espulsione»¹³. Talora per sdrammatizzare un episodio vessatorio è sufficiente l'ironia. Nondimeno, quando il comportamento aggressivo sia irredimibile, occorre un intervento deciso ma non determinabile *a priori*, tanto più che di norma le scuole non predispongono corsi di formazione riservati ai docenti di classi “difficili”. In un *milieu* come quello della scuola in cui si è verificato l'episodio qui in commento, l'unico avamposto contro il bullismo – conclude il giudice – è rappresentato dalle iniziative estemporanee dei singoli soggetti. La legittimità del mezzo utilizzato è quindi dimostrata in concreto dalla tempestività dell'intervento, dalle caratteristiche di “resistenza eccezionale” del destinatario dei mezzi di correzione o di disciplina e dal modo in cui l'iniziativa correttiva è stata percepita dalla classe. Tali elementi, considerati nel loro complesso, consentono in ogni caso di escludere il dolo che connota il disvalore soggettivo della condotta di cui all'art. 571 c.p.

3. Segue: *e quelle (antitetiche) della sentenza d'appello*

Le argomentazioni addotte dal Gip per valutare l'insussistenza del fatto vengono ribaltate dalla pronuncia della Corte d'Appello¹⁴, più attenta – come accennato in precedenza – ai risvolti psicologici della punizione sul destinatario che alle sue particolari caratteristiche antropologiche di soggetto “difficile” inquadrato in un contesto “difficile”. Un rilievo speciale occupa, poi, la ricostruzione dell'intento ingiurioso celato dietro l'uso – nel caso in esame – del termine “deficiente”, ripetuto per ben cento volte.

La Corte d'Appello rivisita criticamente, in questa diversa prospettiva, la diagnosi riguardante i disturbi comportamentali da cui l'allievo punito sarebbe stato affetto dopo l'intervento “correttivo”, l'inquadramento dell'episodio nell'am-

¹² La più efficace descrizione antropologica della subcultura della prevaricazione si trova tuttora nell'opera di H. HESS, *Mafia*, Bari-Roma, 1973, con prefazione di L. Sciascia: il “mafioso” non sa di essere tale, perché vive nella mafia come un feto nel liquido amniotico.

¹³ Gip Palermo, 27 giugno 2007, in *Quest. Giust.*, cit., 837.

¹⁴ Corte d'Appello di Palermo, III Sez. penale, 16 febbraio 2011, cit.

bito di atti di "bullismo" e la portata del messaggio "educativo" percepito dai compagni di classe.

La Corte accoglie preliminarmente il rilievo mosso dal Procuratore della Repubblica appellante, secondo il quale i termini dell'accusa sarebbero più ampi di quelli evidenziati dalla sentenza di primo grado. L'imputata non si sarebbe, infatti, limitata – con metodo obsoleto ma ancor lecito – a far scrivere cento volte all'allievo sul proprio quaderno la frase "sono un *emerito* deficiente" (poi corretta in "sono deficiente"), ma avrebbe pronunciato anche frasi lesive della dignità del minore e oggettivamente minacciose, quali l'annunciato intento di sottrarlo alla tutela dei genitori per farlo rinchiudere in un istituto. Le modalità stesse della punizione, inoltre, sarebbero state intrinsecamente afflittive: l'insegnante volle che l'operazione fosse compiuta in maniera assai scrupolosa e in presenza dei compagni, esigendo anche che il "compito" del ragazzo venisse sottoscritto dai genitori dell'alunno.

La sentenza di primo grado avrebbe sottovalutato la portata dei disturbi psicologici integranti la malattia nella mente di cui all'art. 571, comma 2, c.p. Essi, a detta dello psicologo, erano classificabili come "sintomi da disturbo acuto da stress", attribuiti dal giovane unicamente al timore che la professoressa – nota, a sua volta, per il temperamento "turbolento" – gli incuteva. Dagli atti processuali sarebbe inoltre improbabile attribuire tali disturbi a fattori eziologici diversi dal contegno della professoressa in aula. Essi consistevano, infatti, in sensazione di soffocamento e angoscia in classe, nella paura di tornare a scuola o di incontrare la docente per strada e in incubi notturni: sintomi peraltro scomparsi a seguito del cambio di istituto.

Le acquisizioni processuali non consentirebbero, contestualmente, di attribuire al minore atteggiamenti da "bullo": in questo passaggio le argomentazioni della Corte d'Appello si fanno più ardite, contraddicendo *in toto* la ricostruzione dell'episodio effettuata dal giudice di prime cure. La Corte condivide la sentenza impugnata circa le conseguenze delle manifestazioni di bullismo sulla personalità di giovani individui, da prevenire e contrastare con interventi tempestivi che interessino l'intero gruppo degli alunni e il *milieu* scolastico (genitori degli allievi inclusi). Tuttavia, la risposta educativa deve sempre essere «proporzionata al comportamento deviante» e non può mai consistere «in trattamenti lesivi dell'incolumità fisica e particolarmente afflittivi della personalità del minore».

Da queste considerazioni la Corte trae due deduzioni totalmente diverse:

- 1) la risposta punitiva della docente appare in ogni caso del tutto illegittima perché afflittiva della personalità del minore;

- 2) il minore offeso non sarebbe “bullo”. Meglio: non sarebbe più “bullo” dello stesso ragazzo da lui discriminato e offeso. Prove inequivocabili smentirebbero l’atteggiamento di sistematica derisione ed il tentativo di emarginazione nei confronti del compagno apostrofato come *gay*: due note sul registro di classe, attestanti che l’offensore e l’offeso “si rincorrono in aula” e “si picchiano”, dimostrerebbero «*che i due interagivano tra loro e mostravano pari vivacità*»¹⁵! Beninteso, sarebbe notoria la tendenza giovanile ad «utilizzare per offendere espressioni relative all’identità di genere: si tratta di pratica biasimevole», tale da rendere legittima la punizione in sé ma non il mezzo punitivo e nemmeno il messaggio trasmesso attraverso la punizione.

Si può concordare sulla difficoltà del contesto scolastico (ambiente privo di stimolazioni, codici linguistici ristretti e impropri, forte tasso di analfabetismo, influenza di modelli comportamentali deleteri), «ma non sul fatto che le caratteristiche della personalità dei due minori imponevano quella punizione, e neppure sulla non intenzionalità» dell’offesa arrecata al minore punito. Costui «non era un ragazzino problematico», essendo stato anzi dalla stessa docente definito intelligente e vivace, capace di ascoltare i rimproveri mossigli per i suoi comportamenti indisciplinati e persino di aiutare i compagni con difficoltà di apprendimento. Vero è che il ragazzo aveva già ricevuto ben ventitré note sul registro dall’inizio dell’anno scolastico, ma nessuna era stata «applicata per azioni aggressive verso compagni»: esse non denoterebbero, quindi, un comportamento prevaricatore, ma solo una personalità esuberante.

La natura dolosa del comportamento incriminato sarebbe infine dimostrata dalle dichiarazioni della stessa docente, che avrebbe qualificato l’atteggiamento del proprio allievo “privo di senso, di intelligenza”. Difficile sarebbe credere alla spiegazione dell’imputata sulla scelta del termine “deficiente” perché familiare al lessico degli allievi: in un ambiente come quello descritto dalla preside dell’istituto scolastico, è quanto meno «improbabile che bambini di undici anni o poco più utilizzassero nelle loro conversazioni il termine deficiente con riferimento alla sua etimologia e come sinonimo di insufficiente, carente, scarso o manchevole, e non lo adoperassero piuttosto, come avviene di solito, in senso spregiativo, come equivalente di imbecille, cretino o stupido».

La Corte d’Appello rileva tra l’altro – invero correttamente – che il significato etimologico dell’epiteto ben difficilmente poteva esser colto in presenza dell’aggettivo *emerito*: «nel linguaggio comune, adoperando un ironico ossimoro, si

¹⁵ Corsivo nostro.

usa accostare l'aggettivo "emerito" a termini che sono sinonimo di "deficiente": "sei un emerito cretino" o "sei un emerito imbecille"!». I bigliettini scritti dai compagni di classe e inseriti tra le fonti di prova non dimostrerebbero, sotto questo punto di vista, la giusta percezione del messaggio educativo: al contrario, essi sarebbero stati scritti solo *dopo* le lagnanze del padre dell'allievo punito e in evidenti condizioni di soggezione psicologica verso la docente¹⁶. Ciò trasfigura in senso decisamente illecito sia la *natura* (impropria) che la *destinazione* (consapevolmente offensiva e per nulla educativa) del mezzo di correzione utilizzato, che non può più essere considerato come mera espressione di uno "stile comunicativo superato" ma semmai di un comportamento afflittivo e umiliante, del tutto estraneo a qualsiasi funzione educativa.

4. Ragioni pedagogico-disciplinari e ius corrigendi

Gli spunti di riflessione offerti dalle sentenze qui illustrate possono riassumersi in due interrogativi di rilievo fondamentale. Occorre, in primo luogo, chiedersi se l'uso improprio di un mezzo correttivo – addirittura obsoleto, come nel caso di specie – possa essere legittimato da un contesto di emergenza subculturale, laddove il ricorso a metodi educativi "politicamente corretti" sia già risultato inefficace. La risposta affermativa a questa domanda implicherebbe una ricostruzione socio-antropologica del delitto di cui all'art. 571 c.p. in grado di attribuire una connotazione assai vasta allo *jus corrigendi*, ma non proprio in linea col principio personalistico emergente dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione ONU di New York del 1989.

La sentenza di primo grado – molto attenta alle difficoltà dell'insegnamento in quartieri degradati – manifesta, in verità, una cospicua incongruenza tra premessa e conseguenze. Nella prima parte, l'abuso viene individuato in base alla natura e alla destinazione del mezzo correttivo utilizzato, sicché esso presupporrebbe sempre un'anomalia nei modi d'intervento, tenuto conto del *contesto culturale* e della *situazione concreta* su cui si innesta la condotta dell'agente. Si ribadisce tuttavia che il metodo "educativo" non può in ogni caso consistere

¹⁶ Secondo Corte d'Appello di Palermo, III Sez. penale, 16 febbraio 2011, cit., «l'iniziativa dei biglietti può essere considerata, peraltro, un atto ulteriormente vessatorio...in contrasto con i più elementari principi in materia di scienza pedagogica, giacché ha di fatto determinato, anche per la messa in discussione dell'intervento tutelante del padre del minore, una situazione di contrapposizione e conflitto tra il medesimo e la quasi totalità dei compagni, col conseguente suo isolamento rispetto al gruppo».

– in base a un’interpretazione evolutiva dell’art. 571 c.p. – in comportamenti offensivi o violenti, suscettibili di produrre un danno all’integrità fisio-psichica del minore. Eppure il Gip del Tribunale di Palermo afferma che l’uso improprio del mezzo educativo sia lecito in circostanze anomale, in qualche modo anche “eccezionali”, che giustifichino la rinuncia ai metodi correttivi più moderni e il ritorno a strumenti culturalmente superati ma incisivi. In tal modo si rischia, tuttavia, di instaurare una sorta di proporzione diretta tra l’anomalia del mezzo e quella del comportamento del destinatario della correzione: seguendo un’argomentazione di questa portata, si può paradossalmente arrivare a ritenere lecito l’uso di mezzi correttivi potenzialmente violenti per emendare da comportamenti violenti (*vim vi repellere licet?*).

In secondo luogo, diventa necessario comprendere l’opportunità di una ricostruzione del confine tra uso e abuso sulla base, da un lato, delle ripercussioni psico-emotive della punizione *borderline* e, dall’altro, delle intenzioni della docente al di là dell’obiettiva presenza di ragioni pedagogico-disciplinari. Aderendo a questa impostazione, si corre il pericolo di mortificare gli ambiti applicativi di metodi educativi eccentrici ma *legittimi*, ravvisando il dolo nell’inflizione certamente volontaria della punizione, prima che nella vera e propria consapevolezza dell’abuso perpetrato. La sentenza d’appello parte infatti da una spiccata connotazione soggettiva dell’abuso, fondata più sulla sensibilità turbata (non del tutto credibile) dell’allievo che sulla ricostruzione del momento genetico dell’abuso. Il bullismo che dà origine all’episodio viene in concreto ridimensionato fino alla banalizzazione: esso viene descritto come un fisiologico fenomeno di interazione tra adolescenti vivaci, in cui la vittima del bullo è parte integrante – dotata di pari potere contrattuale – di un “dialogo” che si manifesta anche attraverso inseguimenti e atti di violenza fisica (denotanti, al più, esuberanza ma non prepotenza). L’insulto discriminatorio al compagno viene infine liquidato come espressione di una “tendenza giovanile ad utilizzare per offendere espressioni relative all’identità di genere”, in rapporto alla quale qualunque intervento educativo diverso dal richiamo verbale risulta *in re ipsa* sproporzionato. A maggior ragione, in questa prospettiva, sarebbe spropositata una punizione per sua natura offensiva, come provato dal contegno complessivo della docente e dalla presenza dell’aggettivo “emerito” nella prima formulazione della frase “disciplinante”: una riflessione, questa, tanto intrigante quanto fuorviante, considerato che l’aggettivo rivelatore della consapevolezza dell’abuso è stato, di fatto, espunto dalla frase incriminata nella sua versione “definitiva”.

5. Le modalità dell'intervento correttivo:

abuso travisato da uso o uso travisato da abuso?

Entrambe le pronunzie sembrano fornire una valutazione parziale, comunque insoddisfacente, del fatto: la prima descrive in modo ineccepibile il contesto ambientale e le esigenze paideutiche che danno vita all'episodio, qualificando però come legittimo un metodo "estremo"; la seconda rinnega invece *a priori* sistemi educativi violenti e ridimensiona il "contesto ambientale", prescindendo dalla gravità oggettiva delle circostanze da cui l'abuso sarebbe scaturito. La prima ravvisa nel comportamento della docente un "uso travisato da abuso", pur sempre rientrante nell'ambito dello *jus corrigendi* su soggetti "difficili"; la seconda descrive invece senza mezze misure un "abuso travisato da uso", in cui l'intervento correttivo sarebbe sproporzionato sia in sé, posto che un mezzo correttivo ingiurioso non trarrebbe più alcuna legittimazione dall'attuale interpretazione dell'art. 51 c.p., sia in rapporto alla gravità effettiva della condotta dell'allievo.

Ora, non v'è dubbio che l'uso della ripetizione ossessiva di una frase "monitoria" sia retaggio di metodi educativi superati e, per certi versi, brutali, risalenti a epoche in cui persino l'insulto personale era considerato un mezzo "socialmente adeguato" di correzione dei comportamenti devianti. Tuttavia ciò non può comportare un pregiudiziale ridimensionamento del significato del fatto che ha dato origine alla correzione e, soprattutto, dei fattori ambientali che hanno condizionato l'intera vicenda: essi non possono probabilmente trasformare in uso l'abuso, ma diventano indispensabili per la ricostruzione di una condotta abusiva realmente *dolosa* da parte della docente. L'intento dell'insegnante di reprimere un comportamento discriminatorio e offensivo nei confronti di un altro allievo, specie se commesso da un soggetto abitualmente "refrattario" alle correzioni istituzionali, è in realtà difficilmente compatibile con un atteggiamento psicologico volto a infliggere una mortificazione gratuitamente lesiva della dignità del minore.

Esso pare invece, sia pure in modo spropositato e maldestro, espressione di un'istanza educativa volta al recupero della giusta percezione dei rapporti tra minori e, più in generale, tra esseri umani: istanza ispirata invero alla "tolleranza zero" nel modo più drastico, ma non per questo ancora dolosa, e correttamente percepita – persino in senso etimologico, con buona pace dell'aggettivo "emerito" – dai compagni di classe nei bigliettini sull'episodio acclusi agli atti del processo.

Si può discutere dell'uso del termine "deficiente" in senso prettamente eti-

mologico o offensivo, e tuttavia nel caso di specie non è tanto il termine in sé a generare “abuso”, quanto la sua ripetizione ossessiva: è la reiterazione, non l’epiteto in quanto tale, a dare l’impressione di un superamento dei limiti dell’uso, determinato dall’obiettivo di intimidire l’allievo “bullo” e di orientare culturalmente gli altri compagni. Ma proprio l’esigenza didatticamente doverosa di stigmatizzare un atteggiamento discriminatorio verso un compagno deriso in quanto “gay” esclude la doloosità di qualche “deficiente” di troppo, in considerazione della necessità di prevenire condotte prevaricatrici verso gli allievi più deboli.

Nel comportamento della professoressa sono ravvisabili, in effetti, gli estremi dell’eccesso *colposo*¹⁷ dai limiti dell’esercizio del diritto di correggere. La colpa *impropria*¹⁸ che caratterizza l’eccesso è *prima facie* simile al dolo: in essa il comportamento incriminato è sì volontario ma strutturalmente colposo, caratterizzato da una sproporzione tra mezzo e fine – presumibilmente determinata dall’exasperazione della docente e non da reali intenti offensivi – in presenza di tutti gli altri requisiti costitutivi della situazione scriminante. Certo, si potrebbe obiettare che, nel caso in esame, l’eccesso colposo conduca comunque alla non punibilità del fatto, stante l’assenza di una previsione espressa sull’abuso *colposo* dei mezzi di correzione o di disciplina: ma la “deficienza” di tutela del nostro sistema giuridico è qui quanto mai opportuna, considerata la difficoltà estrema del tentativo di educare l’allievo che manifesti disagio psicologico per il... tentativo di essere educato.

¹⁷ Per una sintesi delle due specie di eccesso colposo ascrivibili all’art. 55 c.p. (erronea valutazione dei presupposti fattuali della scriminante e superamento dei limiti oggettivi di una scriminante correttamente valutata) cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, , *sub* art. 55, 3. In argomento v., tra gli altri, P. SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 180 e ss.

¹⁸ Per tutti F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, 448.

ANTONIO VALLINI

L'ECESSO DELL'EDUCATORE, L'EMPATIA DEL GIUDICE.
OVVERO DELL'USO EMOTIVO DEL POTERE

Sommario: 1. Il retaggio normativo di una vetusta idea di educazione. – 2. Interpretazioni che adeguano il passato al presente, oppure il presente al passato. – 3. Le insidie dell'“equità” rispetto a un caso coinvolgente. – 4. La ricostruzione del giudice di primo grado: un'apprezzabile reazione a un atto di bullismo – 5. La ricostruzione del giudice di secondo grado: un intollerabile e gratuito abuso disciplinare – 6. Pirandello in Tribunale – 7. Le diverse ragioni della tipicità – 8. Le aperture del giudizio di colpevolezza

1. *Il retaggio normativo di una vetusta idea di educazione*

La fattispecie di “abuso dei mezzi di correzione o di disciplina”, di cui all'art. 571 c.p., è pericolosamente indeterminata.

Indeterminata, perché si offre a letture profondamente distanti per implicazioni teleologiche. Un'indeterminatezza dovuta non tanto all'oscurità della descrizione, quanto ad una sorta di obsolescenza “culturale” e sistematica. Quella figura criminosa ha smarrito il suo orizzonte di senso, via via che l'ordinamento si è evoluto in termini personalistici, pluralistici ed egualitari, mentre le scienze pedagogiche, seguendo uno sviluppo per certi versi parallelo, liquidavano come relitti del passato tecniche educative fondate sull'imposizione violenta di modelli, sulla punizione dolorosa o degradante¹. Essa risente, insomma, di pregiudiziali ideologiche oggi inaccettabili², tuttavia così condizionanti il testo e la *ratio* da rendere non per tutti plausibile quell'esegesi evolutiva e costituzionalmente orientata che è, comunque, necessaria. Da questa tensione discendo-

¹ Cfr. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, II, t.I, *I delitti contro la persona*, 3^a ed., Bologna, 2011, 369.

² Di una “consacrazione legislativa” di una concezione educativa addirittura medievale parlano G.D. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, *Nss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 99; G. PIOSELLI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 171. Sull'evoluzione storica della fattispecie v. per tutti M.C. PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571)*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale – VI, I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, a cura di A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, Torino, 2009, 552 ss.

no oscillazioni ermeneutiche che possono condurre, sia pur in parte – sia pure, persino, inconsapevolmente – ad una riesumazione di concezioni illiberali di rapporto educativo. Per questo *pericolosamente* indeterminata.

L'art. 571 c.p. in effetti – se letto attentamente, e “tra le righe” – postula contesti di carattere scolastico, lavorativo, familiare, educativo in genere, connotati in termini verticistici e autoritari; non certo intesi, come nella nostra Costituzione, quali “formazioni sociali” ove tutti i partecipi cooperano con pari dignità e diritti allo sviluppo delle rispettive personalità, nonostante la distinzione dei ruoli.

Più nello specifico, l'art. 571 c.p., nel momento in cui stigmatizza un *abuso* in mezzi di correzione e disciplina, suscettibile di procurare un *eccessivo* pericolo per la salute del destinatario, ammette implicitamente l'*uso* di strumenti incidenti in modo “adeguato” sull'integrità psico-fisica³. Presuppone, insomma, il legittimo ricorso a *sanzioni corporali*, o comunque vessatorie, al fine di garantire l'adeguamento del “sottoposto” a certi *standard* comportamentali. Sennonché, oggi come oggi sono inconcepibili atti pedagogici, così come disciplinari, destinati a mettere a rischio l'incolumità del destinatario. Se c'è, nel comportamento, questa particolare implicazione offensiva, esso non costituisce un esercizio di *jus corrigendi*, di cui si possa usare o abusare, bensì un'aggressione alla persona *tout court*.

La norma allude, poi, ad un potere-dovere di chi ha responsabilità apicali, all'interno di quei contesti, di operare in termini *correttivi* per ricondurre i subordinati a *disciplina*; vale a dire – la terminologia utilizzata è fortemente evocativa – raddrizzare i contegni devianti rispetto al progetto pubblicistico di una società “docile” e necessariamente “omogenea” negli atteggiamenti⁴. Un'idea di società ben diversa da quella “aperta” oggi propugnata dalla Costituzione, ispirata al valore del pluralismo e portata a valorizzare le formazioni sociali quali luoghi adibiti al pieno sviluppo delle diverse istanze personali, pur nel rispetto delle prerogative altrui; sicché nessuna prospettiva di “correzione disciplinare”

³ Cfr. S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Cass. pen.*, 1997, 34 ss.

⁴ Lo stesso G. BETTIOL, *Aspetti dello “jus corrigendi” nel diritto penale (jus corrigendi quando un potere di supremazia manchi)*, in *Sc. pos.*, 1943, 33 s., scriveva della patria potestà come del «potere di organizzare la famiglia e di imprimere alla stessa una fisionomia e direzione che ne fanno un organismo che trascende [...] l'individuo»; aggiungendo però come, in ogni caso, all'interno della famiglia l'individuo debba trovare «la possibilità di una prima espansione delle sue facoltà intellettuali e delle sue energie morali», così potendo far valere il proprio interesse personale ad essere educato e all'integrità fisica.

è compatibile col programma costituzionale, mentre guadagna importanza il concetto di *educazione*, cioè di attribuzione di competenze e conoscenze necessarie, appunto, per elaborare la propria individualità ed il proprio talento nell'osservanza di norme di convivenza civile. Sopravvivono, certo, spazi per la "disciplina", ma non più intesa quale intervento correttivo sulla "personalità", bensì quale apparato sanzionatorio, di limitata afflittività, necessario per garantire regole minime di rettitudine e decoro all'interno di istituzioni e gruppi rappresentativi di professioni. In ambito scolastico, per ovvie ragioni, anche l'intervento disciplinare risulta fortemente intriso di significati pedagogici.

Ancora: l'art. 571 c.p. sembra presupporre un potere di "correzione" il cui contenuto è costituito da una discrezionalità tendenzialmente libera. Quella norma definisce, infatti, un "limite massimo" davvero estremo – l'abuso riconoscibile nella produzione di un pericolo di malattia – lasciando intendere che, fino a quel limite, la potestà correttiva in fondo possa svolgersi senza troppi vincoli⁵. Attualmente, tuttavia, quel divieto penale di abusi capaci di produrre un pregiudizio psico-fisico appare così lontano, per qualità, dalla "fisiologia" e dalla "teleologia" dell'atto pedagogico da potersi finanche dubitare che ancora di un "limite" si tratti, se il limite deve comunque connotarsi per una contiguità strutturale rispetto al fenomeno che circoscrive. Altri sono i parametri di carattere modale e procedimentale ai quali lo *jus corrigendi* deve conformarsi, ed essi intervengono a definire la legittimità dell'esercizio di quella potestà ben prima che sia messa in gioco l'incolumità della persona. Così, in particolare, l'attuazione di una facoltà *lato sensu* educativa, non misurando più la propria validità nella strumentalità rispetto ad uno scopo sovraindividuale, bensì in rapporto alla propria capacità di soddisfare un diritto all'educazione dello stesso destinatario, può dirsi lecita finché *oggettivamente educativa*, secondo le migliori acquisizioni delle scienze della formazione; le quali ultime, dunque, si fanno criterio della stessa natura "educativa" dell'atto, prima ancora che di una proporzionalità nell'uso. Il potere disciplinare, poi, è sempre soggetto ad un rigoroso vincolo normativo. Proprio in quanto esercizio di una supremazia punitiva, deve sussistere una fonte formale che quel potere attribuisce, e devono rinvenirsi disposizioni che stabiliscono presupposti e limiti di quell'esercizio⁶.

⁵ Si potrebbe obiettare: il concetto di "abuso" rimanda a parametri extrapenalmente utili a definire "l'uso". Eppure, forte è la sensazione che l'abuso, per i compilatori di quella norma, consistesse *nel fatto stesso* di porre a repentaglio la salute, essendo perciò "uso" *qualsiasi altro* atto educativo e disciplinare, anche incidente sul corpo, non sfociato in un simile pregiudizio.

⁶ M. BOUCHARD, *Bullismo, mezzi di correzione, intervento penale*, in *Quest. giust.*, 2007, 826.

2. Interpretazioni che adeguano il passato al presente, oppure il presente al passato

Come si accennava poc'anzi, il dibattito ermeneutico che si è sviluppato intorno a questa peculiare figura criminosa offre – sintetizzando – due alternative.

Da un lato si propone una estrema riduzione della fattispecie, in termini costituzionalmente orientati⁷. Si sostiene, così, che “correzione” deve essere intesa come “educazione”⁸; che la titolarità di certi poteri autoritativi va del tutto esclusa in certi ambiti, come ad esempio nei rapporti di lavoro⁹, nelle relazioni tra coniugi¹⁰, o rispetto a figli maggiorenni, per quanto conviventi¹¹, o ancor di più in capo a terzi estranei a qualsiasi rapporto familiare o di affidamento¹²; che le “tipologie” di mezzi di cui si può usare e quindi, se del caso, abusare, sono estremamente ridotte e tassative. In particolare, in caso di potere disciplinare, devono considerarsi solo i mezzi riconosciuti come validi dalle norme che regolano e limitano di volta in volta quel potere. L'esercizio della potestà educativa deve invece conformarsi alle acquisizioni della migliore pedagogia¹³.

⁷ S. LARIZZA, *op. cit.*, 37, il quale sottolinea la natura “elastica” della fattispecie, dunque la sua attitudine a letture evolutive.

⁸ Cass., Sez. VI, 18.3.1996 (16.5.1996), Cambria, in *Cass. pen.*, 1997, 29, nota S. LARIZZA, *op. cit.*; Cass., Sez. V, 7.2.2005 (3.5.2005), Cagliano, in *Cass. pen.*, 2005, 3339, nota A. CAVALLO, *Sulla distinzione tra abuso di mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, e in *Dir. pen. proc.*, 2006, 355, nota di S. SILVANI, *Violenza per fini educativi: per l'abuso di mezzi di correzione basta il dolo generico*.

⁹ Cass., Sez. II, 7.7.1965 (15.9.1965), Fontinot, in *Ced* 099902.

