

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2016

Indice e anteprime

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com per approfondimenti e acquistare



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2017
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675106-5
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

STUART P. GREEN

L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum

15

TULLIO PADOVANI

*Tortura: adempimento apparentemente tardivo,
inadempimento effettivamente persistente*

27

FREDERICK SCHAUER

Lie-Detection, Neuroscienze e diritto delle prove

33

I grandi temi *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND

Welfare State sotto assedio

63

DOMENICO PULITANÒ

Welfare e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland

77

Tavola rotonda

*Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico
(a proposito della sentenza "Grandi Rischi". – Cassazione penale, sez. IV, 24
marzo 2016, n. 12478)*

Nota introduttiva

95

Ne discutono:

ALESSANDRO AMATO

DAVIDE AMATO

ROBERTO CALCINARI

DOMENICO NOTARO

Dibattito <i>Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale</i> Nota introduttiva di Fausto Giunta	157
---	-----

Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo*

DARIO MICHELETTI <i>Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità</i>	161
--	-----

Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*

COSTANZA BERNASCONI <i>Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale</i>	193
--	-----

Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere e jus dicere?*

DOMENICO PULITANÒ <i>Tra jus facere e jus dicere</i>	205
---	-----

GIOVANNI TARLI BARBIERI <i>Il diritto, oggi: tra il dire e il fare</i>	215
---	-----

VITO VELLUZZI <i>Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni</i>	229
---	-----

Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario*

CARLO GUARNIERI <i>Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura</i>	235
--	-----

LUCIANO VIOLANTE <i>Verso un giudice di common law?</i>	239
--	-----

LORENZO ZILLETTI <i>La giurisprudenza oggi: tra tracicimazioni ermeneutiche e legittimazione</i>	243
---	-----

Il punto su... Il caso Provenzano

FRANCO CORLEONE
41-bis, un regime detentivo senza fine ma con un fine 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione 263

Il punto su... Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo

LUCIANO EUSEBI
Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»? 285

ALBERTO GARGANI
Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo 303

OLIVIERO MAZZA
Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo 329

LUCIANO VIOLANTE
La produzione del penale tra Governo e Parlamento maggioritario 339

Antologia

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dottrina penale 347

CRISTINA DE MAGLIE
Alla ricerca di un "effective compliance program":venticinque anni di esperienza statunitense 375

GIUSEPPE DI VETTA
L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno» 399

MARIA NOVELLA MASULLO

Dietro le quinte: la riemersione della punibilità del falso qualitativo.
Un confronto sulle possibili controindicazioni desumibili dal tipo 425

EDOARDO MAZZANTI

Violazione di diritti umani e responsabilità dello Stato.
La prevenzione dei disastri come "alternativa" al diritto penale 447

GHERARDO MINICUCCI

Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale 481

PIERPAOLO RIVELLO

*Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana
in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali
internazionali* 507

ANA LUCIA SABADELL

Forme di "patriarcalismo" giuridico-penale in Brasile.
Il caso delle molestie sessuali e della violenza sessuale 563

ALESSANDRO SPENA

*La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello
hate speech* 577

Lecture

GAETANO CARLIZZI

*Le nuove frontiere della teoria del diritto. Riflessioni sul libro di Giorgio
Pino, Teoria analitica del diritto I* 611

TABLE OF CONTENTS

On the front page

STUART P. GREEN <i>The conceptual utility of malum prohibitum</i>	15
TULLIO PADOVANI <i>Torture: an apparently late compliance, an actually persistent failure to comply</i>	27
FREDERICK SCHAUER <i>Lie-Detection, Neuroscience and evidence law</i>	33

Big themes *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND <i>Welfare State under siege</i>	63
DOMENICO PULITANÒ <i>Welfare and the criminal law. Variations on a theme put forward by Garland</i>	77

Roundtable

<i>Informative fault and self-protective cautions in areas of high seismic risk (on the “Grandi Rischi” judgment. – Cassazione penale, sez. IV, 24 March 2016, No. 12478)</i>	
Introductory remarks	95
<i>Discussants:</i> ALESSANDRO AMATO DAVIDE AMATO ROBERTO CALCINARI DOMENICO NOTARO	

Exchange of views <i>The creative bureaucrat. The increasing interpretative enterprise of criminal case law</i>	
Introductory remarks by Fausto Giunta	157

Section I – *The unbearable lightness of the text*

DARIO MICHELETTI	
<i>Jus contra lex. A sampling of the uncontrollable aversion of criminal courts to the principle of legality of crimes</i>	161

Section II – *From the unpredictability of the law to the unpredictability of the judgment*

COSTANZA BERNASCONI	
<i>At the roots of the unpredictability of judicial law</i>	193

Section III – *The lawmaking judge: towards the twilight of the distinction between jus facere and jus dicere?*

DOMENICO PULITANÒ	
<i>Between jus facere and jus dicere</i>	205

GIOVANNI TARLI BARBIERI	
<i>The law, today: between saying and doing</i>	215

VITO VELLUZZI	
<i>Interpretation, interpreters, and the criminal law. Brief reflections</i>	229

Section IV – *“They will be judges and prosecutors”: the anachronistic Immutability the judiciary*

CARLO GUARNIERI	
<i>The role of judicial jurisdiction and recruiting models</i>	235

LUCIANO VIOLANTE	
<i>Towards a common law judge?</i>	239

LORENZO ZILLETTI	
<i>The case law, today: between hermeneutics overflows and legitimation</i>	243

Focus on... *The Provenzano case*

FRANCO CORLEONE
Article 41-bis, an endless prison regime with a goal 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
“Abolish extreme prison regimes“. Legitimacy and limits of Article 41-bis in light of its applications 263

Focus on... *Democratic participation to penal policy-making and individual rights in the era of a technocratic criminal law: an appraisal at the beginning of the century*

LUCIANO EUSEBI
Prevention and guarantees: broken promises of the criminal law or paradigms of a “humanizing” penal reform? 285

ALBERTO GARGANI
The crisis of substantive criminal law and the expansive force of the trial 303

OLIVIERO MAZZA
The twilight of procedural legality at the time of due process 329

LUCIANO VIOLANTE
Penal law-making between the Executive and a majoritarian Parliament 339

Anthology

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: what is still alive of Binding’s Normentheorie in criminal law theory 347

CRISTINA DE MAGLIE
In search of an “effective compliance program”: twenty-five years of American experience 375

GIUSEPPE DI VETTA
Abuse of office: chronicle of a “comeback” 399

MARIA NOVELLA MASULLO

Behind the scenes: the reemergence of the criminalization of 'qualitative' false accounting. A discussion on possible contraindications inferable from the Actus Reus 425

EDOARDO MAZZANTI

Human rights violation and State liability. Prevention of disasters as an "alternative" to the criminal law 447

GHERARDO MINICUCCI

Contribution to the study of the Mens Rea requirement for bankruptcy offenses involving asset insolvency 481

PIERPAOLO RIVELLO

The role assigned to the victim by Italian rules of criminal procedure vis-à-vis the role assigned to the victim before International Criminal Courts 507

ANA LUCIA SABADELL

Forms of "patriarchal" criminal law in Brazil. The case of sexual harassment and sexual violence 563

ALESSANDRO SPENA

The word "hate". Overexposure, criminalization and interpretation of hate speech 577

Book Review

GAETANO CARLIZZI

The new frontiers of legal theory. Reflections on Giorgio Pino's Analytical Theory of Law I 611

STUART P. GREEN

L'UTILITÀ CONCETTUALE DELLA NOZIONE
DI *MALUM QUIA PROHIBITUM* ^{(*)(**)}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La confusione sul significato di *malum quia prohibitum*. – 3. *Malum quia prohibitum* e *malum in se* come qualità scalari. – 3.1. Illecito *esclusivamente* perché vietato. – 3.2. Illecito *parzialmente* perché vietato. – 3.3. Illecito *principalmente* perché vietato. – 4. La soggettività delle nozioni di *malum in se* e *malum quia prohibitum*. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Per i sostenitori della teoria retributiva, i quali ritengono che le sanzioni penali debbano essere impiegate per punire solo i comportamenti riprovevoli, i reati definiti come *mala quia prohibita* rappresentano da sempre un *tòpos* problematico. Quando la condotta punita è caratterizzata da un disvalore che precede e prescinde dal fatto di essere giuridicamente illecita – come accade riguardo a presunti *mala in se* quali l'omicidio e lo stupro – la strada che conduce alla riprovevolezza è relativamente chiara. Ma quando il disvalore della condotta dipende dal suo essere giuridicamente illecita – come si ritiene essere nel caso di presunti *mala quia prohibita* come la pesca non autorizzata e l'acquisto di farmaci senza prescrizione medica – la posizione a favore della criminalizzazione diventa più difficile da sostenere¹. A meno di non ritenere che una mera violazione della legge sia, in quanto tale, moralmente illecita, l'imposizione di sanzioni penali parrebbe ardua da giustificare.

Questa è la tradizionale visione liberale della teoria retributiva. Tuttavia, come avrò modo di sostenere, le cose sono notevolmente più complicate di quanto questa concezione suggerisca. Nessun reato appartenente al mondo reale è interamente *malum in se* o totalmente *malum quia prohibitum*. Piuttosto, i concetti di *malum in se* e *malum quia prohibitum* dovrebbero essere intesi come qualità scalari antitetiche che tutti i reati, in una certa misura, posseggono. In forza di que-

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

(**) Il presente lavoro è apparso in lingua originale sulla rivista *Dialogue*, vol. 55(1), 2016, pp. 33-43. ©Canadian Philosophical Association, Cambridge University Press. Traduzione autorizzata.

¹ Nel lessico della dottrina penalistica italiana *mala in se* e *mala quia prohibita* (o *mala quia vetita*) sono indicati, rispettivamente, anche con la dicitura di *reati naturali* e *reati artificiali* (N.d.T.).

TULLIO PADOVANI

TORTURA: ADEMPIMENTO APPARENTEMENTE TARDIVO,
INADEMPIMENTO EFFETTIVAMENTE PERSISTENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tortura come reato ‘comune’. – 3. Le distonie degli eventi. – 4. Le anomalie della condotta. – 5. La tortura come reato necessariamente abituale o come reato ad evento persistente.

1. *Premessa*

La *Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 10 dicembre 1984, entrata in vigore per l'Italia l'11 febbraio 1985, impone (art. 4) ad ogni Stato-parte di vigilare «affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressione nei confronti del suo diritto penale» e di rendere «tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità». Il nostro – si sa – è un paese ad alto tasso di ponderazione, lesto nel promettere e cauto nel mantenere, pronto all'impegno e riluttante all'adempimento: tanto riflessivo da risultare meditatobondo. Più di ventott'anni son trascorsi, ed alla fine, il patrio legislatore, dopo un andirivieni mortificante tra legislature ed esami parlamentari, ha inteso rendere ossequio e prestare osservanza all'obbligo internazionale assunto prima ancora della caduta del muro di Berlino. Meglio tardi che mai, verrebbe fatto di dire; e così si direbbe in effetti, se ci si limitasse alla lettura della rubrica dell'art. 613 *bis* c.p. introdotto dall'art. 1, c.1, l. 14 luglio 2017, n. 110: un icastico «Tortura». Ma la lettura del testo induce ad un più desolato giudizio: meglio mai. Meglio il bollo della vergogna per lo sconcio inadempimento, che la vergogna di un adempimento apparente, ipocrita nella forma, dissennato nei contenuti, miserando nella finalità.

La lista delle improntitudini è tanto lunga che ad esporla in tutti i punti col dovuto rigore serve un saggio, se non una monografia: le fattispecie ‘capovolte’ che sono, in qualche modo, il simmetrico contrario di principi, regole, norme su cui si erge il sistema, lo evocano, scuotendolo in ogni sua parte; sì che su di esse dovrebbe riversarsi la reazione del sistema tutto, così come, in presenza di una cellula cancerosa, si mobilita, per eliminare l'intrusa pericolosa, l'intero sistema immunitario: quando è efficiente, però; altrimenti è il cancro che si sviluppa.

FREDERICK SCHAUER

LIE-DETECTION, NEUROSCIENZE E DIRITTO DELLE PROVE ^(*)^(**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Lie-detection* e diritto. Una breve retrospettiva storica. – 3. Nuove e recentissime tecnologie. – 4. Uno sguardo più da vicino alla fMRI. – 5. Il grado di affidabilità. – 6. Sulla validità della ricerca esistente. – 7. Chi controlla la scienza? – 8. Rispetto a cosa? – 9. Un problema di sopravvalutazione. – 10. Il problema *Daubert*. – 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Una evidente caratteristica del processo anglo-americano è rappresentata dalla sua sostanziale dipendenza da conoscenze “di seconda mano”. Giudici e giurati, cui è quasi del tutto vietato il diretto compimento di accertamenti a contenuto fattuale, finiscono infatti per affidarsi in larga misura all’apporto conoscitivo fornito da altri soggetti. I processi non sono certo l’unica attività che dipende da rappresentazioni fornite da terzi per addivenire alla formulazione di conclusioni fattuali. Il racconto dell’esperienza altrui è, dopo tutto, una parte significativa della nostra esperienza epistemica quotidiana¹. Tuttavia, in ambito legale, esso si avvicina a sostituire completamente l’osservazione diretta più di quanto avvenga nella vita di tutti i giorni poiché la legge non solo scoraggia la diretta apprensione di conoscenze da parte degli attori processuali, ma spesso arriva a proibire *tout court* simili attività.

L’ordinamento coniuga la sua dipendenza dall’esperienza di terzi con un’ulteriore caratteristica del processo anglo-americano: il sistema accusatorio. Diversamente rispetto a quanto previsto dal diritto processuale di alcuni sistemi di *civil law*, i poteri dei giudici anglo-americani sono estremamente limitati nel disporre l’ammissione

^(*) Il presente contributo costituisce la relazione presentata al convegno “*Law and Neuroscience*”, presso la “*Rutgers School of Law, Camden, New Jersey*” del 7-8 settembre 2012. A causa della rapida evoluzione che caratterizza la tematica trattata alcuni riferimenti e parte del contenuto di questa versione potrebbero variare rispetto a quella presentata durante il convegno.

^(**) Traduzione dall’inglese a cura del dott. Fabio Nicollicchia.

¹ La testimonianza è di recente divenuta un tema di spiccato interesse filosofico. Si veda, ad esempio, C.A.J. Coady, *Testimony: A Philosophical Study* (1995); Jonathan Adler, ‘Epistemological Problems of Testimony’, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/testimony-episprob; Elizabeth Fricker, *The Epistemology of Testimony*, 61 PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY (Supp.), 57 (1987); John Greco, *Recent Work on Testimonial Knowledge*, 49 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 15 (2012); Peter Lipton, *The Epistemology of Testimony*, 29 STUDIES IN THE HISTORY AND PHILOSOPHY OF SCI. 1 (1998).

DAVID GARLAND

WELFARE STATE SOTTO ASSEDIO ^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Problemi. – 3. Neoliberismo e *Welfare State* 2.0. – 4. Transizioni post-industriali: verso un *Welfare State* 3.0. – 5. Politiche di cambiamento.

1. *Introduzione*

Quando parliamo di “*Welfare State*” non sappiamo più a cosa ci riferiamo. Negli Stati Uniti, dove vivo, e sempre più spesso in Gran Bretagna, dove sono nato, la vera natura del *Welfare State* è sepolta sotto strati di mistificazioni ideologiche e di fraintendimenti.

Lasciatemi dunque iniziare definendo il nostro oggetto d’indagine. Che cosa sono esattamente i *Welfare States*? Non esiste, ovviamente, una definizione neutrale e omnicomprensiva. Come insegna Nietzsche, si può definire solo ciò che non ha una storia – e i *Welfare States* hanno una storia politica molto contrastata. Ne consegue che qualsiasi descrizione di che cosa si possa intendere per *Welfare State* assume una valenza retorica in un campo politico molto controverso.

Inoltre, ogni nazione ha un suo particolare sistema di protezione sociale – in Italia c’è “Lo stato sociale”, in Francia “*l’Etat providence*”, in America il “*New Deal*”, in Svezia il “*Folkhemmet*”. Ogni attribuzione di significato al concetto di “*Welfare State*” deve essere dunque concepita come un idealtipo che incarna una specifica prospettiva sociale e che si pone a una certa distanza dalle singole sfaccettature della realtà empirica.

Date queste premesse, desidero tracciare un breve quadro di ciò che *io* intendo quando utilizzo questa espressione, e di come questa mia analisi si ricolleggi alle scienze sociali.

Le scienze sociali offrono tre differenti concezioni del *Welfare State*, ognuna delle quali definisce in maniera diversa sia i suoi confini che le sue funzioni economiche e sociali.

^(*) Traduzione dall’inglese a cura del prof. Adolfo Ceretti.

DOMENICO PULITANÒ

WELFARE E DIRITTO PENALE.
VARIAZIONI SU UN TEMA DI GARLAND

SOMMARIO: 1. Come rendere abitabile il capitalismo di mercato. – 2. Capitalismo, *welfare*, presupposti delle democrazie liberali. – 3. Beni economici e diritto penale. – 4. Rilevanza delle condizioni economiche per l'osservanza della legge penale? – 5. Rilevanza delle condizioni economiche per il sistema sanzionatorio? – 6. *Welfare* come oggetto di tutela penale?

1. *Come rendere abitabile il capitalismo di mercato*

Quando mi è stato proposto di scrivere per *Criminalia* un contributo da pubblicare insieme a una relazione sul *welfare state* di David Garland, a noi ben noto come grande criminologo, mi sono domandato che cosa, *da penalista*, avrei potuto scrivere. Certo non un commento o discussione critica su un discorso che tocca temi e problemi di ordine generale, sull'assetto delle nostre società. Assumo il discorso di Garland come premessa di mie riflessioni sul terreno di mia competenza. La sua impostazione concettuale presenta concezioni del *welfare state*, di diversa ampiezza: dalla concezione più ristretta – *welfare for the poor* – a una concezione *focused on social insurance, social rights, and social services*, fino alla più ampia (amplissima) che *highlights economic management and the role that 'governing the economy' plays in every modern society*. Usualmente viste come *competing characterizations*, le diverse concezioni sono presentate da Garland come cerchi concentrici, forme diverse che il *welfare* può assumere. È un quadro concettuale utile per la messa a fuoco dei problemi.

Centrale fra i problemi, il rapporto fra *welfare* e sistema capitalista, *tremendously powerful system of production and exchange* (di *distruzione creativa*, dice la vecchia formula marxiana); Garland ne illustra la potenza trasformatrice e i costi, gli effetti *di uncertainty, insecurity, inequality*, o addirittura antisociali. Programmi di *welfare* non sono mai stati un'alternativa al capitalismo; sono una complessa macchina di *risk management*, mirata su rischi sociali vecchi e nuovi; oggi incontrano problemi e rischi per i quali *are not originally designed*.

Welfare state programs (queste le considerazioni conclusive di Garland) sono *inherently problematic*. Attualmente sono sotto stress; ma rimangono *an essential counterweight to problem-prone capitalist economies that could not exist without*

TAVOLA ROTONDA

COLPA INFORMATIVA E CAUTELE AUTOPROTETTIVE NELLE ZONE AD ALTO RISCHIO SISMICO (A proposito della sentenza "Grandi Rischi" – Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478)

Nota introduttiva

Il sisma che ha colpito, nel 2009, la città di L'Aquila ha avuto, tra l'altro, noti risvolti giudiziari. In sede di legittimità è stata confermata la sentenza della Corte d'appello di L'Aquila del 6 febbraio 2015, n. 3317, la quale, ribaltando la decisione del Tribunale del 22 ottobre 2012, aveva assolto i sei membri "tecnici" della Commissione Nazionale per la Previsione e la Prevenzione dei Grandi Rischi (c.d. Commissione "Grandi Rischi") dall'accusa di omicidio colposo per i decessi conseguiti al terremoto del 6 aprile 2009. Veniva confermata, invece, la condanna dell'allora Vice Capo Dipartimento della Protezione civile, autore di una discussa intervista televisiva, che "rassicurava" i cittadini aquilani circa l'improbabile verificazione di una forte scossa sismica; vaticinio, poi, smentito dai fatti.