¹⁰ Ritenendo la potestà maritale – comunque allora riconosciuta – non comprensiva di uno *jus corrigendi*: Cass., 22.2.1956, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 421, nota G.D. PISAPIA, *Norme di diritto e norme di civiltà: a proposito del preteso jus corrigendi del marito nei confronti della moglie*; Cass., Sez. VI, 7.6.1969 (22.7.1969), Lettig, in *Ced* 112288; Cass., Sez. VI, 8.3.1971 (4.5.1971), Bettelli, in *Ced* 117882; Cass., Sez. V, 28.10.1971 (29.11.1971), Capra, in *Ced* 119419; Cass., Sez. VI, 19.2.1974 (12.8.1974), Congiu, in *Ced* 127804. Sul punto ampiamente M.C. PARMIGGIANI, *op. cit.*, 573 ss.

¹¹ Cass., Sez. VI, 8.5.1984 (6.10.1984), Cipriani, in *Ced* 165991; Cass., Sez. VI, 10.1.2011 (7.2.2011), G., in *Ced* 249377.

¹² Diversamente in passato, ad es.: Trib. Matera, 6.5.1968, Ciancia, in *Giust. pen.*, 1969, II, 403, nota F. RAMACCI, *Atipicità del fatto e esercizio del diritto negli interventi correttivi e disciplinari*, con impostazione tuttavia “ribaltata” in Cassazione [Cass., Sez. I, 2.2.1970 (1.7.1970), Cinacia, in *Giust. pen.*, 1971, 2, 699]. Sul punto v. anche G. BETTIOL, *op. cit.*, 39 ss.

¹³ Non già, ci pare, ad una opinabile valutazione di “adeguatezza sociale” (in tal senso invece C. FIORE, *Esercizio dei mezzi di correzione e adeguatezza sociale*, in *Foro pen.*, 1963, 35 ss.; nonché, in un certo senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 372), capace di accreditare usi educativi diffusi, per quanto fondati su fraintendimenti pedagogici (quindi non funzionali obiettivi al diritto all'educazione del destinatario). Richiama come parametro il «costume dei popoli» G. PISAPIA, *Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina*, *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 33 [in

In questa prospettiva, non porta dunque all'applicazione della norma – di favore, se confrontata con altre fattispecie che, altrimenti, potrebbero risultare integrate – la “finalità educativa” soggettivamente perseguita dall'agente, bensì l'oggettiva “dimensione educativa o disciplinare” dell'atto, di cui pure si abusa¹⁴. La giurisprudenza ormai maggioritaria tende a dire che il dolo ha da essere generico, che l'*animus corrigendi* non costituisce la “sostanza” della fattispecie¹⁵.

Fatta salva, poi, l'ipotesi di una *vis modica o modicissima*, nel solo rapporto tra genitori e figli¹⁶, cui si possa attribuire una plausibilità pedagogica (appunto per la sua tenuità, per i modi e per l'occasione)¹⁷, in nessun caso è lecito individuare un semplice “abuso di mezzi di correzione o disciplina” a fronte di aggressioni per loro stessa natura orientate ed idonee a ferire la vittima nel corpo o nella mente. Ad interventi del genere, per vero, difetta *a priori* la sostanza di “mezzi” educativi e disciplinari: essi costituiranno altre e, normalmente, più gravi fattispecie di reato (percosse, maltrattamenti, lesioni, violenza privata)¹⁸. Se così è, il

giurisprudenza analogamente Cass., Sez.VI, 15.12.1982 (16.2.1983), Mancuso, in *Ced* 157482]. Una valorizzazione della qualità educativa del mezzo, piuttosto che del fine, era proposta già da G. PROSELLI, *op. cit.*, 171 ss. Sul punto, da ultimo e per tutti, M.C. PARMIGGIANI, *op. cit.*, 590 ss.

¹⁴ Trib. Torino, 7.9.1982, Arone e a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1150, nota di G. FRACCHIA, *Sui criteri di distinzione tra i delitti di abuso dei mezzi di correzione e di maltrattamenti in famiglia*; Cass., Sez. VI, 18.3.1996 (16.5.1996), Cambria, cit.; Cass., Sez. VI, 23.11.2010 (27.12.2010), C. e altri, in *Ced* 249216. L'impostazione è adottata, tra i primi, da F. ANTOLISEI, il quale propone la formula, destinata a meritato successo, secondo la quale non può esserci abuso in ciò di cui non sia obiettivamente lecito l'uso (v. oggi *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, 15° ed. a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, 531 ss.). La questione si misura, oggi, con la tematica dei c.d. “reati culturali”. Esclude che la soggettiva convinzione di attuare orientamenti pedagogici tipici della cultura di appartenenza possa, di per sé, escludere la configurabilità di un reato di maltrattamenti a fronte di reiterati atti di violenza fisica e morale ai danni del figlio minore: Cass., Sez. VI, 7.10.2009 (17.12.2009), E.F., in *Ced* 245329.

¹⁵ Cass., Sez. V, 7.2.2005 (3.5.2005), Cagliano, cit.; Cass., Sez. VI, 16.2.2010 (13.5.2010), P., in *Ced* 247367. V. poi, tra i tanti, P. PITTARO, *Il delitto di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Studi in ricordo di Gandomenico Pisapia*, I, *Diritto penale*, Milano, 2000, 842.

¹⁶ In altri contesti manca a priori, all'educatore, una legittimazione in tal senso: M. BOUCHARD, *op. cit.*, 826.

¹⁷ La lieve percossa, lo “sculaccione”, persino lo schiaffo possono costituire lecito uso di un potere correttivo nei confronti del figlio minore, ma facilmente trasmodano in abuso quando eccedenti il giusto limite per arbitrarietà o intemperatività, per parte del corpo attinta, per modalità, per significato contingente. In tal senso Cass., Sez. VI, 7.11.1997 (26.3.1998), Paglia e a., in *Ced* 211942; Cass., Sez. V, 15.12.2009 (18.1.2010), E.O., in *Cass. pen.*, 2011, 2193, nota P. SEMERARO, *Note sull'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*. Sul punto, v. tuttavia le importanti notazioni di M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persone*, a cura di D. PULITANÒ, Torino, 2011, 429 ss.

¹⁸ In tal senso, dopo aver constatato che gli ordinamenti scolastici impediscono assolutamente

pericolo per la salute, quale elemento costitutivo della fattispecie, non può che essere quello determinato da evenienze occasionali, non strutturalmente correlato alla tipologia di atto compiuto ed alla sua ordinaria funzione. Questa sua necessaria occasionalità lo rende poco compatibile con l'oggetto del dolo, sicché anche in questa prospettiva si comprende, forse, la propensione a considerarlo una "condizione obiettiva di punibilità"¹⁹.

Per la stessa ragione, cioè per l'impossibilità di intendere alla stregua di atti educativi o disciplinari aggressioni atte a determinare malattie in senso stretto, si tende ad "attenuare", per così dire, la nozione di "malattia", ritenendola comprensiva di quei "disagi" psichici – ansia, insonnia, disturbi del comportamento – che pure possono derivare da interventi "correttivi" validi in linea di principio, idonei a provocare turbamento né più né meno di qualsiasi manifestazione di critica e contrapposizione, per quanto costruttiva e dialettica²⁰.

Inutile aggiungere, infine, che non un mero "abuso di mezzi correttivi" è riscontrabile ove lo sfogo punitivo o la vessazione non corrisponda ad alcuna attuale ed effettiva mancanza disciplinare²¹.

te all'insegnante il ricorso alla violenza fisica, già Cass., Sez. II, 25.5.1965 (28.7.1965), Cultrera, in *Ced* 099842; Cass., Sez. I, ord. del 11.12.1970 (29.3.1971), Campagnoni, in *Ced* 117302. Rispetto ad un castigo attuato con la cinghia di cuoio, da cui derivava una malattia durata 35 giorni: Cass., Sez. I, 19.1.1972 (29.5.1972), Russo, in *Ced* 121164; Cass., Sez. VI, 25.9.1995 (18.3.1997), Aprile e a., in *Ced* 207527 (che qualifica come "maltrattamenti" un caso di sostanziale "riduzione in schiavitù" di una domestica extracomunitaria); Cass., Sez. VI, 18.3.1996 (16.5.1996), Cambria, cit.; Cass., Sez. VI, 22.9.2005 (3.11.2005), Agugliaro, in *Ced* 233478; Cass., Sez. VI, 23.11.2010 (27.12.2010), C. e altri, cit. Qualifica (peraltro riduttivamente...) come violenza privata l'inflizione di punizioni degradanti quali frustate, pulire il pavimento con la lingua, mangiare in ginocchio per un mese, cospargere il corpo di pomate irritanti: Cass., Sez. V, 9.5.1986 (14.10.1986), Giorgini, in *Giust. pen.*, 1987, 3, 217. Prima della Costituzione, v. G. BETTIOL, *op. cit.*, 35 s. V. poi F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 532, che individua un reato di percosse nel fatto del maestro che batte con la verga lo studente, o del soprintendente ai lavori che usa il bastone con l'apprendista; ritenendo invece applicabile l'art. 571 c.p., ad es., al caso dell'insegnante che espella momentaneamente dall'aula lo studente indisponente, mettendone a repentaglio la salute a causa dei rigori del clima.

¹⁹ Maggioritaria è l'idea che si tratti, appunto, di condizione obiettiva di punibilità. Tra i tanti P. PITTARO, *op. cit.*, 834; G.FIANDACA, E.MUSCO, *op. cit.*, 376. La qualificazione è peraltro controversa: per tutti M.C. PARMIGGIANI, *op. cit.*, 594 s.

²⁰ Cass., Sez. V, 7.2.2005 (3.5.2005), Cagliano, cit.; Cass., Sez. III, 22.10.2009 (23.12.2009), B.e altri, in *Ced* 245753; Cass., Sez. VI, 16.2.2010 (13.5.2010), P., cit. Ridimensiona invece sul piano probatorio il requisito del «pericolo di malattia»: Cass., Sez. VI, 1.4.1998 (21.5.1998), Di Carluccio, in *Ced* 210535.

²¹ P. PITTARO, *op. cit.*, 840; Cass., Sez. VI, 22.1.2001 (12.3.2001), Erba O e a., in *Ced* 218201, in relazione a gravi maltrattamenti attuati dal datore di lavoro ai danni di lavoratori al fine di costringerli a ritmi di lavoro intensissimi.

Senonché, questo tipo di lettura ha il limite di tendere all'*interpretatio abrogans*²²: perché riduce oltremodo gli spazi di legittimo esercizio dello *jus corrigendi*, rispetto a quelli chiaramente presupposti dall'art. 571 c.p.; e perché la fattispecie criminosa in esame, per come descritta, ben difficilmente può ritenersi applicabile a condotte realmente prive di qualsiasi elemento di aggressività²³. Sicché, per garantire comunque un sensato ambito applicativo alla disposizione, forte è la tentazione di procedimenti ermeneutici di opposto segno, i quali traggono motivo dalla sopravvivenza dell'art. 571 c.p. per ridimensionare la portata di un'idea liberale e personalista di pedagogia e di disciplina. Vale a dire: se esiste ancora questa norma, allora l'ordinamento, nei contesti sociali presi in considerazione, riconosce tutt'oggi spazi di autorità disciplinare ed educativa fondamentalmente "discrezionale" e in qualche misura – sia pur limitata – fondata sull'imposizione fisica o morale. È su queste basi che, ad esempio, pur ribadendo in linea di principio l'inaccettabilità di qualsiasi pedagogia trasmodante nella brutalità e nell'umiliazione, alla fine si applica lo stesso l'art. 571 c.p. in caso di veri e propri maltrattamenti psico-fisici della vittima, che meglio meriterebbero d'essere qualificati *ex art. 572 c.p.*, a voler essere consequenziali rispetto a quella premessa²⁴; o addirittura ancora si ritiene decisivo, per l'integrazione del delitto di "abuso di mezzi di correzione e disciplina", la presenza di un *animus corrigendi*²⁵, purché – qualcuno ha cura di aggiungere – esso non risulti contraddetto dalla natura obiettivamente "ripugnante" dell'atto compiuto²⁶.

In sintesi, se l'interpretazione ormai più accreditata tenta di costringere l'art. 571 c.p. nel ruolo di norma meramente sanzionatoria del superamento di limiti sanciti da parametri e fonti extrapenali, quella fattispecie mantiene una sorta di naturale propensione a definire essa stessa un limite estremo, fino al quale *tendenzialmente* è possibile spingersi.

²² Lo notava S. LARIZZA, *op. cit.*, 39, auspicando peraltro l'abolizione della fattispecie; cfr. altresì P. PITTARO, *op. cit.*, 845.

²³ Analoga impressione in M. BOUCHARD, *op. cit.*, 827

²⁴ Così la stessa Cass., Sez. V, 7.2.2005 (3.5.2005), Cagliano, cit., in relazione a gravi e reiterate sevizie del minore (tenuto legato a tavola durante i pasti, costretto a mangiare cibo rigurgitato, bendato di fronte ai cartoni animati, costretto ad immergere il viso nelle proprie deiezioni in caso di incontinenza). Più correttamente, a nostro avviso, Trib.Torino, 7.9.1982, Arone, cit., qualificava *ex art. 572 c.p.* la sottoposizione abituale del figlio a colpi di cinghia, privazione di cibo, sequestro nel vano doccia. Al riguardo v. anche il "problematico" rinvio di Cass., Sez. VI, 16.2.2010 (13.5.2010), P., cit.

²⁵ Cass., Sez. I, 29.6.1977 (21.10.1977), Lozupone, in *Ced* 137182; Cass., Sez. VI, 15.12.1982 (16.2.1983), Mancuso, cit.

²⁶ In tal senso G. PISAPIA, *op. cit.*, 33 s.

3. Le insidie dell'“equità” rispetto a un caso coinvolgente

L'orientamento che abbiamo trattato per secondo, nelle sue diverse modulazioni, può costituire di volta in volta una fortissima tentazione, specie quando la vicenda concreta sollecita a livello emotivo una “esecrazione” dei comportamenti dal soggetto da educare o correggere e, dunque, una “simpatia” verso chi abbia tentato, *a suo modo*, una reazione correttiva.

Qui sta l'insidia. Il recupero, sia pur parziale o velato, di un'idea intimamente “autoritaria” di potestà correttiva o disciplinare non è necessariamente debitore di nostalgie dell'interprete, ma può costituire il risvolto di buonissime intenzioni. In particolare, è in nome di un'idea lata di equità, di intuitiva giustizia “del caso concreto”, che quel recupero può avvenire²⁷.

Intendiamo qui per equità quel processo argomentativo, non sempre espresso, che muove da una valutazione pre-giuridica del fatto e da una selezione istintiva della soluzione auspicabile, spingendosi poi in qualche misura a “strumentalizzare” il dato legale affinché esso fornisca il crisma della “giuridicità” all'esito applicativo ritenuto, appunto, equo. Questo tipo di approccio può accreditare, se utili allo scopo, letture “involutive” della norma – che ne riesumano pregiudiziali illiberali – o comunque costituzionalmente “disorientate”. Da questa visuale, infatti, non importa la dimensione “generale ed astratta” della fattispecie, dunque neppure si pone il problema di una sua compatibilità di principio con la Costituzione. Quel che interessa è soltanto la capacità del parametro normativo di offrire *occasionalmente* una prestazione ritenuta valida in relazione alla singola e specifica controversia.

Per altro verso, l'equità può esprimersi, prima che in una interpretazione strumentale della norma, in una ricostruzione tendenziosa della vicenda storica – e i due aspetti sono evidentemente correlati. In genere, è noto come “precomprensioni” dell'interprete possano suggestionarlo nella fase di cognizione del *fatto concreto* (che può significare anche: fase di valutazione del materiale probatorio), quanto più l'accadimento abbia una particolare portata emotigena; sia in grado, cioè, di “mobilitare” istintivamente l'apparato di valori in cui l'interprete si riconosce, spingendolo ad accompagnare alla ricostruzione degli avvenimenti una personale *valutazione etico-sociale* che influenza quella *giuridica*, nella misura in cui induce ad enfatizzare certi dettagli “assiologicamente significativi” dell'accaduto, non altri.

²⁷ Non intendiamo affatto confrontarci, in questa sede, con nozioni ben più elaborate di equità, quale quella propugnata da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 204 ss.

L'ambito delle fattispecie riconducibili al 571 c.p. è particolarmente esposto a processi ermeneutici fortemente influenzati da pre-giudizi. Le situazioni che fanno sorgere un interrogativo circa il corretto uso di mezzi di correzione e disciplina vivono sempre, per loro stessa natura, di dinamiche di contrapposizione personale e valoriale: taluno attua una reazione educativa nei confronti di talaltro, che qualcosa avrà pure “combinato”, se ha suscitato l'altrui intervento correttivo. La contrapposizione impone, a livello affettivo, una scelta di campo; sollecita l'interprete a parteggiare per l'uno o per l'altro, non necessariamente con chi viene “disciplinato”.

L'episodio da cui traggono ispirazione queste riflessioni è paradigmatico, in tal senso. Esso si sviluppa in un contesto delicato: una scuola media di una periferia palermitana, ove possono vigere codici “negativi” e a tratti “paramafiosi” di relazioni sociali, inclini ad assecondare la prevaricazione del “più forte” e ostili al progetto culturale e di convivenza civile a fatica portato avanti dall'istituzione scolastica. All'interno di questa scuola, da tempo un giovane studente col carisma del *leader*, apprezzato e seguito da buona parte dei compagni, si contrappone con vivace ostilità ad altro e più introverso compagno di classe, fino ad apostrofarlo, un giorno, come “gay” e a precludergli l'accesso al bagno dei maschi. Snervata da questa *escalation* e, in particolare, irritata da quest'ultimo episodio, la docente decide di reagire in modo esemplare: impone all'aggressore di scrivere cento volte sul quaderno, pubblicamente di fronte alla classe, “io sono un deficiente”, quindi riportare il “compito” firmato dai genitori (in un primo momento si era richiesto di aggiungere al sostantivo l'aggettivo “emerito”, ma poi, a seguito di trattative, la sanzione viene in tal modo ridimensionata). I genitori, tuttavia, non apprezzano l'iniziativa della professoressa, e lamentando alcune ripercussioni sulla psiche del bambino, la denunciano per abuso dei mezzi di correzione e disciplina.

Ora, non v'è dubbio che quell'intervento punitivo, per la sua tendenza alla umiliazione ed alla stigmatizzazione della *persona*, più che del *gesto*, non abbia validità educativa. Per altro verso, quel tipo di castigo è senz'altro estraneo al novero delle sanzioni disciplinari delineate dai regolamenti in materia, per tipologia e procedura di irrogazione²⁸.

²⁸ V. appunto gli artt. 4 e 5 dello “Statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria” (d.p.r.24.6.1998, n. 249, poi modificato dal d.p.r. 21.11.2007, n.235); nonché il regolamento d'istituto della Scuola “Silvio Boccone” di Palermo – la scuola dove si sono verificati i fatti in esame – reperibile in www.smsboccone.it (sia pure relativamente all'a.s. 2011/12). Sull'abuso di mezzi di correzione in ambito scolastico, con ampi ed istruttivi riferimenti alla giurisprudenza anche di merito, M.C. PARMIGGIANI, *op. cit.*, 580 ss.

Nondimeno, quello della docente ben potrebbe essere apprezzato come il tentativo di “fare qualcosa” – da parte di chi sola e senza preparazione specifica si trova a fronteggiare fenomeni del genere – contro un atto disdicevole e con probabilità correlato ad un più complessivo contesto di sopraffazione, le cui dinamiche appaiono quelle tipiche del c.d. “bullismo”, preoccupanti per la loro attitudine a radicarsi, estendersi e degenerare. Non a caso, la vicenda concreta ha avuto vasta eco sul *web* e sui mezzi di informazione, suscitando per lo più commenti di simpatia per la professoressa, e di sconcerto per la condanna che, come stiamo per vedere, le è stata inflitta in secondo grado.

Ebbene, è interessante osservare come diversamente abbiano operato i due giudici sinora chiamati a valutare l'accaduto; come variamente abbiano risentito di certe suggestioni emotive e di talune premesse culturali e valoriali, necessariamente chiamate in causa dal confronto con fatti di questo tenore. Proponendo, di conseguenza, ben diverse letture della norma incriminatrice.

4. *La ricostruzione del giudice di primo grado: un'apprezzabile reazione a un atto di bullismo*

In primo grado, in sede di giudizio abbreviato, il GUP di Palermo²⁹ opera un deciso ridimensionamento dei profili di disvalore presenti nella condotta della docente, enfatizzando per altro verso quegli elementi di contesto che contribuiscono a renderne “apprezzabile” o comunque “comprensibile” l'operato, andando in questa operazione ben oltre i dati desumibili dalle carte processuali (come rilevato criticamente dalla Corte d'Appello), e comunque estendendo lo sguardo al di là dei requisiti del fatto senz'altro rilevanti ai fini dell'integrazione della figura criminosa. Egli, in specie, valorizza circostanze concomitanti e momenti soggettivi, utili ad elaborare una narrazione che *induce a parteggiare per l'insegnante*: ella viene disegnata come l'ultimo ed anzi unico baluardo di fronte a gravi e reiterati atti di bullismo (dando per scontato che quanto accaduto costituisca un episodio di bullismo), in una realtà ambientale che facilmente favorisce la degenerazione di atteggiamenti giovanili di prepotenza verso la strutturazione di vere e proprie condotte di vita “devianti”; una donna lasciata sola dalla stessa istituzione di appartenenza con la sua responsabilità di educare alla

²⁹ Trib. Palermo, G.I.P., 27.6.2007, V., in *Quest. Giustizia*, 2007, 829, nota M. BOUCHARD, *op. cit.* e in *Cass. pen.*, 2007, 4719, nota M.C. BISACCI, *Gli sfumati contorni dello ius corrigendi alla prova della individuazione degli strumenti di contrasto al fenomeno del “bullismo” nelle scuole.*

convivenza civile, tutelare la vittima da gravi atti di violenza morale, troncando sul nascere dinamiche perverse che tendono a farsi “di gruppo”. Per altro verso, dal confronto con la motivazione “in fatto” della sentenza di secondo grado emerge come il giudice di prime cure abbia taciuto profili certo non estranei al disvalore caratteristico della fattispecie – come ad es. certe frasi pronunciate dalla donna contestualmente all’inflizione della “sanzione”, idonee a incrementarne la portata umiliante – o comunque di quei profili abbia offerto una descrizione volta ad offuscarne, per così dire, il “potenziale di tipicità”. Si comprende in questo senso l’inclinazione a sminuire la correlazione causale tra la condotta dell’insegnante ed i disturbi psichici poi lamentati dal minore. Si consideri altresì il tentativo di attribuire ad ogni costo una plausibilità pedagogica all’imposizione del mortificante “compito”, di cui si valorizza la dimensione dialogica e comunicativa (il castigo sarebbe stato prescelto, definito nei contenuti e poi attuato in un confronto schietto e costruttivo con il destinatario e con la classe, proseguito mediante la descrizione ragionata di quanto accaduto da parte dei compagni su “bigliettini” successivamente consegnati all’insegnante). Fino a sfidare l’intelligenza del lettore, quando si prova a sminuire la natura ingiuriosa dell’epiteto “deficiente”, sostenendo che l’insegnante lo avrebbe chiaramente inteso, ed il ragazzo e la classe senz’altro percepito, in un neutro significato etimologico.

Nell’interpretare *successivamente* il fatto tipico “astratto”, quello stesso giudice opera alcune torsioni ermeneutiche – come già si è detto agevolate dalla *indeterminatezza storica e sistematica*, per così dire, della fattispecie – che rendono la figura criminosa particolarmente adatta ad avallare la soluzione verso la quale tendenziosamente già orientava la descrizione degli accadimenti. In specie, dopo un’adesione di prammatica ai presupposti dell’interpretazione “costituzionalmente orientata”, alla prova dei fatti si sceglie di estendere gli spazi di discrezionalità disciplinare oltre i parametri obiettivi che possono costituirne limite di legittimazione, per *soggettivizzare* e *relativizzare* la nozione di “abuso di un mezzo di correzione o di disciplina”, escludendo che esso sussista ove sia riscontrabile una soggettiva tensione della condotta verso un risultato educativo comunque *percepibile* come *plausibile* nello specifico contesto dato. Che questo modo di intendere la fattispecie oscilli, incerto e ambiguo, tra valutazioni obiettive e soggettive lo dimostra la circostanza che il giudice, dopo aver parlato, in motivazione, di mancanza di dolo, decide infine di assolvere “perché il fatto non sussiste”.

5. *La ricostruzione del giudice di secondo grado:
un intollerabile e gratuito abuso disciplinare*

La Corte d'Appello³⁰, invece, propone e declina con particolare rigore un'interpretazione della norma che poco concede ad improvvisazioni pedagogiche. Alla base di questa opzione vi è una descrizione del fatto così "sterilizzata" da ogni enfasi circa la problematicità del contesto sociale in cui la vicenda si è sviluppata da lasciare nel lettore la sensazione di una forzatura di segno opposto. Come quando si nega sbrigativamente ogni significato, ai fini dell'attribuzione della qualifica di "bullo", alle oltre venti note che il minore aveva già raccolto nell'arco di pochi mesi, alcune delle quali proprio per contrasti con quel particolare ragazzo poi apostrofato come "gay"; ed altrettanto sbrigativamente si disconosce a questo secondo la dignità di vittima, assumendo che egli, in quegli scontri, avesse non di rado giocato un ruolo attivo (come se non fosse caratteristico del "bullismo" una tendenza della vittima designata a interagire perversamente col proprio persecutore).

Contestualmente si accentuano profili della vicenda storica che costituiscono indizio di tipicità. Non si dubita dell'evento di "malattia" e del nesso causale, per quanto certi disagi – si riconosce – fossero già presenti prima del supposto abuso. Si attribuisce particolare importanza a certe frasi offensive e minacciose, pronunciate dall'insegnante all'atto di infliggere la punizione, e a certe modalità di imposizione del compito, volte vieppiù ad umiliare il minore di fronte alla classe.

L'intera operazione è compiuta con una certa malizia tecnica, che la rende alla fine più plausibile rispetto alle eclatanti concessioni del giudice di primo grado alla propria "precomprensione" degli accadimenti. In effetti, non si tacciono, né si afferma l'inesistenza, di dati in fondo favorevoli alla posizione dell'imputato, ma in termini più neutri si sostiene che essi non emergono univocamente dagli atti; anche se, a dire il vero, riguardo agli elementi su cui si articola la strategia difensiva un semplice "dubbio" già dovrebbe ritenersi significativo.

Quanto, poi, all'interpretazione della norma incriminatrice, funzionale al risultato – si diceva – è una lettura "secondo Costituzione", che non dà rilievo a soggettive convinzioni di idoneità correttiva e disciplinare dell'atto, operando un drastico ridimensionamento degli spazi di lecito "uso" di una potestà educativa.

Si condanna, alla fine, per abuso mezzi di disciplina esitati nelle lesioni³¹.

³⁰ Appello Palermo, 3^a sez. penale, 16.2.2011 (17.5.2011), inedita.

³¹ Sull'ipotesi aggravata di cui al capoverso dell'art. 571 c.p. v. per tutti M.C. PARMIGIANI, *op. cit.*, 606 ss.

6. Pirandello in Tribunale

La lettura combinata delle sentenze del GUP e della Corte di Appello, oltre a rappresentare perfettamente le oscillazioni ermeneutiche cui si espone l'art. 571 c.p., rispetto alle motivazioni "in fatto" offre suggestioni pirandelliane, e non già per l'ambientazione siciliana. Basta mutare punto di vista, adottare quello dell'uno o dell'altro attore della vicenda (l'insegnante, il supposto "bullo", la presunta "vittima" del bullo, i compagni di classe, la stessa preside), valorizzare questo o quel dettaglio, condividere o diffidare di certi paradigmi "culturali" di qualificazione dell'accaduto (il paradigma del bullismo o del contesto sociale paramafioso), ed ecco che il lettore si scopre a dubitare radicalmente della propria percezione iniziale degli accadimenti, delle "maschere" da fare indossare ai diversi "personaggi" per cristallizzarne "ruolo" e "carattere". Un dubbio di cui non può, poi, non risentire la soluzione della *quaestio iuris*.