Nel pronunciarsi sulla responsabilità degli imputati, la Quarta sezione penale della Corte di cassazione ha toccato molte tematiche nevralgiche, tra le quali la configurabilità, anche nell'ambito dei reati colposi, della c.d. "causalità psichica" tra la condotta dell'agente (nella specie, le dichiarazioni rilasciate agli organi di informazione tranquillizzanti sulla pericolosità e sui futuri sviluppi dell'attività sismica) e la successiva condotta delle vittime. Nel caso di specie, infatti, si è ritenuto che, in forza del condizionamento subito, le vittime siano state indotte a dismettere i comportamenti autoprotettivi in precedenza adottati – segnatamente, l'allontanamento dalle rispettive abitazioni al verificarsi delle prime scosse telluriche – e a trattenersi, invece, all'interno degli edifici, rimanendo poi travolti dal crollo degli stessi a seguito del verificarsi di una successiva violenta scossa.

La sentenza affronta inoltre il problema della struttura modale delle regole cautelari e il ruolo controverso del principio di precauzione come criterio di orientamento comportamentale "quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi di indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare at-

DIBATTITO

IL BUROCRATE CREATIVO. LA CRESCENTE INTRAPRENDENZA INTERPRETATIVA DELLA GIURISPRUDENZA PENALE

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

La definizione del giudice quale “burocrate creativo” è all’evidenza una provocazione culturale, che, attraverso l’evocazione di un ossimoro esistenziale, intende sollecitare una riflessione sulle odierne tendenze evolutive della giustizia penale sotto i profili, tra loro strettamente correlati, dei limiti all’intervento della giurisdizione e dei meccanismi di reclutamento e organizzazione della magistratura.

Il tema ha un’evidente intelaiatura costituzionale, la quale sembra aver subito, negli anni, una progressiva corrosione, evocativa di un nuovo riparto di competenze.

C’è tuttavia chi non si accontenta di questa visione eccessivamente storicizzata della giustizia penale, secondo la quale l’effettività di una nuova legalità sempre più sostanziale sarebbe oramai destinata a imporsi sui tradizionali principi liberali, ancorati alla separazione dei poteri.

In risposta a una siffatta fuga in avanti a poco varrebbe proporre un passato opportunamente falsificato e mitizzato cui tornare; ben più costruttiva, invece, è la verifica dello stato di salute, da un lato, dei valori di garanzia individuale, dall’altro, del rapporto tra giustizia penale e democrazia. Tutto ciò lontano – sia chiaro – da ogni conservatorismo preconetto e con la riserva, anzi, se realmente di nuovo ordine si tratta, di rilanciare la via di un cambiamento ancora più radicale verso assetti che siano maggiormente coerenti con il rinnovato modo di concepire l’identità e le competenze della giurisdizione. Non si può rimanere troppo a lungo in mezzo al guado.

In questa prospettiva l’immagine provocatoria del “burocrate creativo” vuole essere un sasso lanciato nelle acque limacciose e lacustri di una lettura sovente acritica, se non apologetica, del diritto vivente, fermo restando il valore imprescindibile della giurisdizione e della magistratura, *condiciones sine quibus non* di giustizia e pace sociale.

I contributi che seguono – tratti dal Convegno fiorentino del 16 settembre 2016, dal titolo: “*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa*”

DARIO MICHELETTI

JUS CONTRA LEX.

UN CAMPIONARIO DELL'INCONTENIBILE AVVERSIONE
DEL GIUDICE PENALE PER LA LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Le specificità funzionali della legalità penale. – 2. La deriva illegalistica del diritto penale vivente. – 3. Uno stucchevole inganno: l'analogia mascherata da interpretazione estensiva. – 4. Esempi di libertinaggio ermeneutico. – 5. L'esplicita correzione sfavorevole della disposizione incriminatrice. – 6. *L'interpretatio abrogans in malam partem*. – 7. Il procedimento normativo-giurisdizionale: analogie smentite, analogie approvate, analogie ribaltate. – 8. La *turris eburnea* della Cassazione e l'aberrante interpretazione dell'art. 7 CEDU.

1. *Le specificità funzionali della legalità penale*

V'era un tempo in cui s'insegnava il diritto penale a partire dalla legalità¹. Demarcata la materia coi caratteri della sanzione criminale, era l'art. 25, comma 2, Cost. che s'indicava quale fonte germinale dei principi di contenimento della pena. Dal *nullum crimen sine lege* – questo era il leitmotiv didattico – dipende il carattere democratico dell'opzione punitiva; il parametro legale è il mezzo più sicuro per circoscrivere l'area di rilevanza penale; prescindendo da una legge mancherebbe lo strumento tecnico tramite il quale veicolare i vari principi che devono conformare il sistema punitivo, tant'è che persino la colpevolezza, senza la possibilità di una precisa conoscenza del precetto e della sanzione, non sarebbe autenticamente tale².

Da qui – si precisava – la *specificità funzionalistica* della legalità penale: che non è semplice predeterminazione generale e astratta della regola di diritto, bensì prima ogni altra cosa “*forma di tutela*”³. A differenza di quanto accade negli altri rami dell'ordinamento, dove l'affidamento alla legge è funzionale alla fluidità e

¹ In modo paradigmatico F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.

² «*Sulla subordinazione del diritto penale alla legge*» quale «*conquista civile di grandiosa portata*» v., anche per gli ulteriori richiami, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *Art. 1-84*, Milano, 2004, n. 1/2.

³ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 199 ss.

COSTANZA BERNASCONI

ALLE RADICI DELL'IMPREVEDIBILITÀ DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. La previa *lex scripta et stricta* come presupposto della prevedibilità del giudizio. – 2. Alcune possibili cause dell'imprevedibilità del giudizio. – 3. Imprevedibilità "in presenza di diritto": la tipicità umbratile – 4. Imprevedibilità "in presenza di diritto": i possibili cortocircuiti del pluralismo "multilivello" delle fonti. – 5. Imprevedibilità "in assenza di diritto": la perenne tensione tra legalità e giustizia. – 6. Il baluardo della legalità contro lo scardinamento del sistema costituzionale.

1. *La previa lex scripta et stricta come presupposto della prevedibilità del giudizio*

Nell'analisi del binomio concettuale "imprevedibilità del diritto-imprevedibilità del giudizio" l'attenzione di chi scrive si è istintivamente focalizzata sul secondo sintagma, vale a dire "*l'imprevedibilità del giudizio*". Il motivo di questa speciale attenzione è verosimilmente da ricercare nella circostanza che il simmetrico positivo di questo concetto, vale a dire la "*prevedibilità del giudizio*", lungi dal costituire un mero risvolto processuale del diritto penale, incarna, al contrario, il cuore pulsante di un ampio fascio di garanzie, sul quale si concentra gran parte della forza e del peso di un fitto novero di principi fondanti del nostro ordinamento, di natura sostanziale oltre che processuale. Ci sia consentito citarne alcuni, senza nessuna pretesa di esaustività: il principio di legalità formale (nelle sue peculiari declinazioni penalistiche della riserva di legge, determinatezza, irretroattività), il principio di colpevolezza, quello di subordinazione del giudice alla legge, il principio di separazione dei poteri, quello di obbligatorietà dell'azione penale, nonché l'obbligo di motivazione della decisione.

Tutti questi principi di garanzia, sinergicamente tra loro, operano su un duplice piano e tendono, da un lato, ad assicurare che il cittadino sia posto nella condizione di autodeterminarsi liberamente e di calcolare in anticipo il concreto rischio penale e, dall'altro lato, a garantire meccanismi di controllo sulla razionalità e congruenza del ragionamento giuridico rispetto al previo testo di legge. In altre parole, tutti questi principi, insieme, perseguono (non solo ma anche) come obiettivo finalistico ultimo che vi sia identità tra la regola di condotta che *ex ante* dovrebbe orientare il comportamento del cittadino e la regola sulla quale, *ex post*,

DOMENICO PULITANÒ
TRA *JUS FACERE* E *JUS DICERE*

SOMMARIO: 1. Lo statuto normativo della distinzione. – 2. Voci della magistratura. – 3. Tra diritto e fatto. – 4. Problemi del rapporto giudice-legge.

1. *Lo statuto normativo della distinzione*

Raccolgo volentieri l'invito a intervenire sul tema del convegno fiorentino su “*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*”, al quale non mi è stato possibile partecipare.

Andiamo verso il crepuscolo della distinzione fra *jus facere* e *jus dicere*? L'interrogativo che dà titolo alla tavola rotonda cui ero stato invitato è una provocazione a guardare a ciò che la macchina giudiziaria produce – bene o male – nel nostro ordinamento, nel tempo che stiamo vivendo. Ipotizza *un crepuscolo che non dovrebbe realizzarsi*, ha detto il filosofo del diritto che ha introdotto la tavola rotonda. Su ciò sembra esservi un sostanziale consenso, pur espresso con accenti diversi.

La distinzione concettuale fra *jus facere* (fabbrica di testi normativi) e *jus dicere* (fabbrica di decisioni relative a fatti, sulla base di interpretazioni giuridiche) è iscritta nell'idea di legalità: definisce il modello d'ordinamento costituito da norme generali e astratte, la struttura formale di ordinamenti di *civil law*. Tramonto della distinzione significherebbe un cambio di paradigma (dell'ordinamento, non della scienza giuridica).

La valenza costituzionale della distinzione è stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012: non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 117, comma 1. La sentenza (ripetutamente citata nel convegno fiorentino) riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole.

GIOVANNI TARLI BARBIERI

IL DIRITTO, OGGI: TRA IL DIRE E IL FARE

1. La ricostruzione di un equilibrio tra la sfera della *iurisdictio* e quella del *gubernaculum* costituisce una delle sfide più rilevanti e urgenti delle democrazie costituzionali contemporanee – anche, e forse soprattutto, nell’ottica dell’integrazione europea (Preterossi) – in un momento storico nel quale rischia di svanire ogni distinzione tra la sfera della produzione e quella dell’applicazione della legge, con tutti i rischi che una tale involuzione può determinare nei rapporti tra i diversi poteri dello Stato.

In questo senso, colpisce che ormai una parte autorevole della dottrina si sia impegnata a qualificare le sentenze (non solo quelle di accoglimento dei giudici costituzionali) alla stregua di fonti del diritto anche negli ordinamenti dell’Europa continentale, sul presupposto della riduzione delle distanze con gli ordinamenti di *common law* (Pizzorusso). Non è questa la sede per approfondire un tale orientamento, salvo evidenziare che esso, al di là delle intenzioni, sembra assecondare «il convincimento che la legge della ragione e quella dell’autoregolazione sociale siano migliori – rispettivamente – della legge degli uomini e della legge del legislatore. E che solo un ordine di sapienti sia qualificato (e quindi legittimato) ad accertarle (e dichiararle) con “provvedutezza”» (Luciani).

Le considerazioni che precedono non intendono peraltro recuperare un approccio ai rapporti tra giurisdizione e legislazione tipico di quello che è stato efficacemente definito lo “Stato di diritto della tradizione”, contrapposto allo “Stato costituzionale del presente” che avrebbe delineato un nuovo assetto di poteri ponendo le due funzioni «l’una a fianco dell’altra, entrambe di fronte alla Costituzione» (Fioravanti).

Certamente, alla luce della Carta fondamentale il ruolo del giudice è irriducibile a quello di “bocca della legge” cui era stato confinato in precedenza e di cui vi è testimonianza, tra l’altro, nell’art. 12 delle preleggi al codice civile (Grossi): la Costituzione repubblicana, come specificato già dalla “celebre” sent. 1/1956 della Corte costituzionale, ha determinato il «passaggio dal sillogismo alla bilancia» e più ancora, anche per lo sviluppo della sua giurisprudenza, il passaggio dal «“testo” ai valori», mettendo in risalto la funzione “creativa” dell’interprete e quindi il crescente rilievo dell’attività giurisdizionale rispetto all’attività legislativa (Barbera); e ciò anche per il fatto che la Costituzione repubblicana appare fortemente connotata sul piano della promozione sociale, civile e politica (art. 3,

VITO VELLUZZI

INTERPRETAZIONE, INTERPRETI E DIRITTO PENALE.
BREVI RIFLESSIONI

In questo intervento tratterò la “classica” questione dell’esistenza di vincoli per l’interprete (per il giudice in particolare) in ambito penale (con riferimento alle disposizioni penali incriminatrici). La discussione intrapresa in questo convegno, riguarda il giudice penale definito, per mezzo di una elegante e riuscita provocazione, “burocrate creativo”. Tenterò di non tradire lo spirito che anima il dibattito parlando di come il giudice penale sia, in un certo senso e al pari di tutti gli interpreti, necessariamente creativo, e di come lo stesso giudice penale possa essere (e probabilmente dovrebbe essere guardando a ciò che prescrive il diritto positivo) in un certo senso, burocrate. Il convegno è intitolato “Il burocrate creativo”, la sessione si interroga sul superamento della distinzione tra *ius dicere* e *ius facere*: credo che per il diritto penale, la distinzione possa, nei termini che sinteticamente esporrò, resistere al superamento ed essere, di conseguenza, tenuta ferma.

Proverò ad assolvere il compito appena abbozzato guardando l’oggetto di indagine da due prospettive, o angoli visuali, differenti ma complementari: a) come si possa ancora plausibilmente sostenere la tesi dell’esistenza di vincoli semantici, sintattici e pragmatici per l’interpretazione delle disposizioni penali incriminatrici; b) se l’attuale quadro delle fonti del diritto e il modo di rapportarsi a esse da parte di talune Corti, ponga ulteriori questioni riguardanti l’interpretazione delle disposizioni penali incriminatrici.

La prima questione ha natura schiettamente filosofico giuridica, con evidenti ricadute sul diritto positivo, poiché, a seconda della risposta fornita sul piano filosofico giuridico, si valuterà sensato o insensato produrre talune disposizioni per il settore penale (e non solo) rivolte a regolare l’interpretazione. La seconda questione è rivolta a comprendere se ciò che gli organi giudiziari nazionali e sovranazionali da qualche tempo fanno, sia una conseguenza di quel che il sistema giuridico è, o se sia l’esito di ciò che il sistema giuridico è assieme a ciò che gli stessi organi giudiziari vogliono che sia. Rammento, scusandomi per la banalità, il nesso tra l’oggetto di queste riflessioni e la legalità penale: non v’è dubbio, infatti, che assecondare una tesi piuttosto che un’altra riguardo all’interpretazione e al ruolo del giudice, incida sul modo di intendere la legalità penale e le garanzie a essa connesse.

CARLO GUARNIERI

RUOLO DELLA GIURISDIZIONE
E MODELLI DI RECLUTAMENTO DELLA MAGISTRATURA

Abbiamo sentito ricostruire i caratteri di complessità dell'ordinamento giuridico e quindi l'indeterminatezza di molte sue parti: in altre parole, gli spazi crescenti di creatività che si aprono per il giudice e per la giurisprudenza. È chiaro che spazi interpretativi sono presenti sempre in qualsiasi tipo di sistema giuridico, ma sicuramente questi spazi si sono negli ultimi decenni allargati sia per ragioni istituzionali – per esempio, l'introduzione di una Costituzione rigida e di un controllo giudiziario di costituzionalità – sia per ragioni che sono di tipo sociale. E questo direi che è un aspetto abbastanza pacifico.

Ciò che vorrei sottolineare, invece, è che quando si va a vedere l'assetto organizzativo ed istituzionale della nostra Magistratura noi siamo ancora fermi ad un ordinamento giudiziario – Cortese, varato da Rattazzi nel 1865, riformato da Zanardelli nel 1891, da Orlando nel 1908, da Oviglio nel 1923 e alla fine sublimato da Grandi nel 1941 – i cui tratti sono ancora quelli tradizionali della c.d. magistratura burocratica. Non si tratta ovviamente di un epiteto negativo, bensì di un attributo che caratterizza quelle magistrature che si sono formate sul modello delle grandi burocrazie dell'Europa continentale, basate soprattutto sul reclutamento di giovani laureati che poi vengono plasmati all'interno di questi corpi giudiziari con un'azione efficace e penetrante da parte degli organi di vertice – come la Corte di cassazione – che a loro volta sono incaricati di elaborare e controllare la giurisprudenza al fine di renderla il più possibile congruente alle indicazioni che provengono dall'istituzione politica rappresentativa per eccellenza, che è quella parlamentare. Da questo punto di vista, anche l'assetto Grandi – nonostante fosse stato elaborato in un regime autoritario – non differiva in modo radicale dagli assetti precedenti, come anche da quelli francese o tedesco. Il punto qual è? È che, dal 1941 ad oggi, in realtà, mutamenti radicali non ci sono stati. Sono un po' cambiate le prove d'esame, la riforma del 2006 ha introdotto una serie di prerequisiti, ma la struttura dell'ordinamento giudiziario è rimasta più o meno la stessa.

Ora, la domanda banale che uno si pone è: “Ma questa struttura, questo assetto – che era stato disegnato per una situazione in cui il sistema normativo era ancora relativamente semplice, il primato della legge e della norma giuridica di origine parlamentare era riconosciuto, la società stessa era una società caratterizzata

LUCIANO VIOLANTE

VERSO UN GIUDICE DI *COMMON LAW*?

La figura del giudice si è frantumata come si è frantumata la figura dell'avvocato; la scomposizione del diritto porta necessariamente alla frantumazione delle figure professionali che al diritto fanno riferimento.

Dobbiamo porci innanzitutto il quesito: “Chi è il giudice oggi e quale sarà il giudice di domani?”. Stiamo andando inesorabilmente verso un giudice di *common law*, il diritto giurisprudenziale è inevitabilmente sempre più presente per la difficoltà di costruire un ordinamento basato principalmente sulla legge. Prima si parlava della globalizzazione, del dialogo tra le Corti, dell'influenza che hanno gli interventi delle Corti europee sulle Corti nazionali; tutto questo produce necessariamente un peso anomalo o comunque nuovo della mediazione giurisdizionale. Le questioni che poniamo, quindi, – reclutamento, carriera, etc. – vanno riferite ad una figura di giudice che non è quella alla quale magari alcune generazioni dei presenti sono abituate; è un'altra realtà. Stiamo scivolando verso la *common law*, però con un disegno mentale che ancora fa riferimento alla vecchia figura. Scopriamo talvolta che questo giudice crea la norma per il caso concreto e quando viene fuori la pubblicazione della sentenza, ormai quel tipo di interpretazione è già superata da una successiva. Non è una patologia; è una nuova fisiologia. E a questa nuova fisiologia credo che dovremmo un po' adattare le nostre argomentazioni. Questa è la prima riflessione che mi sono permesso di proporvi.

La seconda riflessione riguarda l'ordinamento giudiziario che da statuto del giudice sta diventando statuto del Consiglio Superiore della Magistratura o meglio statuto delle correnti che dominano il Consiglio Superiore della Magistratura. L'ordinamento giudiziario, quando è stato costituito è stato pensato come regolamento della professione di giudice e poi via via come statuto delle interposizioni tra potere politico e potere giudiziario. In questa dimensione si è storicamente collocato il CSM, come garante di questa separazione. Sta di fatto che oggi c'è il problema di difendere il singolo magistrato dal peso delle correnti del CSM. Questa è la nuova dimensione dell'indipendenza. Non sono così ingenuo da non capire che in un organo fondato sulla elezione dei componenti è inevitabile una distinzione per parti dell'organismo eletto. Ma i problemi consistono nel capire quanto e come queste componenti gestiscono la loro funzione. Se il meccanismo dominante è quello dell'appartenenza, viene sacrificata fortemente la dimensione

LORENZO ZILLETTI

LA GIURISPRUDENZA OGGI:
TRA TRACIMAZIONI ERMENEUTICHE E LEGITTIMAZIONE

Poche osservazioni, che convergono nel riconoscere il fenomeno della crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza, in danno del principio di legalità penale. Senza mezzi termini, Luciano Violante ha affermato che stiamo andando *inevitabilmente* verso un giudice di *common law*. Una prospettiva accarezzata da chi, non solo in curia, si inebria al calice del diritto floscio, senza più fattispecie, rimesso alla sensibilità (precomprensione) di un interprete oramai trasformato in autore. Invisa, al contrario, a coloro che colgono tutte le implicazioni di questo silenzioso ribaltamento di sistema, consumato a dispetto dell'art. 101, comma 2, Cost.