Se nella narrazione di primo grado l'intervento della docente appare, comunque sia, una decisa e in fondo apprezzabile reazione alle intollerabili angherie di un bullo di periferia ai danni di un compagno dalla fragile personalità, ecco che quello stesso atto, nella versione avvalorata dalla Corte di Appello, muta completamente denotazione. Esso si fa sintomo di una personalità del docente tendente al sopruso, sfogo di iracondia che trae un pretesto da un'ordinaria scaramuccia tra adolescenti. Eclatante, in questo senso, la discordante valutazione della richiesta, avanzata nei confronti dei compagni di classe, di "descrivere" in un biglietto la loro idea sull'accaduto. Nella prospettiva del giudice di primo grado, questa operazione si fa espressione dell'attitudine al dialogo dell'insegnante, e dai contenuti di quei bigliettini si trae conferma di una complicità con gli studenti. Nella visione del giudice di appello, si sarebbe trattato di una sorta di "estorsione" di dichiarazioni a difesa, compiuta approfittando biecamente della soggezione emotiva degli allievi. Così è (se vi pare).

Emerge, a questo riguardo, un'ulteriore implicazione di approcci ispirati dal desiderio di affermare la decisione "sostanzialmente giusta" in rapporto al caso concreto. L'equità – intesa in questo senso – propone per forza soluzioni relativistiche e cangianti, atteso che, programmaticamente, s'appiglia ad un parametro fascinioso ma estremamente instabile: l'empatia dell'interprete³².

³² Adottiamo qui una nozione lata e forse impropria di "empatia". La prospettiva di un "diritto penale empatico" è stata recentemente tematizzata nella monografia di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; l'economia del presente lavoro non consente un confronto analitico con le tesi, senz'altro interessanti, dell'Autrice.

Se anche la certezza del diritto e la prevedibilità degli atti di giurisdizione hanno un loro valore, particolarmente in materia penale, v'è dunque una ragione in più per mutare prospettiva; per tener fede, con tutto il rigore possibile, ad un impegno deontologico che porti a prediligere percorsi ermeneutici maggiormente conformi alle esigenze della *legalità* e, dunque, della *tipicità*³³. Nella consapevolezza che, in diritto penale, estremo atto di equità – per così dire – è proprio il rispetto della legalità, principio che non costituisce uno sterile appello al formalismo giuridico, bensì un baluardo sostanziale contro il più minaccioso pericolo in materia, il pericolo dell'arbitrio punitivo.

Il principio di legalità impone processi ermeneutici inversi. Bisogna muovere dall'interpretazione della norma *nella sua astrattezza*, tenendo conto del suo tenore letterale, dei suoi nessi teleologici e sistematici – *avendo come primo punto di riferimento la Costituzione* – e prescindendo, in questa prima fase, da ogni considerazione del caso concreto. Solo successivamente lo sguardo può rivolgersi alla vicenda storica, con uno scopo precipuamente *selettivo*, cioè con l'intento di distinguere, nel flusso degli avvenimenti, tutti e soli quei profili che corrispondano ai requisiti costitutivi del tipo criminoso come ricostruito in via interpretativa. Questa cernita dovrebbe ridurre fortemente, tra l'altro, il *grado di problematicità valutativa del fatto*, semplicemente estromettendo dall'attenzione dell'interprete tutti quei dati che, per quanto suggestivi, non assumono rilievo tipico. Certo, sarebbe ingenuo pensare che questa sussunzione del concreto all'astratto operi in modo così rigorosamente “unidirezionale” ed esprima soltanto neutri giudizi di corrispondenza strutturale. Eppure ci pare lecito pretendere che eventuali apprezzamenti di “valore”, correlati alla dimensione concreta del “fatto”, restino circoscritti per oggetto e per parametro; che, cioè, essi siano solo quelli funzionali al *giudizio di tipicità*, in ragione della natura intrinsecamente valutativa di taluni elementi costitutivi, senza estendersi a profili che possono pure orientare una comprensione etico-sociale degli accadimenti, ma che non coinvolgono requisiti della fattispecie in senso stretto.

Il processo ermeneutico ispirato al principio di legalità indubbiamente non porta a conclusioni che possano dirsi “certe”, di quella certezza (peraltro anch'essa relativa) offerta dalle scienze naturali; eppure si articola su di un parametro – quello legale, appunto – che è dotato *di una sua oggettività*, che offre l'appiglio per giudizi di “verificazione” o “falsificazione” del risultato ermeneu-

³³ Sull'impegno “autoritativo” e “normativistico” del giurista in genere v. C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, spec. 99 ss., 105 ss.

tico operati secondo la criteriologia condivisa dalla comunità dei giuristi³⁴; che offre la massima garanzia di *scientificità*, verificabilità, obiettività, uguaglianza che può pretendersi, ed ottenersi, in ambito giuridico³⁵.

7. Le diverse ragioni della tipicità

Adottando un metodo realmente ispirato al principio di legalità e tipicità, dunque, si impone al di là d'ogni altra considerazione un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata dell'art. 571 c.p., che pretende una considerazione *obiettiva*, sulla base di precisi parametri extrapenali, dell'eventuale abuso compiuto mediante un atto comunque di natura correttiva (nel senso di "educativa") o disciplinare (nel significato moderno di sistema disciplinare). Poco importa se, per questa via, si perviene ad un estremo "depotenziamento" della fattispecie incriminatrice: di essa, in fondo – diciamolo una volta di più – ben potremmo fare a meno³⁶.

Passando successivamente a considerare la concreta condotta della docente, essa appare senz'altro illegittima se intesa come atto disciplinare (i regolamenti di istituto, già lo si è ricordato, non contemplano quel tipo di punizione)³⁷, nonché deleteria nelle sue implicazioni pedagogiche. Anche ammesso che si intendesse rimediare ad un reale episodio di "bullismo", lo strumento era incongruo rispetto allo scopo. Gli studiosi del fenomeno³⁸ da sempre ammoniscono circa la necessità di *non stigmatizzare il bullo*, di *non umiliarlo*, di *non rispondergli con vessazioni pari per qualità a quelle che egli usa verso gli altri*. La stigmatizzazione costituisce una sorta di suggello, da parte dell'autorità, del ruolo di "bullo" che il minore s'è cucito addosso, mentre sarebbe importante riconoscergli e fargli riconoscere l'attitudine a sviluppare in altro modo la propria indole. Il ricorso all'umiliazione "personalizza" e "radicalizza" la conflittualità con l'istituzione, mentre la vessazione mortificante pone l'educatore allo stesso livello morale e

³⁴ Al riguardo v. ad es. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio e Sul ragionamento giuridico dei giuristi*, entrambi, adesso, in *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, rispettivamente pp. 11 ss. e 36 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 67 s., 71 s., 342.

³⁵ Ancora C. LUZZATI, *op. cit.*, *passim*.

³⁶ In tal senso, tra i tanti, G. PISAPIA, *op. cit.*, 36.

³⁷ Lo evidenzia anche M. BOUCHARD, *op. cit.*, 827.

³⁸ V. ad es., da ultimo e per tutti, A. GUARINO, R. LANCELLOTTI, G. SERANTONI, *Bullismo. Aspetti giuridici, teorie psicologiche e tecniche di intervento*, Milano, 2011 (consultato nella versione Kindle e-book).

persino “lessicale” del bullo, così che si accredita l’equazione tra bullismo e “ribellione” verso un sistema che, in fondo, non propone valori superiori. In effetti si legittima, “dall’alto”, la prepotenza quale criterio di relazione sociale.

Tanto premesso, anche volendo ritenere che a certe condizioni la scrittura reiterata di una stessa frase possa avere una qualche efficacia didattica, niente del genere può riscontrarsi *in quel caso concreto*, in considerazione della natura ingiuriosa della frase prescelta e della ragione contingente che ha motivato la pretesa dell’insegnante. *Un abuso di mezzo correttivo/educativo*, appunto, cioè un uso concretamente improprio, anzi dannoso, di un atto che in astratto potrebbe pure ritenersi valido; poco importando, ai fini di questa valutazione di tipicità, l’eventuale, soggettivo orientamento educativo dell’agente, né la problematicità del contesto, né la solidarietà con la vittima del bullo, *che non sono profili del fatto tipico*.

Se, invece, la redazione di compiti di quel tipo dovesse ritenersi sempre e comunque carente di plausibilità pedagogica – o si dovesse ritenere che l’uso a fini ingiuriosi del mezzo ne snaturi del tutto l’essenza – si potrebbe persino ravvisare, nel caso specifico, un abuso di *potere*, più che di *mezzi*: l’esercizio cioè di un potere disciplinare/educativo, senza però ricorrere a mezzi sia pure astrattamente idonei a perseguire il risultato in vista del quale il potere è attribuito. Così ragionando, si dovrebbe reputare la vicenda storica del tutto estranea all’ambito applicativo dell’art. 571 c.p., per affermare piuttosto l’integrazione di una fattispecie di lesioni, se risultasse realmente provato il nesso causale con una malattia psichica; e/o un episodio di una più complessiva fattispecie di maltrattamenti, se constasse una abitudine di vessazioni da parte del docente ai danni di quel fanciullo (come lascia intendere, in certi passaggi, la ricostruzione operata dalla Corte d’Appello); e/o una violenza privata (se le modalità della condotta possono qualificarsi come minacciose o violente, nei termini se non altro di una violenza impropria); o ancora, accentuando il profilo dell’eccesso prevaricatore nell’esercizio di una potestà pubblica, un abuso d’ufficio³⁹.

³⁹ Ai fini dell’integrazione della fattispecie di cui all’art. 323 c.p. dovrebbe risultare chiaramente l’intenzione di provocare un danno indebito alla vittima. Peraltro, il requisito dell’intenzionalità, nell’abuso di ufficio, ben può essere inteso come riferito anche ad una piena consapevolezza della prevaricazione, nonostante il perseguimento di una più generale finalità benefica. Sul punto sia consentito rinviare ad A. VALLINI, *L’abuso d’ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli, 2011, 321 ss. Il danno ingiusto tipico, nel caso di specie, è ravvisabile nella perpetrata offesa all’onore, alla reputazione e alla libertà morale, anche a tacere delle ripercussioni mediate sulla salute psichica del minore.

8. Le aperture del giudizio di colpevolezza

Dunque è senz'altro da apprezzare la decisione di secondo grado?

In realtà, essa pecca da altro punto di vista. Il tipo di narrazione prescelta, tutta orientata a censurare l'atteggiamento dell'insegnante, conduce ad una eccessiva svalutazione della portata *soggettiva* dell'accaduto, delle spinte motivazionali sottese alla condotta. Se è vero che l'istintiva partecipazione al "fattore umano" non deve sovvertire le ragioni della tipicità, nondimeno al "fattore umano" non possono restare indifferenti altri momenti dell'accertamento del reato. Quei profili che possono condurre ad una qualche condiscendenza nei confronti della scelta compiuta dal soggetto attivo del reato, valorizzati dal GUP di Palermo per negare la sussistenza del fatto, meritano in particolare d'essere recuperati in una sede più consona: il giudizio di *colpevolezza*. Un giudizio che in effetti impone, in qualche misura, di mettersi nei panni del soggetto agente, per stimarne l'effettiva rimproverabilità.

Ed allora: in una prospettiva minimale – di *graduazione* della colpevolezza – si potrebbe valorizzare, quale attenuante, la provocazione costituita dal fatto ingiusto altrui: la stessa Corte d'Appello riconosce che l'insegnante sarebbe stata animata da uno stato d'ira suscitato dall'angheria perpetrata ai danni dell'allievo indifeso⁴⁰. *L'animus corrigendi* potrebbe essere considerato, a sua volta, quale circostanza attenuante "soggettiva", anche *sub specie* di attenuante generica, non solo quale criterio di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*⁴¹. Il positivo, per quanto velleitario, istinto di tutelare la vittima del "bullo" addirittura come motivo di "particolare valore morale o sociale", *ex art. 62, n.1, c.p.*⁴².

Volendo, poi, dar credito al fatto che l'insegnante fosse animata dalla *con-*

⁴⁰ Si sostiene spesso l'incompatibilità con le attenuanti di cui all'art. 62, n.1 e n.2, c.p. di una fattispecie, come quella dell'art. 571 c.p., già strutturalmente incentrata su di una reazione ad una mancanza disciplinare, per fini comunque positivi (educativi): v. ad es. P. PITTARO, *op. cit.*, 840. In giurisprudenza, riguardo alla provocazione, v. già, nello stesso senso, Cass., Sez. II, 13.5.1966 (14.10.1966), Annunziata, in *Ced* 102652. Dando credito a questa opinione (ma sul punto cfr. M.C. PARMIGGIANI, *op. cit.*, 604 ss.) dette attenuanti potrebbero però essere prese in considerazione ove si riscontrassero, nell'accaduto, figure criminose differenti dall'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina. In ogni caso, non riteniamo che elemento essenziale della fattispecie sia uno stato d'ira provocato dal fatto ingiusto altrui, perché ben può esservi un abuso non preceduto da un'alterazione emotiva. Quanto all'applicabilità dell'art. 62, n.1, qui si intenderebbe valorizzare non tanto la "finalità educativa" in sé e per sé, bensì la finalità di salvaguardare la vittima del bullo, ovviamente estranea alla dimensione essenziale del fatto tipico.

⁴¹ già Cass., Sez. II, 25.5.1965 (28.7.1965), Cultrera, *cit.*

⁴² V. però *supra*, nt. 40.

creta convinzione – peraltro erronea – di operare un efficace contrasto ad atti di bullismo, anche per salvaguardare la vittima, si offrirebbero all'interprete varie alternative (a seconda di quale *nuance* di un simile atteggiamento interiore si reputi più plausibile, in ragione delle evidenze probatorie).

Difetterebbe il dolo di un *abuso* di mezzi di correzione e disciplina (così come quello di abuso d'ufficio) se emergesse la sincera convinzione vuoi dell'efficacia pedagogica dell'iniziativa intrapresa, vuoi, comunque, della mancanza di più valide alternative a fronte dell'urgenza di un intervento correttivo, anche per l'assenza di progetti di contrasto al fenomeno da parte dell'istituto scolastico. Lo stesso errore potrebbe qualificarsi quale fallace supposizione di agire nell'esercizio di un diritto-dovere istituzionale (art. 59, ult.co., c.p., in rapporto all'art. 51 c.p.), o quale eccesso nell'esercizio di un dovere di intervento di cui, comunque, sussistevano i presupposti (art. 55 c.p.), ove si ritenesse invece integrata una violenza privata. Per il resto, la convinzione di ottenere un benefico effetto educativo non è compatibile, ci pare, con la volontà di produrre un pregiudizio fisico o morale, quindi con il dolo di reati quali lesioni o maltrattamenti.

Si potrebbe altrimenti qualificare l'accaduto nei termini di un *soccorso difensivo putativo* (artt. 52 e 59, ult.co., c.p.), che esclude ancora una volta il dolo, qualora emerga l'effettiva convinzione dell'insegnante di contrastare efficacemente un grave pregiudizio, ancora in atto, per la vittima delle vessazioni; di interrompere una vicenda di angherie *in fieri* (stante la natura reiterata degli atti di bullismo), non di rispondere a posteriori ad un singolo atto prevaricatore.

Sfumerebbe, invece, verso l'errore "sul divieto" (nelle forme, eventualmente, dell'erronea convinzione dell'esistenza "in astratto" di un diritto scriminante) la credenza di avere la facoltà, in quanto insegnante, di compiere interventi di quel tipo a prescindere dalla loro immediata valenza educativa o legittimità disciplinare. Un errore sul divieto difficilmente scusabile, come difficilmente scusabile è l'ignoranza di chi non comprende che il pubblico ufficio di cui è titolare in altro trova la propria misura, che non in una personale ed impulsiva concezione di opportunità o giustizia⁴³.

⁴³ Accogliendo l'idea che, nel caso di specie, siano ravvisabili gli estremi di altre e più gravi figure criminose, rispetto a quella di cui all'art. 571 c.p., sarebbe infine da considerare l'erronea persuasione dell'insegnante di aver semplicemente abusato, in quell'ipotesi, di mezzi educativi. La convinzione, cioè – più o meno "laicamente" elaborata – che il fatto potesse essere penalmente significativo, sì, ma in relazione ad un titolo di reato differente da quello in realtà integrato. Un errore sul divieto "specifico", non sul rilievo penale in genere della propria azione, come tale, ci pare, neppure qualificabile quale "ignoranza della legge penale" ai sensi dell'art. 5 c.p.

Attualità
Ai confini della stretta legalità

ALESSIO SCARCELLA

GETTO DI CAMPI ELETTROMAGNETICI:
UN REATO DI PERICOLO CONCRETO
PER IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Propagazione di onde elettromagnetiche e giurisprudenza. – 2. La posizione della dottrina: l'orientamento minoritario. – 3. La posizione della dottrina: l'orientamento maggioritario. – 4. Il caso di Radio Vaticana e la scelta di campo (elettromagnetico): è configurabile il "getto". – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Propagazione di onde elettromagnetiche e giurisprudenza*

Il ricorso alla fattispecie penale dell'art. 674 c.p., almeno fino alla nota decisione della Terza sezione penale del 2008¹, non appariva del tutto pacifico nella giurisprudenza di legittimità, essendosi nel corso degli anni consolidati due orientamenti contrapposti.

Come correttamente osservato², un primo problema riguardava l'astratta riconducibilità della propagazione di onde elettromagnetiche nell'ambito operativo della condotta di getto pericoloso di cose.

Sul punto si registravano due diversi indirizzi.

Secondo un orientamento minoritario in giurisprudenza, l'art. 674 cod. pen. mal si sarebbe prestato ad essere applicato al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico.

Tale orientamento era sostenuto da quella giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III, 30 gennaio 2002, n. 8102, Suraci e altri, in *Ced Cass.* 221105),

¹ Cass., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 36845, P.G. e P.C. in proc. Tucci e altro, in *Cass pen.* 2009, II, p. 927, con nota di SCARCELLA, *Getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*; *ivi*, p. 944, con nota di GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice?*; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 287, con nota di MATERIA, *Tutela penale dell'ambiente ed elettromagnetismo: tempi biblici per la vicenda di radio vaticana?*; in *Dir. & Giust.* 2008, con nota di NATALINI; in *Riv. pen.* 2008, 12, p. 1314; in *Riv. giur. ambiente* 2009, 1, p. 172, con nota di PERES e ROSOLEN, *Elettromog e reato di getto pericoloso di cose. La Corte di Cassazione su Radio Vaticana*; in *Ragiusan* 2008, 295-296, p. 158; in *Foro it.* 2009, 5, II, p. 262.

² LOTTINI, *Commento all'art. 674 cod. pen.*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali* (a cura di GIUNTA), Padova, 2007, p. 1712 e ss.

secondo cui *“Non integra la fattispecie di cui all’art. 674 cod. pen. la propagazione di onde elettromagnetiche da impianti di radiodiffusione, atteso che la condotta consistente nel ‘gettare cose’, ivi sanzionata, ne presuppone la preesistenza in natura, mentre l’emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generarne flussi prima non esistenti, ed in quanto, inoltre, l’assumibilità di esse nel concetto di «cose» necessita di un’esplicita previsione normativa”*. Analizzando il percorso motivazionale della sentenza in esame, in particolare, era possibile notare come la Corte escludesse la sussumibilità del fenomeno sia nella prima parte che nella seconda parte dell’art. 674 cod. pen. Quanto alla prima parte, si affermava, infatti, che *“l’astratta possibilità di inquadramento della condotta di chi genera campi elettromagnetici nella fattispecie penale di cui all’art. 674 C.P. e’, alla stregua della vigente legislazione, da escludere, in quanto la suddetta norma descrive due ipotesi di comportamento materiale che differiscono in maniera sostanziale da quello consistente nella emissione di onde elettromagnetiche: l’azione del “gettare in luogo di pubblico transito ... cose atte ad offendere, o imbrattare o molestare persone” e’ ontologicamente, oltre che strutturalmente, diversa dal generare campi elettromagnetici. Il gettare delle “cose” presuppone la preesistenza di dette cose in natura, mentre la emissione di onde elettromagnetiche consiste nel “generare” (e, quindi, far nascere o far venire ad esistenza) “flussi di onde” che prima dell’azione “generatrice” non esistevano. L’assumibilità delle onde elettromagnetiche nel concetto di «cose» non puo’ essere poi automatica, ma richiede necessariamente una esplicita previsione normativa, come e’ avvenuto, ad esempio, con la previsione di cui al secondo comma dell’art. 624 C.P.”*. Quanto, poi, alla possibilità di ricondurre il fenomeno nella previsione della seconda parte dell’art. 674 cod. pen., la Corte escludeva che ciò fosse possibile, affermando che *“ogni tentativo di equiparazione alle onde elettromagnetiche appare del tutto arbitrario”*. Ed invero, si evidenziava nella motivazione *“una interpretazione estensiva “in malam partem” della norma incriminatrice di cui all’art. 674 C.P. e’ vietata in base al cosiddetto “principio di stretta legalità”, contenuto, oltre che nella norma di garanzia di cui all’art. 1 del codice penale, anche dalla disposizione contenuta nell’art. 25 della Costituzione. A ciò si aggiunga che la norma contenuta nell’art. 14 delle Disposizioni sulla Legge in generale esclude che la legge penale si applichi «oltre i casi e i tempi in esse considerati”*. Muovendo, quindi, da tali considerazioni, la decisione conclude lapidariamente affermando che *“La punibilità in sede penale della condotta di chi emette onde elettromagnetiche oltre i limiti consentiti e’ pertanto da escludere alla luce della normativa attualmente vigente ed ogni tentativo di interpretare in maniera estensiva una norma concepita ad altri fini, come quella di cui all’art. 674 C.P., fino a*

ricomprensivi ipotesi ad esse sostanzialmente estranee, appare velleitario, oltre che contra legem, e finisce inevitabilmente con lo scontrarsi con la lettera e con lo spirito della normativa in vigore”.

Di diverso avviso, invece, la giurisprudenza espressione dell'orientamento maggioritario. Si riteneva (e si ritiene, anche oggi, essendo prevalsa nelle più recenti pronunce tale soluzione) che le onde elettromagnetiche devono essere considerate come “cose” nel senso indicato dall'art. 674 cod. Pen. sicché la loro emissione rientra nella locuzione impiegata dal legislatore (gettare). Quanto agli argomenti impiegati per sostenere la tesi della riconducibilità del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico nella fattispecie penale in esame, si afferma che le onde elettromagnetiche sono delle entità suscettibili di utilizzazione e di misurazione ed hanno, quindi, una loro fisicità che consente di ricondurle nella nozione di “cose” contemplata dall'art. 674 cod. pen., richiamando in particolare il disposto dell'art. 624, comma secondo, cod. pen. (norma considerata di carattere generale) che “agli effetti della legge penale” opera una precisa equiparazione tra “cose” ed “energie”.

Si è giunti, infine, alla già citata decisione (Sez. III, 26 settembre 2008, n. 36845, P.G. e P.C. in proc. Tucci e altro, in *Ced Cass.* 240769) che afferma inequivocabilmente come il fenomeno della creazione, emissione e propagazione di onde elettromagnetiche rientra nella contravvenzione di cui all'art. 674, comma primo, cod. pen., per effetto di un'interpretazione estensiva dell'espressione “getto di cose”, non comportando tale esegesi un'estensione analogica “*in malam partem*” della predetta disposizione³. Ne discende, quindi, che il fenomeno della propagazione delle onde elettromagnetiche nell'ambito della prima parte dell'art. 674 cod. pen. sarebbe inidoneo, per tale indirizzo giurisprudenziale, a violare il principio di tassatività della fattispecie penale, in quanto si tratta di un risultato conseguente ad una interpretazione evolutiva della norma, compatibile con i principi dell'ordinamento penale.

2. La posizione della dottrina: l'orientamento minoritario

Anche in dottrina si registrano contrapposti orientamenti.

Favorevoli alla tesi minoritaria (che, come visto, esclude la configurabilità dell'art. 674 cod. pen. nel caso di propagazione di onde elettromagnetiche)

³ Conforme la giurisprudenza successiva. V., Cass., sez. III, 15 aprile 2009, n. 15707, Abba-
neo, in *Ced Cass.* 243431.

sono, in particolare, tra le voci più autorevoli in dottrina⁴: a) anzitutto si osserva⁵ che “se si ritiene – come è da preferirsi – che il significato univoco delle parole della legge costituisca ancora un argine di garanzia non superabile da parte del giudice, acquista rilevanza decisiva l’irriducibile alterità tra la condotta di “getto pericoloso di cose”, che lascia pensare ad aggressioni materialmente tangibili, se non addirittura all’uso di oggetti solidi...e la creazione di onde elettromagnetiche; b) in secondo luogo, si registra la posizione di chi⁶, nel commentare la sentenza Pareschi (che aveva escluso che l’inquinamento da campi elettromagnetici non integrasse nemmeno il *fumus commissi delicti* del reato di cui all’art. 674 cod. pen.) evidenzia come l’argomento posto a fondamento della decisione della predetta sentenza (ovvero quello della mancanza di certezza della nocività, intesa in senso onnicomprensivo rispetto alla previsione di legge dei campi elettromagnetici superiori ai valori limite fissati dalla normativa regionale) sarebbe costituito, nella fattispecie, dal difetto di prova dell’idoneità delle denunciate emissioni a provocare una delle conseguenze previste dal legislatore, in altri termini l’inesistenza di una situazione di concreto pericolo. Tale argomento, secondo tale dottrina, “non sembra convincente” in quanto non tiene conto della natura del pericolo del reato di cui all’art 674 cod. pen., inteso come non reato di pericolo concreto ma come “fattispecie c.d. di attitudine”; c) ancora, nell’esprimere vigorosa critica alle conclusioni raggiunte con le sentenze favorevoli alla soluzione affermativa, altra dottrina⁷ invece, soffermandosi sulla fattispecie penale dell’art. 674 cod. pen., osserva che la norma in esame “si rifà anzitutto al “getto pericoloso di cose” e non al getto di cose pericolose precisando, nettamente e sostanzialmente, l’azione criminosa contemplata, finalizzata ad offendere ed, ancora, esplica ed illustra il compendio iniziale, riferendosi, con particolare chiarezza, a chiunque getti o versi.... «cose» atte ad offendere o imbrattare o molestare persone. La conclusione di tale dottrina, quindi, è nel senso che “non essendoci pertanto spazio per il reato, il caso è risolto in

⁴ CALCAGNO, *Elettrosmog: illecito penale o amministrativo?*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, p. 1491 e ss.

⁵ GIUNTA, *Elettrosmog*, in *Studium iuris*, 2002, p. 777 e ss. V. anche, dello stesso A., *Rileggendo Norberto Bobbio, l’analogia nella logica del diritto, ristampa a cura di Paolo De Lucia, Milano, Giuffrè*, 2006, in questo *Annuario*, 2007, p. 447 e ss.

⁶ Cfr. EQUIZI, *Aspetti penalistici dell’inquinamento da campi elettromagnetici: un vuoto di tutela*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2090 e ss., nota a sez. III, 13 ottobre 1999, n. 5592, Pareschi. Di “un vero e proprio vuoto di tutela - penalistica” parla anche TARTAGLIA POLCINI, *La tutela penale contro l’inquinamento elettromagnetico*, *Il Merito*, Ed. Il Sole 24 Ore, 1, 2007, p. 44 e ss.