Il burocrate creativo, che si aggira disinvolto nel labirintico sistema multilivello delle fonti e che fabbrica la regola secondo proprie preferenze politiche e culturali, attingendo pezzetti di Costituzione ("officina" di diritti), fettine di Convenzioni internazionali ed inserti di giurisprudenza delle Corti europee, inquieta ancora – per fortuna – qualche magistrato. Quelli, e ne abbiamo ascoltati nel nostro convegno, che resistono alla tentazione di amministrare giustizia in base a valori personali e che guardano oltre il contingente, preconizzando un altro ineluttabile: prima o poi la politica riconquisterà la propria forza, liberandosi dal pesante condizionamento del potere togato, che da anni impedisce ogni seria riforma di ordinamento giudiziario. Sarà il tempo in cui non verranno più tollerate schizofrenie istituzionali e si porrà al giudice una secca alternativa: tornare (fin troppo) nei ranghi della metaforica bocca della legge o essere reclutato, anziché per concorso, tramite nomina o elezione, come avviene davvero nei sistemi di *common law*.

Insomma, o burocrate o creativo. E, in questo secondo caso, legittimato dal consenso popolare, secondo le più elementari regole della democrazia.

Che non siano traveggole, da profeti interessati a contrastare l'espansione sempre più smisurata del diritto giurisprudenziale (*rectius*: giudiziario), lo confermano diagnosi insospettabili, per le fonti da cui promanano.

Come osservato agli inizi del 2016 da Paolo Borgna, sulle pagine di un quotidiano nazionale, "*l'architrave dell'indipendenza dei magistrati è il capoverso dell'articolo 101 della Costituzione: 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge'. Ma se la legge non conta più nulla, a cosa serve l'indipendenza dei giudici?*".

FRANCO CORLEONE

41-BIS, UN REGIME DETENTIVO SENZA FINE MA CON UN FINE

SOMMARIO: 1. Un nodo politico. – 2. Articoli 90 e 41-*bis*, norme gemelle. – 3. I rilievi sulla costituzionalità del 41-*bis*. – 4. Dopo Margara. La difficile ripresa di uno spirito riformatore. – 5. L'aggravio bipartisan del regime del 41-*bis*. – 6. L'indagine conoscitiva del Senato sul 41-*bis* e il caso Provenzano. – 7. La valenza simbolica e le finalità inconfessate del 41-*bis*.

1. *Un nodo politico*

Il regime detentivo speciale del 41-*bis* non è solo e tanto una questione giuridica ma un nodo tutto politico che ha a che fare strettamente con il diritto, la giustizia e lo stato di diritto. Soprattutto, ha a che fare con l'uso strumentale del diritto penale e la prevalenza del carattere simbolico e del rapporto mediatico.

La questione nasce da lontano. Il carcere è sempre stato un luogo di potere, spesso dello Stato sui detenuti in maniera diretta, in alcuni casi invece l'ordine interno era appaltato a poteri diversi, in particolare alla mafia. A proposito, ricordo una mia visita all'Ucciardone di Palermo assieme a Enzo Tortora. Incontrammo Luciano Liggio, che si presentò con una vestaglia di seta e una corte di fedeli che ascoltavano in riverente silenzio le sue parole e che mi si rivolse così: "Lei, onorevole, che porta il nome di quelli che io capitanerei, deve comprendere...". Non erano ancora i tempi del carcere duro per i capimafia.

2. *Articoli 90 e 41-bis, norme gemelle*

La possibilità di un trattamento differenziato in carcere nasce con l'art. 90 della legge n. 354 del 1975. La riforma penitenziaria, centrata sull'individualizzazione del trattamento, conteneva così un baco, una patente contraddizione, dato che l'art. 90 si applicava non già al singolo recluso sulla base di una valutazione sulla sua specifica pericolosità, ma a intere carceri e sezioni di esse, che divenivano così di massima sicurezza e rendevano inaccessibili gli istituti della riforma a tutti quanti fossero lì detenuti. Da qui, la proposta di legge Gozzini, che nella sua iniziale formulazione conteneva un solo punto: l'abolizione dell'art. 90 dell'Ordinamento Penitenziario del 1975.

LUIGI MANCONI – STEFANO ANASTASIA – VALENTINA CALDERONE

ABOLIRE IL “CARCERE DURO”. LEGITTIMITÀ E LIMITI DEL 41-BIS
ALLA LUCE DELLA SUA APPLICAZIONE ^(*)

SOMMARIO: 1. Il 41-*bis* sotto l'esame della Commissione diritti umani del Senato. – 2. Tra istanze di difesa sociale e necessità garantistiche. – 3. La dinamica quantitativa. – 4. Il regime detentivo speciale nelle testimonianze di chi lo subisce. – 5. Conclusioni.

1. *Il 41-bis sotto l'esame della Commissione diritti umani del Senato*

L'applicazione del regime penitenziario speciale noto come “41-*bis*” ha rivelato alcune gravi criticità e contraddizioni, documentate dalla Commissione straordinaria per la promozione e la tutela dei diritti umani del Senato con la proposta di alcuni correttivi, che appaiono tanto più necessari in ragione della stabilizzazione – dal 2002 – di tale regime detentivo (nato invece come meramente temporaneo) e dell'ulteriore inasprimento, con la legge 94/2009, del contenuto delle sue restrizioni.

Il dato più rilevante emerso dall'indagine conoscitiva riguarda la totale assenza di connessione tra alcune privazioni disposte nell'ambito di questo regime e la sua finalità, che ne rappresenta il solo criterio di legittimazione. Il “carcere duro” (formula assai diffusa eppure totalmente impropria) è stato infatti introdotto nel 1992 nei confronti di detenuti per alcuni reati (la cui sfera si è progressivamente estesa anche oltre la criminalità organizzata), per reciderne i legami con le associazioni di appartenenza.

Solo entro questi limiti e proprio in quanto così finalizzato, tale regime è stato ritenuto dalla Corte costituzionale non illegittimo, purché sussista un nesso funzionale tra le misure restrittive e le esigenze di sicurezza in concreto perseguite, in assenza del quale quelle stesse misure “acquisterebbero un significato diverso divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario con una portata puramente afflittiva” (sentt. 351/1996 e 376/1997). Sono questi, dunque, i limiti interni che la Corte impone alle restrizioni dettate dal 41-*bis*, accanto ai limiti

^(*) Impostato, discusso e riletto in spirito di assoluta condivisione tra gli autori, il paragrafo 1 è opera di Luigi Manconi, il 2 il 3 e il 5 sono opera di Stefano Anastasia, il paragrafo 4 è di Valentina Calderone. Si ringraziano per i loro contributi Federica Resta, Vitaliana Curigliano, Lorenzo Fanoli e per le informazioni fornite la Direzione generale detenuti e trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

LUCIANO EUSEBI

PREVENZIONE E GARANZIE: PROMESSE MANCATE DEL DIRITTO PENALE
O PARADIGMI DI UNA RIFORMA PENALE «UMANIZZATRICE»?

SOMMARIO: 1. Si assiste davvero a un primato della prevenzione? – 2. Il sistema penale come «alibi» rispetto alle carenze della politica criminale. – 3. Potestà punitiva e «diritto» penale. – 4. Prevedibilità degli esiti alla luce del dato normativo: un concetto obsoleto? – 5. Percorsi di una nomofilachia «valvola». – 6. Il ruolo delle categorie dogmatiche (nel quadro di una prevenzione generale «reintegratrice»). – 7. La fluidità irrisolta del rimprovero soggettivo: in particolare, sulla tensione non ulteriormente occultabile tra principio di colpevolezza e reato colposo. – 8. Quale strategia sanzionatoria *ragionevole*? La sfida della risposta al reato come «progetto» (e l'insidia di una *formuletta pigra* europea: la richiesta di pene «efficaci, dissuasive, proporzionali»). – 9. Il problema è *capire* i fenomeni (per non crearne un'immagine strumentale): l'attualità penalistica di un monito formulato nel 1945 da Aldo Moro.

1. *Si assiste davvero a un primato della prevenzione?*

Il titolo della sessione convegnistica per la quale fu redatto questo contributo – *Il primato della prevenzione: quali garanzie per il cittadino* – accredita il sussistere, oggi, di un *primato* della prevenzione circa le modalità di risposta ai reati, il quale, a ben vedere, risulta meramente presuntivo. O meglio: l'efficacia preventiva cui si ha riguardo è quella declamatoria, autoreferenziale, populistica, sempre asserita e mai comprovata (anzi, costantemente smentita) che si vorrebbe prodotta – specie in settori ad alta sensibilità massmediatica – da una maggior durata della detenzione applicabile a seguito di un reato e dall'incombere di una penalità poco prevedibile nei suoi esiti, in quanto refrattaria a limiti garantistici tassativi: con cedimenti, per esempio, a logiche di responsabilità oggettiva, alla colpa d'autore, a una lettura *creativa* delle norme incriminatrici.

È questa la prevenzione che ha generato, negli ultimi lustri, continui aumenti dei minimi edittali, l'omicidio stradale e altre fattispecie sanzionate secondo propositi di esemplarità, l'ergastolo ostativo, l'utilizzo ingovernato del dolo eventuale (salva la speranza di un argine che derivi dalla sentenza ThyssenKrupp delle Sezioni Unite), una gestione legislativa delle aggravanti ormai fuori da qualsiasi logica, automatismi (ridimensionati solo in parte dalla Corte costituzionale) nei giudizi concernenti sia le prognosi, in senso lato, di pericolosità, sia la non recuperabilità degli autori di determinate tipologie criminose, palesi eccessi nel carico

ALBERTO GARGANI

CRISI DEL DIRITTO SOSTANZIALE
E *VIS EXPANSIVA* DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Tra metafisici del diritto e cultori della realtà. – 2. Impostazione dell'indagine. – 3. Il potere *normativo* del processo. – 3.1. Precursori delle riforme legislative: le "interpretazioni evolutive" di fonte processuale. – 3.2. Il tentativo di correzione del diritto vivente e di ristabilimento della legalità: le riforme legislative. – 3.3. La punizione del fatto *non ancora* previsto dalla legge come reato. – 4. Il potere *punitivo* del procedimento. – 4.1. "Punire processando". – 5. Il primato delle istanze investigativo-probatorie: il carcere quale misura coattiva finalizzata alla collaborazione. – 5.1. Il potere *performativo* del processo: l'esecuzione penitenziaria piegata alle istanze della "lotta giudiziaria" contro la criminalità organizzata. – 6. Tra diritto e processo: il nesso di reciproca strumentalità sul piano delle garanzie. – 6.1. Processualizzazione degli strumenti di garanzia? . – 6.2. Dalla fattispecie incriminatrice alla fattispecie *giudiziaria*: i riflessi sul profilo della determinatezza. – 6.3. I rischi insiti nella declinazione processuale di garanzie di matrice sostanziale e i vantaggi sottesi all'operatività sinergica dei due ordini di cautele.

*Il passato non muore mai.
Anzi, non è nemmeno passato.*
W. FAULKNER

1. *Tra metafisici del diritto e cultori della realtà*

Secondo una ricorrente rappresentazione, si dovrebbe prendere atto della frattura, da tempo in atto, tra giuristi metafisici, dediti allo studio accademico del diritto, e giuristi pratici, attenti e sensibili alle dinamiche applicative. Mentre i primi, alla stregua di anatomopatologi, si limiterebbero a sezionare il reato, a prescindere dagli effetti performanti della prassi, i secondi coglierebbero la "realtà" e la "fattualità" del diritto penale, quali si manifestano nelle forme e secondo le finalità del processo.

A contatto con le pragmatiche istanze dell'accertamento processuale, principi e nozioni che nella prospettiva – statica – dello studio teorico e manualistico del diritto sostanziale assumono rilievo cruciale (determinatezza, sussunzione del fatto, ecc.), rivelerebbero i segni inequivocabili della loro ineffettività.

Da qui all'esaltazione del processo, quale *realtà* e, dunque, *verità*, del diritto, il passo è breve.

OLIVIERO MAZZA

IL CREPUSCOLO DELLA LEGALITÀ PROCESSUALE
AL TEMPO DEL GIUSTO PROCESSO

1. Vorrei prendere le mosse da un semplice sillogismo costituzionale: premessa maggiore, la giurisdizione penale si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.); premessa minore, i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.); conclusione, ai giudici non è consentito stabilire una disciplina del processo diversa da quella legale, pena la violazione del principio costituzionale di legalità processuale e la compromissione del loro ruolo di soggetti chiamati ad applicare *soltanto* la legge.

Il ragionamento condotto con un sillogismo è di carattere necessario e formale e la sua correttezza dipende dalla struttura (forma) e non dal significato delle parole (legge). Nell'inferenza sillogistica, come soggetto o predicato, figura, non a caso, sempre lo stesso termine, la legge (processuale), che rappresenta l'architrave di tutta l'argomentazione.

Il tema della legalità processuale richiama alla mente una serie di coppie di concetti antitetici: forma e sostanza, garanzie ed efficienza, giusto processo e ragionevole durata, diritto codificato e diritto giurisprudenziale.

Le antitesi vengono abitualmente presentate da chi vuole evidenziare la sterilità di alcuni concetti a fronte della fecondità di altri, tentando così di svuotare dall'interno la validità formale del sillogismo, attribuendo un diverso significato al termine legge.

Ad esempio, si contrappone la forma alla sostanza per sottolineare come la prima sia fine a se stessa, improduttiva di risultati processuali utili e, come tale da abbandonare. Chi invoca il rispetto delle forme non è considerato portatore di valori, non avendo a cuore l'efficienza processuale, sommo valore da tutelare quale incarnazione della sostanza.

Così ragionando si dimentica, però, che le forme sono legislative e che in un sistema costituzionale, democratico e razionale le forme non sono contrapposte ai valori, ma sottendono proprio scelte politiche di valore.

Le forme nel processo simbolizzano, dunque, precise scelte valoriali, assiologicamente orientate alla tutela prioritaria di determinati principi prevalentemente di rango costituzionale o comunque super legislativo. Se così non fosse, se ci trovassimo di fronte a vuote previsioni di legge, per di più lesive dell'efficienza pro-

LUCIANO VIOLANTE

LA PRODUZIONE DEL PENALE
TRA GOVERNO E PARLAMENTO MAGGIORITARIO

1. Il mondo del penale, con il suo seguito di norme incriminatrici, disposizioni processuali, spettacolarizzazione delle vicende, sussiegose conferenze stampa, ha conquistato una immeritata centralità nella sfera sociale e nell'immaginario collettivo come strumento di risanamento sociale, mezzo per acquisire consenso elettorale, terreno di legittimazione propria e delegittimazione dell'avversario politico.

Alcuni esempi.

Il governo si è rifiutato di depenalizzare la inutile e costosa norma incriminatrice dell'immigrazione clandestina "perché la gente non avrebbe capito". Si è ceduto alla preoccupazione di perdere consenso e si è rinunciato all'esercizio di un dovere fondamentale per una classe dirigente: dire la verità e spiegare che quella incriminazione non serve allo scopo e danneggia il sistema giudiziario

Quando nel corso della discussione alla Camera delle disposizioni sul cosiddetto omicidio stradale è stato approvato un emendamento delle opposizioni che giustamente impediva l'arresto in flagranza nel caso in cui l'investitore si fosse fermato a soccorrere la vittima, in Parlamento e sui mezzi di comunicazione si sono moltiplicate le reazioni negative, quando in realtà quella norma potrà probabilmente salvare qualche vita.

La magistratura penale si struttura come una sorta di esercito di riserva della politica stessa: sono magistrati provenienti dalle Procure della Repubblica il capo dell'autorità anticorruzione, l'assessore alla legalità del comune di Roma, dopo la scoperta delle corruzioni romane, il sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Puglia. Il sindaco di Bari subodorando illeciti (il sospetto si è poi rilevato fondato) ha nominato un ex p.m. come presidente della Fondazione Petruzzelli. Il prefetto Tronca, commissario al comune di Roma, ha designato a capo di un suo delicato ufficio un magistrato della Corte d'Appello di Milano.

Dopo il cosiddetto scandalo di Quarto i responsabili del M5S hanno annunciato che avrebbero fatto verificare dalla Commissione Antimafia le liste dei loro candidati alle prossime elezioni amministrative. La stessa cosa ha annunciato qualche giorno fa uno dei candidati a sindaco nella Capitale. Ma la legge istitutiva non attribuisce alla Commissione Antimafia alcun potere di verifica della dignità

LUIGI CORNACCHIA

*LEX IMPERFECTA: CIÒ CHE SOPRAVVIVE DELLA NORMENTHEORIE
DI BINDING NELLA DOMMATICIA PENALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione: una (polverosa) architettura del passato. – 2. Il modello binario di Binding. – 3. Ciò che è morto nella teoria delle norme bindinghiana. – 4. “*Lex est actus imperii*”? Critica alla concezione imperativa: eterogeneità funzionale di norma e divieto/comando. – 5. ‘*Satz des ungesetzten Rechts*’: il significato della norma primaria. – 6. Antigiuridicità come *locus* pre-penale di delimitazione delle libertà nelle reciproche relazioni intersoggettive. – 7. *Lebendiges, totes und überlebendiges*: la distinzione tra norma e fattispecie. – 8. Critica alla concezione sanzionatoria della norma secondaria. – 9. Il carattere frammentario del diritto penale.

1. *Introduzione: una (polverosa) architettura del passato*

Nell’età dell’europeismo giudiziario, della sovrapposizione e talora contrapposizione tra legalità costituzionale e convenzionale, degli intrecci spesso indecifrabili tra diritto legislativo compulsivo e *law in action*, del diritto globale senza stato fondato sulla *Grundnorm* della *suprema lex mercatoria*, ha ancora un senso interrogarsi sul significato delle strutture normative dell’ordinamento giuridico-penale? Un’indagine normo-teoretica apparirà probabilmente al giurista contemporaneo una sorta di metafisica del diritto, inutile sul piano interpretativo e applicativo, inidonea a districare la trama dell’odierno sistema giuridico multistrato e priva di senso rispetto alla polimorfica dinamica ordinamentale.

Il dibattito sulla teoria di Karl Binding, ma più in generale sul concettualismo – inteso come ricerca dei nessi logici tra categorie giuridiche individuabili in via induttiva dal diritto positivo, allo scopo di conseguire deduttivamente nuove acquisizioni concettuali e di assegnare coerenza e completezza al sistema giuridico – interessò all’inizio del secolo scorso anche la dottrina italiana: in effetti, si situava nella medesima direttrice, al di là delle obiezioni e degli accenti fortemente polemici sulle singole soluzioni teoriche, l’indirizzo metodologico di Arturo Rocco, quantunque ancor più radicale nel rigetto di qualsiasi contaminazione della scienza giuridica con la filosofia e la sociologia. Ma si confrontarono con questo approccio e con l’enciclopedico disegno di ‘*Die Normen und ihre Übertretung*’, tra gli altri, Massari, Manzini, Grispigni e Delitala.

L’esumazione di reperti così lontani, e non solamente cronologicamente, dalla sensibilità dei giuristi penalisti contemporanei, ormai consegnati al più a qualche

CRISTINA DE MAGLIE

ALLA RICERCA DI UN “EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAM”:
VENTICINQUE ANNI DI ESPERIENZA STATUNITENSE ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. Tecniche di controllo del *corporate crime*. L'intuizione di Federico Stella. – 2. *Compliance programs* e *carrot-stick approach*. – 3. La crisi del 2001. – 4. (*segue*): *A perfect storm of scandals*. – 5. L'illusione della *compliance*? – 6. *Corporate prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs). I vantaggi degli accordi. – 7. (*segue*): I costi. – 8. La mutazione genetica dei *compliance programs*. – 9. Quale futuro per i *compliance programs*? – 9.1. (*segue*): A. Il modello *estrinseco*. – 9.2. (*segue*): B. Il modello *intrinseco*. – 10. Conclusioni. Verso un capitalismo etico?

1. *Premessa. Tecniche di controllo del corporate crime.*
L'intuizione di Federico Stella

Nel 1998 la *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* pubblica un articolo sulle tecniche di controllo dei reati commessi dalle persone giuridiche che farà epoca. L'Autore è Federico Stella e il titolo del saggio è curioso e accattivante: “*Criminalità d'impresa: Lotta di sumo e lotta di judo*”¹.