⁷ ROMANO, *Non estensibilità dell’art. 674 c.p. al fenomeno riguardante l’inquinamento da campi elettromagnetici*, in *Rass. giur. ener. elettrica*, 2000, I, p. 92 e ss.

modo inequivocabile dal nostro diritto positivo, per il quale viene esclusa la configurabilità di qualsiasi profilo avente rilevanza penale..”; d) altra dottrina recente⁸, dopo aver operato una rassegna della giurisprudenza di legittimità sul punto, osserva come “l’interprete si trova tuttora nella difficile condizione di dover fronteggiare con armi vecchie ed inadeguate (l’art. 674 c.p.) fenomeni moderni, complessi e peculiari; e) ancora, favorevole alle tesi minoritaria è quella voce dottrinale⁹ che considera corretta la soluzione offerta da quella giurisprudenza di legittimità (il riferimento è alla già richiamata sentenza Suraci e altri); f) non meno argomentata, ancora, appare la tesi sostenuta da quella dottrina¹⁰, che nel sollevare dubbi sulla scelta sostenuta dall’orientamento della giurisprudenza di legittimità maggioritario, evidenzia come “*l’impiego della fattispecie prevista dall’art. 674 c.p. nel contrasto dell’elettrosmog compporti costi non trascurabili per un diritto penale che voglia seriamente intendere i principî di legalità, offensività, frammentarietà e colpevolezza*”

3. La posizione della dottrina: l’orientamento maggioritario

La dottrina, che, diversamente, sostiene le ragioni dell’orientamento maggioritario, favorevole alla riconducibilità del fenomeno della propagazione delle onde elettromagnetiche alla fattispecie penale prevista dall’art. 674 cod. pen., muove dalle seguenti considerazioni: a) anzitutto, rispondendo all’obiezione sollevata con riferimento alla riconducibilità delle onde elettromagnetiche alle “cose”, ritiene¹¹ che il legislatore, nell’attribuire rilevanza al valore economico, sia incorso in una espressione di natura pleonastica; b) in secondo luogo, poi, sempre rispondendo all’obiezione di cui sopra, afferma¹² che “*una tale conclusione si ritiene rafforzata da un raffronto sistematico con gli artt. 408 e 733 c.p. in cui il termine cosa è utilizzato in forma eccessivamente generica. In queste due ul-*

⁸ GROSSO, *Campi elettromagnetici e tutela collettiva, tra ansie diffuse e permanenti incertezze*, in *Rass. giur. ener. elettrica*, 2002, I, I, p. 31 e ss.

⁹ FLICK, *Elettrosmog. L'emissione di campi elettromagnetici non può configurare “getto pericoloso di cose”*, nota a Sez. I, 30 gennaio 2002, Suraci e altri, in *Rass. giur. ener. elettrica*, 2002, I, II, p. 145 e ss.

¹⁰ MARTIELLO, *La rilevanza penale dell’inquinamento elettromagnetico: a proposito dell’art. 674 c.p.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 895.

¹¹ MINGATI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*, in *Ambiente*, 2001, p. 37 e ss.

¹² RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell’ambiente*, Padova, 2003, p. 416; *Id.*, altresì, «*Nuovi inquinamenti: l’inquinamento elettromagnetico*, in *Giur. merito*, 2003, p. 594.

time disposizioni il codice penale non considera le cose esclusivamente da un punto di vista economico, ma le utilizza con il chiaro intento di rendere indeterminato tale concetto al fine di consentire una più estesa applicazione della disposizione medesima: considerazioni analoghe, si sottolinea, valgono anche per il reato di getto pericoloso di cose”; c) ancora, altri sottolinea¹³, riprendendo argomentazioni già sostenute dalle richiamate sentenze Pareschi e Cappellieri, che “ricondere la produzione di onde elettromagnetiche nell’ambito della prima parte dell’art. 674 c.p. non violerebbe, per l’indirizzo considerato, il principio di tassatività, in quanto un tale risultato consegue ad una interpretazione evolutiva della norma, perfettamente compatibile con i principi dell’ordinamento penale”; d) sul problema della idoneità delle onde elettromagnetiche ad offendere o molestare, invece, la dottrina pone l’attenzione sulla circostanza “non attentamente valutata dalla giurisprudenza (soprattutto di legittimità)”¹⁴ che, per la configurabilità dell’art. 674 c.p., non è necessario che le onde elettromagnetiche siano idonee ad offendere, essendo sufficiente la loro semplice attitudine a recare “molestia”, una evenienza più attenuata rispetto all’offesa e che richiede una verifica meno rigorosa¹⁵; sotto tale profilo, ad esempio, vi è chi ha affermato¹⁶ che proprio grazie alla giurisprudenza che ha ampliato al massimo l’ambito del verbo “molestare”, è possibile “proprio nel solco di questo orientamento giurisprudenziale.... ragionevolmente sostenere che costituisce molestia anche il semplice arrecare alle persone generalizzata preoccupazione e allarme circa eventuali danni alla salute da esposizione a campi elettromagnetici, quantunque non dimostrati con certezza nell’attuale fase di ricerca scientifica ed epidemiologica”; e) sulla questione sub d), l’orientamento dottrinale prevalente è nel senso di riconoscere che le onde elettromagnetiche, al di là dei loro risvolti negativi sulla salute umana non ancora sufficientemente accertati, possono essere comunque idonee a recare disturbo alle persone o turbarne la tranquillità¹⁷; f) quanto, poi, all’ulteriore problema relativo alla necessità o meno che l’effettiva pericolosità della condotta derivante dall’esposizione ad onde elettromagnetiche venga accertata o meno in concreto

¹³ FANELLI, *Aspetti della possibile risposta penalistica ai fenomeni di inquinamento da onde elettromagnetiche*, in *Riv. pen.*, 2004, p. 483 e ss.

¹⁴ LOTTINI, *op. cit.*, p. 1732.

¹⁵ DE FALCO, *Alcuni punti (quasi) fermi in tema di rilevanza penale dell’inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 469.

¹⁶ GRILLO, *Radiazioni elettromagnetiche*, in *Rivistambiente*, 2001, n. 1, p. 76 e ss.

¹⁷ RAMACCI, *Manuale*, cit., p. 419; analogamente, AMENDOLA G., *Così il penale si ritrovò con le «armi spuntate»*, in *Guida dir.*, 2001, n. 10, p. 49; GRILLO, *L’inquinamento elettromagnetico*, in *Giust. pen.*, 2002, II, c. 344.

dal giudice anche in caso di superamento dei limiti, l'orientamento dottrinario preferito è nel senso che occorra un accertamento "in concreto"¹⁸; g) maggiormente argomentata appare, invece, la tesi di quella dottrina¹⁹ che, nel sostenere l'applicabilità al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico della fattispecie penale in esame, richiama a sostegno anche l'art. 844 cod. civ. in materia di immissioni; h) più prudente appare, ancora, la posizione di quella autorevole voce dottrinale²⁰ che, nell'operare una sintesi delle posizioni della Cassazione sulla questione, ritiene che la Corte di legittimità "non escluda affatto a priori che l'esposizione ad inquinamento elettromagnetico possa «ledere o infastidire le persone», ma ritiene da un lato che ciò non sia ipotizzabile se si rispettano i limiti nazionali (fissati, nel caso degli elettrodotti, dai d.p.c.m. del 1992 e del 1995: sentenza Cappellieri) e dall'altro che non sia sufficiente il superamento di limiti regionali senza ulteriori elementi probatori (sentenza Pareschi)", aggiungendo come è proprio "in questo quadro che va inserita la problematica relativa al superamento dei limiti sanitari stabiliti a livello nazionale in esecuzione di delega legislativa (in particolare quelli, sopra esaminati, fissati dall'art. 3 e dall'art. 4, 2° comma, d.m. 381/98), visto che la Cassazione, come si è detto, esclude il reato di cui all'art. 674 c.p. se non vi è il loro superamento, lasciando a contrario, aperta la porta nel caso ciò avvenga".

4. Il caso di Radio vaticana e la scelta di campo (elettromagnetico): è configurabile il "getto"

Giunti a questo punto, occorre soffermarsi sul caso, ormai divenuto di scuola, meglio conosciuto come "Radio Vaticana", che ha rappresentato un vero e proprio banco di prova per la Corte Suprema nell'approfondimento delle diverse tematiche che, fino al 2008, agitavano dottrina e giurisprudenza.

Primo punto affrontato dalla Corte è quello della riconducibilità o meno del

¹⁸ DE FALCO, Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela contro l'inquinamento elettromagnetico, in *Cass.pen.*, 2001, p. 153; GRILLO, L'inquinamento elettromagnetico, cit., p. 347; AMENDOLA, Elettrosmog: che cosa succede se si superano i limiti, in *Amb. sic. lav.*, 2002, n. 12, p. 12; DE FALCO, Alcuni punti, cit., p. 470.

¹⁹ MAGLIA, Applicabilità dell'art. 674 cod. pen. in caso di inquinamento elettromagnetico, nota a sez. I, 29 novembre 1999 n. 5626, Cappellieri ed altri, in *Riv. pen.*, 2000, I, p. 19 e ss.

²⁰ AMENDOLA, Inquinamento elettromagnetico, d.m. 381/98 e art. 674 c.p. (nota a Cass., sez. I, 14 ottobre 1999, Cappellieri; Cass. sez. I, 13 ottobre 1999, Pareschi e T. Roma, 8 marzo 2000, V.), in *Foro it.*, 2001, II, p. 29 e ss; reperibile ancora su *Repertorio Foro it.*, 2001, Incolumità pubblica (reati e sanzioni) [3520], n. 8.

fenomeno alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 674 cod. pen. La decisione della Corte, pur dopo un'analitica disamina degli orientamenti contrapposti e pur riconoscendo "*l'oggettiva opinabilità della questione ed il peso della tesi contraria*", risulta improntata alla soluzione di maggior rigore sostenuta dalla giurisprudenza prevalente fondata sulla sussumibilità del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico (*rectius*, della creazione, emissione e propagazione di onde elettromagnetiche) nel reato di getto pericoloso di cose, attraverso un'operazione di interpretazione estensiva, in tal senso optando per l'esegesi sostenuta dalla giurisprudenza, anche civile, maggioritaria secondo cui anche le energie possono essere considerate "cose" suscettibili di "getto" o di "versamento". Ne discende, secondo la Corte, che "tenendo conto non solo del significato proprio delle singole parole, ma anche di quello derivante dalla loro connessione emerge che l'espressione "gettare una cosa" può essere di per sé idonea ad includere anche l'azione di chi emette o propaga onde elettromagnetiche", così operandosi una "semplice interpretazione estensiva diretta ad enucleare dalla disposizione il suo effettivo significato, che ad essa - in mancanza di altre norme da cui possa emergere una diversa volontà del legislatore - può attribuirsi, anche se non evidente a prima vista". Se questa appare la premessa "esegetica" (discutibile), non altrettanto è a dirsi quanto all'ulteriore sviluppo motivazionale della decisione che, infatti, pur condividendo l'assunto della giurisprudenza maggioritaria non può fare a meno di rilevare come "la suddetta interpretazione estensiva porti ad una disciplina manifestamente incongrua ed irrazionale o ad irragionevoli disparità o a palesi violazioni del principio di necessaria offensività del reato e che debba dunque essere ugualmente disattesa in applicazione del fondamentale canone ermeneutico per cui, nel dubbio, deve sempre essere preferita l'interpretazione adeguatrice o, come anche si suol dire, costituzionalmente orientata, che cioè eviti possibili contrasti con norme e principi costituzionali".

Tale osservazione, dunque, impone alla Corte un'ulteriore e decisiva riflessione.

Laddove, infatti, si ritenesse di dover escludere il fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico dalla fattispecie in esame - in particolare, quanto alla seconda ipotesi (emissione di gas, vapori o fumo), in quanto applicabile solo alle predette forme di emissioni -, si smentirebbe l'operatività del principio, divenuto per la Corte "diritto vivente", secondo cui "il reato di cui all'art. 674 cod. pen. non è configurabile nel caso in cui le emissioni provengano da una attività regolarmente autorizzata o da una attività prevista e disciplinata da atti normativi speciali e siano contenute nei limiti previsti dalle leggi di settore o dagli specifici provvedimenti amministrativi che le riguardano, il cui rispetto implica una pre-

sunzione di legittimità del comportamento”, con conseguente irrazionalità della disciplina “perché l’elemento che caratterizza e giustifica la previsione speciale è costituito dal riferirsi ad una attività socialmente utile e quindi disciplinata e non già dalla natura dell’oggetto dell’emissione (gas, vapori o fumo)”.

La soluzione offerta dalla Corte, pur nella criticità di fondo che caratterizza la scelta di penalizzare il fenomeno, presta tuttavia il fianco a critiche. Osserva, sul punto, il Supremo Collegio che “la conseguenza, altrimenti necessaria, di escludere le emissioni elettromagnetiche dall’ambito dell’art. 674 cod. pen. possa essere evitata per un duplice ordine di considerazioni”. Da un lato “perché l’art. 674 cod. pen. deve essere interpretato nel senso che esso non prevede in realtà due distinte e separate ipotesi di reato, ma un solo ed unitario reato nel quale la seconda ipotesi (emissione di gas, vapori o fumo) non è altro che una specificazione della prima ipotesi, caratterizzata non tanto dal fatto del particolare oggetto dell’emissione (gas, vapori, fumo) quanto piuttosto dalla circostanza che è possibile che l’emissione, ossia l’attività pericolosa, in quanto socialmente utile, sia disciplinata dalla legge o da un provvedimento dell’autorità”. Da qui, dunque, il sillogismo giuridico in cui la premessa maggiore è rappresentata dalla ravvisabilità del reato in esame “in qualsiasi comportamento materiale (getto, lancio, versamento, emissione) avente ad oggetto cose materiali o immateriali e che può oggettivamente provocare offesa o molestia alle persone” e quella minore è costituita dalla liceità penale del comportamento medesimo se non supera i limiti previsti dalla normativa di settore. Solo pervenendo a tale (criticata) soluzione, infatti, si sarebbe in presenza dei presupposti per un’applicazione analogica “in *bonam partem*”, in quanto – si osserva – “fra le due fattispecie esiste sicuramente una somiglianza rilevante, dato che la qualità comune ad entrambe (attività regolamentata e non superamento dei limiti) costituisce la ragione sufficiente per cui al caso regolato è stata data quella disciplina”.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza in esame, si ritiene che, nel linguaggio comune, il verbo “gettare” non sia usato come sinonimo di emettere, diffondere o generare, ma evochi la condotta di chi lancia, scaglia o butta un oggetto *de loco ad locum*. Che il legislatore penale abbia impiegato il verbo “gettare”, facendo riferimento al senso comune di questa parola, è dimostrato dalla tipizzazione di due condotte alternative, il getto e il versamento, che, pur avendo lo stesso significato, si riferiscono, come si è detto, a cose di natura e specie diverse. “Versare” significa scaricare sostanze liquide da ciò che le contiene, “gettare” significa trasferire oggetti materiali e solidi da un luogo a un altro. “Versare”, insomma, ha il medesimo significato di “gettare”, indicando anch’esso la condotta di chi butta o scarica qualcosa, ma riguarda le sostanze

liquide o fluide, non i corpi solidi. La norma incriminatrice descrive, quindi, un comportamento a contenuto materiale, che differisce in maniera sostanziale da quello consistente nell'emissione di onde elettromagnetiche.

Vi è un'irriducibile alterità tra la condotta di getto pericoloso di cose, che lascia pensare ad aggressioni materialmente tangibili, e la creazioni di onde elettromagnetiche, la cui naturale collocazione sarebbe nell'ambito della seconda parte dell'art. 674 c.p., dove l'azione tipica consiste, appunto, nel provocare emissioni²¹. Le onde elettromagnetiche, infatti, non vengono gettate né versate, ma si diffondono nello spazio aereo circostante. Come è stato correttamente rilevato, inoltre, "l'azione del gettare cose atte a offendere, molestare o imbrattare le persone, in determinati luoghi, presuppone la preesistenza di queste cose in natura, mentre l'emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generare campi elettromagnetici da cui si propagano flussi di onde, che prima dell'azione generatrice non esistevano"²².

Il verbo "gettare", con cui è descritta la condotta tipica, soprattutto se letto e interpretato in connessione con il sostantivo "cosa", insomma, indica il comportamento di chi butta, lancia, scaglia, trasferisce *res corporales* verso un punto determinato dello spazio.

A sostegno di questa lettura interpretativa soccorre la considerazione che il vigente codice penale, per attribuire rilevanza alla diffusione, propagazione o emissione di sostanze diverse dai corpi solidi e liquidi, ha ritenuto necessario introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice²³.

La seconda parte dell'art. 674 c.p., infatti, ha introdotto una nuova ipotesi di getto pericoloso di cose, integrata dal fatto di colui che provoca emissioni pericolose per l'incolumità delle persone, che non era prevista dal codice penale Zanardelli, il quale, all'art. 475, si limitava a punire il getto e il versamento pericolosi di cose.

L'introduzione di un'apposita norma incriminatrice, che attribuisce rilevanza penale alla condotta consistente nel provocare emissioni, denota, in modo ancora più evidente, che le nozioni di getto e di versamento non possono essere este-

²¹ GIZZI, *La rilevanza*, cit., in *Cass. pen.* 2008, p. 969.

²² Sez. I, 27 febbraio 2002, Suraci, in *Riv. amb.*, cit., p. 451. *Contra*, RAMACCI, "Nuovi" inquinamenti: l'inquinamento elettromagnetico, in *Giur. merito*, 2003, p. 594; RAMACCI, *Inquinamento elettromagnetico: nuovi interventi della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 264.

²³ Trib. Venezia, 16 aprile 1999, Pareschi, cit., p. 577; Corte Appello Roma, 4 giugno 2007, n. 4266, sez. I, Borgomeo, p. 274, in *Cass. pen.* 2008, 9, p. 3438, con nota adesiva di GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*.

se fino a comprendere la propagazione o la diffusione di determinate sostanze nello spazio aereo circostante. Se la fattispecie contravvenzionale prevista dalla prima parte dell'art. 674 c.p. avesse avuto in sé una tale capacità di dilatazione non vi sarebbe stato bisogno di introdurre la nuova ipotesi di reato, la quale appresta una tutela del medesimo bene giuridico contro i pericoli di offese, imbrattamenti o molestie, realizzati, però, con modalità differenti rispetto al getto o al versamento di cose, consistenti, appunto, nella emissione di fumi, gas o vapori²⁴.

Non può che concordarsi quindi con chi²⁵ non ritiene condivisibile l'osservazione della sentenza in esame, volta a contrastare questo argomento, secondo cui l'art. 674 c.p. non prevede due distinte e separate ipotesi di reato, ma un solo ed unitario reato nel quale la seconda ipotesi altro non è che una specificazione della prima: la locuzione "provocare emissioni" sarebbe dunque una specificazione di "gettare" e l'espressione "gas, fumi e vapori" sarebbe una specificazione del genere "cose". Le emissioni di cui alla seconda ipotesi dell'art. 674 c.p. rientrerebbero, insomma, nell'ampio significato dell'espressione "gettare cose", di cui costituirebbero appunto una specie.

Questa conclusione contrasta, infatti, con l'opinione della dottrina prevalente, che ha sempre ritenuto che l'art. 674 c.p. prevedesse due diverse fattispecie criminose. La norma incriminatrice descrive, infatti, due diverse condotte vietate: la prima consiste nel getto o versamento di cose atte a offendere, imbrattare o molestare le persone, in luogo di pubblico transito o in luogo privato ma di comune o altrui uso; la seconda concerne l'emissione di gas, vapori o fumi idonei a provocare i medesimi effetti, senza alcuna limitazione di luogo, ma nei soli casi non consentiti dalla legge.

La seconda parte dell'art. 674 c.p., insomma, ha introdotto una nuova ipotesi di "getto pericoloso di cose" – che non era prevista dal codice penale Zanardelli, il quale, all'art. 475, si limitava a punire il getto e il versamento pericolosi di cose –, integrata dal fatto di colui che provoca emissioni pericolose per l'incolumità delle persone. Con l'introduzione di questa seconda ipotesi di reato, il legislatore del 1930 ha ampliato l'ambito applicativo della norma incriminatrice. La tutela dell'incolumità pubblica, infatti, è stata estesa nei confronti di quelle condotte aventi ad oggetto sostanze che, pur dotate di concreta attitudine all'offesa o alla molestia delle persone, non sono né solide né liquide, ma di natura

²⁴ GIZZI, *La rilevanza*, cit., in *Cass. pen.* 2008, p. 969.

²⁵ GIZZI, *op. loc. ult. cit.*

aeriforme e, quindi, non sono suscettibili di essere gettate e versate. Con la fattispecie in esame, allora, si è voluto apprestare una tutela al medesimo bene giuridico protetto dalla prima delle ipotesi criminose previste dall'art. 674 c.p. contro pericoli di offesa realizzati con modalità differenti rispetto al getto e al versamento di cose, consistenti appunto nell'emissione di fumi, gas o vapori. La contravvenzione, dunque, si caratterizza, rispetto al reato di cui alla prima parte dell'art. 674 c.p., per la diversa tipizzazione dell'azione e del suo oggetto materiale, anche se è punita con riferimento al medesimo evento lesivo: il pericolo di offesa, imbrattamento o molestia alle persone.

5. Considerazioni conclusive

Le scelte operate dalla più recente giurisprudenza appaiono, conclusivamente, solo in parte condivisibili, pur dovendosi riconoscere alla Corte il merito di aver affrontato il tema con il consueto rigore metodologico e con l'attenzione che la vicenda, non solo mediatica, meritava²⁶.

Il principio di diritto affermato è, invero, come già in precedenza sostenuto²⁷, solo parzialmente corretto, ponendosi in linea con la giurisprudenza di legittimità più accorta ed evoluta e con la dottrina più autorevole sul tema, soprattutto perché riconduce la natura giuridica del reato di cui all'art. 674 cod. pen. quale reato di pericolo concreto e non astratto, con il definitivo abbandono della tesi sostenuta da quella parte della giurisprudenza di legittimità che tendeva ad arrestare il giudizio di tipicità alla verifica dell'avvenuto superamento dei limiti tabellari, essendo invece necessario – come correttamente evidenziato dalla decisione sul caso di Radio Vaticana – che a tale superamento si accompagni anche la prova certa ed oggettiva di un effettivo e concreto pericolo di nocumento per la salute o la tranquillità delle persone.

A diversa conclusione deve, invece, pervenirsi in relazione all'affermazione della riconducibilità delle onde elettromagnetiche al getto. Ed invero, appare

²⁶ Va, del resto, ricordato che la questione di Radio Vaticana si è definitivamente conclusa con la recente decisione della Cassazione (Cass., sez. IV, 9 giugno 2011, n. 23262, non ufficialmente massimata, edita su *Ambiente & Sviluppo*, 8/9 2011, p. 741, con nota di Labarile *Elettrosmog e getto pericoloso di cose: il caso Radio Vaticana*), che conferma la riconducibilità del fenomeno della propagazione delle onde elettromagnetiche nella fattispecie di "getto pericoloso di cose".

²⁷ Ci sia consentito rinviare, per ulteriori approfondimenti, a SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico*, cit.

anzitutto il frutto di una (ambiziosa, quanto pericolosa) operazione di “torsione applicativa”²⁸ della *littera legis* la soluzione della prima questione giuridica controversa, ovvero l’aver astrattamente ritenuto che il fenomeno della emissione di onde elettromagnetiche rientra, per effetto di una interpretazione estensiva, nell’ambito dell’art. 674 cod. pen. Non convince del tutto, infatti, la scelta della giurisprudenza²⁹ di aderire alla tesi dell’interpretazione estensiva della nozione di “getto” o “versamento”. Ed invero, gli argomenti offerti dalla giurisprudenza maggioritaria e dalla dottrina favorevole all’estensione della fattispecie penale anche al fenomeno dell’inquinamento elettromagnetico, seguiti dalla giurisprudenza più recente, a ben vedere, come già sostenuto in precedenza³⁰, non sembrano efficacemente contrastare le considerazioni critiche sostenute dall’orientamento giurisprudenziale minoritario e da quell’autorevole dottrina³¹ che, invece, vede nell’opzione ermeneutica prescelta una pericolosa (e vietata) interpretazione analogica *in malam partem* della fattispecie codicistica. La scelta di assimilare alla nozione di “cose” di cui all’art. 674 cod. pen. le “onde” o i “campi elettromagnetici” che mal si presterebbero ad essere “gettate” (così come richiesto dall’art. 674 cod. pen.), infatti, non sembra suscettibile di essere estensivamente interpretata, nemmeno in chiave evolutiva, essendosi in realtà di fronte ad una lacuna di tutela colmabile solo in sede legislativa. In tal senso, pur dovendosi riconoscere – come operato dal Supremo Collegio – l’equiparabilità dei campi elettromagnetici alle “cose” in quanto energie dotate di valore economico (qualificabili, quindi, come cose mobili ai sensi dell’art. 624, comma secondo, cod. pen.)³², non può farsi a meno di insistere sulla tipicità e tassatività della fattispecie penale descritta dal legislatore il quale, parlando di “getto” o di “versamento”, in realtà avrebbe inteso riferirsi solo a cose o sostanze allo stato liquido o solido mentre, quanto alle “emissioni” contemplate nella seconda parte dell’art. 674 cod. pen., le stesse all’evidenza si riferiscono esclusivamente a “gas, vapori o fumi”, non potendosi accogliere l’interpretazione estensiva condivisa dalla decisione in esame che vi ricomprende anche le onde elettromagne-

²⁸ MARTIELLO, *op. cit.*, p. 895.

²⁹ Seguita anche successivamente alla decisione sul caso di Radio Vaticana: v., la già cit. Sez. III, 15 aprile 2009, Abbaneo.

³⁰ V. SCARCELLA, *L’inquinamento elettromagnetico*, cit.

³¹ Sul punto, illuminanti, come già evidenziato, sono le considerazioni espresse da GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio*, cit., 447.

³² Espressione linguistica di per sé sfuggente che – come acutamente osservato da MARTIELLO, *op. cit.*, p. 895 – imporrebbe al giudice di circoscriverne la portata in via interpretativa, come imposto dal principio di tassatività ed il correlato divieto di analogia *in malam partem*.

tiche, trattandosi in realtà di un'operazione di interpretazione analogica vietata in materia penale.

La ferita al principio di legalità e di tassatività che l'interpretazione estensiva della fattispecie penale comporta, necessita di una complessiva rimeditazione del sistema onde impedire che l'interpretazione della legge possa inconsapevolmente piegarsi a logiche repressive di fenomeni ancora in corso di studio, ciò tanto più nell'eventualità che i definitivi risultati degli studi epidemiologici intrapresi dovessero confermare i timori espressi da un'ampia parte del mondo scientifico circa la nocività per l'uomo di tale forma di inquinamento. In attesa di un sempre auspicato intervento del legislatore che chiarisca e delimiti il campo di applicazione delle due discipline, sarebbe comunque auspicabile che la questione fosse riproposta davanti alle Sezioni Unite della Suprema Corte, onde garantire l'uniforme applicazione del diritto ed evitare incertezze applicative, purtroppo destinate a protrarsi, nonostante gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza per fornire una convincente e definitiva soluzione circa la sussumibilità del fenomeno dell'elettrosmog nel getto pericoloso di cose, un reato di pericolo concreto per il principio di legalità.

GIOVANNI TUZET

LA STORIA INFINITA
ANCORA SU ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA

SOMMARIO: 1. Un problema ricorrente. – 2. L’analogia. – 3. L’interpretazione estensiva. – 4. Il caso di Radio Vaticana. – 5. Quale morale?

1. *Un problema ricorrente*

La distinzione fra analogia e interpretazione estensiva è un problema ricorrente per la giurisprudenza italiana, la teoria del diritto e la scienza penalistica. È uno dei nodi che sembra impossibile sciogliere e su cui si continua a lavorare comunque. Lo testimoniano le pagine di questo Annuario che hanno recentemente discusso tale distinzione alla luce di alcuni casi problematici tratti dalla giurisprudenza degli ultimi anni¹.

In questo contributo, date le mie competenze, mi propongo di ritornare sul tema con alcune considerazioni di taglio teorico che mirano a distinguere non solo l’analogia dall’interpretazione estensiva in genere ma anche tre nozioni di “interpretazione estensiva”; allo stesso tempo, però, intendo raccomandare un uso molto cauto di queste nozioni poiché, come cercherò di mostrare, la loro chiarezza analitica non toglie la difficoltà di utilizzarle correttamente in pratica.

Salterò una serie di considerazioni preliminari sul tema, assumendo che i suoi termini siano largamente noti. Mi premono però due operazioni di pulizia terminologica in merito all’analogia. La prima: penso che sia sbagliato e fuorviante parlare di “interpretazione analogica”. Se l’analogia (come sosterrò) è un argomento integrativo, non opera essa stessa un’interpretazione del diritto ma la presuppone. In questo senso è corretto parlare di “estensione” o “integrazione analogica”. La seconda: si faccia attenzione a non confondere i due sensi in cui si parla di *ratio* trattando di analogia; un conto è la *ratio legis* come scopo della legge o della disciplina, un altro è l’*eadem ratio* come proprietà che certi

¹ AA.VV., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in questo *Annuario*, 2010, pp. 347-382 (scritti di F. GIUNTA - G. CARCATERRA - O. DI GIOVINE - N. MAZZACUVA - V. VELLUZZI).

casi condividono e che costituisce una “ragione” per trattarli nello stesso modo (alla luce dello scopo della legge); le due cose sono ovviamente collegate ma concettualmente distinte.