Stella affronta il problema dei *corporate crimes*: gli effetti della criminalità delle *corporations* sono ormai così drammatici che non appare più sufficiente una reazione dell'ordinamento focalizzata esclusivamente sulla fase *successiva* alla commissione del reato; è necessario monitorare l'attività dell'impresa e individuare i problemi *prima* che divengano catastrofici. Ma quando si parla di “effetti catastrofici” non si allude solo ai danni *esterni* che la persona giuridica può arrecare con la commissione del reato: gli effetti di una condanna possono infatti riflettersi pesantemente anche all'*interno* di una impresa. Infatti, l'applicazione di una sanzione di rilevante entità nei confronti dell'ente può risultare soddisfacente per le vittime in senso lato del reato, ma con un effetto *boomerang* può risultare distruttiva per gli equilibri interni e la tenuta della persona giuridica sul mercato².

^(*) Testo della relazione al convegno di studi “*Ripensare il diritto penale. In ricordo di Federico Stella*”, Milano, 12 dicembre 2016.

¹ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss.

² DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.

GIUSEPPE DI VETTA

L'ABUSO DI UFFICIO: CRONACA DI UN «RITORNO»

SOMMARIO: 1. Il sindacato del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa nelle stagioni dell'abuso d'ufficio. – 2. La formalizzazione della matrice tipologica dell'abuso d'ufficio: lacune di tutela e contraddizioni della «nuova» fattispecie. – 3. Esperienze di «revanscismo» giurisprudenziale. L'illiceità della condotta: dalla violazione all'elusione della norma di legge. La riemersione dello sviamento di potere e la rilevanza dell'art. 97, comma 1°, Cost. – 4. I rapporti tra le due «illiceità»: dalla reciproca autonomia, in funzione di una duplice selettività, all'identificazione. – 5. Il «governo» dell'interesse pubblico in concreto attraverso l'accertamento dell'elemento soggettivo. – 6. Valutazioni di sintesi su un'esperienza di «diritto giurisprudenziale»: il recupero della dimensione identitaria della fattispecie di abuso d'ufficio e il perenne «falso problema» del sindacato del giudice penale sull'esercizio dell'azione amministrativa.

1. *Il sindacato del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa nelle stagioni dell'abuso d'ufficio*

Il tema del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa attraversa in modo costante e pervasivo l'evoluzione legislativa e applicativa della fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

La questione del sindacato penalistico sull'attività della Pubblica amministrazione sottende la necessità di definire entro quali limiti e in che termini il giudice penale, in quanto organo giurisdizionale, possa esercitare un controllo sul concreto esplicarsi della funzione amministrativa. Ci si chiede, peraltro, se sia effettivamente enucleabile, nel contesto dell'esercizio del potere esecutivo-amministrativo, uno spazio vuoto dal diritto penale, ossia immune dalle pretese punitive espresse dalle singole figure incriminatrici che definiscono lo «statuto penale» della P.A., corrispondente – più esattamente – ad una sorta di «riserva di amministrazione»: uno spazio, per l'appunto, precluso all'organo giurisdizionale penale.

Così intimamente legato al persistente problema del controllo penale sull'esercizio (legale) dei poteri pubblici, il delitto di abuso d'ufficio è storicamente proiettato, nell'esperienza nazionale, al centro della dialettica, anche

MARIA NOVELLA MASULLO

*DIETRO LE QUINTE: LA RIEMERSIONE DELLA PUNIBILITÀ
DEL FALSO QUALITATIVO.*

UN CONFRONTO SULLE POSSIBILI *CONTROINDICAZIONI* DESUMIBILI DAL TIPO

SOMMARIO: 1. Un esordio normativo tutt'altro che semplice. – 2. L'area di pertinenza del falso qualitativo: il *discrimen* con il falso valutativo. – 3. L'emersione giudiziale del falso qualitativo e il suo drastico ridimensionamento con la riforma del 2002: la preminenza del dato quantitativo. – 4. Torna in campo il falso qualitativo. – 4.1. (segue) Sulla scia punitiva della corruzione. – 5. L'irrelevanza del mendacio sulla causale: la possibile decisività dell'invariato oggetto del falso. – 6. Non è tutto oro quel che luccica: l'insufficienza delle "ragioni" a conforto della punibilità del falso qualitativo. – 7. Dal valore promozionale al valore reale della trasparenza societaria. – 8. Le conferme civilistiche sul carattere strumentale della trasparenza agli interessi sostanziali dei destinatari dell'informazione. – 9. Conclusioni (provvisorie) sulla non punibilità del falso qualitativo.

1. *Un esordio normativo tutt'altro che semplice*

Sin da subito, il nuovo delitto di false comunicazioni sociali ha posto sul tavolo importanti questioni interpretative, demandando alla giurisprudenza il compito di tracciare il perimetro della responsabilità penale, lasciato in più punti non definito da parte del legislatore.

Si è così osservato, condivisibilmente, come in questo caso sia stata dimenticata "qualunque cura anche solo esteriore della formulazione legislativa", nella piena consapevolezza, peraltro, di consegnare inevitabilmente la dimensione tipica dell'incriminazione all'apprezzamento della legalità effettuale¹.

A oggi, il dibattito è incentrato principalmente sulla punibilità del c.d. falso valutativo², messa in dubbio da argomenti, di sicuro rilievo, volti a salvaguardare

¹ Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, p. 2 il quale, a proposito del falso valutativo, ritiene la fattispecie in esame un chiaro esempio d'incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*, riportando un significativo passo dei lavori preparatori in cui si afferma che "sarà la nostra Corte di Cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti"; più in generale, sulla mancanza di contorni precisi della nuova figura, si veda A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 10.

² Sul tema, in generale e senza pretesa di esaustività, si vedano A. PERINI, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": barakiri del futuribile "falso in bilancio"?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprili-

EDOARDO MAZZANTI

VIOLAZIONE DI DIRITTI UMANI E RESPONSABILITÀ DELLO STATO.
LA PREVENZIONE DEI DISASTRI COME “ALTERNATIVA” AL DIRITTO PENALE ^(*)

*‘Ma poiché spontaneamente hai voluto che io
ci dimori, non ti si appartiene egli di fare
in modo che io, quanto è in tuo potere, ci viva
per lo meno senza travaglio e senza pericolo?’*

(G. LEOPARDI, *Dialogo della Natura e di un islandese*)

SOMMARIO: 1. La difficile compatibilità tra disastri e diritto penale. – 2. I disastri: un ‘problema di giustizia’. – 3. Disastri e responsabilità di Stato per violazione del diritto alla vita. – 3.1. Lo Stato *risk-manager*. – 3.2. *Segue*: la dimensione ‘umana’ dei disastri. – 4. Disastri e CEDU: una precisazione terminologica. – 4.1. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di disastri: l’evoluzione. – 4.2. *Segue*: un nuovo modello di ‘illecito statale’. – 5. Diritti umani in cattivo Stato: l’Italia alla prova degli articoli 2 e 8 della CEDU. – 5.1. Il diritto al rispetto della vita privata e l’emergenza rifiuti in Campania. – 5.2. Il diritto alla vita e il caso Ilva. – 5.3. L’amianto al crocevia di Strasburgo: il caso Eternit tra diritti dell’imputato e diritti della vittima. – 6. La prevenzione come *alternativa al* diritto penale.

1. *La difficile compatibilità tra disastri e diritto penale*

Negli ultimi quindici anni, il tema dei *disastri* è divenuto di stringente attualità *anche* nel mondo penalistico: il sistema penale, difatti, è stato progressivamente chiamato a farsi carico di un’ampia gamma di eventi, naturali e artificiali, globalmente accomunati dall’attitudine a ledere o mettere in pericolo beni giuridici fondamentali, sia individuali che collettivi.

Sennonché, come diffusamente illustrato da molte fra le più autorevoli voci dottrinali, calamità naturali, incidenti industriali, macro-eventi di inquinamento e via dicendo, in linea generale, mal si prestano ad essere efficacemente ‘governati’ tramite gli strumenti propri del magistero penale: i recenti tentativi di dare risposte a fenomeni di aggressione massiva ai beni vita, incolumità e salute pubblica attraverso il diritto penale, in effetti, si sono sovente tradotti in patenti violazioni

^(*) Salvo diversa indicazione, i corsivi sono stati aggiunti dall’autore del presente contributo. Le traduzioni dall’inglese contenute nel testo sono altresì opera dell’autore.

GHERARDO MINICUCCI

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL DOLO
DI BANCAROTTA PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Alcune premesse sul ruolo della sentenza dichiarativa – 3. Il requisito inespresso dello stato d'insolvenza – 4. Un'analisi sistematica del dolo (delle fattispecie) di bancarotta – 5. Sulla compatibilità dei “segnali di allarme” (e del dolo eventuale) col dolo di bancarotta – 6. Sulla tipicità soggettiva della bancarotta patrimoniale pre-fallimentare – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'assetto complessivo dei delitti di bancarotta ha una genesi lontana, che riecheggia alcuni connotati storici imprescindibili costituenti un necessario punto di partenza per orientare un'indagine consapevole su illeciti che “*sono venuti su come piante selvatiche fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale*”, ed il cui “*difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo*”¹. Difatti, essi continuano ad essere legati a doppio filo alla nozione storica e normativa di “fallimento”, la quale evoca l'inganno e la frode, in uno con i violentissimi portati *lato sensu* sanzionatori della sua valutazione: mentre negli ordinamenti anglosassoni le procedure concorsuali divengono progressivamente una garanzia per il fallito (spesso considerato un *honest but unfortunate debtor*), assicurandosi la pena solo ai casi di frode², la tradizione giuridica continentale³ (ed in particolare italiana) ha mantenuto quasi indenne un assetto normativo nel quale il fallimento è stato (ed in parte, ancora oggi, è) presuntivamente meritevole di pena⁴, e nel quale i delitti di bancarotta hanno altresì costituito semplicemente “prove” o “indizi” di quest'ultimo.

¹ CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone, Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 254.

² Da ultimo, per un quadro d'insieme della disciplina fallimentare e penale, cfr. ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2016.

³ In tema cfr. DANNECKER, *Il diritto penale tedesco dell'insolvenza: tutela necessaria o ostacolo all'economia?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 357 ss.