2. L'analogia

Nel diritto l'analogia ha lo scopo di estendere, a un caso *non espressamente regolato*, la disciplina *espressamente prevista* per uno o più casi con cui il primo ha in comune una o più *proprietà rilevanti* (in virtù di cui i casi hanno una *somiglianza rilevante*)². A differenza di quanto accade all'analogia in contesti epistemici, dove essa ha lo scopo di integrare la conoscenza di un oggetto *meno conosciuto* ricorrendo a uno o più oggetti *più conosciuti* con cui il primo ha una somiglianza rilevante, l'analogia giuridica risponde a un problema normativo: come trattare un caso che non è stato espressamente regolato?

Non basta che i casi abbiano in comune una proprietà qualsiasi (per riprendere una provocazione di Lewis Carroll, anche un corvo e una scrivania hanno in comune delle proprietà): occorre che abbiano in comune una proprietà *rilevante*. Rilevante per cosa? A differenza di quanto accade nelle analogie fattuali, dove la rilevanza delle proprietà è data dal loro profilo causale (*P* è causa di *Q*), nelle analogie giuridiche la rilevanza è stabilita dalle ragioni della disciplina (*P* è una ragione per *Q*). Da una parte, se sappiamo che un oggetto meno noto ha in comune con un oggetto più noto una proprietà *P* causalmente rilevante per la proprietà *Q*, possiamo inferirne per analogia che anche l'oggetto meno noto ha la proprietà *Q*. Dall'altra, se un caso non regolato ha in comune con un caso regolato una proprietà *P* che è una ragione della disciplina *Q*, possiamo inferirne per analogia che la disciplina *Q* va estesa al caso non regolato.

Facciamo un esempio. Se il diritto risarcisce il furto di beni da una stanza

² Ho sviluppato questa idea in G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carrocci, Roma, 2010, cap. 5; vedi anche D. CANALE - G. TUZET, *The A Simili Argument: An Inferentialist Setting*, in *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 499-509. Cfr. in particolare N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di P. Di Lucia, Giappichelli, Torino, 2006; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, cap. 1; L. CAIANI, *Analogia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 348-378; G. CARCATERA, *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Treccani, Roma, 1988, pp. 1-25; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. 1, Utet, Torino, 1987, pp. 320-329; EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, cap. 9; L. PELLICCIOLI - V. VELLUZZI (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Ets, Pisa, 2011; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

d'albergo, mentre non risarcisce il furto subito in un vagone ferroviario, come trattare il caso (non regolato) di chi ha subito un furto nella cabina di un battello a vapore? Assumendo che la disciplina sul furto in albergo intenda proteggere l'affidamento del cliente, il caso è stato considerato analogo al furto in albergo: il cliente del battello riceve per contratto uno spazio chiuso e riservato in cui poter lasciare i propri beni così come in albergo, a differenza di quanto accade in treno (benché treno e battello siano simili sotto il profilo dell'essere mezzi di trasporto); pertanto, è stato detto, la compagnia che fornisce il servizio sul battello è tenuta a risarcire il furto analogamente a un albergatore e diversamente da una compagnia ferroviaria³. Cioè, riprendendo la formulazione di cui sopra, dato che si vuole proteggere l'affidamento del cliente la disciplina *Q* (risarcimento) va estesa al furto in battello poiché questo condivide con il furto in albergo la proprietà rilevante *P* (furto in uno spazio riservato prestato da chi fornisce il servizio e a cui solo questi e il cliente hanno accesso).

In questo senso è corretto dire che l'analogia è un argomento *integrativo* anziché interpretativo (dove per "interpretazione" si intende la determinazione del significato di una o più disposizioni normative)⁴: essa integra una disciplina lacunosa e presuppone che un'interpretazione di certe disposizioni sia già stata effettuata e ne sia stato concluso che la fattispecie è appunto sprovvista di disciplina.

Dunque l'analogia presuppone una lacuna. Ma come sappiamo il diritto penale è un ambito in cui è vietato colmare le lacune per analogia⁵. La ragione del divieto è la protezione della libertà individuale (principio del *favor libertatis*) e la tutela da interventi punitivi dello Stato che travalichino il dettato normativo; il che può essere riassunto nel cd. principio generale esclusivo, valido per il diritto penale: *tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso*. Se dunque ci sono lacune nel diritto penale, queste vanno colmate con il principio generale esclusivo e non per analogia con altri casi regolati da norme incriminatrici⁶.

³ Si tratta del caso americano *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* (1896), dove si scontravano due diverse analogie: per l'attore il battello era simile all'albergo sotto il profilo della prestazione contrattuale di chi offre il servizio; per il convenuto era simile al treno in quanto mezzo di trasporto; la Corte ritiene che la prima sia la somiglianza rilevante.

⁴ Così ad es. M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 243. Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, cap. 3 per un esame accurato della nozione di "lacuna" (su cui non posso fermarmi qui).

⁵ Lo vieta l'art. 14 delle "Preleggi". Pur in forme diverse, l'idea è condivisa dalla gran parte degli ordinamenti giuridici contemporanei.

⁶ Ma più radicalmente si potrebbe dire che, stante il principio, non c'è nessuna lacuna nel diritto penale (appunto perché quanto non è espressamente vietato è permesso). Un'altra que-

Ma veniamo al punto dolente: benché tutti concordino sul fatto che l'analogia è vietata in ambito penale, molti pensano che vi sia consentita la cd. *interpretazione estensiva*. In che cosa consisterebbe quest'ultima? In un'interpretazione delle disposizioni rilevanti la quale, anziché concludere che la disciplina è lacunosa, vi faccia rientrare il caso in esame benché questo non vi sia espressamente contemplato. Come pervenire a un risultato del genere? È necessario sottoporre a un'analisi più precisa la nozione in esame.

3. *L'interpretazione estensiva*

L'idea di base è questa: c'è *interpretazione* quando c'è determinazione del significato di una o più disposizioni normative (o enunciati normativi)⁷. Quando c'è *interpretazione estensiva*? In cosa consiste la peculiarità dell'interpretazione estensiva rispetto all'interpretazione genericamente intesa?

Nella discussione già ricordata, Vito Velluzzi ha scritto su questo Annuario che «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 normativo»⁸. In senso molto lato, dunque, potremmo dire che c'è interpreta-

zione che non posso trattare qui è la possibilità di analogie penali *in bonam partem*, cioè a favore dell'imputato (come l'estensione analogica di una scriminante), su cui rimangono interessanti le considerazioni di CAIANI, *op. cit.*, § 19: se guardiamo al valore della certezza tenderemo a restringere tale possibilità, ma se guardiamo al valore della libertà tenderemo ad ampliarla.

⁷ Le teorie dell'interpretazione discutono poi se per “determinazione” si debba intendere una *scoperta* del significato (teorie formaliste o cognitive) o piuttosto una sua *ascrizione* (teorie scettiche) o l'una o l'altra cosa a seconda dei casi (teorie miste o eclettiche). Rimando fra gli altri a R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011. Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999 e ID., *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper 45, 2003, secondo cui per distinguere fra interpretazione e integrazione del diritto la determinazione del significato va fatta sulla base delle regole della lingua.

⁸ V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, in questo Annuario, 2010, pp. 375-382, p. 376. Cfr. ID., *Sulla nozione di “interpretazione giuridica corretta” (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cassazione penale*, vol. 44 (7-8), 2004, pp. 2588-2598 e ID., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN-P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133-148, nonché M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003. In una prospettiva ermeneutica cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, vol. 2, 1997, pp. 171-195 e

zione estensiva ogni qual volta un'interpretazione determina un significato *più ampio rispetto a interpretazioni precedenti* del medesimo enunciato normativo o del medesimo insieme di enunciati (talvolta nel seguito ometterò di ricordare che può trattarsi anche di un insieme di enunciati e parlerò per brevità di singoli enunciati o disposizioni).

Questo modo di intendere la nozione potrebbe essere precisato se con essa si volesse tenere conto dell'*ammissibilità* dei significati. Infatti, se si ritiene che l'interprete non abbia un'assoluta discrezionalità nel fissare il significato di una disposizione e si crede che ci siano dei limiti al suo operato, si può tracciare una distinzione fra significati ammissibili e non. Il che solleva un'immediata domanda: come facciamo a sapere se un significato è ammissibile? La risposta è di solito questa: grazie agli *argomenti interpretativi* (letterale, psicologico, teleologico, sistematico, ecc.), i quali stabiliscono o almeno cercano di stabilire per ogni disposizione quali significati se ne possono trarre, o in altri termini quali interpretazioni sono giustificate. Ci sono diversi modi di intendere a loro volta gli argomenti interpretativi e di fissarne il novero, ma grosso modo possiamo dire che le regole della lingua e i canoni dell'interpretazione giuridica determinano una "cornice" di significati ammissibili entro la quale il giudice o interprete ha la responsabilità di effettuare una determinazione giustificata. In questa prospettiva, seguendo ancora Velluzzi, si può dire che c'è interpretazione estensiva quando rispetto a interpretazioni precedenti si determina un significato più ampio della medesima disposizione restando nell'ambito dei significati ammissibili⁹. (Qualora la determinazione andasse al di là dei significati ammissibili non si tratterebbe più di interpretazione ma di creazione di diritto).

Questo modo più preciso di intendere la nozione di interpretazione estensiva cattura il modo in cui essa è impiegata più di frequente nel discorso dei giuristi? L'idea vista sopra era già stata avanzata da Velluzzi in lavori precedenti dove veniva detto che l'estensione interpretativa può avere luogo rispetto a qualsiasi previa interpretazione, non necessariamente a quella *letterale* benché spesso sia così¹⁰. Infatti il modo più comune di intendere l'interpretazione estensiva è

A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, vol. 6, 2001, pp. 319-332.

⁹ Cfr. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, cit., pp. 141-142, il quale peraltro distingue fra significati "possibili" e "ammissibili": i primi sono quelli determinati dalle regole della lingua; i secondi sono una loro sottoclasse determinata dai canoni interpretativi.

¹⁰ ID., *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta"*, cit., § 5 sull'interpretazione estensiva e nota 37 sul punto (p. 2597).

quello di confrontarla con l'interpretazione letterale sostenendo che quella va al di là di questa¹¹; ovvero, in modo più articolato, sostenendo che c'è interpretazione estensiva quando rispetto a un'interpretazione letterale standard la fattispecie in esame non è contemplata nella disciplina ma vi rientra se si adotta un'interpretazione più ampia e pur sempre ammissibile.

Mi sembra così che da questo discorso emerga più di un possibile significato dell'espressione "interpretazione estensiva". Ne distinguerei analiticamente tre¹²:

1) in *senso latissimo*, è interpretazione estensiva di un enunciato normativo qualsiasi determinazione di un significato più esteso rispetto a una precedente interpretazione del medesimo enunciato (o del medesimo insieme di enunciati normativi); in sintesi, qualsiasi interpretazione più estesa di una precedente, includendovi anche le estensioni inammissibili alla luce di certi criteri;

2) in *senso lato*, è interpretazione estensiva di un enunciato normativo qualsiasi determinazione di un significato più esteso rispetto a una precedente interpretazione del medesimo enunciato (o del medesimo insieme di enunciati normativi) *fra i significati ammissibili* in base alle regole della lingua o ai canoni interpretativi accettati nella prassi; in sintesi, qualsiasi interpretazione più estesa di una precedente quando entrambe rientrano nella cornice dei significati ammissibili;

3) in *senso stretto*, è interpretazione estensiva di un enunciato normativo qualsiasi determinazione di un significato più esteso rispetto a una precedente e consolidata interpretazione *letterale* del medesimo enunciato (o del medesimo insieme di enunciati normativi), rimanendo pur sempre nella cornice dei significati ammissibili; in sintesi, l'interpretazione che va al di là di quella letterale standard pur restando all'interno della cornice¹³.

¹¹ Così ad es. la intende CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, in questo *Annuario*, 2010, pp. 348-355, p. 350. Cfr. ID., *Analogia*, cit., p. 6, nonché GUASTINI, *op. cit.*, secondo cui analogia e interpretazione estensiva consistono entrambe nel connettere una certa conseguenza giuridica a fattispecie che non rientrano nel «significato letterale *prima facie*» (p. 282).

¹² Cfr. *ivi*, pp. 98-100 per un'analisi diversa. Si noti che un discorso analogo si può fare per l'*interpretazione restrittiva*. Un altro tentativo di analizzare la questione è D. CANALE - G. TUZET, *Analogical Reasoning and Extensive Interpretation*, di prossima pubblicazione.

¹³ Preciso che in senso logico l'estensione è a mio avviso in denotazione: si estende la classe di cose trattate in un certo modo (il numero di cose che si contano come "veicoli", ad esempio). Se l'estensione fosse in connotazione (se per "veicoli" si intendessero i veicoli a motore), vorrebbe dire che la disciplina richiede delle ulteriori proprietà perché una cosa sia trattata in certo modo e ne seguirebbe che la classe delle cose trattate in tale modo sarebbe meno estesa in denotazione. Ma è vero che la classe si amplierebbe se l'estensione in connotazione consistesse

Per illustrare le tre possibilità, prendiamo il classico esempio dell'enunciato "Vietato introdurre veicoli nel parco". Immaginando che in T₁ ne sia data un'interpretazione per cui "veicolo" comprende ogni mezzo di trasporto, ne sarebbe un'interpretazione estensiva *in senso latissimo* quella che stabilisse in T₂ che il divieto si riferisce anche alle scarpe (intese come parte del significato di "veicolo", il che sarebbe un'interpretazione inammissibile secondo le regole della lingua). Immaginando invece che in T₁ ne sia data un'interpretazione per cui "veicolo" comprende le autovetture e in genere i veicoli a quattro ruote, ne sarebbe un'interpretazione estensiva *in senso lato* quella che stabilisse in T₂ che il divieto si riferisce anche ai motocicli (un'interpretazione ammissibile e che estende l'interpretazione precedente). Infine immaginando che in T₁ ne sia assodata un'interpretazione letterale per cui "veicolo" comprende tutti i veicoli a motore (assumendo cioè che questa non sia percepita come una restrizione del significato letterale), ne sarebbe un'interpretazione estensiva *in senso stretto* quella che stabilisse in T₂ che il divieto si riferisce anche alle biciclette (argomentando che queste rientrano nella cornice).

Oppure, qualora si pensi che l'aspetto temporale non sia importante e conti solo il contenuto delle interpretazioni, si potrebbe riformulare la tripartizione dicendo che per "interpretazione estensiva" si intende questo: 1) *in senso latissimo* qualsiasi interpretazione più estesa di un'altra; 2) *in senso lato* qualsiasi interpretazione più estesa di un'altra fra le interpretazioni ammissibili; 3) *in senso stretto* qualsiasi interpretazione più estesa dell'interpretazione letterale standard all'interno della cornice.

Mi sembra che Velluzzi utilizzi la nozione nel suo senso latissimo¹⁴, pur avendola utilizzata anche in senso lato¹⁵; inoltre mi sembra che quando viene posto

nell'aggiungere una classe a un'altra (se si dicesse che per "veicoli" si intendono i veicoli e le scarpe).

¹⁴ «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 [...] 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» (VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 379).

¹⁵ «Data un'interpretazione di una formulazione normativa si ha interpretazione estensiva della formulazione normativa medesima ove si determini un significato più ampio, ma rientrante nell'ambito dei significati possibili» (ID., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, cit., p. 142).

il problema della legalità penale, come vedremo, il senso in gioco e a cui pensa lo stesso Velluzzi sia quello stretto.

Specificare il senso in cui si usa la nozione mi sembra importante per valutare il suo impiego. I suoi sostenitori pensano in genere che l'interpretazione estensiva sia non soltanto legittima ma anche utile nell'estendere il diritto penale a quelle fattispecie che è ragionevole includere nella disciplina pur se il legislatore non vi ha fatto espresso riferimento (vuoi per l'impossibilità di prevedere gli sviluppi di certe tecnologie, vuoi per erronee cognizioni, vuoi anche per una semplice svista). I critici dell'interpretazione estensiva pensano invece che sia un sotterfugio per aggirare il divieto di analogia, usando un nome diverso per la stessa operazione ed estendendo illegittimamente l'intervento punitivo dello Stato. È bene vedere un caso concreto per rendersi conto di come la questione può presentarsi.

4. *Il caso di Radio Vaticana*

Certi ripetitori di Radio Vaticana emettevano delle onde elettromagnetiche che secondo la pubblica accusa costituivano una minaccia per chi abitava nei pressi. (Il caso aveva anche dei profili di diritto amministrativo che qui tralasciamo). All'accusa si poneva però un problema di diritto: nessun articolo del codice penale si riferisce espressamente all'emissione di onde elettromagnetiche come tipo di reato. C'è però un articolo del codice (l'art. 674) che sanziona il "getto pericoloso di cose". Ora, si può estendere all'emissione di onde la sanzione prevista per il getto di cose? L'argomento che sarebbe più ragionevole usare è un argomento analogico: l'art. 674 non si riferisce all'emissione di onde ed esiste dunque una lacuna; ora, così come il getto di cose rappresenta un pericolo per l'incolumità pubblica (proprietà *P*) ed è pertanto sanzionato (proprietà *Q*), l'emissione di onde di cui sia accertata la pericolosità (*P*) è una condotta cui estendere la sanzione (*Q*). Il problema è che l'analogia non può essere usata in sede penale. C'è allora un altro argomento che può giustificare una conclusione estensiva? Si dovrebbe trattare di un argomento non integrativo ma semplicemente interpretativo, che cioè estenda la sanzione penale senza presupporre una lacuna da colmare, dicendo appunto che la disposizione in esame può essere estensivamente interpretata in modo da includervi l'emissione di onde. Ma è possibile sostenere qualcosa del genere?

La Corte di Cassazione (sez. III penale, n. 36845/2008) dice di sì e motiva la decisione in base a un'interpretazione estensiva per cui le onde elettroma-

gnetiche rientrano nel significato del generico “cose” e l’emissione rientra nel significato di “getto”¹⁶. Ovviamente, se adottiamo la tripartizione vista sopra, il senso in cui la Corte può cercare di usare la nozione di interpretazione estensiva non è tanto quello latissimo (alla Corte preme dire che la propria interpretazione è ammissibile) e forse neppure quello lato (che pare poco perspicuo rispetto al caso in esame), bensì quello *stretto*: alla Corte serve dire che, nonostante l’interpretazione letterale standard possa escludere l’emissione di onde dal significato di “getto pericoloso di cose” tale estensione è comunque giustificata. Dice infatti che la decisione si basa su una «semplice interpretazione estensiva» (Motivi della decisione, punto 8) la quale non si limita allo «stretto significato letterale»¹⁷. Ma quali sono gli argomenti in favore di tale interpretazione? E si tratta veramente di interpretazione estensiva o piuttosto di un’analogia mascherata (come sostiene la difesa di Radio Vaticana e paventava la Corte d’appello)?

Gaetano Carcaterra ha sostenuto che non si tratta nemmeno di interpretazione estensiva, bensì di semplice interpretazione letterale. A suo avviso «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»¹⁸, mentre c’è analogia quando il significato letterale è ampliato oltre a ciò che consente il criterio sistematico. Il rilievo dell’argomento sistematico serve anche a limitare l’uso dell’argomento teleologico in questa sede, dato che l’appello alla *ratio legis* è quello a cui ricorre anche l’analogia per determinare una somiglianza rilevante¹⁹. Ma a ben vedere l’analogia è pure un modo di mantenere o rafforzare la coerenza

¹⁶ Questo è uno dei casi discussi in questo *Annuario*, 2010, pp. 347-382. Cfr. L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Jovene, Napoli, 2008.

¹⁷ «Nell’interpretare il disposto dell’art. 674 cod. pen. [...] non ci si può limitare a considerare solo lo stretto significato letterale delle espressioni usate dal legislatore dell’epoca o il solo complesso delle norme all’epoca vigenti, ma occorre valutare l’intero sistema normativo vigente al momento in cui la disposizione deve essere applicata» (Motivi della decisione, punto 5.1). Si noti il ruolo dell’argomento sistematico e l’appello al “diritto vivente”.

¹⁸ CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 352. Cfr. ID., *Analogia*, cit., pp. 16-18.

¹⁹ Quando «l’estensione è, o può essere, argomentata a prescindere dalla *ratio* – dal fine o dallo scopo della norma – e perciò dalla somiglianza dei casi, è chiaro che non di analogia ma di interpretazione estensiva si tratta» (ivi, p. 17). Quando la *ratio* entra in gioco bisogna distinguere i casi in cui ha una funzione *sussidiaria* da quelli in cui ha una funzione *prevalente*: nei primi si tratta ancora di interpretazione estensiva, nei secondi la questione può essere controversa (ivi, pp. 17-18).

del sistema²⁰, per cui anche l'appello a considerazioni sistematiche può essere un'analogia mascherata. Inoltre l'appello a un "criterio sistematico" mi pare di estrema genericità, a maggior ragione se consideriamo che esso può includere un apprezzamento degli aspetti contestuali o cotestuali dell'espressione o dell'enunciato da interpretare, apprezzamento che spesso produce degli esiti restrittivi anziché estensivi. (Come vedremo, "getto di cose" restringe il significato di "cose"). Su tale base Carcaterra rileva che "getto pericoloso di cose" può essere interpretato come riferito anche all'emissione di onde elettromagnetiche e che si tratta addirittura di un'interpretazione "dichiarativa" in quanto "cosa" designa «ogni possibile oggetto»²¹; se così non fosse, continua Carcaterra, supplirebbe il criterio sistematico, che permette anche di interpretare "getto" come riferito a un'emissione o emanazione.

Proporrei di fare un test empirico: si chiedi a un campione di parlanti scelti a caso se pensano che l'emissione di onde elettromagnetiche rientri nel significato letterale di "getto pericoloso di cose". Dico "parlanti scelti a caso" e non giuristi perché, ai fini della legalità penale, ci interessa porre l'attenzione sul modo in cui un comune cittadino intende l'espressione in gioco. Io penso che al comune cittadino paia bizzarro che un'espressione come "getto pericoloso di cose" sia interpretabile in modo da includervi l'emissione di onde elettromagnetiche, ma sono pronto a ricredermi se un test dimostrasse il contrario. Se ora non ho torto, rimarrebbe comunque la possibilità di operare un'interpretazione estensiva. Ma in base a quali argomenti? Infatti, una volta distinti il senso lato e il senso stretto di "interpretazione estensiva" dal suo senso latissimo, la cosa interessante rispetto a un caso concreto è capire con quali argomenti si può giustificare un'estensione interpretativa. Qui non posso entrare nei dettagli di tutti gli argomenti prodotti dalla Corte nel caso di Radio Vaticana, sia per ragioni di spazio sia di competenza. Mi limito ad alcune osservazioni sui due problemi principali, il significato di "cose" e quello di "getto".

"Cose": se lo intendiamo come iperonimo possiamo sostenere che comprende le cose materiali e quelle immateriali, i solidi e liquidi così come le onde; se però guardiamo alla "connessione" delle parole (come richiede di fare fra l'altro l'art. 12 c. I delle "Preleggi") l'associazione fra "cose" e "getto" fa pensare piuttosto alle cose materiali (solidi o liquidi)²². In "cosa gettata" la parola "cosa" non

²⁰ Su analogia e coerenza dell'ordinamento cfr. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, cit. e VELLUZZI, *Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento*, in *Ragion pratica*, n. 27, 2006, pp. 377-386.

²¹ CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 353.

²² Mentre la rubrica è "Getto pericoloso di cose", il testo dell'art. 674 sanziona più specificamente chiunque «getta o versa [...] cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone».

si riferisce a «ogni possibile oggetto» (Carcattera), ma a ogni possibile oggetto suscettibile di essere gettato, cioè a cose materiali. Per tacere del fatto che la seconda parte dell'articolo si riferisce a "cose" che non sono né liquide né solide («emissioni di gas, di vapori o di fumo»), lasciando intendere che la prima si riferisca a quelle solide o liquide, il che è un criterio "sistematico" per escludere che la fattispecie concreta vi rientri, pur se esiste un altro argomento sistematico secondo cui "cose" significa anche cose immateriali, argomento che consiste nel richiamare l'art. 624 c. II c.p. (in tema di furto) secondo cui agli effetti della legge penale «si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico»²³. A una conclusione scettica in merito alla ammissibilità di un'interpretazione estensiva, se consideriamo che il codice è del 1930, sembra condurre anche l'argomento dell'intenzione del legislatore (pur se lo scopo della disciplina, in base a un argomento teleologico, è una generica tutela dell'incolumità e della quiete pubblica) posto che a tale data non sussistevano le preoccupazioni che abbiamo ora in merito alla pericolosità delle onde (mentre era ben chiaro che un vaso gettato dalla finestra costituisce un pericolo); l'argomento ha una forza limitata, ma è pur sempre un ostacolo per l'interpretazione estensiva²⁴.

"Getto": questo rappresenta il problema più serio per un'interpretazione estensiva dell'articolo, poiché non ha la latitudine semantica di "cose"; il sostantivo "getto" e il verbo "gettare" fanno pensare all'azione del lanciare qualcosa di materiale, con le proprie forze o con qualche strumento (tipo fionda o catapulta). Peraltro viene da pensare a qualcosa di già esistente (un sasso, un vaso, ecc.) più che a qualcosa che viene in un certo senso creato nel momento stesso dell'azione (come accade con l'emissione di onde). Vero è che vi sono usi diversi di "gettare", come nell'espressione "gettare luce" o in "gettare un grido", di cui si trova autorevole testimonianza già in Dante, rileva la Corte; ma si può dubitare che una siffatta interpretazione estensiva sia ammissibile in un contesto

Specificando l'azione del versare rispetto alle cose liquide si lascia intendere che "gettare" valga ancor più in dettaglio per le cose solide.

²³ Sulle complicazioni sistematiche di questo caso (che dovrebbero far dubitare del netto giudizio di CARCATERA), cfr. O. DI GIOVINE, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, in questo *Annuario*, 2010, pp. 355-366, pp. 360-362; VOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 125-127.

²⁴ Secondo la Corte «è pacifico e non contestato che il criterio ermeneutico da adottare non è quello soggettivo ma quello oggettivo, in base al quale la legge va interpretata non secondo la volontà storica del legislatore che l'ha promulgata, ma secondo il senso proprio ed oggettivo delle parole che compongono la disposizione, interpretate nel momento in cui la stessa deve essere applicata ed alla luce del sistema normativo vigente in tale momento» (Motivi della decisione, punto 5.1). "Pacifico"?

giuridico come quello penale, dove il linguaggio non si presta a usi metaforici o poetici, avendo la pretesa di dire ai consociati, nella maniera più chiara e meno equivoca possibile, quali sono le condotte che il diritto vieta e sanziona.

5. *Quale morale?*

Il caso di Radio Vaticana è emblematico della difficoltà di tracciare una linea di confine fra argomento analogico e interpretazione estensiva, pur intendendo quest'ultima nel suo senso stretto. Dal che si possono trarre due morali: 1) la morale di chi tutto sommato non guarda con sfavore all'interpretazione estensiva e nota che, pur essendoci dei casi in cui (come nel caso di Radio Vaticana) è in pratica difficile dire dove finisca l'una e inizi l'altra, la distinzione fra interpretazione estensiva e analogia è chiara in teoria (l'una è un argomento interpretativo che non presuppone una lacuna, l'altra è un argomento integrativo) e come tale può essere mantenuta pur dovendosi avere l'accortezza di usarla con cautela in ambito penale; 2) la morale di chi guarda con sfavore all'interpretazione estensiva ritenendo che la sua distinzione teorica dall'analogia non sia che un espediente per aggirare il divieto di estensione analogica in ambito penale, cosicché sarebbe meglio (per preservare il *favor libertatis*) astenersi dall'una come dall'altra²⁵. Le mie inclinazioni pragmatiste mi fanno propendere per la seconda morale. Per provare la bontà di questa conclusione propongo un altro test, questa volta concettuale: si provi a capire se, *in ogni caso* in cui (se non fosse vietata) sarebbe configurabile un'analogia penale in base a una *ratio*, sia anche configurabile un'interpretazione estensiva nel suo senso lato o stretto, e viceversa; se così fosse, non sarebbero che due nomi diversi per la stessa cosa. Ma a prescindere dall'esito di questo test (che ammetto possa essere controverso), c'è un argomento giuridico di fondo che mi pare decisivo.