⁴ Tornano alla mente le parole di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con il commento di Voltaire*, Roma 2012, 77, § XXXIV: “[...] io credo importante il distinguere il fallito doloso dal fallito innocente: il primo dovrebbe esser punito coll'istessa pena che è assegnata ai falsificatori delle monete, poiché il falsificare un pezzo di metallo coniato, che è un pegno delle obbligazioni de' cittadini, non è

PIERPAOLO RIVELLO

IL RUOLO ATTRIBUITO ALLA VITTIMA DEL REATO DALLA
NORMATIVA PROCESSUALE ITALIANA IN RAPPORTO A QUELLO AD
ESSA SPETTANTE INNANZI ALLE CORTI PENALI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. La progressiva rivalutazione della posizione della vittima nell'ambito del processo penale. – 2. La necessità di revisione di talune impostazioni. – 3. La valenza della Direttiva 2012/29/UE. – 4. Analisi di alcuni interventi normativi adottati dal legislatore italiano ispirati a tale mutata consapevolezza. – 5. Il d.lgs. n. 212 del 2015. Considerazioni preliminari. – 6. Le modalità di assunzione delle dichiarazioni rese da soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità. – 7. L'assistenza linguistica a favore della persona offesa dal reato. – 8. Le ragioni dello scarso rilievo attribuito alle vittime del reato dal Tribunale militare internazionale di Norimberga e le soluzioni adottate al riguardo dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e da quello per il Rwanda. – 9. Le *Truth Commissions* e il difficile percorso di "conciliazione" tra le vittime e i perpetratori dei crimini. – 10. La peculiare impostazione accolta in relazione ai procedimenti celebrati dal Tribunale speciale della Cambogia (ECCC, *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*) e dal Tribunale speciale per il Libano (STL, *Special Tribunal for Lebanon*). – 11. Le vittime del reato innanzi alla Corte penale internazionale nella regolamentazione del suo Statuto e in quella delle *Rules of Procedure and Evidence*. – 12. Le criticità e le carenze in ordine ad alcuni aspetti di particolare rilevanza. – 13. Le strutture organizzative finalizzate alla tutela delle vittime nell'ambito dell'ICC. – 14. Considerazioni conclusive.

1. *La progressiva rivalutazione della posizione della vittima nell'ambito del processo penale*

Appare difficilmente controvertibile l'affermazione diretta a rilevare come per un lungo arco di tempo il processo penale italiano (al pari di buona parte di altri sistemi processuali) abbia riservato poco spazio alle esigenze della vittima del reato, focalizzando invece la sua attenzione sulla posizione dell'imputato o su tematiche di "sistema", volte a rendere possibile la "tenuta" dell'intero modello, mediante interventi tendenti ad evitare rischi di inefficienza.

In tal modo nel corso degli anni si è data per scontata, con una sorta di supina accettazione, l'impostazione rigidamente basata sull'assetto triadico: «pubblico ministero – imputato – giudice»¹.

¹ S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881.

ANA LUCIA SABADELL

FORME DI “PATRIARCALISMO” GIURIDICO-PENALE IN BRASILE.
IL CASO DELLE MOLESTIE SESSUALI E DELLA VIOLENZA SESSUALE^(*)

SOMMARIO: 1. La questione del patriarcalismo giuridico. – 2. Molestie sessuali. – 3. La riforma dei reati di violenza sessuale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *La questione del patriarcalismo giuridico*

Gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso sono stati segnati da alcune riforme nei sistemi giuridici di molti Paesi, per allinearli alle istanze avanzate dal femminismo liberale.

La discriminazione *al femminile* ha assunto una dimensione rilevante anche dal punto di vista giuridico per l'affacciarsi, sulla scena pubblica, di teorie femministe sostenute da gruppi di donne che hanno iniziato a cooperare con organi internazionali preposti a difendere i programmi di lotta contro varie forme di discriminazione. Le teorie femministe del diritto hanno mostrato, attraverso precise analisi quantitative, il funzionamento sessista del sistema giuridico, anche in ambito penale. In particolare, è stato mostrato che questi processi avvengono sia attraverso la produzione di norme discriminatrici, sia a causa di un'interpretazione non obiettiva di norme apparentemente neutre.

In America Latina, gruppi femministi e organi nazionali e sopranazionali di difesa delle donne hanno elaborato politiche e programmi di intervento per limitare l'influenza della cultura patriarcale nel sistema giuridico, proponendo riforme legislative finalizzate a garantire i diritti fondamentali delle donne¹.

La caduta, negli anni Ottanta, dei regimi dittatoriali, ha dato vita, in alcuni Paesi latinoamericani, a una maggiore visibilità dei movimenti femministi, a una più concreta diffusione dei diritti delle donne nonché alla promulgazione di testi costituzionali che, almeno su un piano astratto, proclamano la parità di genere.

È questo il caso del Brasile.

Dopo la fine della dittatura (durata dal 1964 al 1985), la Costituzione Federale del 1988 *incorpora* finalmente alcune istanze avanzate dai gruppi femministi che avevano l'obbiettivo di ridurre la discriminazione di genere manifestamente presente non soltanto nella legislazione riguardante i diritti civili e politici, ma anche all'interno delle precedenti Costituzioni.

^(*) Traduzione dal portoghese a cura del prof. Dimitri Dimoulis. Revisione del prof. Adolfo Ceretti.

¹ In tal senso, un esempio concreto è il CLADEM (*Comitê Latino-americano e do Caribe para a defesa dos direitos da Mulher*), creato nella seconda metà degli anni Ottanta (<http://cladem.org>).

ALESSANDRO SPENA

LA PAROLA(-)ODIO.
SOVRAESPOSIZIONE, CRIMINALIZZAZIONE E INTERPRETAZIONE
DELLO *HATE SPEECH*

SOMMARIO: 1. La parola “odio”. – 2. Pubblicità per iterazione. – 3. *Excursus*: Odio 2.0., o la massa aizzata degli odiatori. – 4. La logica del *tag*. – 5. Le istituzioni europee in lotta contro la parola-odio. – 6. Le istituzioni italiane in lotta contro la parola-odio. – 7. Modelli normativi di incriminazione della parola-odio. – 8. Discorsi motivati dall’odio *vs.* discorsi diffusivi d’odio (odio-motivo *vs.* odio-evento). – 9. (Segue) Volatilità dell’odio-evento. – 10. Caratteri pre-giuridici della parola-odio. – 11. Libertà di parola(-odio)?

1. *La parola “odio”*

“Odio” è la parola di questi tempi: poche altre possono vantare oggi la stessa risonanza mediatica. Nel tempo della comunicazione reticolare, si ha quasi l'impressione che un vaso di Pandora sia stato scoperchiato, e che ad uscirne siano state soprattutto le molteplici forme di questo sentimento: le campagne d’odio, i fiumi d’odio, le fiaccolate d’odio, l’odio come strumento di lotta politica, i predicatori d’odio, le città dell’odio, il business dell’odio. Il mondo appare quasi pervaso di una fitta trama di ostilità reciproche: l’odio dei terroristi islamici contro gli “infedeli”; l’odio degli occidentali contro gli islamici (terroristi e non); i politici di bassa lega che spargono odio contro gli immigrati; altri politici (da Silvio Berlusconi a Donald Trump) che si elevano a martiri dell’odio; l’odio dei poliziotti bianchi americani verso i giovani neri; l’odio dei giovani neri americani per i poliziotti bianchi; bulli che odiano le loro vittime; uomini che odiano le donne; uomini che odiano anche i gay; l’odio costantemente ritornante per ebrei e zingari.

Odiare, per vero, si è sempre odiato. La parola è antica, il sentimento primordiale¹. Eppure, sembra quasi che non si sia mai odiato tanto, che non ci sia mai stato in giro così tanto odio come oggi. Quale che sia l’attendibilità empirica di

¹ S. FREUD, *Al di là del principio di piacere* (1929), trad. it. di A. Durante, Tascabili Economici Newton, 1993; ID., *L’Io e l’Es* (1922), trad. it. di C. Musatti, in ID., *Cinque conferenze sulla psicoanalisi – L’Io e l’Es – Compendio di psicoanalisi*, edizione integrale di riferimento, Bollati Boringhieri, 2011, 141 ss.

GAETANO CARLIZZI

LE NUOVE FRONTIERE DELLA TEORIA DEL DIRITTO. RIFLESSIONI
SUL LIBRO DI GIORGIO PINO, *TEORIA ANALITICA DEL DIRITTO I*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Panoramica. – 3. Teoria del diritto e teoria del ragionamento giuridico. – 4. Validità *vs.* applicabilità normativa. – 5. Criteri e metacriteri di applicabilità: l'ideologia delle fonti. – 6. Un paradosso apparente: il giudice, soggetto alla legge, che decide come farne uso.

1. *Introduzione*

*Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*¹, di Giorgio Pino, è un libro che segna una via innovativa. A fronte della diffusa opinione che i giuristi debbano rinunciare a ogni approccio sistematico agli aspetti generali del diritto, per concentrarsi sugli interrogativi della quotidianità, riprendere e attualizzare lo strumentario della teoria del diritto è di certo una scelta lungimirante. Il punto è che tale strumentario non è una sovrastruttura posticcia, per dar tono a discorsi altrimenti poco altisonanti; né è un inutile impaccio in quella ricerca di soluzioni snelle, che molti considerano il vero, unico compito del giurista. Con qualche semplificazione, si può sostenere, piuttosto, che la *teoria del diritto*, nel ricostruire in forma intellegibile i modi tipici di funzionamento della realtà giuridica, possiede non solo, come la riflessione *giusfilosofica*, un valore formativo, ma anche un valore immediatamente operativo. La teoria del diritto, infatti, fornisce mezzi potenti di categorizzazione e di organizzazione del materiale pratico, non soggetti, a differenza di quelli *dogmatici*, alle strettoie di singoli rami di un certo ordinamento, bensì corrispondenti alle costanti delle grandi forme dell'esperienza giuridica (es.: Stato costituzionale sorto a cavallo tra la prima e la seconda metà del secolo scorso). In tal modo, come confermano diverse indagini, pubblicate anche in Italia, essa consente di procedere con maggiore apertura e originalità all'impostazione dei problemi concreti che pure interessano direttamente al giurista. E prima ancora, come conferma l'esperienza del dialogo didattico, permette di rivelare agli studenti, negli interrogativi loro proposti, un'intima razionalità che va ben oltre la loro discendenza da questo o quel sistema positivo.

¹ ETS, 2016 (d'ora in poi: TAD).

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di novembre 2017