La questione chiave è la concezione della legalità penale, in relazione al principio del *favor libertatis* e al modo in cui leggere l'art. 25 della Costituzione: se ne abbiamo una concezione stretta che tiene conto del modo in cui i consociati possono intendere il dettato normativo del legislatore penale e formare altresì delle ragionevoli previsioni sul modo in cui i funzionari ne applicheranno le

²⁵ Così GUASTINI, *op. cit.*, p. 323: «molti ritengono, non a torto [...], che l'interpretazione estensiva non sia cosa rigidamente distinguibile dall'applicazione analogica; e che anzi la distinzione tra le due cose non abbia altro scopo se non quello di eludere il divieto di applicazione analogica: si può infatti aggirare il divieto semplicemente facendo sì applicazione analogica, ma avendo l'avvertenza di chiamare l'analogia con un altro nome».

norme, allora è sensato limitare al massimo l'utilizzo dell'interpretazione estensiva²⁶. Dice Velluzzi che una concezione dell'interpretazione giuridica focalizzata sui significati ammissibili alla luce delle regole della lingua è più conforme a una concezione stretta della legalità penale²⁷. Dice Nicola Mazzacuva che si dovrebbe ricorrere al principio del *favor rei* e all'interpretazione stretta dovunque sorgano dubbi interpretativi: «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»²⁸. Dice Riccardo Guastini che si fa interpretazione estensiva «allorché si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale più immediato, ovvero lo si estende fino a coprire anche fattispecie che ricadono entro l'area “di penombra”»²⁹, cioè fino a coprire quelle fattispecie dubbie rispetto a cui dovrebbe prevalere il *favor rei*, ricordando sempre che in pratica è arduo distinguere l'interpretazione estensiva dall'analogia³⁰. Se tutto ciò è vero, mi sembra, la morale che deve esserne tratta (non solo in base ad argomenti filosofici o esperimenti concettuali ma anche a ragioni giuridiche) è questa: il senso in cui più frequentemente si discute di interpretazione estensiva almeno in ambito penale è quello *stretto*, poiché in tale ambito si pone il problema della sua ammissibilità in relazione a interpretazioni letterali standard su cui i consociati possono fare affidamento; ma se allora si tratta di questo, se ne dovrebbe concludere che per rispettare la legalità penale l'interpretazione estensiva andrebbe usata il meno possibile, o andrebbe addirittura vietata com'è vietata l'analogia, se è vero che praticamente hanno gli stessi risultati e la prima è un nome per operare nascostamente la seconda.

²⁶ Ma realisticamente qualcuno può chiedersi: chi legge oggi le disposizioni penali? I cittadini si informano sui testi di legge e deliberano di conseguenza?

²⁷ VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., pp. 378-379 (che letteralmente parla di significati “possibili” alla luce della sua distinzione vista sopra fra questi e la loro sottoclasse dei significati “ammissibili”).

²⁸ N. MAZZACUVA, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, in questo *Annuario*, 2010, pp. 367-375, pp. 374-375.

²⁹ GUASTINI, *op. cit.*, p. 322.

³⁰ Cfr. *ivi*, pp. 321-323. Analogio discorso si può fare per le “norme eccezionali”.

Antologia

LUCIANO EUSEBI

BENI GIURIDICI E GENERAZIONE DELLA VITA.
NOTE ALLA LUCE DI ALCUNE VICENDE GIUDIZIARIE EUROPEE

SOMMARIO: 1. *Statuto dell'embrione umano e Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande Chambre) 18 ottobre 2011.* – 2. (segue) *La sequenza unitaria della vita individuale: riflessi costituzionali.* – 3. (segue) *Una serie di problemi aperti.* – 4. *Criteri della generazione umana e Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Chambre) 3 novembre 2011.*

1. *Statuto dell'embrione umano e Corte di giustizia dell'Unione Europea (Grande Chambre) 18 ottobre 2011*

Se si apre la pagina web di Greenpeace Deutschland e, tra i temi di interesse, si sceglie la voce *Patenten* (brevetti) può constatarsi l'impegno di quella organizzazione nel contrastare la possibilità di acquisire brevetti sulla vita (*Patenten auf Leben*), in tutte le manifestazioni di quest'ultima.

Sussistendo tale possibilità, commenta infatti Greenpeace, «lo sviluppo della vita, la riproduzione naturale e lo sbocciare di realtà esistenziali, come pure le stesse realtà esistenziali (*die Lebenwesen selbst*), risultano assimilati a invenzioni tecniche e posti sullo stesso piano di prodotti industriali quali lampadine e motori di automobile»¹.

Ne emerge la prospettazione di uno statuto particolare della vita *in sé*, implicante determinate modalità della sua protezione. Il che, almeno con riguardo alla vita *animata*, trova riscontro anche nell'ordinamento italiano. Significativamente, l'art. 1 della legge 12 ottobre 1993, n. 413 (*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*) dichiara di voler salvaguardare tutti «i cittadini che ... si oppongono alla violenza *su tutti gli esseri viventi*» (corsivo nostro). E nelle stesse fattispecie pur descritte dal titolo IX-*bis* del codice penale quali *delitti contro il sentimento per gli animali* (artt. 544-*bis* ss.) è palese il configurarsi della vita animale come bene giuridico ormai sostanzialmente autonomo².

¹ Cfr. <http://www.greenpeace.de/themen/>.

² Cfr. C. MAZZUCATO, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in S. CASTIGNONE - L. LOMBARDI

Ciò che non è stato *costruito* (vale in genere per i beni ambientali, ma tanto più con riguardo alla vita) non può dunque essere trattato secondo la medesima logica di una libera utilizzabilità strumentale, anche distruttiva, che caratterizza, in genere, quanto invece sia stato *prodotto*. Ciò che non è stato *costruito*, in altre parole, si sottrae alla prospettiva del puro dominio da parte di qualcuno. E simile conclusione assume, ovviamente, rilievo particolare ove sia riferibile a *individui* viventi.

Ben si comprende, date queste premesse, come l'impegno di Greenpeace contro la brevettabilità della vita abbia riguardato anche la forma espressiva di maggior rango della vita stessa, rappresentata, ovviamente, dalla vita *umana*. Così che, proprio su domanda di Greenpeace, il Tribunale federale tedesco dei brevetti ha constatato, in base alla legge tedesca relativa a tale materia (*PatG*), la nullità di un brevetto, depositato già nel 1997, riguardante cellule progenitrici ottenute a partire da cellule staminali embrionali umane, nonché i procedimenti per la loro produzione. Vicenda che ha visto il titolare di quel brevetto impugnare la decisione davanti alla Corte federale (*BGH*) e questa richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea – che si è espressa con sentenza della *Grande Chambre* del 18 ottobre 2011 (proc. C-34/10 *Brüstle* contro *Greenpeace eV*) – in merito all'interpretazione dell'art. 6, n. 2 (ripreso dall'art. 2.2. *PatG*), della Direttiva 6 luglio 1998, 98/44/CE, inerente alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, secondo cui «sono considerati non brevettabili in particolare (...) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali»³.

La sentenza, salutata con grande favore da Greenpeace⁴, appare di particolare rilievo, in quanto, onde definire la portata del termine *embrione*, si impegna

VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, volume VI del *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2012 (in corso di pubblicazione).

³ «In tale prospettiva – così il n. 22 della sentenza cit. della Corte di giustizia – il giudice del rinvio cerca, in particolare, di stabilire se le cellule staminali embrionali umane che fungono da materiale di partenza per i procedimenti brevettati costituiscono «embrioni» nel senso dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva e se gli organismi a partire dai quali tali cellule staminali embrionali umane possono essere ottenute costituiscono «embrioni umani» ai sensi del detto articolo.

⁴ «Heute wurde europäische Rechtsgeschichte geschrieben, sagt Christoph Then, Patentberater von Greenpeace. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes muss der Mensch in allen Phasen seiner Entwicklung vor kommerzieller Verwertung geschützt werden. Dies gilt auch für Embryonen in der Petrischale. So hat der Gerichtshof den Schutz menschlichen Lebens gegenüber wirtschaftlichen Interessen deutlich gestärkt»

(http://www.greenpeace.de/themen/patente/nachrichten/artikel/eugh_entscheidet_gegen_patent_auf_stammzellen-1/).

nell'enunciare il substrato argomentativo sulla cui base deve riconoscersi, anche ai fini giuridici, il sussistere di una vita individuale e, segnatamente, di una vita umana.

La Corte europea, escluso che il suo compito consista in valutazioni meramente etiche o mediche, muove dalla precisazione espressa al trentottesimo "*considerando*" della Direttiva citata, secondo il quale l'elenco in essa contenuto di specifici procedimenti esclusi dalla brevettabilità «non può certo essere reputato esauriente»: per cui, si conclude nel "*considerando*", «i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana devono ovviamente essere esclusi anch'essi dalla brevettabilità».

E proprio l'intento della Direttiva di salvaguardare in primo luogo la dignità umana – al di là di ogni altra esigenza pertinente, come l'ordine pubblico o il buon costume⁵ – impone, secondo i giudici europei, di attribuire rilievo alla realtà esistenziale dell'embrione (nelle stesse norme della Direttiva e delle legislazioni nazionali connesse) in modo pieno: «Il contesto e lo scopo della Direttiva rivelano che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di "embrione umano" ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva deve essere intesa in senso ampio» (n. 34).

Il ruolo che assume l'embrione tra i beni giuridicamente rilevanti è ricondotto, dunque, entro l'ambito del rispetto dovuto alla dignità umana e, in tale quadro, è ritenuto incompatibile con modelli descrittivi dell'embrione medesimo di carattere riduttivo.

Di conseguenza, la Corte ravvisa molto nitidamente il carattere che segna il darsi di un embrione (e a *fortiori* dell'iter esistenziale, in qualsiasi sua fase, dell'individuo di una data specie) nell'essere in atto, quale che sia la modalità con cui venga attivata, una sequenza esistenziale conforme alle caratteristiche genetiche di quella specie⁶: una sequenza – possiamo precisare – *autonoma*,

⁵ Si confronti il n. 33. della sentenza: «L'art. 5, n. 1, della Direttiva vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile. Un'ulteriore protezione è fornita dall'art. 6 della Direttiva, il quale indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Il trentottesimo "*considerando*" della Direttiva precisa che questo elenco non è esauriente e che anche tutti i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana devono essere esclusi dalla brevettabilità (v. sent. 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio, punti 71 e 76)».

⁶ Cfr., sul tema, L. EUSEBI, *Il rapporto con l'«altro» alla luce della Costituzione. I riflessi*

cioè non necessitante di ulteriori impulsi dall'esterno per procedere nel suo iter, *continua e coordinata*⁷.

«Sin dalla fase della sua fecondazione – afferma la *Grande Chambre* – qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un “embrione umano”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva, dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (n. 35).

Ma «deve essere riconosciuta questa qualificazione – prosegue la sentenza – anche all'ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi. Anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, gli stessi sono tali da dare avvio, [infatti], al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo» (n. 36).

«Per quanto riguarda, [invece], le cellule staminali ricavate da un embrione umano nello stadio di blastocisti, spetta al giudice nazionale – secondo la Corte – stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se esse siano tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, di conseguenza, rientrino nella nozione di “embrione umano” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva» (n. 37)⁸.

sulle problematiche del «fine vita» e l'«incostituzionalità» di ogni configurazione dell'«altro» come nemico, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, p. 42 ss. (disponibile anche nel sito web del medesimo Dipartimento: http://dipartimenti.unicatt.it/scienze/giuridiche_2143.html).

⁷ Così che il suo svolgersi necessita esclusivamente che siano garantite condizioni ambientali compatibili con l'iter esistenziale (comprehensive dell'alimentazione, dell'idratazione e del contrasto di fattori patologici), fin quando non venga meno, per ragioni endogene o procurate, l'idoneità stessa del sistema vitale a procedere ulteriormente nel percorso dell'esistenza.

⁸ Queste le conclusioni:

«– Costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi;

– spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della Direttiva» (n. 38).

2. (segue) *La sequenza unitaria della vita individuale: riflessi costituzionali*

La pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea rende implicitamente manifesto un dato non eludibile: l'impossibilità di motivare razionalmente la fissazione di momenti successivi all'inizio della sequenza esistenziale umana i quali siano in grado di fungere da discriminazione idonea a negare che sussista, prima e dopo di essi, un (medesimo) soggetto umano.

Essendo in atto una simile sequenza dalla fecondazione o, comunque, dal realizzarsi di altri eventi suscettibili di avviarla, l'embrione umano costituisce una fase del percorso esistenziale unitario che identifica la vita di un essere umano.

Si tratta di un percorso il quale esprime capacità diverse in epoche diverse del suo svolgersi, ferma peraltro l'inscindibilità del processo: sarebbe infatti del tutto irrazionale distinguere tra l'avvio di una dimensione che si voglia ritenere meramente biologica della vita e l'avvio del percorso che dà luogo all'espressione di capacità, per esempio, sensitive, cognitive o deliberative (bisognerebbe immaginare, in contrario, che l'avvio di questo secondo processo sia, per così dire, calato nel primo dall'esterno, senza che di ciò esista il benché minimo indizio).

Il ruolo delimitativo che talora si vorrebbe attribuito all'uno o all'altro dei suddetti momenti manifesta inevitabilmente, pertanto, carattere convenzionale e si pone in discontinuità rispetto all'assunto desumibile dalla Costituzione secondo cui la salvaguardia dei diritti inviolabili non dipende dal giudizio sulle condizioni in cui la vita di un individuo si manifesta nelle sue diverse fasi temporali.

L'art. 3 della Carta fondamentale precisa, infatti, che la dignità sociale di un individuo, vale a dire la salvaguardia dei suoi diritti nei rapporti intersoggettivi, assume rilievo senza differenze riferibili alle «condizioni personali o sociali» del medesimo. In altre parole, per il solo fatto della sua esistenza in vita.

Ne deriva che il rispetto della vita umana costituisce fondamento del principio di uguaglianza, manifestandosi quale presidio del mutuo riconoscimento fra gli esseri umani come eguali. Il rango del tutto singolare della vita umana tra i beni giuridicamente tutelati non rappresenta, pertanto, una concessione a specifici orizzonti di pensiero, ma attiene al nucleo fondante della democrazia.

Tale rango, del resto, può oggi essere riguardato anche come il profilo apicale della tutela che in linea di principio va riconosciuta, secondo la prospettiva in precedenza descritta, ai beni non prodotti dall'uomo, vale a dire ai beni ambientali e, fra di essi, alla vita, nelle sue diverse forme.

3. (segue) *Una serie di problemi aperti*

Nel contesto delineato, la sentenza che abbiamo preso in esame rappresenta un'autorevole sollecitazione verso un approccio non a priori riduzionistico nei confronti della vita che antecede la nascita: dunque, a recuperare uno stile dialogico e argomentativo circa la considerazione dei molteplici problemi che interpellano l'ordinamento giuridico con riguardo alle possibilità d'intervento oggi disponibili su tale fase dell'esistenza umana.

a) Uno dei temi più delicati concerne, in proposito, la tendenza ad ammettere forme di *flessibilizzazione* della tutela riguardante il bene vita o, in altre parole, il possibile soccombere di simile tutela, stanti certi presupposti, rispetto al perseguimento di specifiche finalità.

Viene in considerazione, di conseguenza, il significato che debba attribuirsi, negli ordinamenti democratici, al carattere *inviolabile* dei diritti fondamentali, così come si evince, per l'Italia, dall'art. 2 della Costituzione. Il che interessa particolarmente proprio il diritto alla vita, posto che la sua salvaguardia, come si osservava, costituisce condizione dell'uguaglianza fra gli esseri umani e presupposto del godimento di ogni altro diritto.

Ciò che su questa via si prospetta, in pratica, è il superamento del limite classico nel cui ambito, attraverso la disciplina dello *stato di necessità*, si sono ritenuti non punibili atti lesivi posti in essere contro l'incolumità individuale: limite riferito, nel nostro Paese, al fine esclusivo e non altrimenti conseguibile di «salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona», ferma la *proporzione* tra quanto si sacrifica e quanto si tutela. Si tratterebbe di giustificare, pertanto, compromissioni del bene vita anche in casi nei quali non sia riscontrabile la suddetta proporzione (ovvero allargando in modo puramente convenzionale i confini di tale parametro).

Nel senso predetto già si era mossa, in effetti, la sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale, che aveva inteso dare inquadramento giuridico a ipotesi di non punibilità dell'interruzione di una gravidanza estendendo il rapporto di proporzione tra beni diversi della donna e del concepito sulla base del noto assunto, invero privo di qualsiasi fondamento argomentabile dal punto di vista scientifico, secondo cui il concepito *persona dovrebbe ancora diventare*.

Un indirizzo ripreso dalla medesima Corte, in tema di procreazione medicalmente assistita, nella sentenza n. 151/2009, che va oltre la stessa ponderazione di beni entrambi riferibili alla sfera dell'incolumità personale laddove giunge a

delineare i diritti del concepito come diritti *affievoliti*, avendo riguardo al desiderio procreativo.

Di simili percorsi, tuttavia, non si sono forse vagliate adeguatamente le obiettive potenzialità disgregatrici in rapporto all'assetto costituzionale dei diritti inviolabili⁹. Con argomenti concettualmente analoghi, ad esempio, si potrebbe giustificare una minor protezione, attraverso il respingimento in mare, del diritto alla vita dei migranti irregolari rispetto agli standard comuni, e ciò in ragione delle esigenze *sicuritarie* dei cittadini: fondando una simile scelta, poniamo, sul fatto che quei migranti *cittadini devono ancora diventare*. Oppure si potrebbe aprire a legittimazioni della tortura, per ottenere notizie ritenute utili in un'ottica di difesa sociale, nei confronti di terroristi veri o presunti, supponendo una *deminutio* della loro condizione giuridica¹⁰. Oppure, ancora, potrebbero ritenersi accettabili, in nome del progresso della medicina, sperimentazioni gravose ma senza prospettive di beneficio per pazienti in fase terminale, reputando il loro *status* meno degno di tutela rispetto a quello degli altri esseri umani. E così via.

b) Da altro punto di vista, non può dirsi conforme all'inquadramento oggettivo della realtà esistenziale dell'embrione effettuata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea la tendenza a banalizzare il rilievo giuridico (anche sotto il profilo del diritto all'obiezione di coscienza) di farmaci o strumenti che possono interrompere precocemente la sequenza esistenziale dell'embrione medesimo nel corpo femminile, e ciò attraverso l'artificio terminologico di una ridefinizione della gravidanza come fase (solo) successiva all'annidamento embrionario nella parete uterina (così che solo in tale fase la vita dell'embrione entro il corpo femminile, diversamente da quanto avviene per l'embrione esistente *in vitro*, risulterebbe significativa per il diritto).

c) Un ulteriore aspetto problematico che investe lo statuto giuridico della vita umana in fase precoce attiene ai criteri di utilizzazione dei dati genetici acquisibili in tale fase. In radice, si tratta di domandarsi se si vorranno gestire i dati genetici, oggi disponibili in modo sempre più esteso, per ottenere una medicina

⁹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Würde des Menschen war untastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2006, p. 384 ss; ID., *Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte*, ibi, p. 399 (trad. it. *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia, 2010, p. 37 ss.).

¹⁰ Cfr. F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 226 ss.

curativa migliore (si pensi alla *farmacogenetica*) o se, invece, ci si vorrà avviare a un uso selettivo, del resto già in atto, di quei dati, il quale potrebbe progressivamente condurre a ridimensionare il ruolo della medicina e a privilegiare, anche nei confronti della specie umana, l'orientamento eugenetico (secondo una modalità, fra l'altro, di rango assai modesto quanto all'uso delle risorse conoscitive).

Ciò rimanda al tema complessivo, di rilievo epocale, rappresentato dall'atteggiamento nei confronti dei soggetti *diversamente abili* e, dunque, nei confronti della loro dignità. Da una parte, infatti, i diritti di tali soggetti vengono attualmente riconosciuti in modo ben più ampio che nel passato. Dall'altra, tuttavia, è palese la discrasia tra questa constatazione e la circostanza per cui ben pochi fra quegli individui avrebbero potuto procedere nella loro esistenza se solo si fosse attuato uno *screening* precoce delle loro condizioni di salute (a prescindere, ovviamente, dallo stesso punto di vista dell'individuo coinvolto, nonostante il livello molto alto della soddisfazione di vivere attestato, circa i soggetti *diversamente abili*, dalle associazioni e dagli operatori del settore).

Emergono, anzi, progetti intesi ad azzerare, per via selettiva, la presenza nella società di individui portatori di determinate patologie geneticamente riscontrabili: con ovvie conseguenze, fra l'altro, circa l'investimento relativo agli strumenti terapeutici utilizzabili in favore dei malati *residuali*.

Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva nel cui ambito la vita individuale finisce per essere riguardata non già in rapporto alla sua *natura* umana, bensì – come accade per le cose – in rapporto alle qualità che, contingentemente, sia in grado di manifestare, se non alla utilità (o alla onerosità) che possa rappresentare per altri individui.

d) Non può essere eluso, inoltre, il tema, emergente con riguardo alle tecniche di diagnosi genetica preimpianto, della generazione di più embrioni essendosi *ex ante* programmata la selezione tra i medesimi, cioè essendosi esclusa già nel momento generativo la prosecuzione della vita per molti di essi. Con ciò delineandosi per la prima volta quella che Jürgen Habermas definisce una generazione «con riserva» della vita umana, in quanto forma estrema di dominio sulla medesima¹¹.

Il che a sua volta impone di riflettere sull'esigenza che il fine, ben comprensibile, di evitare la trasmissione di caratteri genetici patologici non sia (contraddittoriamente) perseguito impedendo l'ulteriore procedere della vita di quegli

¹¹ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, trad. it. Einaudi, Torino, 2002, p. es. pp. 41 e 33.

embrioni cui quei caratteri siano stati trasmessi.

In sintesi. Il tema dell'inviolabilità di alcuni diritti, e in particolare del diritto alla vita, non attiene alle esigenze etiche di alcune specifiche sensibilità culturali, ma costituisce il punto di approdo di un percorso giuridico plurisecolare e il cardine sul quale s'è immaginato di costruire, nel dopoguerra, un assetto *sostanziale* della democrazia. Anche il dibattito sui temi della biogiuridica deve rimanere, pertanto, all'altezza di un simile quadro teorico.

4. *Criteri della generazione umana e Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Chambre) 3 novembre 2011*

Un problema nuovo circa l'approccio al bene giuridico rappresentato dalla vita umana è rappresentato dai criteri di generazione della medesima.

Se infatti tali criteri, fino al momento in cui il generare era indissolubilmente connesso all'atto sessuale, risultavano per ampia parte vincolati, dopo che il momento fecondativo si è reso praticabile *in vitro* (vale a dire sulla base della mera disponibilità di gameti femminili e maschili idonei), gli scopi e i contesti possibili dell'avviare una sequenza esistenziale umana si sono quanto mai estesi. E ciò pur ove venga tenuta per ferma un'utilizzazione delle tecniche in oggetto al solo fine procreativo: vale a dire, onde far sì che un nuovo individuo possa svolgere nella sua interezza il suo arco esistenziale.

Simile situazione delinea un contesto per molti versi inedito, in quanto la risposta alle questioni emergenti nel suo ambito non pare potersi ricercare semplicemente in base al giudizio su eventuali effetti negativi che, in via diretta, potrebbero riguardare i soggetti coinvolti nel ricorso a determinate tecniche.

Si pensi all'ipotesi, ampiamente condivisa, del divieto di programmare, il che per ora resta impraticabile, una gravidanza artificiale (la c.d. *ectogenesis*), e dunque il procedere della sequenza esistenziale umana nella sua prima fase rinunciando alla gestazione.

Certamente possono ipotizzarsi a tal proposito conseguenze derivanti dalla mancata interazione anche psicologica tra il feto e la figura materna: ma è dubbio che tali conseguenze assumano un rilievo sfavorevole in assoluto non contrastabile e del tutto diverso da quello che potrebbe derivare, poniamo, da altre problematiche relazionali.

L'interrogativo che viene in gioco, probabilmente, è più profondo e attiene al quesito se il rapporto con la figura materna sia coesistente alla *umanità* della

generazione di un nuovo individuo. Dunque, al quesito se la figura materna abbia un ruolo puramente tecnico, attraverso le caratteristiche del corpo femminile (e pertanto *sostituibile*), circa la sussistenza di un ambiente adatto al procedere precoce di una nuova vicenda esistenziale umana, o se invece il ruolo della donna in tale fase abbia attinenza alla stessa antropologia umana, per cui la *ectogenesi* risulterebbe non compatibile (in primo luogo) con la dignità femminile.

Non molto diversamente stanno le cose per quanto concerne l'individuo umano clonato. Questi, è probabile, avrebbe delle conseguenze psicologiche negative legate all'eventuale consapevolezza delle modalità inerenti alla sua generazione e della *non unicità* delle sue caratteristiche genetiche. Come pure sarebbero prevedibili, in una simile ipotesi, effetti sfavorevoli sul piano biologico, forse ridimensionabili attraverso il perfezionarsi dei procedimenti tecnici. Nel complesso, tuttavia, la condizione esistenziale di quel soggetto potrebbe non risultare radicalmente dissimile, in linea di principio, da quella di un gemello monozigote.

Anche in questo caso emerge, di conseguenza, un interrogativo prioritario: se l'apporto di due genomi diversi, maschile e femminile, derivanti dalla meiosi dei relativi gameti e tale da dar luogo, in sede di fecondazione, a un assetto genetico originale del nuovo individuo sia da annoverarsi tra le caratteristiche proprie di una generazione *umana*.

D'altra parte, fondare l'esclusione di determinate modalità generative solo sui possibili effetti sfavorevoli nei confronti dell'individuo generato corre il rischio di incidere sull'autonomia delle decisioni concernenti il procreare nell'ambito del concepimento naturale: facilitando il passaggio dal terreno etico a quello giuridico della problematica relativa alla generazione che avvenga nella consapevolezza della possibilità di trasferire caratteri genetici negativi e, in tal modo, aprendo la strada a pericolosissimi divieti di procreazione per via naturale¹².

Più propriamente, ai suddetti effetti sfavorevoli sembra competere un ruolo indiziario della particolare problematicità intrinseca di una data tecnica procreativa.

¹² A questo tema fa riferimento W. HASSEMER, al n. 83 nel parere dissenziente redatto, in quanto membro della Corte costituzionale tedesca, rispetto alla sentenza 26 febbraio 2008 con cui la medesima Corte ha respinto un'eccezione di incostituzionalità del par. 173, co. 2, *StGB* in tema di incesto tra fratello e sorella. Si noti, a tal proposito, come la riflessione che ha condotto la Corte a rigettare l'istanza, prioritariamente in rapporto alla tutela del rapporto familiare e, parallelamente, in rapporto ai possibili effetti per le parti coinvolte, è molto vicina a quella considerata nel testo di queste note. Del resto la stessa critica di Hassemer non s'impegna in una negazione della rilevanza (anche) giuridica del bene tutelato, ma si riferisce a profili di congruenza, rispetto ai fini dichiarati, del modello di costruzione dell'illecito tedesco e delle connesse opzioni sanzionatorie.

Quel che, dunque, appare anche giuridicamente inevitabile è interrogarsi circa il carattere non soltanto contingente, bensì riferibile alla *umanità* del generare, che sia da riconoscersi in una serie di caratteristiche della generazione medesima quale s'è resa praticabile, per via naturale, lungo i millenni.

E proprio da quest'ultimo punto di vista può cogliersi, riteniamo, l'apporto di maggior interesse della pronuncia emanata il 3 novembre 2011 dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto non contrastante con l'art. 8 *CEDU*, inerente al rispetto della vita privata e familiare, il divieto della fecondazione eterologa *in vitro* previsto nella legislazione austriaca (in tal senso riformando la precedente pronuncia emanata dalla Prima sezione della medesima Corte il 1° aprile 2010)¹³.

La *Grande Chambre*, infatti, non entra nel merito del giudizio da darsi circa la fecondazione eterologa, ma riconosce che i temi rilevanti per la decisione legislativa sull'ammissibilità della medesima investono questioni complesse di natura sociale ed etica, le quali devono tener conto, oltre che dei profili concernenti il benessere del bambino e la prevenzione di ripercussioni negative o di un uso improprio, anche della «dignità umana» (n. 113): questioni le quali, di conseguenza, vengono ritenute attinenti all'ambito di un legittimo apprezzamento del legislatore nazionale.

Si ammette, dunque, che emergono interrogativi – non irrilevanti per il diritto – i quali attengono in via diretta alla dignità umana dei criteri di generazione (nel caso specifico, con riguardo al coinvolgimento in essa di un soggetto terzo, al di fuori di qualsiasi relazione con l'altro soggetto biologicamente generante). Il che configura l'*umanità* della procreazione, ben oltre la problematica discussa nella pronuncia della Corte¹⁴, come vero e proprio bene giuridico.

¹³ Ampi riferimenti in A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, di prossima pubblicazione in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*.

¹⁴ Tra l'altro caratterizzata dalla circostanza, ritenuta comunque irrilevante dalla *Grande Chambre* rispetto al *thema decidendum*, per cui la legislazione austriaca vieta la fecondazione eterologa *in vitro*, ma non la fecondazione *in vivo* tramite donazione di gameti (esclusivamente) maschili.

MARIO PISANI

IL “GUAPPO” E LA RETORICA
TRA ALFREDO DE MARSICO ED ENRICO EMANUELLI

1. Nel breve arco temporale intercorrente tra il 4 e il 7 dicembre 1956 si svolgeva, davanti alla Corte d'Assise di Torino, un processo a titolo di tentato omicidio e tentata estorsione¹.

L'imputato principale, in ordine ad entrambi i reati, era un pregiudicato di nome Salvatore Russo, di origine napoletana, mentre a titolo di concorso nel primo dei due reati era chiamato a rispondere, per un ruolo minore, un altro imputato (Vincenzo Di Stadio).

Da un attento resoconto giornalistico² attingiamo una sintesi dei principali fatti di causa.

La sera del 17 gennaio 1955 il Russo, che si era intromesso a difesa del coimputato Di Stadio, aggredito da certo Vito Acquaro, di origine tarantina, riceveva uno schiaffo da costui, e un'ora dopo reagiva all'affronto sparandogli un colpo di rivoltella, da cui conseguiva una degenza ospedaliera di centoventi giorni³.

All'udienza del 6 dicembre, dopo l'avvocato di parte civile, in un'aula affollata⁴ prendeva la parola il P.M., che, com'era ovvio, in particolare si soffermava

¹ Come è ben noto, il vigente codice di procedura penale (1988) al contrario esclude testualmente, dall'ambito delle competenze delle corti d'assise (art. 5, lett. a), sia il delitto di «tentato omicidio» che – anche nella loro forma-base – i delitti «di rapina e di estorsione, comunque aggravati».

² *Il capo dei “guappi” in Corte d'Assise*, in *La Stampa* del 5 dicembre 1956, p. 2.

³ Il resoconto di cui nel testo così proseguiva, tra l'altro tratteggiando la figura del Russo: ... «Costui ha 52 anni, è nativo di Chiaiano di Napoli. Forte, il collo tozzo, pochi i capelli. Indossava un cappotto nuovo fulvo, e vestiva un abito grigio nuovo con un fazzoletto bianco nel taschino. Il suo racconto è stato spassoso. Parlava con la voce, i gesti, gli occhi, le pause; come un vero attore napoletano. Sapeva trovare le frasi che sollevavano il riso, ed allora tronfio si volgeva verso il pubblico come a dire: vedete che io sono sempre don Salvatore, anche qui dinanzi alla Corte. Il presidente lo ha invitato a dire una volta tanto la verità. E lui, pronto, a giurare sulla sorella morta lo scorso anno “anima della mia anima”, ad appellarsi a “Dio, grande e nobile”, ad assicurare che “è Vangelo di Dio quello che vi dico”».

⁴ «... L'aula era affollata. C'erano parecchi magistrati, numerosi avvocati perché il processo ha destato un vivo interesse. Il recinto del pubblico era occupato quasi per intero da meridionali» (*Il fenomeno degli immigrati dal Sud nelle parole del P.M. e della difesa*, in *La Stampa* del 7 dicembre 1956, p. 2).

sulla figura del Russo. «... L'abbiamo visto – egli ha detto – sorridente, anche spiritoso. Ha voluto apparire uomo di mondo dal cuore generoso, vittima della combutta di coloro che egli giudica non uomini, ma carogne. Ma se strappiamo di dosso la casacca di Pulcinella, noi vediamo il criminale». Ed ancora: «Russo, Di Stadio e i loro amici svolgono una attività delittuosa legati in gruppi asociali». E preoccupato, poi, che le sue parole potessero essere mal interpretate, il P.M. – come riferisce sempre la cronaca giornalistica – così precisava (non senza una certa dose di antica ingenuità): «Torino industrie apre le porte a tutti, ma dispiace che tra coloro che vengono alla ricerca di un lavoro per migliorare una situazione di vita che nelle loro terre è disperata, si nascondano elementi parassitari che, respinti (*sic*) dai loro paesi, credono di poter continuare da noi una esistenza disonorata». Seguiva la richiesta di condanna per il principale imputato: anni 16 e mesi 4 di reclusione per i due delitti tentati, e anni 1 di arresto per il porto d'arma.

Dopo il difensore del Di Stadio, interveniva il primo difensore del Russo: Alfredo De Marsico (ordinario di Diritto penale all'Università di Roma e senatore della Repubblica).

Continuando ad attingere all'indicata cronaca giornalistica, rileviamo la «tristezza profonda» palesata da De Marsico, in quanto uomo del Sud, e ad esso legato da un «affetto incommensurabile».

Ma ecco il *clou* dell'arringa, così come riferito in cronaca: «Egli ha invitato la Corte a compiere uno sforzo di comprensione per uscire con la coscienza e con il pensiero dai confini del Piemonte ed avvicinarsi al triste miscuglio di qualità eccelse e di bellezze estreme che è Napoli, dove splende il sole più bello e dove vivono misere genti che, costrette nelle loro catapecchie, neppure possono guardarlo».

Il cronista riferiva anche che il difensore «ha ricordato gli illustri partenopei ed ha parlato di quella sensibilità che tradotta, anche soltanto nelle canzoni, commuove gli italiani e gli stranieri».

Ed ancora, con maggiore approssimazione al testuale contenuto dell'arringa: «Quelli del Sud che vengono nell'industria Torino – così si riferiva che si fosse espresso il difensore – non sono deliranti che vogliono turbare la vostra tranquillità. È gente che cerca lavoro, che vuole migliorarsi trovando condizioni di vita più umane. E voi siate giudici, non siate i vendicatori di un benessere che Dio vi ha dato e che il meridione vi invidia e guarda come fosse un'utopia».

Al di là del quadro rassicurante e del tono esortativo, il difensore del Russo – se ne dà conto nella cronaca giornalistica – passava poi a respingere l'accusa

che il suo cliente fosse da considerarsi un *capo guappo*⁵. «A Torino non alligna la guapperia, non vi trova il suo mondo. Egli è l'uomo che sta tra la criminalità e l'avventura. L'uomo della jattanza, della spacconeria, della parola usata come il martello. Un cadetto di Guascogna. La causa deve essere interpretata come una bega di campanilismo».

Ma altro cronista della stampa locale⁶ aveva in precedenza dato conto di un ben diverso quadro di risultanze processuali: dopo tre anni di carcere, nel 1954 il Russo «aveva ripreso la sua attività di *guappo* obbedito e temuto nella cerchia degli amici napoletani. Riconosciuto come capo riceveva dai suoi uomini un vero e proprio stipendio di circa 200.000 lire al mese per i compiti di guida, di consigliere, di intermediario, di protettore. In definitiva, della congrega partenopea. Un uomo come lui non poteva quindi tollerare il minimo affronto». E, da qui, un'ora dopo dell'affronto, il colpo di rivoltella.

2. Il 7 dicembre il processo si concludeva con la condanna del Russo a 16 anni di reclusione e 6 mesi di arresto (mentre l'altro imputato veniva assolto per insufficienza di prove).

Due giorni dopo appariva su *La Stampa* un articolo a firma del collaboratore Enrico Emanuelli⁷: una figura piuttosto nota, sul piano nazionale, come scrittore ed autore di vari romanzi, ed anche per avere, prima d'allora, raccolto in volumi molte delle sue corrispondenze giornalistiche come inviato speciale (*Il pianeta Russia*, 1952; *Un viaggio sopra la terra*, 1953; *Giornale indiano*, 1955)⁸.

L'attenzione di Emanuelli si appuntava su alcuni passaggi argomentativi del-

⁵ Così Benedetto CROCE (*La Spagna nella vita italiana durante la Rinascenza*, Bari, 1917, p. 250) spiegava la genesi storica del termine: «Sotto il dominio spagnolo crebbero nelle città italiane le plebi oziose e cenciose coi luridi vizi della miseria e la lingua spagnola fornì allora al dialetto napoletano le tre parole, che gli rimasero a lungo caratteristiche, lazzaro, guappo e camorrista».

⁶ *Rivelati i segreti della malavita nel processo al guappo napoletano*, in *Stampa Sera* del 4 dicembre 1956, p. 2.

⁷ *Il guappo e la retorica*, in *La Stampa* del 9 dicembre 1956, p. 3.

⁸ «... In queste prove l'E. riusciva appieno nell'intento di restituire narrativamente l'osservazione diretta degli uomini e delle cose avvalendosi del giornalismo come occasione d'indagine, e della sua vocazione letteraria per individuare situazioni e figure esemplari utili a tracciare un ritratto psicologico e morale di un intero paese. E anche trovava il modo di riconfermare e definire ulteriormente i temi della sua poetica approdando a una sorta di fatalismo universale dell'umanità, al di sopra di tutte le distanze geografiche e culturali». (PAESANO, voce *Emanuelli*, *Enrico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XLII, 1993, p. 572). Tra le relative e numerose fonti bibliografiche v. il n° che la "La Fiera letteraria" del 1° gennaio 1956 aveva dedicato a Emanuelli. (Nel 1960 gli verrà assegnato il premio Bagutta).

l'«illustre avvocato napoletano» (in tal modo De Marsico sarà designato per tre volte), così come riferiti dalla cronaca giornalistica, e dando conto del limitato angolo visuale delle valutazioni critiche («... noi non abbiamo animo e mentalità giuridica essendo soltanto degli istintivi»).

In particolare il giornalista-scrittore⁹ disattendeva la plausibilità e la congruenza del già richiamato invito, rivolto ai giudici, a compiere lo «sforzo di comprensione» per uscire «dai confini del Piemonte ed avvicinarsi» alle contraddizioni della vita napoletana.

Inviti del genere – questo il commento di Emanuelli – sono «fiori retorici», che da molto tempo si potevano ritenere scomparsi dal giardino italiano. (E si ricordi anche il richiamo dell'arringa alle catapecchie ed al sole di Napoli, alle sue personalità illustri ed alla commovente espressione delle sensibilità artistiche di alcune tra di esse).

Era più facile, però – e questo vuol essere il commento nostro – parlare di «fiori retorici», non tenendo conto che l'oratore De Marsico parlava ai componenti di una corte d'assise italiana, vale a dire di un'istituzione di per sé radicalmente retorica (ancorata all'idea arcaica della *vox populi* ed alla mitologia del popolo sovrano, quasi che del popolo, e della sua proclamata sovranità, in regime democratico non siano idonei portatori ed interpreti anche i giudici togati).

Retorica a parte, inviti del genere venivano da Emanuelli qualificati come assurdi, «perché l'essere napoletani piuttosto che torinesi non serve a cambiare l'aspetto d'una azione delittuosa di fronte al codice». Ma è inutile dire che a illazioni di tipo estremistico non potessero certo mirare le argomentazioni difensive di un De Marsico.

Assurdi, inoltre, «perché molte cose, da qualche anno in qua» – correva il dicembre 1956 – sono cambiate, posto che «dalle Alpi a Marsala una certa unificazione di mentalità, aiutando la guerra, il cinema e la radio, si è realizzata», ed a Napoli «non è più il tempo in cui dominava la smorfia». Restava ancora da vedere, però – e così continua il commento nostro – se, piuttosto, già non cominciasse a profilarsi il dominio, ... assai più cogente ed invasivo, della camorra, ed almeno continuasse l'incubazione di portatori più o meno insani, e di moltiplicatori, magari sporadici, ma ben oltre il territorio napoletano, di bacilli di microcriminalità. A scongiurare i quali non bastava certo il rilievo di Emanuelli che «il guappo, trapiantato nel Nord, non può avere fortuna perché il nuovo

⁹ Era F. FLORA (*Storia della letteratura italiana*, vol. V, X ediz., 1958, p. 644) ad annoverare anche Emanuelli nella rosa dei «giornalisti-scrittori», e, più in particolare, degli allora «più giovani, tra coloro che al giornalismo spesso accompagnarono il libro».

ambiente nel quale si muove non lo comprende».

Lo scrittore indugiava poi su un altro passaggio dell'arringa, di tipo suggestivo, sempre mettendolo in conto alla «foga oratoria» del difensore: quello dell'invito ai giudici torinesi a non essere «i vendicatori» di un benessere, dono della divina provvidenza, e che il meridione «invidia e guarda come un'utopia». Su di che sembra opportuno rinviare il lettore direttamente al (primo) scritto di Emanuelli, che non a caso abbiamo voluto riproporre in appendice [v. doc. A].

3. Pochi giorni dopo De Marsico provvedeva ad inviare un testo di replica [v. doc. B] che veniva pubblicato nell'apposita rubrica del quotidiano (le *Lettere al direttore*)¹⁰.

Il difensore del Russo, con toni non lievi¹¹ rimproverava in particolare a Emanuelli di ignorare «che la funzione cui devono obbedire tutti i giudici, e i giudici popolari in ispecie, è di rendersi conto di quelle ragioni ambientali che contribuiscono alla formazione della personalità del delinquente e si fondono inevitabilmente con la spinta criminosa»¹².

Solo su tale premessa l'articlista (egli – il commento è ancora nostro – poteva aver dato l'impressione di ritenere che lo svolgimento difensivo mirasse radicalmente ad una soluzione giustificazionista) avrebbe potuto intendere l'invito rivolto ai giudici a rendersi conto del complesso di qualità che il protagonista del delitto, figlio «di un misero ceto sociale del Sud, recava in se stesso».

E nella lettera di De Marsico non mancava neanche la difesa della sua «misurata ritorsione» nei confronti del P.M., in quanto «aveva bollato nell'imputato il parassitismo di certi meridionali ecc.», meno favoriti – a dire di De Marsico – dalle «condizioni naturali» (*sic*) volute dal Creatore. E pretendeva forse il signor Emanuelli di cancellare, con una colonna e mezzo di piombo tipografico, la criminologia e sovvertire la tecnica del contraddittorio?».

¹⁰ *La Stampa* del 14 dicembre 1956, p. 3.

¹¹ Per due volte lo chiamava «signor Emanuelli», la seconda volta specificando: «ignoro da quali studi e da quale attività sia giunto al giornalismo». E' noto che, in alcune regioni meridionali, l'appellativo «signor» assume talvolta toni almeno velatamente dispregiativi (e l'accento sarebbe anche meno apprezzabile ove si volesse pensare che De Marsico, in realtà – trascurando tutto il resto – sapesse che il suo interlocutore era uno scrittore insigne ma, *temporibus illis*, autodidatta).

¹² Per inciso, e a titolo d'esempio: ai giorni nostri ci si può chiedere di quali migliori qualità ed attitudini, rispetto ai giudici togati, i giudici popolari possano disporre per conoscere le «ragioni ambientali» del delitto, ove si tratti di delitti allogeni – come oggi suol dirsi – «culturalmente motivati».

4. La *lettera al Direttore* era postillata da Emanuelli, il quale opponeva a De Marsico (l'«illustre avvocato», l'«illustre penalista» di «grande esperienza») che il suo, in effetti, era un articolo polemico, da intendersi però – a voler parlare di misurate ritorsioni – come «una ritorsione misurata contro il patrono del guappo numero uno».

Egli si diceva ben consapevole che «il punto forte, di chi esercita la difesa, consiste proprio nel ricostruire l'ambiente dove il protagonista del delitto è vissuto e dove il delitto è maturato».

Quanto, però, all'idea che «la società attuale napoletana facilita sempre il sorgere dei guappi» – il difensore aveva infatti parlato di «condizioni naturali» – essa sì era, per la verità, «offensiva dei meridionali», e per di più, secondo lo scrivente Emanuelli «un luogo comune, ormai abusato». Facendo eco alle approssimative, ed anche un po' ingenua, asserzioni del P.M., nella postilla si scriveva: «Per conto mio, rovesciando quel che fu detto in aula, sostengo che adesso la società napoletana [dicembre 1956] respinge i tipi parassitari, che forse hanno dato troppo colore a povere pagine romanzesche, tanto che essi emigrano» (!).

Per altre argomentazioni di reazione polemica, sembra giusto rinviare di nuovo al testo integrale della postilla di Emanuelli, dove si mirava a ribadire che «il vero tema del contrasto», e dunque ciò che lo mosse a scrivere fu «principalmente l'esuberanza retorica» – sottinteso: pretesamente (o apparentemente) «giustificazionista» – degli «inviti a compiere viaggi con lo spirito».

5. Poco dopo la tematica veniva ripresa in una privata corrispondenza epistolare [v. doc. C e doc. D].

A tanta distanza di tempo, il lettore, forse con qualche utilità, e insieme agli altri documenti, potrà ora benevolmente ripercorrerla, per saggiare la pertinenza e congruenza delle varie argomentazioni prospettate *hinc et inde*.

Per parte nostra si è così, e complessivamente, inteso offrire un saggio, o sia pure soltanto un quadro, se non proprio di archeologia, almeno di letteratura giudiziaria.

Documento A

IL GUAPPO E LA RETORICA

Enrico Emanuelli
da *La Stampa* del 9 dicembre 1956, p. 3

In questi giorni due guappi meridionali rendono conto delle loro azioni delittuose ad un tribunale torinese; e, giunti alle arringhe, un grande avvocato di Napoli, difendendo il guappo numero uno, ha invitato la Corte a compiere uno sforzo di comprensione per uscire con la coscienza e con il pensiero dai confini del Piemonte ed avvicinarsi al triste miscuglio di qualità eccelse e di bassezze estreme che è Napoli.

Non abbiamo sentito con le nostre orecchie simili parole, ma per la serietà del cronista che le riferisce le riteniamo vere. Pur concedendo molto spago alla irruenza degli avvocati penalisti, che toccano cento argomenti, giuridici, umani, filosofici e poetici per dare un po' di luce al quadro nero che generalmente hanno tra le mani, un tale invito ci è sembrato assurdo. Inviti del genere sono, come si dice, fiori retorici e da molto tempo li ritenevamo scomparsi dal giardino italiano; invece, come si vede, essi ancora ricompaiono e, per di più, nei momenti e nei luoghi meno prevedibili.

Innanzitutto diciamo che inviti come quello fatto dal grande avvocato di Napoli sono assurdi perché l'essere napoletani piuttosto che torinesi non serve a cambiare l'aspetto d'una azione delittuosa di fronte al codice. Qualche volta, è vero, ci viene voglia di pensare che la formula: «La legge è uguale per tutti» sia fonte di inevitabili e rare ingiustizie, ma simile tentazione dura un attimo. Però aggiungiamo subito che noi non abbiamo animo e mentalità giuridica essendo soltanto degli istintivi: con tutto ciò non vorremmo proprio vedere la legge, o magari la «comprensione», disuguale se ha di fronte napoletani o romani o piemontesi o siciliani, nel tentativo di interpretarli e di giustificarli secondo particolari costumi locali.

In secondo luogo l'invito è assurdo perché molte cose, da qualche anno in qua, sono cambiate e dalle Alpi a Marsala una certa unificazione di mentalità, aiutando la guerra, il cinema e la radio, si è realizzata. Anche a Napoli non è più il tempo in cui dominava la smorfia, ossia la chiave dei sogni, per cui Matilde Serao scriveva (nel libretto intitolato *Il ventre di Napoli*) che «per dare del pazzo a qualcuno si dice: è un *vintiroie* (ventidue, matto), e crescendo man mano la collera, tutte le ingiurie avendo un numero relativo, si dicono in gergo del lotto. Una donna dà un pugno a un'altra e le rompe la faccia; davanti al giudice si

scolpa, dicendo: *m'ha chiammata sittantotto*; il giudice deve prendere la smorfia e vedere a che corrisponde di oltraggioso quel numero». Questi tempi sono passati; ma adesso, se si dicono numeri, essi rappresentano la somma di denaro che si esige per un ricatto o per una «protezione».

In terzo luogo è giusto far sapere che restiamo insensibili ai deboli richiami romantici della guapperia non dando nessun peso particolare al guappo. Costui è un bellimbusto, un bravaccio, un fazioso, un camorrista, un violento. Quando simili doti sono riunite in un uomo, a Torino lo si chiama teppista ed a Roma lo dicono bullo. Ora noi vogliamo liberarci dei teppisti e dei bulli organizzando una società che li metta naturalmente al bando e che renda impossibile le loro manifestazioni. Detto questo ne consegue che se qualche guappo viene al Nord e il Nord non lo vuole accettare, come non accetta i bulli e i teppisti, e li trascina in tribunale, ciò non significa che siano dimenticate le sue grandi qualità umane o le sue dolorose miserie. Oramai, dopo tanti studi e tante inchieste, tutti sanno perché nel meridione sussistano ancora certe forme d'attività criminale; e ugualmente tutti sanno che il popolo non ne ha nessuna colpa. Sono ragioni prima storiche e poi economiche alle quali si intrecciano le sociali; e noi, che riteniamo il guappo un anacronismo nella vita settentrionale, ci auguriamo che presto lo sia anche in quella meridionale. Egli è figura presto analizzata: porta con sé un concetto dell'onore che riguarda soltanto la sua puntigliosa criminalità ed un concetto della forza che riflette soltanto la sua prepotenza. Non sappiamo che cosa farcene. Alessandro Dumas, proprio in un libro su Napoli (intitolato *Il corricolo*) scrisse: «Conducete Falstaff a Napoli e vi passerà incompreso». Parafrasando diremo che il guappo, trapiantato nel Nord, non può avere fortuna perché il nuovo ambiente nel quale si muove non lo comprende.

Ma non ci saremmo indugiati su tali faccende, se queste non fossero la introduzione ad un'altra ben più strana. Lo stesso grande avvocato di Napoli, sempre difendendo a Torino il guappo numero uno, ha detto rivolto ai giudici: «Non siate i vendicatori di un benessere che Dio vi ha dato e che il Meridione vi invidia e guarda come fosse un'utopia». Bisogna ancora una volta concedere molto alla foga oratoria, altrimenti nella scia di queste parole potrebbe anche insinuarsi il sospetto che sullo sfondo o, magari, nel sottofondo del recente processo di Torino ci siano motivi di polemica, di rancore o di incomprendione tra meridionali e settentrionali. Ora non è possibile insistere nel mescolare male le carte in questa maniera e diremo brevemente il nostro punto di vista.

Prima di tutto è inutile invocare il nome di Dio in una questione tanto terrena come è quella del benessere materiale (con il giusto sospetto che Dio, o la Divina Provvidenza, non abbia uguale amore per i meridionali); e poi, trattando

di fannulloni patentati, di violenti o di succubi alla violenza, è incauto dire che invidiano un benessere quasi utopistico ai loro occhi e vorrebbero che diventasse realtà, ma con sistemi che conducono, almeno in questo caso, prima in tribunale e poi in prigione.

Perché non resti nessuna ombra tra noi e i nostri numerosi amici meridionali diremo che il teppista piemontese, freddo e furbo; il bullo romano, smargiasso e brutale; il guappo napoletano, fantasioso e violento rispecchiano la parte peggiore di differenti caratteri regionali e non siamo disposti per nessun motivo a prenderli come pretesto di cattiva letteratura. Tra i guappi ed il popolo napoletano corre la stessa distanza che sappiamo esserci fra i teppisti e la gente del Piemonte, tra i bulli e gli abitanti di Roma. In definitiva questi aspetti diversi d'una stessa delinquenza non meritano calorosa pietà o generosa comprensione essendo tutti al medesimo modo spregevoli e condannabili. Invocare l'una o l'altra, anche nella foga oratoria, anche nelle necessità immediate d'una arringa, anche nella buona intenzione di forzare la verità a fin di bene, ci pare cosa offensiva, ma non per noi. Essa offende tutti i meridionali.

Documento B

LETTERE AL DIRETTORE

da *La Stampa* del 14 dicembre 1956, p. 3

Illustre Direttore, leggo soltanto ora l'articolo pubblicato del signor Emanuelli «Il guappo e la retorica» nella *Stampa* di domenica 9. E mi sembra doveroso aiutare l'autore ad uscire d'imbarazzo nel rispondere alla domanda che si pone: se l'avvocato napoletano che difese costà recentemente, in Corte di Assise, uno dei due guappi meridionali tratti a giudizio per rispondere di tentato omicidio, abbia offeso, con l'impostazione del suo ragionamento, i suoi conterranei o i torinesi.

Sia tranquillo – e sia certo: non è stato offeso nessuno.

Se l'articolista avesse riflettuto che la funzione cui devono obbedire tutti i giudici, ed i giudici popolari in ispecie, è di rendersi conto di quelle ragioni ambientali che contribuiscono alla formazione della personalità del delinquente e si fondono inevitabilmente con la spinta criminosa, avrebbe compreso che premessa di ogni argomentazione difensiva, nel caso nostro, doveva essere l'invito ai giudici di rendersi conto, con uno sforzo di trasposizione intellettuale e

morale, del complesso di qualità che il protagonista del delitto, come figlio del Sud e di un misero ceto sociale del Sud, recava in sé stesso.

E se l'articolista, che ignoro da quali studi e da quale attività sia giunto al giornalismo, avesse spinto il suo sforzo di riflessione fino a ricordare prima che il P.M. aveva bollato nell'imputato il «parassitismo» di certi meridionali che emigrano dalle loro terre per cercare di costruirsi una via ed una vita a Torino, e poi che il contraddittorio, nelle aule giudiziarie, è polemica, non si sarebbe sorpreso dell'accenno che, in via di misurata ritorsione, il patrono fece e doveva fare al benessere che Torino ha il diritto di difendere, non di vendicare, rannodandolo non solo al merito degli uomini, ma – sì – anche a Dio, che ne pose le condizioni naturali. Ritorsione tanto più necessaria in quanto il parassitismo non aveva nulla da vedere con i moventi del tentato omicidio.

Pretende il signor Emanuelli di cancellare, con una colonna e mezzo di piombo tipografico, la criminologia e sovvertire la tecnica del contraddittorio? Una illusione, cui può portare soltanto la peggiore delle retoriche: quella della così detta antiretorica! La ringrazio della pubblicazione e la saluto cordialmente.

Alfredo De Marsico
Napoli, 12 dicembre 1956.

L'illustre avvocato mi fa sapere che il contraddittorio nelle aule giudiziarie è polemica e scrivendo questa risposta pubblica devo subito dirgli che spesse volte gli articoli di giornale sono polemici, come infatti era il mio, che tanto da vicino lo ha toccato. Egli ammette d'aver avuto, durante l'arringa, una «misurata ritorsione» contro il Pubblico Ministero; ed io scrivendo sul mio giornale ho avuto una ritorsione misurata contro il patrono del guappo numero uno. La faccenda, dunque, non è complicata.

La lettera, che mi riguarda, è composta di due argomentazioni, che poco hanno a che fare con il mio articolo, come cercherò di dire più avanti; ma alle quali intendo ugualmente rispondere.

Per la prima dirò, senza per nulla voler competere con la grande esperienza dell'illustre penalista, che certe cose essendo note a tutti lo sono anche a me. Per questo so anch'io che il punto forte, di chi esercita la difesa, consiste proprio nel ricostruire l'ambiente dove il protagonista del delitto è vissuto e dove il delitto è maturato. Ero giovane quando mi capitò di leggere l'arringa che Bentini disse per difendere il reverendo Adorni. La ricostruzione degli anni d'infanzia e di seminario e poi di quelli che dovevano portare Adorni all'assassinio, sono di

tragica potenza e rivaleggiano con certe *tranches de vie* di Zola e di Maupassant. Fu una «ricostruzione» che ancora oggi mi commuove.

Per l'altro punto controverso, sul parassitismo e su una eventuale offesa dei meridionali, mi è persino più facile rispondere. Se il sostenere che la società attuale napoletana facilita sempre il sorgere dei guappi, coinvolgendola così in un processo morale e quasi mettendola come sfondo necessario per certa criminalità, non risulta offensivo, giudichi chi si è valso di tale affermazione. Io l'ho ritenuta soprattutto un luogo comune, ormai abusato e per questo ho parlato anche dei teppisti e dei bulli, che piemontesi e romani cercano di coltivare sempre di meno. Per conto mio, rovesciando quel che fu detto in aula, sostengo che adesso la società napoletana respinge i tipi parassitari, che forse hanno dato troppo colore a povere pagine romanzesche, tanto che essi emigrano.

Ma, così, pur avendo risposto alla lettera non ho ancora toccato il vero tema del contrasto. Vorrei dire che l'illustre penalista lo sfiora, ma non lo individua o non vuole individuarlo. Cercherò di farlo io stesso con un trapasso quasi volgare, di cui chiedo scusa. A qualcuno la carne piace poco cotta, sanguinolenta, che al taglio del coltello si mostri vivamente rossa; ad altri piace al contrario e cioè molto cotta, asciutta e senza ombra di sangue. Per ipotesi supponiamo che all'avvocato di Napoli piaccia vederla sul piatto cotta nella prima maniera e che a me, invece, piaccia cotta alla seconda maniera. Che cosa c'è da aggiungere? Che siamo d'accordo sul fatto di mangiare la carne e che prima di mangiarla bisogna cuocerla; ma siamo in disaccordo sia sul modo di cuocerla, sia sul modo di servirla.

Non so se con questa trasposizione sono riuscito a chiarire quel che volevo sostenere. Essendo implicito che le arringhe devono ricordare l'ambiente e che possono polemizzare con la pubblica accusa, resta poi il fatto che alcune di queste arringhe, messe sulla carta e lette anziché udite, mostrano salti e scatti e volate e tirate che fanno insofferenti. Tutto qua, e questo è il vero tema del contrasto. Con la mia colonna e mezzo di piombo, per fortuna tipografico, non ho di certo inteso sovvertire né la criminologia né la tecnica del contraddittorio. Quello che mi mosse a scrivere fu principalmente l'esuberanza retorica degli inviti a compiere viaggi con lo spirito, supponendo che i giudici popolari, anziché essere e rimanere giudici, potessero diventare dei vendicatori. Ridotta a questi termini, la controversia potrebbe continuare senza mai fine perché alla mia insinuazione di retorica si risponde che sono vittima dell'antiretorica. Come se, dicendo ad un tale che è calvo, mi sentissi rinfacciare che io porto la parrucca. Potrebbe anche essere vero, ma ciò non reca nessun rimedio alla calvizie del mio contraddittore.

Documenti C e D

UNO SCAMBIO DI LETTERE

Pavia, 9 dicembre 1956

Caro Emanuelli,

mi permetterà che mi rivolga a Lei in questi termini. In fondo, sono un lettore non troppo infedele de *La Stampa*, e dei suoi articoli in ispecie, che leggo sempre con viva soddisfazione. Ne ha pubblicato però uno, domenica scorsa, che ha suscitato in me qualche leggero, e forse non del tutto immotivato, disappunto. Voglio alludere, come Lei sa, all'articolo che si intitola «Il guappo e la retorica».

Lei in sostanza vi dice, prendendo le mosse dalla vigorosa difesa svolta in un recente processo torinese, che «l'essere napoletani piuttosto che torinesi non serve a cambiare l'aspetto di un'azione delittuosa di fronte al codice»; per cui l'invito rivolto ai giudici, da parte del difensore del guappo, «a compiere uno sforzo di comprensione per uscire con la coscienza e con il pensiero dai confini del Piemonte, ed avvicinarsi al triste miscuglio di qualità eccelse e di bassezze estreme che è Napoli», sarebbe per più profili addirittura assurdo.

A questo proposito è già intervenuto l'avv. De Marsico, che è anche titolare di diritto penale all'Università di Roma, e da parte mia non ho che da condividere le sue argomentazioni. «La funzione cui devono obbedire tutti i giudici – dice l'insigne giurista – è di rendersi conto di quelle ragioni ambientali che contribuiscono alla formazione della personalità del delinquente, e si fondono inevitabilmente con la spinta criminosa». Ed è forse superfluo che La rinvi, perché abbia una conferma della validità dell'assunto, alle *Esperienze di un magistrato* di Peretti-Griva. E' forse superfluo, dico, perché Lei sembra dar per buone le ragioni sopra allegate; ma lo fa, comunque, scrivendo che tali argomenti costituiscono «il punto forte di chi esercita la difesa». Ma è qui, mi sembra, la debolezza della sua “postilla”, e perciò la ragione di questo mio scritto. Infatti è il codice stesso, alla cui autorità Lei fa appello, a stabilire che il giudice, nell'applicazione della pena, deve tener conto, tra gli altri elementi, delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo». Vero è che l'art. 133, che così dispone, fu detto il polmone, il centro vitale, l'elemento nucleare del sistema penale italiano, ma non senza punte di letteraria sovrabbondanza. La realtà processuale è infatti, ben diversa da quella della norma; ma forse che questo può imputare a esuberanza retorica la difesa dell'avvocato che si esercita, in un certo senso, anche in supplenza dell'amministrazione della giustizia?

Ho letto con molto interesse le sue citazioni. Ne consenta una anche a me: la traggio da «L'avvocato» di Francesco Sansovino, edito anni fa a cura di Calamandrei. Dice un causidico ad un giovane praticante: «Non aver cura di quel che tu dica, ma favella a ventura. Grida più che tu puoi; suda e scaldati assai, perciocché quante gocce ti cascano dalla fronte, tanti scudi ti piovono in borsa» (p. 95).

A mio modo di vedere l'opinione pubblica corrente vuole ancora così, per la maggior parte, gli avvocati penalisti. Ecco dove sta quel romanticismo di tono minore che Lei lamenta. Ma questa, direbbe Carnelutti, è una di quelle "superstizioni" che si dovranno sradicare. Anche Lei dovrebbe dare una mano in questo lavoro un poco ingrato.

Per ritornare però al caso in questione, e precisamente a quella che Lei ha chiamato «l'esuberanza retorica degli inviti a compiere viaggi con lo spirito», forse che nel processo Dolci, svolto in Sicilia, non era altrettanto legittimo l'invito a non compiere viaggi con lo spirito, fatto ai giudici da parte di Elio Vittorini, siciliano sì, ma *non* giurista né causidico?

E non è a dire che, a questo modo, l'eguaglianza di fronte alla legge, di cui parlano i muri della più umile delle Preture, venga per ciò stesso, ed automaticamente, ad essere conculcata. Non è a dire che a questo modo le esigenze del castigo penale e della prevenzione vengano sommerse: il problema è troppo grande, e questa non è la sede migliore per farvi sia pure fuggevole accenno. Certo è, però, che l'eguaglianza che costituisce uno dei pilastri ideali dell'ordinamento giuridico moderno è l'eguaglianza concreta delle posizioni, più che l'eguaglianza astratta di fronte alla lettera della legge.

Gradisca l'espressione della mia stima, e vivissime cordialità.

Mario Pisani

Milano, 18 dicembre 1956
Via Ceradini, n. 15

Caro Pisani,

La ringrazio per la sua cordiale, intelligente e civile lettera. L'ho ricevuta sabato pomeriggio; ho telefonato, la sera, a Torino per sapere dal mio direttore se era possibile pubblicarla a chiusura del contrasto che ho avuto col prof. De Marsico. Purtroppo non è possibile, per varie ragioni; anche perché un quotidiano, di solito, e per questioni come queste, non può prolungare e diluire la discussione.

Mi pare che la vera difesa di chi io ho sempre, per deferenza, chiamato illustre ed insigne, la faccia lei con molta abilità e con maggior chiarezza che non l'interessato stesso.

Come ho detto nella mia risposta, non ho mai pensato di competere con l'avv. De Marsico sul piano del giure e già nel mio primo articolo mettevo le mani avanti scrivendo: «non abbiamo animo e mentalità giuridica, essendo soltanto degli istintivi». L'errore, di cui forse ho colpa io, nasce dalla valutazione errata del mio primo articolo, che è soltanto valido sul piano del "costume". Lei ricorda il trattatello del Sansovino, che ho letto anch'io qualche anno fa quando Calamandrei lo ripubblicò nell'edizione Le Monnier; ma oggi penso che l'opinione pubblica non è più d'accordo con le parole che lei cita. L'oratoria, la vera, esige un estremo controllo; senza il controllo diventa sbrodolante da tutte le parti. Questo, e niente altro, era il tema del mio articolo. (...)

Molti cordiali saluti dal suo

Enrico Emanuelli

Invito alla lettura

VITO VELLUZZI

IL GIURISTA, LA LEGGE, LA COSTITUZIONE.
A PROPOSITO DI *MORALITÉ* DI MARCELLO GALLO

Con queste rapide osservazioni non intendo riassumere a tutto tondo, in poche battute e con inevitabile genericità i contenuti del libro del Prof. Marcello Gallo (*Moralité*, Napoli, Esi, 2011, pp. 211). Ciò potrebbe recare offesa sia all'autore, sia ai potenziali lettori. L'Autore vedrebbe sviliti gli importanti contenuti del suo lavoro e il lettore avrebbe accesso alle riflessioni di un maestro del diritto (senza specificazioni) attraverso una prosa meno ricca, profonda ed elegante di quella del libro. La strada intrapresa nelle considerazioni a seguire è un'altra, ovvero intendo offrire qualche riflessione su due fuochi tematici ricorrenti nelle pagine del libro, proponendoli come quelli più interessanti per il filosofo del diritto, oltre che per i giuristi di vari ambiti disciplinari, tra i quali primeggiano, com'è prevedibile, il diritto penale e il diritto costituzionale. Cercherò, quindi, di fare soltanto il mio mestiere, il filosofo del diritto (analitico). Che il libro sia di sicuro interesse per il filosofo del diritto è testimoniato sia dalla frequente citazione di due tra i più grandi filosofi del diritto del Novecento, Kelsen e Hart, nonché dai puntuali riferimenti a filosofi "generali", quali Bacone e Ockham. Ma è rilevabile soprattutto dai temi affrontati e dal metodo usato.

Inizio dal metodo. Quest'ultimo è ispirato alla coerenza, ovvero alla riconduzione delle riflessioni compiute ad alcuni principi e criteri guida. Per quanto l'autore neghi, facendo professione di umiltà, l'ambizione di costruire un "sistema", la trama di considerazioni tessuta saggio dopo saggio a partire da questioni giuridiche particolari si annoda sempre intorno ai medesimi principi e criteri, tra loro perfettamente armoniosi e non soltanto compatibili. Se non si tende alla costruzione di un sistema, si pensa al diritto come ad un sistema, in particolare ad un sistema di norme e principi in grado di delineare in maniera sì problematica, ma pur sempre sufficientemente chiara, competenze istituzionali, confini tra poteri, rapporti gerarchici tra norme.

L'adozione del metodo, dei principi e dei criteri che lo ispirano, quindi, non è indifferente rispetto ai temi affrontati e allo loro importanza per il filosofo del diritto. Ma non voglio parlare dei principi basilari del sistema individuati e sviluppati dall'Autore, bensì ricostruirli, per così dire, induttivamente, a partire da due fuochi tematici ricorrenti, come ho già affermato. Ed ecco che i due fuo-

chi tematici prendono la forma: a) del significato della Costituzione nel sistema giuridico italiano; b) dell'interpretazione della legge, con particolare attenzione al compito e al contenuto dell'art. 12, comma primo delle preleggi.

Primo fuoco tematico: una formula di sintesi adeguata per spiegare questo punto potrebbe essere "la Costituzione è uno sbarramento". Mi spiego. La tendenza in atto in dottrina e in giurisprudenza, ci avvisa il Prof. Gallo a p. 211, è quella di considerare la Costituzione una norma come tutte le altre, ma la Costituzione non è una legge delega, da essa, cioè, non discendono "... obblighi, a contenuto positivo e a contenuto negativo, rivolti al legislatore ordinario (statuale e regionale)" (p. 195). La figura pertinente è quella dell'onere. Il legislatore, quindi, è sottoposto ad un obbligo condizionato (questo è un onere dal punto di vista deontico, come ci ha insegnato, tra gli altri, Giacomo Gavazzi), ovvero a norme la cui struttura logica è la seguente: "Se vuoi x devi y", e nel caso del legislatore diviene "Se vuoi che le tue leggi non siano invalidate devi rispettare la Costituzione". La Costituzione è, così configurata, uno sbarramento all'azione legislativa, la quale può svolgersi sin dove non trova ostacolo nelle norme costituzionali. La funzione di garanzia dei diritti svolta dalla Costituzione (rigida) risiede in ciò: questi diritti non possono essere violati dal legislatore. Il legislatore, quindi, non ha alcun obbligo incondizionato di attuare le norme costituzionali.

Da questa lettura discendono almeno due, importanti, conseguenze. La prima riguarda le posizioni soggettive sancite dalle norme costituzionali: la Costituzione è "matrice" e non fonte di diritti, di posizioni soggettive (individuate, in maniera icastica, dal prof. Gallo come interessi legittimi, interessi, cioè, per la cui attuazione e realizzazione è necessaria la mediazione di un potere, nella situazione che stiamo discutendo del potere legislativo, v. p. 204). Scrive, infatti, l'Autore: "Quale, allora, la funzione della garanzia costituzionale? Essa non è mai prestata a singole situazioni giuridico-soggettive ... ma è sempre e immanabilmente prestata ad altre norme. La garanzia costituzionale non ha per oggetto situazioni giuridico-soggettive, bensì norme generali e astratte, norme di natura ordinaria" (pp. 206-207). La seconda conseguenza riguarda il ruolo della Corte costituzionale. Se la Costituzione è uno sbarramento, un argine al potere legislativo, le sentenze della Corte dovrebbero muoversi nel solco del modello kelseniano di legislazione negativa. Il bersaglio critico del Prof. Gallo è costituito principalmente dalle cosiddette sentenze additive, ovvero, dalle sentenze "che dichiarano la illegittimità di un disposto di legge 'in quanto' o 'perché' non enuncia uno o più elementi di fattispecie ... Con la conseguenza di 'aggiungere' al disposto su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi elementi che nel testo mancano" (p. 27). Più in particolare la critica è rivolta a coloro, e sono molti, che

ritengono tali sentenze vincolanti, mentre la loro efficacia andrebbe, a detta del prof. Gallo, limitata al rango di consigli al legislatore (v. p. 71).

Alcune considerazioni su questo primo fuoco tematico. Oggidì è diffusa l'idea che la Costituzione non sia sbarramento, bensì fondamento, e fondamento alquanto pervasivo, del sistema giuridico. Ne è limpida prova la tesi dell'applicazione diretta delle norme costituzionali, tesi che ha due rilevanti ramificazioni: l'applicazione diretta può servire a colmare lacune normative *tout court* a livello legislativo, ragion per cui il legislatore è obbligato ad attuare le norme costituzionali, se non lo fa il giudice può risolvere le controversie basandosi direttamente sulle norme costituzionali; oppure ove una norma costituzionale contempli un diritto sociale (categoria discussa e dagli incerti contenuti), ossia un diritto a ottenere una prestazione e gli apparati statali si rifiutino di erogarla, il cittadino può rivolgersi al giudice affinché possa ottenere la prestazione senza la mediazione di una o più norme legislative. Sulla prima ramificazione della tesi dell'applicazione diretta della Costituzione non è dato trarre, dal libro del Prof. Gallo, argomenti favorevoli o contrari. Si è visto, invece, come la seconda ramificazione della tesi incontri la ferma opposizione dell'Autore. Ma v'è una prova ulteriore della diffusione della concezione della Costituzione come fondamento, ovvero la tesi dell'efficacia vincolante per i giudici ordinari delle sentenze additive: se la Costituzione è fondamento (nel senso sopra indicato) del sistema giuridico, è doveroso innestare nelle leggi ciò che in esse manca per renderle conformi a Costituzione. Pure quest'ultima tesi è avversata dal Prof. Gallo nella misura in cui, vale la pena ripeterlo, a tali sentenze si attribuisca efficacia *erga omnes*. Aggiunge l'Autore che così ragionando si finisce per violare l'art. 101, comma secondo Cost., (v. p. 67).

Non credo che interessi a quale delle due concezioni (da me denominate un po' sommariamente dello sbarramento e del fondamento) della Costituzione vada la mia preferenza, voglio solo sottolineare un aspetto: se la concezione sostenuta con estremo rigore dall'Autore rischia di relegare le norme Costituzionali a un ruolo, per così dire, di nicchia, la concezione alternativa alloca la gran parte della "gestione" del sistema giuridico nelle mani della Corte costituzionale e dei giudici ordinari. Inoltre, l'impressione che si trae leggendo il libro è che l'Autore non sposi una concezione della Costituzione per calarla dall'esterno sul sistema giuridico italiano, bensì ritenga che quella concezione sia presente nei contenuti delle norme della Costituzione italiana, per cui l'alternativa non è tra due concezioni della medesima Costituzione, bensì tra due diverse Costituzioni.

Secondo fuoco tematico: l'interpretazione della legge. Una formula riassuntiva adeguata potrebbe essere "l'articolo 12, comma primo, delle preleggi preso

sul serio”. Inizio con una notazione a mo’ di cronaca sociologico-giuridica. Un rapido esame da me compiuto della giurisprudenza ha evidenziato un dato che il Prof. Gallo giudicherebbe sconcertante: il numero di sentenze (di merito e di legittimità) che non menziona e/o non usa i criteri interpretativi di cui al summenzionato articolo è molto più elevato delle sentenze che al medesimo articolo si richiamano. Il Prof. Gallo muove, invece, da un presupposto semplice e lineare: l’articolo 12, comma primo è una norma vigente del sistema giuridico italiano, non v’è alcuna ragione plausibile per ignorarla o screditarla. V’è di più: in fondo il contenuto della norma in questione “appartiene al modo di essere, ontologico e deontologico, della lettura di norme giuridiche” (p. 53). Se non ho frainteso i molteplici spunti forniti in argomento dall’Autore, il faro dell’interprete non può che essere il testo normativo, è all’interno di esso, del significato proprio delle parole e della loro connessione che l’intenzione del legislatore diviene ragionevole, che i principi orientano la scelta del significato corretto o preferibile; è dentro quel recinto semantico e sintattico che le scelte valutative dell’interprete restano scelte interpretative appunto, e non si trasformano in “visioni ideologiche, mascherate da interpretazioni” (p. 127).

Su questo secondo fuoco tematico mi permetto di esprimere una breve valutazione in assonanza di vedute col Prof. Gallo e che prescinde dal ruolo che si voglia assegnare all’art. 12 primo comma delle preleggi. Ritenere il testo normativo il punto di partenza e il punto di arrivo dell’attività interpretativa, non vuol dire essere ingenui e nostalgici amanti di una visione semanticamente insostenibile e giuridicamente inopportuna del ruolo dell’interprete nel sistema giuridico. Significa, al contrario, riconoscere l’inevitabile discrezionalità dell’interprete derivante dall’ambiguità delle parole e dalla vaghezza dei significati senza accettare, però, che sia confusa con l’arbitrio. Significa richiedere all’interprete una seria assunzione di responsabilità evitando la confusione dei ruoli. Si tratta, quindi, di pretendere dall’interprete stesso giustificazioni della propria attività conformi alla separazione dei poteri (comunque intesa: separazione in senso forte, distinzione, bilanciamento) e compatibili con l’ambito dei possibili significati dei testi normativi oggetto di interpretazione. Pensarla diversamente vuol dire esporsi a molteplici rischi, uno dei quali è stato autorevolmente indicato da Hart: il rischio di confondere la definitività di una sentenza con la sua infallibilità.

Ho intitolato queste rapide considerazioni sul libro del Prof. Gallo “Il giurista, la legge, la Costituzione”. Spero che la ragione del titolo sia ora chiara al lettore. Ho indicato per prima la legge perché nelle riflessioni dell’Autore essa è il riferimento fisiologico del giurista e solo laddove la fisiologia viene meno, mu-

tando in patologia, la Costituzione e il suo garante, la Corte costituzionale, svolgono un ruolo significativo. In più la legge è in grado di imbrigliare l'interprete garantendo il rispetto dei ruoli istituzionali, essa fornisce un quadro semantico e sintattico articolato i cui confini non sono però manipolabili dall'interprete a proprio piacimento.

Se l'Autore sia nel giusto è questione di opinioni, ma che il libro sia una lettura eccellente è fuor di dubbio. Le riflessioni proposte nei saggi stimolano il lettore a seguire i fili di un articolato e rigoroso ragionamento, e il ragionamento non lascia mai il passo alla "moda giuridica del momento" o all'asserzione apodittica. Insomma il Prof. Gallo si mostra come un giuspositivista desideroso di porre in evidenza le ragioni del diritto positivo e la forza di queste ragioni più che la semplice forza del diritto positivo.

Progetti

PER UNA DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA CONDIVISA. IL NUOVO PROGETTO DEL LAPEC E GIUSTO PROCESSO

In ragione del suo noto e tradizionale tratto identitario, la nostra giustizia penale è soggetta al vincolo della legalità sostanziale e processuale, con una intensità sconosciuta ad altri rami dell'ordinamento giuridico. Ciò non significa che la dimensione del "normativo", ossia dell'agire nel rispetto di parametri predeterminati, si esaurisca nella regolamentazione di fonte legislativa. Ogni giorno, nelle aule dei nostri tribunali, giudici e parti processuali interagiscono creando consuetudini che riempiono fondamentali spazi interstiziali, i quali, non essendo coperti da riserva di legge, sono lasciati impregiudicati dal legislatore. Si tratta, tuttavia, di ambiti regolativi che incidono in modo rilevante sul volto e il funzionamento complessivo della giurisdizione. Come la dignità del processo dipende, infatti, dal comportamento dei suoi attori, così la qualità della funzione dei magistrati e degli avvocati dipende direttamente dalla dignità del processo. La circolarità del ragionamento non deve sorprendere. Il processo non è soltanto disciplina codicistica, ma è cultura che si fa pratica quotidiana. Quel che la giustizia penale è dipende anche da quel che i suoi attori vogliono che sia.

Lo spazio d'intervento lasciato all'iniziativa degli attori della giustizia penale non è solo una necessità, ma anche una grande opportunità che merita di essere sfruttata al meglio. Purtroppo, e per converso, avvocati e magistrati continuano a lamentarsi più o meno informalmente, gli uni della condotta degli altri. Il loro è un rapporto di collaborazione e confronto inevitabili, ma lo stato d'animo oscilla dal rispetto all'intolleranza, con la tendenza di ciascuna categoria ad attribuire all'altra la responsabilità dei malanni giudiziari.

Questo stato di cose nuoce a tutti. Ma, per fortuna, la realtà offre altri squarci. Con il necessario ottimismo della volontà, occorre saper guardare a quelle felici esperienze di dialogo, che mirano alla soluzione dei problemi comuni, sul fondamentale presupposto del riconoscimento della pari dignità di tutti gli attori del processo penale. Si tratta di sperimentazioni che vanno incoraggiate, perché costituiscono un'importante via d'uscita dall'impasse generale.

In questo contesto si colloca l'esperienza, già segnalata sulle pagine del nostro Annuario, del LAPEC (Laboratorio permanente per l'esame e il controesame),

che ha consentito di mettere a fuoco, con il metodo della concertazione, regole integrative ed esplicative della normativa vigente in materia di prova dichiarativa. Il successo registrato da questo *modus procedendi*, che ambisce a risultati condivisi come tali stabili e durevoli, ne suggerisce l'utilizzo su nuovi terreni.

Criminalia guarda con grande interesse al nuovo e ancor più impegnativo progetto del LAPEC e GIUSTO PROCESSO, che punta a favorire la formazione di una deontologia processuale condivisa. Come noto, la deontologia è un settore tradizionalmente sottratto alla normazione primaria. Essa, però, toccando interessi comuni non può essere appannaggio esclusivo di una visione corporativistica e solitaria. Il processo è il proscenio di tutti i suoi attori. Da qui la proposta di coinvolgere giudici, difensori e pubblici ministeri, invitandoli a discutere insieme, apertamente e amichevolmente dei rispettivi compiti, degli errori e delle scorrettezze - *rectius*, di quel che ritengono tali - allo scopo di superarli, chiarirli, concordando possibili rimedi, ossia regole di condotta che tengano conto, per ognuno dei soggetti professionali del processo, delle altre due funzioni. L'obiettivo è quello di scrivere insieme un decalogo di "buone maniere", invitando giudici, difensori, pubblici ministeri a diffonderle e farle condividere ai responsabili istituzionali e associativi. Così facendo, si darebbe forza ai magistrati e agli avvocati corretti, si isolerebbero e si scoraggerebbero i comportamenti scorretti, ancorché corrispondenti a prassi abituali. Si tratterebbe del primo, rilevantissimo, passo verso un'auspicabile formazione comune a magistrati e avvocati, che costituisce la meta finale di quanti ritengono non più differibile l'esigenza della massima condivisione come della cultura giuridica, così dei comportamenti quotidiani. La deontologia, lungi dall'essere una disciplina minimale e residuale, è un fondamentale momento di rilegittimazione quotidiana e permanente degli attori del processo (v. Giovanni Canzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel distretto della Corte di Appello di Milano*, p. 85, in www.corte.appello.milano.it).

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

- ALBERTO CADOPPI – Professore ordinario nell’Università di Parma
STEFANO CANESTRARI – Professore ordinario nell’Università di Bologna
GIOVANNI CANZIO – Presidente della Corte d’Appello di Milano
FRANCESCO CAPRIOLI – Professore ordinario nell’Università di Bologna
ALDO CASALINUOVO – Avvocato del Foro di Catanzaro
DANIELA CAVALLINI – Ricercatore nell’Università di Bologna
ADOLFO CERETTI – Professore ordinario nell’Università Milano-Bicocca
ALESSANDRO CORDA – Dottore di ricerca nell’Università di Pavia
LUIGI CORNACCHIA – Professore associato nell’Università del Salento
GIUSEPPE DI FEDERICO – Professore emerito nell’Università di Bologna
LUCIANO EUSEBI – Professore ordinario nell’Università Cattolica Sacro Cuore di Milano
GIOVANNI FIANDACA – Professore ordinario nell’Università di Palermo
ANTONIO FORZA – Avvocato del Foro di Venezia
ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa
FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze
CARLO FEDERICO GROSSO – Professore emerito nell’Università di Torino
GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna
LUIGI LANZA – Consigliere della Corte di Cassazione
FERRANDO MANTOVANI – Professore emerito nell’Università di Firenze
ENRICO MARZADURI – Professore ordinario nell’Università di Pisa
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena
ANTONIO MURA – Sostituto procuratore generale della Corte di Cassazione

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano

DOMENICO PULITANÒ – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bologna

LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell’Università di Messina

MARIO ROMANO – Professore ordinario nell’Università Cattolica Sacro Cuore di Milano

GIUSEPPE SANTALUCIA – Coordinatore per il settore penale dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

ALESSIO SCARCELLA – Magistrato in servizio presso l’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

SILVIA TORDINI CAGLI – Ricercatore nell’Università di Bologna

GIOVANNI TUZET – Ricercatore nell’Università Bocconi di Milano

ANTONIO VALLINI – Professore associato nell’Università di Firenze

VITO VELLUZZI – Professore associato nell’Università di Milano

ALFREDO VERDE – Professore straordinario nell’Università di Genova

PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara

LORENZO ZILLETTI – Avvocato del Foro di Firenze

FRANKLIN E. ZIMRING – Professore nella University of California, Berkeley School of Law

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012